TEMAS DE DERECHO PROCESAL

Temas de Derecho Procesal

Derecho Procesal Ambiental
Derecho Procesal Penal

San Rafael - Mendoza
2015

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por ningún medio, sin previa autorización del autor. Impreso en Argentina. Printed in Argentina.

Temas de Derecho Procesal Derecho Procesal Ambiental. Derecho Procesal Penal / Pascual Eduardo Alferillo ... [et al.]. - 1a ed . - Godoy Cruz : FUSMA Ediciones, 2015.

311 p. ; 23 x 16 cm.
ISBN 978-987-45683-1-1

1. Derecho Procesal. I. Alferillo, Pascual Eduardo
CDD 347.05

Editado por:

UNIVERSIDAD CHAMPAGNAT

UNIVERSIDAD CHAMPAGNAT
Belgrano 721 - Godoy Cruz - Mendoza
www.uch.edu.arEditado por:

Impreso en:

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba
editorial@eadvocatus.com.ar
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina

AUTORIDADES DE UNIVERSIDAD DE CHAMPAGNAT

Lic. Raúl Mercau
Rector

Prof. María Eugenia De La Rosa
Vicerrector Académico

Dr. Andrés Nicosia
Vicerrector Financiero

Dr. Abel A. Albarracín
Decano Facultad de Derecho

Dra. Claudia Torres
Vicedecana Facultad de Derecho

Dra. Fabiana Duperut Morellato
Dir. Carrera Facultad de Derecho

Dra. Martín Fajardo
Delegado Campus San Rafael

AUTORES

Pascual Alferillo
Aldo Guarino Arias
Pablo Guido Peñasco
Ana María Gombau
Raúl Carlos Bonino
Andrés G. Ugarte
Alicia Morales Lamberti
Alejandro Braggio Aramburu
Laura Elizabet Najar
Fanny Virginia Calderón
Gisela Osisnalde Castro
María Candelaria Egea

INTRODUCCIÓN

INDICE

Derecho Procesal Ambiental

Principios generales de derecho ambiental
Gisela Osisnalde Castro 17

Derecho y deber a la información ambiental
Ana María Gombau 39

Cuestiones de competencia judicial ambiental y prueba: breves notas acerca del requisito de "efectiva" degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales
Alicia Morales Lamberti 57

Medidas cautelares
Aldo Guarino Arias 77

El amparo ambiental
Raúl Carlos Bonino 101

Costas en el proceso judicial ambiental
Alejandro Braggio Aramburu 109

El desarrollo y el ambiente
Laura Elizabeth Najar 117

Gran proceso de cambio. Encíclica Laudato si
Fanny Virginia Calderón 139

Algunas cuestiones procesales de carácter ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial
Andrés G. Ugarte 161

Competencia del juez y legitimación en materia procesal ambiental
María Candelaria Egea 179

DERECHO PROCESAL PENAL

La vinculación entre la acción penal y civil de daños en el Código Civil y Comercial
Pascual E. Alferillo 205

Desarrollo del proceso penal. Control y atribuciones procesales
Pablo Guido Peñasco 249

Derecho Procesal Ambiental

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO AMBIENTAL

Gisela Osisnalde Castro

Todo el ordenamiento jurídico se asienta sobre la base de principios generales del Derecho, los cuales sirven de indicadores o directrices a seguir, a fin de poder aplicarlos frente a cualquier litigio que se plantee a nivel ambiental.

Si bien el Derecho Ambiental, es una rama joven del sistema jurídico vigente, tiene la particularidad de no estar codificado, pero si posee normas jurídicas tanto nacionales como internacionales dispersas en diferentes instrumentos normativos.

El gran desafío de esta investigación, es reunir los principios rectores de esta materia y ordenarlos en un solo cuerpo de normas ambientales, que simplifiquen la tarea de los operadores jurídicos y a su vez determinen las reglas procedimentales que se aplicaran a cada proceso que llegue a los estrados judiciales, y lograr la satisfacción de la pretensión.

1. Principio de prevención

Este principio cobra fundamental importancia debido a que conlleva el fundamental deber de prevenir los daños que puedan producirse en el medio ambiente. Esta directriz surge del art. 41 de la C.N., sobre todo procurando evitar que se realicen actividades tecnológicas, comerciales y/o industriales que puedan causar mediante su actividad un perjuicio irreparable a nuestro entorno.

Es por eso, que el Derecho Ambiental, debe en la medida de lo posible, esto es dentro de los límites racionales, que se produzcan daños en el ambiente, ya sean presentes o futuros, y que estos sean susceptibles de reparación.

Algunos autores sostienen que este es mucho más que un principio, sostienen que es un carácter fundamental, del cual se desprenden todas las demás directrices aplicables a esta rama del Derecho. Ya que indica las acciones que deben realizarse para prevenir cualquier tipo de degradación del entorno, en lugar de limitarse a verificar e integrar *a posteriori* y reparar los daños ambientales.

Lo que se busca a través de este principio, en realidad lo fundamental es prevenir o evitar que se produzca un daño, ya que a diferencia de lo que sucede en materia civil, producido el evento dañoso, se puede reparar el mismo. Pero en materia ambiental, producido al daño, es realmente imposible poder arreglarlo y sobre todo volver al estado anterior, debido a la complejidad de los ecosistemas.

La aplicación de este principio de prevención, busca fundamentalmente la producción de daños, ya que una vez constatado el mismo, aplicar un sistema normativo sancionatorio, que busque castigar de alguna forma la actividad generadora del evento contaminante. Aunque esta reparación tenga carácter moral, esto difícilmente compense daños graves e irreparables.

Este principio esta contenido en el art. 41 de la C.N., regula el derecho de todos los habitantes del país a vivir en un ambiente sano y equilibrado. Lo cual implícitamente conlleva la obligación de evaluar los daños antes de que estos se produzcan por la iniciación de las diferentes actividades económicas que se realizan dentro del territorio de nuestro país

Para ello es necesario que nuestras autoridades hagan un uso racional de los recursos naturales, existentes dentro de su territorio. Estudiando cada una de las actividades industriales que se vayan a realizar y los perjuicios que puedan causarse a través de ellas y que afecten los recursos naturales. Para prevenir la diversidad biológica y procurar el desarrollo sostenible de los mismos.

En este sistema sólo se podía lograr que el mismo poseyera estas cualidades cuando las actividades a llevarse a cabo permiten

que se pueda cumplir con el objetivo en el tiempo de satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin privar de ellas a las generaciones futuras. De esta manera queda incorporada a nuestro texto constitucional la noción de desarrollo sustentable o sostenible, que hoy en día ubica a la variable ambiental como necesaria en la toma de toda decisión que haga al desenvolvimiento de una comunidad organizada.

Lo que busca este principio es la protección del medio ambiente hacia el futuro, tomando en cuenta la irreversibilidad de los daños ambientales como consecuencia de las actividades humanas.

Lo novedoso de este principio de raigambre constitucional, es que busca garantizar a la población que no se producirán daños en los recursos naturales, no sólo para las generaciones actuales sino mirando siempre hacia el futuro, para permitir el desarrollo sostenible de las generaciones futuras.

Los constituyentes al momento de redactar el art. 41 de nuestra Carta Magna, introdujeron al sistema normativo vigente una nueva concepción del derecho de daños, que obliga a la reparación de lo que se haya ocasionado.

Por ello debe asignarse a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible, de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable.

Este principio oscila entre dos situaciones que pueden plantearse, la postura de las leyes frente al daño ya producido o en su prevención.

La ley 25.675 ha adoptado una definición del principio de prevención restringida a determinados aspectos. Dice el art. 4:

"Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir".

En el derecho ambiental clásico se clasifican las medidas o instrumentos de protección -que se incluyen dentro del concepto protector del art. 41 C.N.- según el momento en que actúan, ya sea anterior o posterior a la puesta en peligro o lesión del entorno. Sabemos que es difícil hacer una diferencia estricta y radical de estos términos, porque la amenaza de represión previene, y, por otra parte, que es imposible exigir responsabilidades sin que antes se hayan realizado controles preventivos.

De todas maneras, enumeraremos -siguiendo a la doctrina más calificada en el tema- los mecanismos de actuación distinguiendo entre:

Medidas preventivas (a priori):

- Investigación y enseñanza ambiental.
- Evaluación del impacto ambiental.
- Planificación del territorio
- Registros e inventarios.
- Autorizaciones y probaciones.
- Control.
- Subvenciones, préstamos, exenciones y bonificaciones.
- Actuaciones de salvaguarda.
- Cánones.
- Impuestos ambientales.
- Ecoauditorías.
- Ecoetiquetas.
- Control integrado de la contaminación.

Medidas represivas (a posteriori)

- Civiles.
- Administrativas.
- Penales.
- Constitucionales

Todo lo cual permite concluir que esta directriz, busca fundamentalmente hacer ahínco en el deber de prevenir que se produzcan menoscabos en el ambiente, través de un sistema normativo apoyado en el art 41 C.N. y demás instrumentos normativos internacionales, de raigambre constitucional. Pero que una vez constatado el mismo, buscar la reparación del ecosistema dañado, mediante la aplicación de todo el peso sancionatorio contenido en estas normas.

2. Principio de precaución ambiental

Se define a este principio como:

"La precaución consiste en la *actitud* que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados".

Lo que establece este principio fundamentalmente es en la adopción de medidas tendientes a evitar que se produzcan daños ambientales. Esto lo logra a partir de un análisis pormenorizado de cada una de las actividades industriales, ya sea en la etapa previa al inicio de dichas operaciones, durante el desarrollo y finalización de las mismas, a fin de detectar cual posible problema que se presente, minimizarlo y en lo posible neutralizarlo. Asimismo implica el deber de informar a la población sobre las mismas, permitiéndoles involucrarse en la toma de decisiones sobre dichas actividades a fin de ejercer un control para evitar un daño futuro en los ecosistemas[1].

Para ello las autoridades encargadas de tomar las decisiones, agote todas las posibilidades a fin de verificar que exista o no ries-

---

1 Drnas de Clément, Zlata, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner Editora S.R.L, 2008, p. 27.

gos implícitos en cualquier actividad económica, antes de autorizar que la misma se inicie y en caso de dar el permiso de desarrollarla, tener los recursos monetarios necesarios para paliar el daño que se pueda producir como consecuencia de estas actividades.

Se trata básicamente de un "deber", que frente a la inobservancia de las normas vigentes implicaría una violación a las mismas con la debida consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico.

De producirse un daño como consecuencia de la falta de cautela, ese daño no será una mera privación de una ventaja o beneficio esperado, sino un perjuicio al medio ambiente, entorno vital insustituible y, frecuentemente, no reparable en su integridad, con consecuencias difícilmente predecibles en su integralidad a largo plazo.

Es obligación fundamental de los gobernantes, de adoptar medidas legislativas idóneas en materia ambiental, conforme a sus políticas en esta rama, que a su vez conlleven una responsabilidad jurídica y política.

Para ello cada gobierno debe involucrarse también, en la toma de decisiones en esta rama dentro del Derecho Internacional, mediante la suscripción de Pactos internacionales con otras potencias y buscar que se respeten y se cumplan dentro de los territorios de sus países.

Se debe también respetar el principio de soberanía de cada Estado parte. Hay compromisos internacionales establecidos que le exigen determinados comportamientos, y cuando el temor de riesgo potencial hace suponer (en base al mejor conocimiento técnico científico disponible) eventual daño catastrófico o de gravedad con efectos irreversibles. Aparece el deber de prohibir o abstenerse de llevar adelante la actividad hasta adquirir certezas sobre los potenciales efectos, medida aún más estricta que la requerida en casos de prevención ante riesgo cierto.

Este principio también se vincula con el desarrollo sostenible, a partir de la visión de todos aquellos autores que determinan una fuerte aplicación de este principio, haciendo hincapié en la solidaridad intergeneracional. Mientras que otros autores, detractores de este principio, determinan principalmente la necesidad de ba-

sar todo el peso de este principio, en la teoría de costo- beneficio, priorizando lo económico y comercial por sobre todo lo vinculado al medio ambiente.

Para ello, este principio debe basarse en investigaciones científicas que determinen los efectos dañosos que pueden o no producirse, dichos estudios arrojaran un grado de certeza, pero esto no significa que los habitantes debamos obsesionarnos con la idea de que sí o sí se producirá un daño que pondrá en peligro nuestro ecosistema.

Sino que lo que debe procurarse es estudiar cada actividad, evaluando sus riesgos y en la medida de lo posible evitar que se produzcan perjuicios irreparables.

Se puede pensar que lo que se busca mediante la aplicación de esta norma rectora, es un obsesivo proteccionismo, para evitar de esa manera que se produzcan riesgos tantos por acciones como omisiones, pero en realidad lo que se quiere es agotar razonablemente todos los medios que nos conduzcan a la mayor certidumbre posible para evitar que se produzcan daños.

En realidad este principio propone que quien desea llevar adelante un emprendimiento económico, deberá probar mediante el agotamiento de todos los medios probatorios a su alcance, mediante la aplicación del instituto que se aplica en materia procesal denominado "inversión de la carga de la prueba", que su actividad no implicara riesgos para la salud de los habitantes y que es realmente segura para todos. Para lo cual se valdrá de todos los estudios científicos necesarios para erradicar los riesgos y los temores, y que en caso de producirse uno, puede afrontar económicamente la reparación del mismo. Algunos autores cuestionan la aplicación del instituto de inversión de la prueba, por considerarla que va en contra de los avances científicos y del progreso.

Lo que se debe buscar en realidad es dejar de lado los intereses económicos particulares, en pos del bien común.

Lo cual también se vincula actualmente a la Encíclica papal en materia ambiental, denominada "Laudato si" la cual también a lo largo de los capítulos que la componen, la obligación fundamental del cuidado de la cosa común, en beneficio de la humanidad.

En los instrumentos internacionales la recepción de este principio, es difusa, aparece como algo de poca importancia como para su aplicación. Sin embargo, dentro de los limites territoriales de cada Estado parte, existe cada vez mas manifiesta la voluntad gubernamental de aplicarla dentro de sus países, constitucionalizándolo y buscando su aplicación concreta.

Finalmente debemos tomar en cuenta que este principio se nutre de parámetros tales como: la previsión razonable de posible daño, incertidumbre sobre la existencia de riesgo y acción cautelar[2].

3. Principio de no causar daño

Comenzare por indicar que este principio ha sido receptado por los diferentes pactos internacionales vigentes en materia Ambiental, posteriormente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, por medio del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, y fundamentalmente el art. 41 de la C.N, que acertadamente se redacto para proteger el ambiente para nosotros y nuestra posteridad.

Al no existir un Código para esta nueva rama del Derecho, es necesario reunir toda la doctrina internacional y volcarla a nuestro ordenamiento. Para ello comenzare por definir lo que se entiende por daño.

"Daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado"[3].

En base a esta definición podemos diferenciar dos clases de daños, los patrimoniales y los extrapatrimoniales, siendo el primero

---

2 DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner Editora S.R.L, 2008, p. 33.

3 PEÑA CHACÓN, Mario, Daño, responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www.cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf, p. 6.

de ellos aquel susceptible de ser valorado económicamente y el segundo, aquel que recae sobre la orbita de la moral, que si bien no recae sobre los bienes no pueden ser valorados económicamente, ya que afectan fundamentalmente a la personalidad. Debiendo ser valorado en cada caso concreto.

En materia ambiental, hay que empezar por hacer una distinción inicial, ya que se debe entender por ambiente debe entenderse todos los elementos que rodean al ser humano, elementos geológicos (rocas y minerales); sistema atmosférico (aire); hídrico (agua superficial y subterránea); edafológico (suelos); bióticos (organismos vivos); recursos naturales, paisaje y recursos culturales, así como los elementos socioeconómicos que afectan los seres humanos mismos y sus interrelaciones[4].

La ley General del Ambiente de Argentina define daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos[5].

Es toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente, o bien, cualquier menoscabo o vulneración de los bienes ambientales (dentro de los que se comprenden tanto los recursos bióticos como abióticos), del paisaje como expresión figurada del ambiente y de la vida, salud y bienes de los seres humanos que se producen como consecuencia de toda contaminación que supere los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de éstos[6].

Habiendo definido lo que se entiende por daño ambiental e indicando la diferencia con el concepto de daño vigente en materia civil.

---

4 Peña Chacón, Mario, Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. cmsdata.iucn.org/ downloads/cel10_penachacon03.pdf, , p. 7.

5 Peña Chacón, Mario, daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. cmsdata.iucn.org/ downloads/cel10_penachacon03.pdf, , p. 7.

6 Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. cmsdata.iucn.org/ downloads/cel10_penachacon03.pdf, , p. 8.

Procederé a explicar este principio. Inicialmente cabe destacar que el daño producido al medio ambiente, implica un deterioro del ecosistema al cual afecta, involucrando necesariamente una actividad humana, que será la que en definitiva causara ese deterioro y generara a su vez la necesidad de reparación. Estas actividades del ser humano, producen un desgaste en los recursos naturales existentes, los cuales se verán plasmados en alteraciones en los ecosistemas afectados, ya sea a través de la alteración de los paisajes que lo conforman o del agua, aire o suelo.

Para que se produzca contaminación en el medio ambiente, es necesario que existan factores o elementos en el ambiente, en grandes concentraciones y que permanezcan durante mucho tiempo disipados en el aire, agua o suelo. Lo que claramente producirá una alteración en el ecosistema que terminara por modificarlo o llevarlo hasta la degradación del mismo, pudiendo incluso hacerlo desaparecer. Como ejemplo se puede citar: vertido de petróleo en el mar, uso de agroquímicos químicos nocivos para la salud de los seres humanos, flora y fauna, emisión de gases, etc.

No debemos olvidar que la contaminación no sólo afecta a los ecosistemas que se ven afectados por estos factores externos sino también produce un menoscabo cultural de la comunidad donde se encuentra dicho hábitat dañado.

A nivel penal se establecen tres tipos de conductas dañosas, las cuales se clasifican en daños producidos casualmente, accidentalmente o fortuitamente.

Pero desde la perspectiva del Derecho Ambiental, lo que interesa significativamente es el que se produce por la acción u omisión humana, y que con esa actitud o voluntad provoca un perjuicio permanente en el ambiente. No importa si esa conducta puede ser hecha de forma individual o colectiva, por el Estado o por alguna Empresa Privada, ni a que bienes afecta, si son públicos o privados. Si la actividad por la cual se produjo este daño, fue licita o ilícita. Lo que es de fundamental importancia en este punto es la magnitud del daño realizado y como afectara al ecosistema y si existe o no posibilidad de reparación del evento dañoso.

Para lo cual se debe identificar a quien provocó el daño y exigirle a ese sujeto la reparación, debido a que fue quien asumió los

riesgos de la actividad que desarrolla y la posibilidad de que con ella se afectaran los recursos naturales.

Frente a este daño existen diversos recursos procesales que pueden aplicarse a estos hechos perjudiciales para el ambiente, como por ejemplo el Instituto del Abuso del derecho, donde "todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los limites normales del ejercicio de un derecho, deberá necesariamente ser sancionado"[7].

Necesariamente una vez detectado el daño ambiental, se presentan tres factores asociados de manera inseparable de el. Primero la incertidumbre: la cual es inherente al propio daño, ya que plantea cual será la postura o los lineamientos que se seguirán a partir de este suceso, pero también plantea la duda sobre cual será el alcance de este hecho y como afectará no sólo al lugar que sufre ahora la contaminación, sino también a todo el entorno, tanto la flora como la fauna y también a los seres humanos. Y si existe o no posibilidad de reparación o si sus efectos se trasladarán también a las generaciones futuras. Y sobre todo el costo económico y emocional que deberá afectarse al saneamiento de este lugar.

Es entonces donde este principio se une al principio de precaución ambienta, donde se ha dejado claro que la falta de certeza científica en cuanto a la magnitud del daño que pueda causarse con una u otra actividad industrial, no debe ser tomado como excusa para no adoptar medidas preventivas tomando en cuenta los costos para impedir la degradación del medio ambiente[8].

En este caso es cuando este principio se aparta del Derecho de Daño tradicional, ya que en este ultimo el daño debe ser siempre cierto y no como sucede en esta joven rama del Derecho, hipotético o eventual. Ya que en este caso sólo basta como presupuesto

---

7 Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. cmsdata.iucn.org/ downloads/cel10_penachacon03.pdf, , p. 10.

8 Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. cmsdata.iucn.org/ downloads/cel10_penachacon03.pdf, , p. 13.

para su aplicación una simple probabilidad de que el futuro provoque algún grado de verosimilitud de que se puede causar algún daño, como para adoptar todas las medidas necesarias y pertinentes para evitar que el mismo llegue a producirse y con ello evitar los efectos nocivos.

Lo que hay que tomar en cuenta es que en materia ambiental, el carácter sancionatorio de la norma tiene poca relevancia debido a que a diferencia del resto del sistema jurídico, producida la transgresión de la norma, inmediatamente viene la represión de la misma mediante la aplicación de la sanción legal por haber violado las reglas legales. En esta rama en cambio, producida la violación de la normativa vigente, la aplicación de la sanción es insignificante por la magnitud del daño causado y la poca probabilidad de poder recomponer el entorno dañado.

En cuanto a la importancia del daño causado, al ordenamiento ambiental únicamente le interesa aquel cuya magnitud, importancia o relevancia es tal, que llega a afectar necesariamente su objeto de tutela, sea la vida, la salud y el equilibrio ecológico[9].

También se lo suele clasificar en daños difusos y en expansivos, los difusos no son fáciles de identificar, ya que no sólo incluye la identificación de los elementos que provocaron el daño, sino también la identificación de los sujetos legitimados para recurrir ante el órgano jurisdiccional competente y solicitar la sanción de los que han provocado la contaminación y reclamar a su vez la indemnización que pudiera corresponder.

Puede ser expansivo en el tanto su hecho generador crea efectos de tipo negativo, y en ocasiones estos llegan a convertirse en nuevas causas generadoras de otro tipo de daños, ocasionándose por tanto, una cadena que a la postre, podría llegar a ser interminable, afectando de esta forma una multiplicidad de recursos[10].

---

9 PEÑA CHACÓN, Mario, Daño, responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. cmsdata.iucn.org/ downloads/cel10_penachacon03.pdf, , p. 14.

10 PEÑA CHACÓN, Mario, Daño, responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. Daño responsabilidad y reparacion ambiental, htpp/ www. cmsdata.iucn.org/ downloads/cel10_penachacon03.pdf, , p. 17.

Existen diversas clasificaciones de los tipos de daños que pueden provocarse desde las diferentes ópticas de los expertos en temas ambientales y jurisconsultos.

Pero lo que debe importar en realidad es que cada actividad industrial que se realice debe ajustarse a las pautas legales que se fijan para ella, que debe adoptarse toda clase de medidas especificas a fin de evitar que se provoque contaminación al medio ambiente y en caso de producirse alguno, este debe ser asumido por el agente que lo genero y en la medida de lo posible bregar por su reparación.

4. Principio de deber de cooperación internacional

Este principio está, básica y fundamentalmente, asociado con la solidaridad que debe existir entre los diferentes Estados del mundo, partiendo de la suscripción de los diferentes Instrumentos Internacionales, a través de distintos organismos internacionales que se ocupan y preocupan de los temas vinculados al medio ambiente.

Pero no se agota dentro de los límites del territorio soberano donde se aplicará dicha herramienta legal, sino que muchas veces, suscitado un problema de contaminación ambiental, éste suele traspasar las fronteras de ese país y afectar a otros vecinos.

Es allí donde cobra importancia esta directriz, ya que conlleva la toma de decisiones políticas y económicas por parte de los gobernantes, en cuanto a la adopción de las medidas de control y reparación de los espacios naturales contaminados. No sólo dentro de los límites de sus territorios, sino también con los países vecinos.

Es mi opinión que la mayoría de los tratados Internacionales, vuelcan a lo largo de los diferentes principios, la buena voluntad de los gobiernos internacionales en preservar el medio ambiente, para poder contribuir con el desarrollo sostenible y sustentable de los diferentes ecosistemas, para las generaciones presentes y principalmente para las futuras. Pero estos acuerdos quedan plasmados en papel, transformándose la mayoría de las veces en letra muerta, ya que son una manifestación de voluntades que sólo se quedan ahí. Raramente se cumplen estas pautas, ya que jamás se informa a la sociedad internacional, la forma en que se han sancionado a los infractores a las normas ambientales.

Esto se debe a que adoptar normas de saneamiento y reparación de la contaminación, económicamente no es redituable para los diferentes gobiernos. Ya que la mayoría necesita de inversiones en materia económica por parte de grandes empresas internacionales, las cuales al arribar a estos Estados y realizar dichas inversiones, contribuyen de una u otra forma al desarrollo de las economías locales y contribuyen a paliar la falta de trabajo y recursos, por ello obtienen ciertos privilegios para desembarcar en estos países menos desarrollados que los necesitan para poder subsistir.

Lo cual se refleja en la falta de compromiso de los gobiernos en verificar las actividades que desarrollan los diferentes inversores internacionales en nuestro país y como incidirá estas tareas en la naturaleza, aplicando todo lo que el ordenamiento jurídico interno les permita para sancionar las irregularidades que cometan estos empresarios y aplicando la mayor sanción posible frente al incumplimiento. Esto garantizara el desarrollo de las economías locales pero sobre todo el respeto por los habitantes de su país y por su tierra. Puede parecer una utopía de mi parte, creer que los gobernantes puedan preocuparse por el bien común de sus habitantes, pero no me aparto que debería ser su principal preocupación.

Como he explicado a lo largo de estos últimos párrafos, la cooperación internacional, conlleva la obligación y el compromiso de los Estados firmantes, en la adopción de las medidas de saneamiento de la contaminación que pueda no sólo afectar a cada Estado en particular sino en aquellos casos en que el daño afecte a países transfronterizos. Esta cooperación indica también el apoyo de las demás potencias, por medio del envío de recursos económicos y humanos necesarios para colaborar con aquellas personas que se han visto afectadas por la contaminación y para ayudar en la medida de lo posible a la reparación del daño causado.

A nivel nacional, por la expansión de la frontera agrícola en forma no sustentable, se están deforestando vastas áreas de nuestro territorio, sobre todo en el norte (provincias de Chaco, norte de Santa Fe, Santiago del Estero, Misiones, Salta y Jujuy), poniendo no sólo en riesgo las especies vegetales y animales que allí tienen su hábitat natural, sino también a las comunidades aborígenes que viven en y gracias a esos montes, como es el caso de la reserva Pizarro.

Todo esto incrementa el calentamiento global de la tierra, disminuye sensiblemente la diversidad biológica del planeta, cambia cursos de ríos, aumenta el riesgo de desertificación entre otros problemas.

En 1992 en Río de Janeiro, la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, celebró una convención sobre diversidad biológica que compromete a los signatarios a tomar medidas para la conservación de recursos biológicos y a imponer la evaluación del impacto de actividades humanas sobre la diversidad biológica.

En cuanto a los residuos que son peligrosos para la salud y la vida, como los químicos, los provenientes de establecimientos hospitalarios y nucleares. "Los residuos más amenazadores son los nucleares por la larga duración de los efectos, por su magnitud y por el temor a cualquier error de calculo en las medidas de seguridad como ocurrió con el incendio del reactor británico de Sellafield en 1957.

Con el fin de evitar la circulación clandestina de los residuos nucleares, en 1989 se celebró el Convenio de Basilea, que Estados Unidos no firmó por ser el mayor exportador de residuos peligrosos. Este Convenio regula el tráfico interregional de los desechos. Con posterioridad se le ha incorporado una enmienda, por la cual se prohíbe a los países integrantes de Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OLDE) exportar desechos peligrosos hacia los países menos industrializados, a partir de 1998.

Hasta 1986, sólo tres países impedían el ingreso de residuos peligrosos a su territorio, pero esa cifra se elevó a 105 en el año 1994. La Argentina, a través de la Ley 24051 de Residuos Peligrosos prohíbe el ingreso de desechos peligrosos, decisión que fue ratificada por la Constitución Nacional en su artículo 41.

La capa de ozono, cuya función es proveer la protección vital contra los rayos ultravioletas del sol, es destruida por productos químicos como los clorofluocarburos (CFC), que son utilizados en aerosoles, refrigeradores, matafuegos, entre otros. Como consecuencia de la destrucción de la misma, tanto el hombre como las plantas y animales están más expuestos a los efectos nocivos de los rayos ultravioletas, lo cual produce un aumento de enfermedades

como el cáncer, reduce el rendimiento de las cosechas y afecta en forma global la producción de alimentos en general.

Recién en 1985 se advirtió que esta capa presenta un agujero sobre la Antártida y en algunas ocasiones abarca las Islas Malvinas, parte de Sudamérica y Australia. Sobre el Ártico no llega a haber un agujero, sino un adelgazamiento que abarca muchas ciudades europeas.

Debido a estos daños causados se celebró la Convención de Viena (1985) y el Protocolo de Montreal (1988), pactándose en este último la eliminación gradual de los CFC y otros productos químicos dañinos. En 1992 se propuso la reducción de la producción de los CFC a cero, para el 1º de enero de 1996.

"Aunque estos acuerdos funcionen, se calcula que pasarán 80 años antes que los niveles de ozono recuperen su normalidad, dado que los gases que ya se encuentran en la atmósfera seguirán dañando la capa de ozono durante décadas". "Hoy el agujero en la capa de ozono iguala su tamaño al del continente europeo, cubriendo un área de alrededor de 10 millones de kilómetros cuadrados".

En relación a la responsabilidad de los Estados por los daños ambientales supranacionales, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 estableció en términos claros que: "Conforme a la Carta de la Naciones Unidas y a los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos y tienen el deber de actuar de manera que las actividades ejercidas en los limites de sus jurisdicciones o bajo su control no causen daño al medio ambiente en los otros Estados o en las regiones mas allá de su jurisdicción nacional".

"Sin embargo los Estados se han cuidado de no poner en ejecución éste principio, han invocado esta declaración para detener las acciones de las víctimas, transfiriéndolas conforme al principio "Contaminador-pagador", a las relaciones entre particulares, eludiendo la responsabilidad interestatal que les correspondiera por la reparación de esos daños". Este principio según el cual quien contamina debe pagar, se encuentra establecido en el principio 16 de la Declaración de Río, el cual establece: "... el que contamina debe en principio cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público".

Sostiene Jorge Bustamante Alsina, que el derecho internacional en lugar de abordar este tema a través del daño que ha sido causado por el Estado, lo hace a través del concepto de "hecho internacional ilícito", conforme a éste la responsabilidad del Estado sólo es una técnica de sanción por la violación de una norma internacional. Sin embargo surge el interrogante a cerca de lo que ocurriría si el daño tuviese por causa un hecho lícito, como por ejemplo la utilización legal de un curso de agua internacional, interrogante que hoy en día parecería no tener respuesta,

Con respecto al hecho ilícito del Estado, tanto puede consistir en la violación de una obligación convencional que tenga su fuente en un tratado, como puede ser la violación de una norma impuesta por la costumbre; "Toda violación de una obligación internacional comporta el deber de reparar", así lo ha establecido la Corte Permanente de Justicia Internacional en la sentencia del 13/9/1928.

La Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados expresó que uno de los principios más profundamente arraigados en la doctrina del derecho internacional es el principio de que todo comportamiento de un Estado calificado por el derecho internacional de hecho jurídicamente ilícito entraña en una responsabilidad de dicho Estado. Esta ha sido definida como la relación jurídica automática e inmediata que surge entre el sujeto al que se le imputa un hecho ilícito y el sujeto que vio sus derechos lesionados por éste. El primero tendría la obligación de reparar los daños causados y el segundo el derecho a reclamar la reparación. Toda la doctrina está de acuerdo en lo que respecta a la existencia de la obligación de reparar los daños causados por el hecho ilícito.

De acuerdo a la responsabilidad internacional clásica, producido un hecho internacional ilícito surge la obligación de reparar los daños ciertos, es decir aquellos que tienen por causa directa y clara el comportamiento con el que se incumplió la obligación internacional. Se incluyen dentro de ellos los perjuicios de manifestación tardía, así como los causados por efecto acumulativo. También deben repararse los daños producidos por un hecho posterior al hecho ilícito, pero que encuentra en éste su causa última.

Para que exista responsabilidad tienen que estar presentes ciertos elementos. Algunos autores exigen sólo dos: un comportamien-

to consistente en una acción u omisión atribuible según el derecho internacional al Estado y que a su vez este comportamiento constituya una violación de una obligación internacional del Estado. Otros autores exigen un tercer requisito: el daño. Entre el perjuicio experimentado y el comportamiento que viola la obligación internacional debe existir un vínculo de causalidad

Algunos autores exigen otro elemento, la culpa, sin embargo la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia internacional no comparte esta posición.

El problema radica entonces en que, los Estados no tendrían responsabilidad alguna por el daño ambiental que se origine en ellos y proyecte sus consecuencias en otros Estados, si no existe un tratado entre ellos que haya previsto el hecho de forma tal que la ilicitud resulte de la violación de aquellas normas o de un principio impuesto por la costumbre.

La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional se encuentra en proceso de formación. El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas (CDI) abarca sólo actividades no prohibidas por el derecho internacional a) que entrañen el riesgo de causar un daño transfronterizo y b) otras actividades no prohibidas por el Derecho internacional, que no entrañen el riesgo pero causan tal daño por sus consecuencias físicas.

Uno de los principios guía de este proyecto es que no debe dejarse que la víctima inocente soporte toda la pérdida ocasionada por los daños.

En lo que atañe a la responsabilidad el proyecto establece que, se responderá de los daños transfronterizos ocasionados por una de dichas actividades, y esa responsabilidad dará lugar a indemnización u otra forma de reparación.

En relación a la reparación si bien se tiene presente que la víctima inocente no soporte el peso de los daños sufridos, no se le exime de ellos en forma total.

Sin embargo, este proyecto no puede en el estado actual en que se encuentra ser utilizado como fundamento de la reparación de daños al medio ambiente.

Por otra parte, el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo obliga a la Comunidad Internacional a definir un régimen particular de responsabilidad, disponiendo que: "Los Estados deben cooperar para desarrollar el derecho internacional en lo que concierne a la responsabilidad e indemnización a las víctimas de la polución y de otros daños ecológicos que las actividades realizadas en los límites de la jurisdicción de estos Estados o bajo su control, causen a las regiones situadas más allá de los límites de su jurisdicción."

Más allá de lo establecido por este principio, en el ámbito del Derecho internacional hasta el momento, sostiene Rey Caro, no se ha logrado un tratado que recepte los grandes principios que deben regir la conducta de los estados en materia ambiental. Continúa la "sectorialización" normativa de origen convencional, es más, ésta se ha acrecentado. No obstante, ello no significa un retroceso, ya que la multiplicidad de tratados y otros instrumentos de alcance general ha dado un gran impulso al Derecho internacional medioambiental.

Los acuerdos internacionales existentes se hallan limitados a los daños causados por ciertas actividades relativas a, la energía nuclear, el transporte marítimo de hidrocarburos, la explotación de recursos petrolíferos en altamar y el transporte terrestre de mercaderías peligrosas. Las reglas que estas convenciones fijan pueden ser trasladadas a otras clases de daños. Estas reglas son las siguientes:

1. "Canalización de la responsabilidad" sobre una sola persona como primer responsable, sin perjuicio de que esta por una acción recursoria se vuelva contra el verdadero responsable final.
2. "Instauración de un sistema de responsabilidad objetiva", salvo fuerza mayor, acompañado de una obligación de indemnización.
3. "Introducción de cláusulas sobre la determinación de la jurisdicción competente y la ejecución de las sentencias"

De acuerdo a estos principios la víctima sabrá a quien dirigirse y podrá obtener la indemnización sin probar la culpa, facilitándose así el resarcimiento.

Existen obligaciones establecidas por el derecho de costumbres internacionales, aunque son escasas y se limitan a las siguientes:

1. El principio de "la utilización no perjudicial del territorio", consecuencia del concepto de soberanía nacional. Su campo de aplicación ha desbordado su marco original, la protección de la seguridad del Estado, para extenderse a los casos de polución trasfronteras.
2. La "obligación de informar" a cargo de los Estados respecto de los otros Estados sobre los proyectos a desarrollar susceptibles de producir efectos perjudiciales al medio ambiente tras las fronteras.
3. El "deber de información "a los otros Estados susceptibles de ser afectados en caso de una situación critica ocasionada en el medio ambiente.

Por otra parte, sin haber perdido fundamental importancia la cuestión de la reparación de los daños al medio ambiente, se han desarrollado notoriamente los mecanismos preventivos, pasando a desempeñar un rol importante los principios de *prevención* y *precaución.*

Hay consenso en considerar a la prevención como la regla de oro en materia de protección al medio ambiente. Sin embargo no es realista creer que por adoptarse las más estrictas medidas de prevención dejen de producirse perjuicios. En virtud de ello es que el tema de la reparación de los daños al medio ambiente adquiere importancia. En la práctica ha quedado de manifiesto la dificultad de hacer efectiva la reparación cuando los perjuicios han sido ocasionados por actividades no prohibidas por el Derecho Internacional. Las soluciones jurídicas que fueron surgiendo han tenido presente el principio que las víctimas inocentes no deben ser quienes soporten todas las pérdidas[11].

[11] Monografias.com, htpp:/ www. monografias.com/...6/derecho-ambiental/derecho... p. 2.

Conclusión

Todos los principios cuya investigación tomé a mi cargo, me ocupé de cada uno de los Pactos internacionales vigentes en materia ambiental, que tal como indiqué al inicio de la misma parte de un conjunto de normas dispersas y no codificadas, pero que han sido receptadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por medio de nuestra Carta Magna. Además del aumento de la preocupación internacional por los graves factores contaminantes que afectan a todo el mundo y que no son ajenos a nuestro país.

Cada uno de estos principios están íntimamente ligados entre si, y a su vez se alimentan entre ellos.

Son principios importantísimos y de fácil comprensión para todos los habitantes. Pero los mismos carecerían de relevancia si cada uno de nosotros desde nuestro lugar no tomamos la responsabilidad de contribuir al cumplimiento de estas directrices. Este ultimo tiempo ha tomado mucha relevancia, la Encíclica papal, llamada "Laudato si" donde nuestro Santo Padre, ha elaborado un documento doctrinario donde hace hincapié en los temas ambientales, para los que profesamos la religión católica, es no sólo un documento de fe, sino también un decálogo de pautas que deben cumplirse, sobre todo partiendo del cuidado de la cosa común, como lo señala nuestro Sumo Pontífice, en ella hace mención a cada uno de los principios aplicables al Derecho Ambiental, especialmente a los que han sido motivo de este trabajo de investigación. En esta encíclica muy actual, se da una pincelada de la realidad, nos aconseja tomar el compromiso individual desde nuestro sitio, para adoptar medidas de prevención, cooperación y adopción de medidas para no causar daños al medio ambiente. Señala también el deber de los gobernantes para llevar adelante políticas internacionales que dejen de lado el bienestar individual y propicie el de todos los habitantes de sus respectivos países, evaluando el riesgo costo-beneficio de cada actividad económica que se realice dentro de las potencias mundiales.

Indica también su preocupación porque la contaminación afecta fundamentalmente a los países menos desarrollados, que son los buscan traer a sus países recursos monetarios que permitan sostener la balanza económica y generar trabajo para sus habitantes.

Por eso aceptan correr con los riesgos que le imponen las grandes potencias mundiales, aunque ello conlleve muchas veces la generación de contaminación ambiental. Es allí donde las poblaciones debemos tomar las políticas necesarias por medio de organismos no gubernamentales para influir en los gobiernos locales, provinciales y municipales, y exigir el cumplimiento de la normativa vigente en materia ambiental, y en caso de daño, perseguir a los responsables y lograr que sean sancionados.

Recomiendo la lectura de este documento de la Iglesia, pero por sobre todo brego porque cada uno de nosotros tomemos conciencia que nuestras propias conductas están destruyendo la naturaleza y de nosotros depende adoptar los mecanismos necesarios para prevenir y evitar la contaminación. No sólo por las generaciones presentes sino por sobre todo para nuestra descendencia. Conforme a un dicho popular, yo sostengo "Que mejor es prevenir que curar". Contribuyamos desde nuestro humilde lugar con la protección de nuestro hábitat. Antes de lamentarnos por lo que ya no tenemos.

DERECHO Y DEBER A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

Ana María Gombau [*]

"Deseo reconocer, alentar y dar las gracias a todos los que, en los más variados sectores de la actividad humana, están trabajando para garantizar la protección de la casa que compartimos" (Francisco. *Laudato*, página 12).

Conceptos generales

La literatura es diversa y fluida sobre la información ambiental, es más, este principio nace con el mismo derecho ambiental, siendo, si lo juzgamos a manera del cuerpo humano: los ojos, oídos, piel, olfato y papilas gustativas, del derecho ambiental, es decir los cinco sentidos, intentando descifrar el mensaje que se encuentra en cada una de las legislaciones, internacionales, nacionales o simplemente locales.

Así, investigando que es la información, Wikipedia nos dice que "La **información** es un conjunto organizado de *datos* procesados, que constituyen un ***mensaje*** que cambia el estado de conocimiento del sujeto o sistema que recibe dicho mensaje".

* Abogada. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de San Rafael Mendoza. Docente: Cátedras Marco Normativo y Legal del Recurso Hídrico. Historia y Cultura del Agua.

Cuando un individuo, o una organización de ellos, hacen valer su derecho a la información, surge su contraposición, el deber de los Estados a brindar la misma, concluyendo que el derecho de uno es la base del deber del otro.

Cuando Martín Mateo expresa: "*Los ordenamientos contemporáneos giran en torno al individuo físico, titular de derechos, al que se garantiza constitucionalmente el disfrute de los derechos inherentes a su condición de persona socialmente contratante, pero los protagonistas del Derecho Ambiental aún no han nacido y puede ser que no tengan probabilidad de hacerlo nunca si alteramos sustancialmente la biosfera".* Decididamente es una definición que nos pone en un escenario más dramático, ya que depende de nuestra postura, hoy como habitantes de este mundo, que otros nazcan o tengan la "chance" de ser protagonistas.

Es decir, contemplando las diversas opiniones doctrinales al respecto, vemos que el panorama, al menos se observa complicado.

Y, ¿qué importancia tendrá la "información" en este contexto? La respuesta es simple, y categórica: "toda". Necesitamos saber, para aprender, para no cometer los mismos errores, para interpretar porque países avanzados si lo son, y otros estamos en vías de serlo; un sinnúmero de interrogantes pueden ser descifrados a partir del conocimiento, pero nuevamente nos encontramos con el eterno problema: ¿qué sucede si quien nos debe dar la información, no lo hace?

Los motivos para no hacerlo pueden ser varios, pero en primer lugar porque *NO* cumple con las normas, es decir, en muchas ocasiones *NO* tiene la información, no la compiló, o no la resguardó; en segundo lugar, porque en la mayoría de los casos de tenerla suele ser "imprudente" entregarla ya que como no cuentan con los medios idóneos de contralor, es posible que la información sea como una espada de Damocles y caiga sobre el mismo Estado, y por último porque a quien ignora es más difícil engañar, ello en términos literales.

Cuando una sociedad conoce de los problemas, participa, y plantea debate, a pesar de considerarse "democrática" también sur-

ge como "problemática", y se transforma en dificultoso para los países contar con ciudadanos con alta capacitación.

"La comunicación entre los seres, mecanismo necesario para su desarrollo, es el vehículo de la información; esta es un elemento imprescindible, ya que orienta a la hora de tomar decisiones y participar en su núcleo social"[1].

El caso argentino

A partir de la reforma constitucional de 1994 mediante los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, se determinó el derecho y deber a la información en forma, diría expresa.

En el segundo párrafo del artículo 41 impone a las autoridades y demás organismos el deber de proveer a todos los habitantes: educación e información acerca del medio ambiente. Es cierto que la Ley Federal de Educación ha establecido la obligación de la educación ambiental, en todos los niveles de educación, como el sistema más efectivo de divulgación de la información ambiental, sin embargo también se han establecidos otros medios de información ambiental, máxime con el gran desarrollo informático con que contamos, es decir cualquier tipo de normativa en materia ambiental fácilmente es posible de "googlear" en Internet.

"El Estado asume, con respecto a la información dos deberes fundamentales: a) uno, consiste en recolectarla y procesarla apropiadamente; es decir, el Estado debe informarse a sí mismo, lo que presupone -entre otras cosas- un cuidado y control permanente para conocer correctamente todas las situaciones real o potencialmente riesgosas o dañinas para el medio ambiente; y b) el otro deber, consiste en suministrar y difundir entre los habitantes la información acumulada y actualizada, de un modo permanente y eficaz. Es prioridad del Estado proveer esa información a la población, para que exista una adecuada racionalidad en la cuestión política. La educación ambiental comprende tanto la formal,

1 *Nuevo Rumbo Ambiental*, Ciudad Argentina, p. 314.

como la informal; es decir, que puede llegar por todos los medios y sin discriminaciones"[2].

En el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, se refiere al deber de información, y dice: "Toda persona podrá interponer esta acción (refiriéndose a la de amparo ambiental) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística"[3].

Bidart Campos, propone la ayuda que el Estado puede prestar a las asociaciones y entidades que tengan por objeto la protección ambiental, ello relacionado con el fomento de la educación ambiental, en todos los niveles de estudio escolarizado[4].

A su vez la ley N° 25.831 de Régimen de libre acceso a la Información Pública Ambiental, entiende por **información ambiental**, "toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable. En particular:

a) El estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente;

b) Las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente.

Dicha información deberá ser gratuita y libre, con una simple presentación se podrá obtenerla dentro del plazo de 30 días. Se establecen asimismo excepciones de carácter de seguridad en que podrá ser denegada".

---

2 MENÉNDEZ, Augusto Juan, *La Constitución Nacional y el Medio Ambiente,* Ed. Jurídicas Cuyo, ps. 57 y 58.

3 *Constitución de la Nación Argentina*, Infojus, Artículo 43, p 14.

4 BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, t.VI p. 301.

Todo ello en concordancia con lo establecido en Ley General del Ambiente Nº 25.675, que establece: "todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada, así como el deber de la autoridad de aplicación de desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible".

Asimismo, el decreto reglamentario 1172/2003, y las resoluciones N° 1 y 2/2008 de "Procedimiento de Tramitación de las Denuncias por Incumplimiento de las Obligaciones Previstas en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, establecen el **modo** de la realización del trámite de solicitud de información ambiental, como la forma de seguimiento en caso de no cumplirse con dicha normativa.

El contenido de las sanciones disciplinarias está previsto, en la Ley Nº 25.164, que se crea el Registro Nacional de Infractores de Información Pública, donde se hará constar los datos de los funcionarios y empleados que infrinjan las disposiciones de la Ley , dicho datos serán tenidos en cuenta a los efectos del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa.

El procedimiento para obtener una información ambiental es por medio del formulario (se agrega en los anexos) consignado en la página de la Subsecretaría de Ambiente, que se ingresa por Mesa de Entradas de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Mesa de Entradas abre expediente y remite a la Dirección de Normativa Ambiental

Esta Dirección revisa la solicitud y le da el encuadre legal según la Ley Nº 25.831 "Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental" en virtud del cual se determina el plazo legal para dar respuesta **(plazo de 30 días hábiles de acuerdo al artículo 8º).**

- Identifica el área sustantiva que debe intervenir conforme el tipo de información solicitada.
- Remite el expediente al área Vía Subsecretaría de Coordinación de Políticas Ambientales.

- Elabora y envía la respuesta al requirente, por el medio que estime conveniente: correo postal, correo electrónico, puesta a disposición de actuaciones, archivos, entre otros.
- Adjunta al expediente copia de la respuesta y del aviso de recibo del correo o cualquier otro medio que acredite la recepción de la respuesta al requirente.
- Finalizado el trámite, el área envía el expediente a la DNA para su archivo[5].

El Derecho y Deber de Información a Nivel Internacional

Cumbres Mundiales sobre Medio Ambiente (Estocolmo, Río, Johannesburgo, Río+20)

Estocolmo

Tal como hemos mencionado, el derecho a la Información Ambiental surge literalmente en la Conferencia de Estocolmo, estableciendo el acceso a la información ambiental[6].

"La democratización sólo implica, según el Banco, mayor voz y amplio acceso a la información, pero no hay poder de decisión. El énfasis en la voz y no es el voto resulta coherente con la propuesta de establecer acuerdos de largo plazo entre el sector público, el sector privado, y las organizaciones no gubernamentales para promover la transparencia, la responsabilidad, la transferencia de conocimiento y soluciones que equilibren los intereses de todos"[7].

En Estocolmo en 1972 se dijo "Hemos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor solicitud a las consecuencias que puedan tener para el medio.

---

5 Datos extraidos del sitio web: www.ambiente.gob.ar, dependiente de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentante de la Nación Argentina.

6 Es así que el Banco Mundial 2002:1, 11, 25 "alienta políticas que incrementen la voz y el acceso a los recursos, ya que cuenta más gente es escuchada, menos recursos resultan desperdiciados".

7 ETCHICHURY, Horacio, *Tres enfoques sobre el derecho al medio ambiente*, Lerner, p. 45.

Por ignorancia o indiferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar.

Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones de vida del hombre.

Las perspectivas de elevar la calidad del medio, de crear una vida satisfactoria son grandes. Lo que se necesita es entusiasmo, pero, a la vez, serenidad de ánimo trabajo afanoso, pero sistemático.

Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos, a forjar en armonía con ellas un medio mejor.

La defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad, y ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas"[8].

Y por ello se dictaron los 24 principios rectores, que hoy decimos son el inicio de esta nueva rama del derecho al que pertenece el Derecho Ambiental. Los principios 19 y 20 se destacan por su apreciación respecto a la "información":

Principio 19: "Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que presente la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio

8 Conferencia de Estocolmo de 1972, prólogo.

ambiente humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos."

Un simple lectura de este principio nos hace reflexionar acerca de lo sencillo que se plantea la difusión de las cuestiones ambientales, educando al ciudadano, quien en definitiva tiene a su cargo la responsabilidad más última del contralor de los desórdenes ambientales, ya que como hemos analizado anteriormente, la legislación admite el acceso a la información pública ambiental, hecho que le importa a su beneficiario (el hombre común) el derecho de conocer esos datos y a través de ese "mensaje" convertir su conocimiento, participar en el cambio de la calidad de vida, y en definitiva lograr acercarnos a ese principio ambiental tan deseado de la " prevención".

Principio 20: "Se deben fomentar en todos los países en desarrollo, la investigación y el desarrollo científico referente a los problemas ambientales, tanto nacionales como multinacionales. A este respecto, el libre intercambio de información científica actualizada y de experiencias sobre la transferencia de ser objeto de apoyo y asistencia, a fin de facilitar la solución de los problemas ambientales; las tecnologías ambientales deben ponerse a disposición de los países en desarrollo en condiciones que favorezcan su amplia difusión sin que constituyan una carga económica excesiva para esos países".

A partir de este principio, se establecieron una serie de reuniones a nivel internacional, que si bien los frutos han sido efímeros, en relación a la vertiginosa y productiva legislación internacional, ya que al ser tan profusa, la consideración y estudio de la misma, se torna inalcanzable, a pesar de la aplicación a los mismos de las tecnologías, que fácilmente nos alcanzan el contenido normativo de cualquier país, o situación ambiental.

Analizando los distintos documentos internacionales, se observa que cada vez se agregan más consideraciones, se hila más fino, pero lamentablemente el fondo de la cuestión, que es alcanzar un criterio uniforme acerca del derecho-deber a la información ambiental internacional, es cada vez más complicado llevar a la realidad.

Río

Por otra parte, y transcurridos veinte años (1992) se aprueba con veintisiete principios, en Río la segunda Gran Convención, en la que también se tiene en cuenta el derecho y deber a la información:

Principio 10: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Si consideramos este principio internacional en su estricta aplicación a la Argentina, podemos decir, sin temor a equivocarnos que se trabajó para su aplicación, a raíz de ello se promulgó en 2003 la "Ley 25.831 del Régimen de acceso a la Información Pública Ambiental", estableciendo un antecedente interesante en Latinoamérica, sobre la legislación a normar los temas referentes a la información ambiental.

"El principio de transparencia sería prácticamente nada, sin un catálogo de derechos y facultades en manos de ciudadanos por medio de los cuales se puede acceder a la fuente de información.

Hay que tener presente también que las distintas configuraciones sociales de cada grupo requirente, obligaría quizás a pensar en modelos diferentes para la satisfacción de necesidades informativas del público. Es deseable una cierta variedad que escape de los rígidos esquemas que plantean algunas organizaciones y que sean adaptables a cada situación"[9].

---

9 "El derecho a la información y los Tribunales de Cuentas", Cra. Prado Lima, Marcela Alejandra, Cra. Frías Pelozo, Valeria Marina, p. 23.

Principio 19: "Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe."

Mucho se está trabajando en este principio, cada vez que una cumbre mundial se avecina, se tiene en cuenta todo aquello que pueda afectar a otro Estado, a los fines de evitar conflictos transnacionales, sin embargo, debemos sincerarnos y manifestar que el panorama cuando hablamos de consideraciones de efectos ambientales entre países, no siempre estamos de acuerdo. El ejemplo más auténtico del no cumplimiento de este principio ha sido la negativa de la Unión Europea (setiembre 2015) a recibir refugiados de Siria e Irak (fuente Diario Mediamza, de fecha 21 de setiembre de 2015)

Por decisión *2005/370/CE* de la Comunidad Europea, de 17 de febrero de 2005, se firmó el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Mediante dicho documento, se aprobó el Convenio de Aarhus, éste parte de la idea de que una mayor implicación y sensibilización de los ciudadanos con relación a los problemas medioambientales conducentes a una mejor protección del medio ambiente.

El Convenio tiene por objeto contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar. Para alcanzar dicho objetivo, el Convenio propone intervenir en tres ámbitos:

- garantizar el acceso del público a las informaciones sobre medio ambiente de que disponen las autoridades públicas;
- favorecer la participación del público en la toma de decisiones que tengan repercusiones sobre el medio ambiente;
- ampliar las condiciones de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Johannesburgo

En Sudáfrica, Johannesburgo, en 2002 se consideró muy superfluamente el tema de la información es por ello que en sus treinta y siete principios (al parecer cada vez se hicieron necesarios más principios para reglamentar uno básico: respeto por mi entorno) no hay ninguno que expresamente nos hable del derecho-deber de informar. Sutilmente se esboza el concepto en el principio 18 al establecer que "se fomentará la transferencia de tecnología, el desarrollo de recursos humanos, la educación y capacitación" todo ello colaborando unos con otros, sin expresar nada más.

Uno de los objetivos primarios de esta Convención fue la ratificación de otros tratados internacionales, entre ellos el Convenio de Aarhus, sin embargo esta Convención no cumplió las expectativas a nivel mundial que se esperaban, ya que no dio soluciones de fondo a los graves problemas ambientales que tiene el planeta.

"Los acuerdos de la Cumbre de Johannesburgo se reducen a una Declaración Política y a un Plan de Acción, llenas de buenas intenciones sobre la reducción del número de personas en el mundo que no tienen acceso al agua potable, la biodiversidad y los recursos pesqueros, y sin objetivos para promover las energías renovables. Los documentos aprobados en la Cumbre no contienen compromisos concretos, ni fondos nuevos y adicionales, por lo que puede hablarse de fracaso. Del fracaso de Johannesburgo nadie debe alegrarse, aunque era de esperar. Los grandes problemas de hoy no son ni el terrorismo ni Sadam Husein. Son la brutal degradación del medio ambiente y las enormes desigualdades mundiales. Johannesburgo debería haber servido para paliarlas algo. Pero el mundo no se acaba con este fracaso, que debe servir de aliciente para sentar las bases de aquellas políticas que realmente supongan avances en la erradicación de la pobreza, la disminución de las desigualdades y el freno de la degradación ambiental.

No basta con quejarse por los malos resultados. Las Conferencias como las de Johannesburgo plasman una determinada correlación de fuerzas en un momento dado. Lo que hay que hacer es cambiar esa correlación, y en las próximas cumbres los resultados serán otros"[10].

---

10 Artículo Web: "Balance de la Cumbre de Johannesburgo" de José Santamarta.

Río +20

Por último Río +20, del año 2012 nos dejó 283 principios. Dentro de ello el principio 99 expresa: "Alentamos la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información, la participación del público en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cuando proceda".

Y también nos exhortó a desarrollar, mediante diversos verbos como "reconocemos, pedimos, alentamos, promovemos, ponemos de relieve….etc., una educación de los ciudadanos que les permita desarrollarse en un medio ambiente sustentable, simplemente eso.

Es así que en los siguientes principios dispone:

"230. ***Reconocemos*** que las generaciones más jóvenes son custodios del futuro, así como la necesidad de una mejor calidad y acceso a la educación después del nivel primario. Por tanto, decidimos mejorar la capacidad de nuestros sistemas educativos a fin de preparar a las personas para que puedan lograr el desarrollo sostenible, en particular mediante una mayor capacitación de los docentes, la elaboración de planes de estudio relativos a la sostenibilidad, la elaboración de programas de capacitación que preparen a los estudiantes para emprender carreras en ámbitos relacionados con la sostenibilidad y hacer un uso más efectivo de la tecnología de la información y las comunicaciones para mejorar los resultados del aprendizaje. Pedimos una mayor cooperación entre las escuelas, las comunidades y las autoridades en las medidas para promover el acceso a una educación de calidad a todos los niveles.

231. ***Alentamos*** a los Estados Miembros a que promuevan la concienciación sobre el desarrollo sostenible entre los jóvenes, entre otras cosas, promoviendo programas para la educación no académica de conformidad con los objetivos del Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible, 2005-2014.

232. ***Ponemos de relieve*** la importancia de una mayor cooperación internacional para mejorar el acceso a la educación, entre

otras cosas, mediante la consolidación y fortalecimiento de la infraestructura educativa y el aumento de la inversión en educación, en particular las inversiones para mejorar la calidad de la educación para todos en los países en desarrollo. Alentamos a que se realicen intercambios y asociaciones internacionales en materia de educación, como la creación de becas para ayudar a lograr los objetivos mundiales de educación.

233. ***Resolvemos promover*** la educación para el desarrollo sostenible e integrar el desarrollo sostenible de manera más activa en la educación más allá del Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible.

234. ***Alentamos*** firmemente a las instituciones educativas a que consideren la posibilidad de adoptar buenas prácticas de gestión de la sostenibilidad en sus centros y sus comunidades con la participación activa de, entre otros, estudiantes, profesores y colaboradores locales, e impartan educación sobre el desarrollo sostenible como componente integrado entre disciplinas.

235**. *Subrayamos*** la importancia de prestar apoyo a las instituciones educativas, en particular las instituciones educativas superiores de los países en desarrollo, para que realicen investigaciones y logren innovaciones para el desarrollo sostenible, en particular en la esfera de la educación, a fin de elaborar programas de calidad e innovadores, incluida la formación en capacidad y conocimientos empresariales, formación profesional, técnica y vocacional y aprendizaje durante toda la vida, dirigidos a remediar las deficiencias en materia de aptitudes a fin de avanzar los objetivos nacionales de desarrollo sostenible."

Como ya expresamos, esta Convención se destacó por el profuso número de principios que dejó sentado, sin embargo, la sociedad internacional, no los ha llevado a la práctica.

Si consideramos el diagnóstico que se realiza en cada una de estas Convenciones Mundiales, y vemos la realidad que nos abruma, debemos rematar con la idea de que el hombre no toma conciencia, a pesar de los documentos elaborados y rubricados por la inteligencia mundial.

Conclusiones

Sin temor a equivocarme, considero que el documento mundial más certero y que nos da un alerta acerca del comportamiento del hombre con su entorno, es la Encíclica Laudato Si, de Francisco.

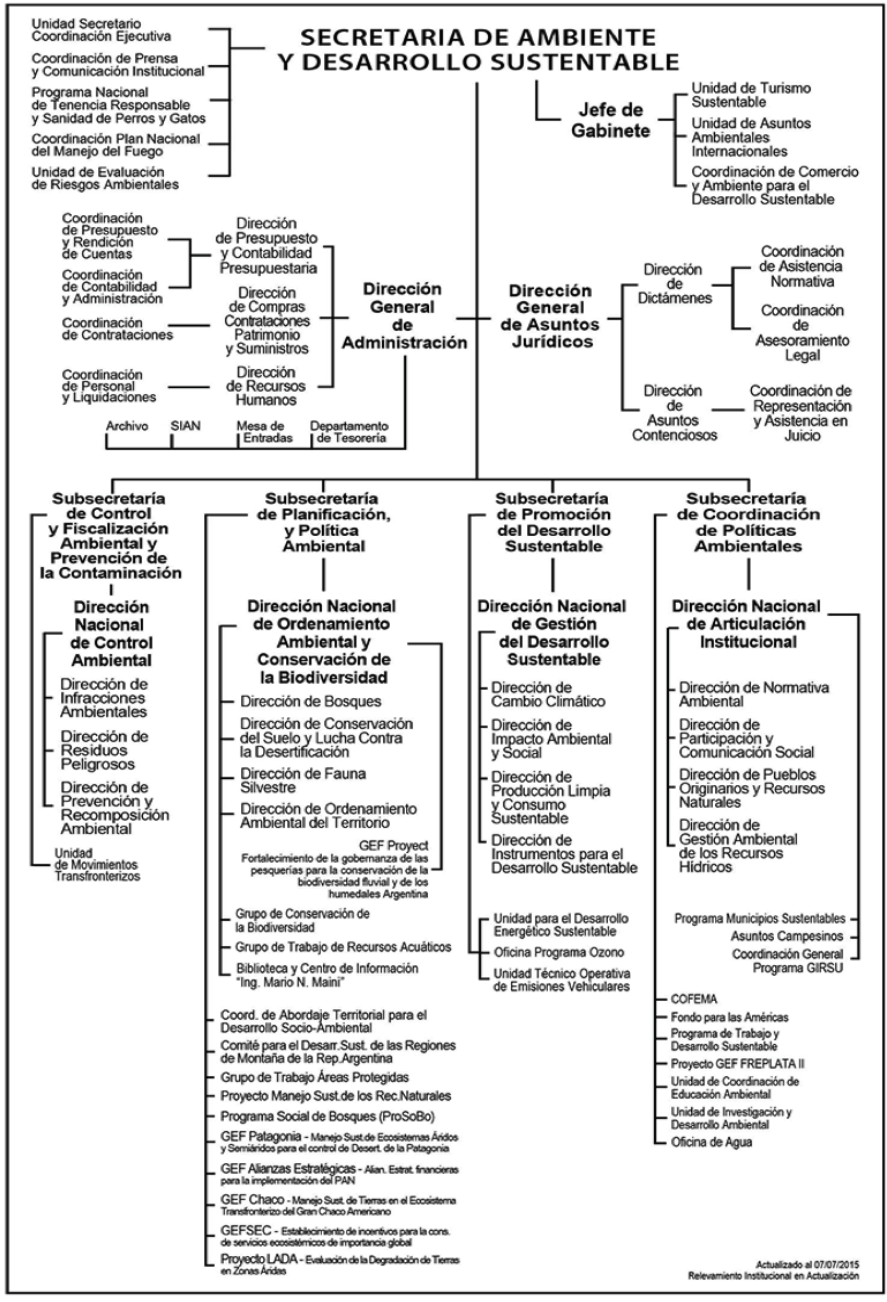
Ningún instrumento es tan manifiestamente claro, conciso y determinante a lo hora de explicarnos el problema y la solución.

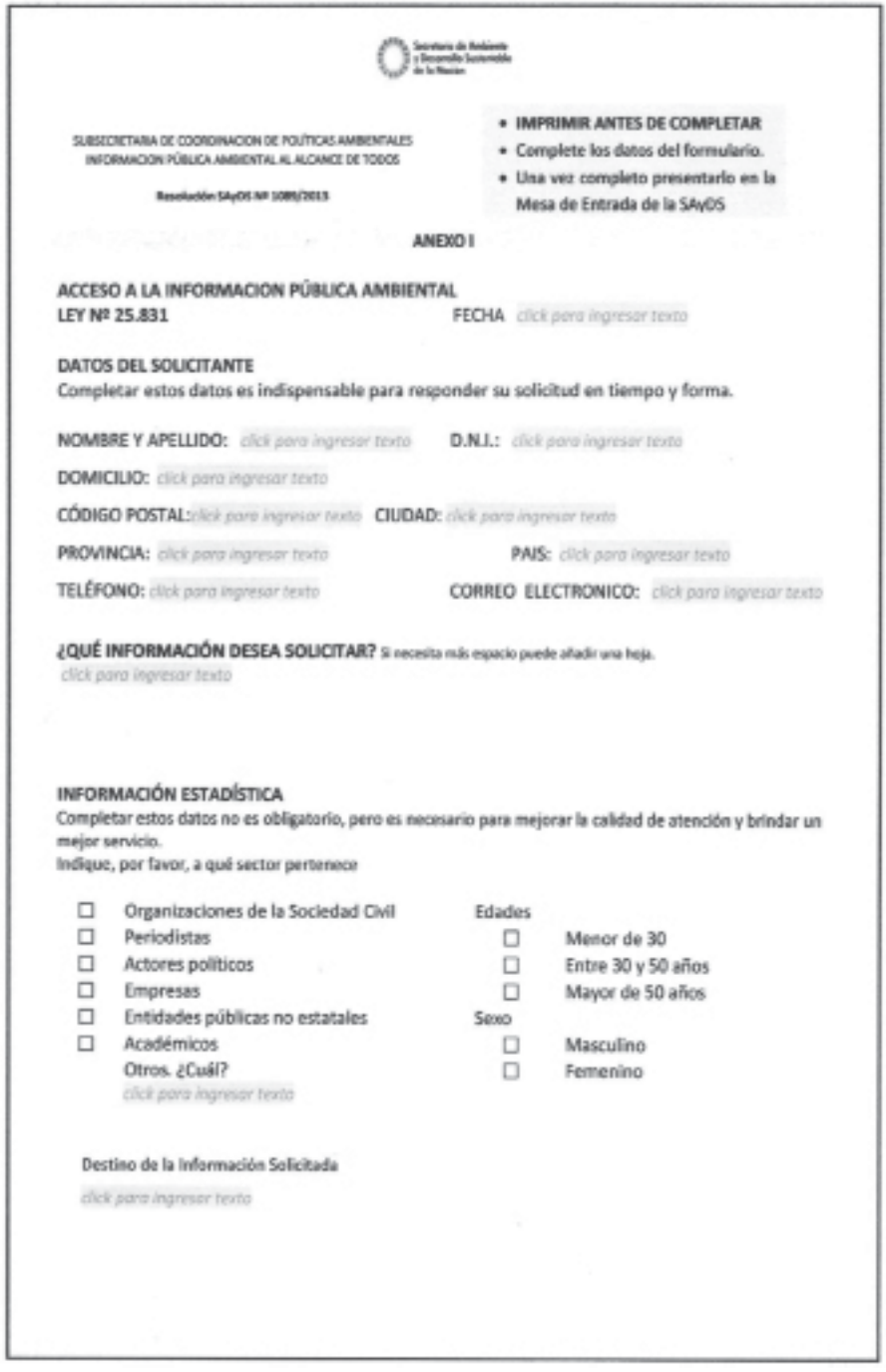
Es así que nos explica: "No todos están llamados a trabajar de manera directa en la política, pero en el seno de la sociedad germina una innumerable variedad de asociaciones que intervienen a favor del bien común preservando el ambiente natural y urbano. Por ejemplo, se preocupan por un lugar común (un edificio, una fuente, un monumento abandonado, un paisaje, una plaza), para proteger, sanear, mejorar o embellecer algo que es de todos. A su alrededor se desarrollan o se recuperan vínculos y surge un nuevo tejido social local. Así una comunidad se libera de la indiferencia consumista. Esto incluye el cultivo de una identidad común, de una historia que se conserva y se transmite. De esa manera se cuida el mundo y la calidad de vida de los más pobres, con un sentido solidario que es al mismo tiempo conciencia de habitar una casa común que Dios nos ha prestado. Estas acciones comunitarias, cuando expresan un amor que se entrega, pueden convertirse en intensas experiencias espirituales"[11].

En definitiva, la información juega un rol decisivo para este siglo, pero sin dudas es la forma en que el hombre la utilice, lo que determinará el sentido que tome este planeta en los próximos decenios, estamos en nuestras propias manos.

11 FRANCISCO, *"Laudato Si"*, *Carta Encíclica,* p. 174.

ANEXOS


SECRETARIA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE
Unidad Secretario Coordinación Ejecutiva
Coordinación de Prensa y Comunicación Institucional
Programa Nacional de Tenencia Responsable y Sanidad de Perros y Gatos
Coordinación Plan Nacional del Manejo del Fuego
Unidad de Evaluación de Riesgos Ambientales
Jefe de Gabinete
Unidad de Turismo Sustentable
Unidad de Asuntos Ambientales Internacionales
Coordinación de Comercio y Ambiente para el Desarrollo Sustentable
Dirección General de Administración
Coordinación de Presupuesto y Rendición de Cuentas
Coordinación de Contabilidad y Administración
Dirección de Presupuesto y Contabilidad Presupuestaria
Coordinación de Contrataciones
Dirección de Compras Contrataciones Patrimonio y Suministros
Coordinación de Personal y Liquidaciones
Dirección de Recursos Humanos
Archivo
SIAN
Mesa de Entradas
Departamento de Tesorería
Dirección General de Asuntos Jurídicos
Dirección de Dictámenes
Coordinación de Asistencia Normativa
Coordinación de Asesoramiento Legal
Dirección de Asuntos Contenciosos
Coordinación de Representación y Asistencia en Juicio
Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación
Dirección Nacional de Control Ambiental
Dirección de Infracciones Ambientales
Dirección de Residuos Peligrosos
Dirección de Prevención y Recomposición Ambiental
Unidad de Movimientos Transfronterizos
Subsecretaría de Planificación, y Política Ambiental
Dirección Nacional de Ordenamiento Ambiental y Conservación de la Biodiversidad
Dirección de Bosques
Dirección de Conservación del Suelo y Lucha Contra la Desertificación
Dirección de Fauna Silvestre
Dirección de Ordenamiento Ambiental del Territorio
GEF Proyect Fortalecimiento de la gobernanza de las pesquerías para la conservación de la biodiversidad fluvial y de los humedales Argentina
Grupo de Conservación de la Biodiversidad
Grupo de Trabajo de Recursos Acuáticos
Biblioteca y Centro de Información "Ing. Mario N. Maini"
Coord. de Abordaje Territorial para el Desarrollo Socio-Ambiental
Comité para el Desarr.Sust. de las Regiones de Montaña de la Rep.Argentina
Grupo de Trabajo Áreas Protegidas
Proyecto Manejo Sust.de los Rec.Naturales
Programa Social de Bosques (ProSoBo)
GEF Patagonia - Manejo Sust.de Ecosistemas Áridos y Semiáridos para el control de Desert. de la Patagonia
GEF Alianzas Estratégicas - Alian. Estrat. financieras para la implementación del PAN
GEF Chaco - Manejo Sust. de Tierras en el Ecosistema Transfronterizo del Gran Chaco Americano
GEFSEC - Establecimiento de incentivos para la cons. de servicios ecosistémicos de importancia global
Proyecto LADA - Evaluación de la Degradación de Tierras en Zonas Áridas
Subsecretaría de Promoción del Desarrollo Sustentable
Dirección Nacional de Gestión del Desarrollo Sustentable
Dirección de Cambio Climático
Dirección de Impacto Ambiental y Social
Dirección de Producción Limpia y Consumo Sustentable
Dirección de Instrumentos para el Desarrollo Sustentable
Unidad para el Desarrollo Energético Sustentable
Oficina Programa Ozono
Unidad Técnico Operativa de Emisiones Vehiculares
Subsecretaría de Coordinación de Políticas Ambientales
Dirección Nacional de Articulación Institucional
Dirección de Normativa Ambiental
Dirección de Participación y Comunicación Social
Dirección de Pueblos Originarios y Recursos Naturales
Dirección de Gestión Ambiental de los Recursos Hídricos
Programa Municipios Sustentables
Asuntos Campesinos
Coordinación General Programa GIRSU
COFEMA
Fondo para las Américas
Programa de Trabajo y Desarrollo Sustentable
Proyecto GEF FREPLATA II
Unidad de Coordinación de Educación Ambiental
Unidad de Investigación y Desarrollo Ambiental
Oficina de Agua
Actualizado al 07/07/2015
Relevamiento Institucional en Actualización



Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación

SUBSECRETARIA DE COORDINACION DE POLÍTICAS AMBIENTALES
INFORMACION PÚBLICA AMBIENTAL AL ALCANCE DE TODOS

Resolución SAyDS Nº 1085/2013

- **IMPRIMIR ANTES DE COMPLETAR**
- Complete los datos del formulario.
- Una vez completo presentarlo en la Mesa de Entrada de la SAyDS

ANEXO I

ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA AMBIENTAL
LEY Nº 25.831 FECHA *click para ingresar texto*

DATOS DEL SOLICITANTE
Completar estos datos es indispensable para responder su solicitud en tiempo y forma.

NOMBRE Y APELLIDO: *click para ingresar texto* D.N.I.: *click para ingresar texto*

DOMICILIO: *click para ingresar texto*

CÓDIGO POSTAL: *click para ingresar texto* CIUDAD: *click para ingresar texto*

PROVINCIA: *click para ingresar texto* PAIS: *click para ingresar texto*

TELÉFONO: *click para ingresar texto* CORREO ELECTRONICO: *click para ingresar texto*

¿QUÉ INFORMACIÓN DESEA SOLICITAR? Si necesita más espacio puede añadir una hoja.
click para ingresar texto

INFORMACIÓN ESTADÍSTICA
Completar estos datos no es obligatorio, pero es necesario para mejorar la calidad de atención y brindar un mejor servicio.
Indique, por favor, a qué sector pertenece

- ☐ Organizaciones de la Sociedad Civil
- ☐ Periodistas
- ☐ Actores políticos
- ☐ Empresas
- ☐ Entidades públicas no estatales
- ☐ Académicos

Otros. ¿Cuál?
click para ingresar texto

Edades
- ☐ Menor de 30
- ☐ Entre 30 y 50 años
- ☐ Mayor de 50 años

Sexo
- ☐ Masculino
- ☐ Femenino

Destino de la Información Solicitada
click para ingresar texto

Solicitud información pública ambiental

Objeto: Se entiende por Información Pública Ambiental toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable. En particular: a) El estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente; b) Las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente.

Legitimación: Toda persona física o jurídica tiene derecho a acceder a la información pública ambiental.

Gratuidad: El acceso a la información es totalmente gratuito (sólo es a cargo del solicitante el costo de la reproducción).

Interés: Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado, es decir no debe especificarse para qué se precisa la información solicitada.

Identificación: Es necesario detallar nombre completo, documento, y datos de contacto (domicilio, teléfono, correo electrónico) que sirvan para responder y/o para consultar precisiones sobre el pedido.

Celeridad: A fin de acelerar la tramitación de la respuesta, el solicitante deberá precisar lo más concretamente posible el objeto de la solicitud, pudiendo asimismo, agregar datos adicionales que crea convenientes, como por ejemplo -en caso de saberlo- el área donde se encuentra la información pedida.

Denegación: La información ambiental solicitada podrá ser denegada únicamente en los siguientes casos: a) Cuando pudiera afectarse la defensa nacional, la seguridad interior o las relaciones internacionales; b) Cuando la misma se encuentre sujeta a consideración de autoridades judiciales, en cualquier estado del proceso, y su divulgación o uso por terceros pueda causar perjuicio al normal desarrollo del procedimiento judicial; c) Cuando pudiera afectarse el secreto comercial o industrial, o la propiedad intelectual; d) Cuando pudiera afectarse la confidencialidad de datos personales; e) Cuando la información solicitada corresponda a trabajos de in-

vestigación científica, mientras éstos no se encuentren publicados; f) Cuando no pudiera determinarse el objeto de la solicitud por falta de datos suficientes o imprecisión; g) Cuando la información solicitada esté clasificada como secreta o confidencial por las leyes vigentes y sus respectivas reglamentaciones. Cuando un documento contenga información parcialmente reservada, se permitirá el acceso a la parte de aquella que no se encuentre contenida entre las excepciones listadas en los incisos precedentes.

Plazo: La resolución de las solicitudes de información ambiental se llevará a cabo en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, a partir de la fecha de presentación de la misma.

Interior: Los ciudadanos del interior del país pueden enviar su solicitud de información por correo postal, en cuyo caso sugerimos utilizar el formulario y consignar en el sobre "Solicitud de Información Pública Ambiental - Ley Nº 25.831", a fin de agilizar la respuesta de su presentación.

CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL AMBIENTAL Y PRUEBA: BREVES NOTAS ACERCA DEL REQUISITO DE "EFECTIVA" DEGRADACIÓN O CONTAMINACIÓN EN RECURSOS AMBIENTALES INTERJURISDICCIONALES

Alicia Morales Lamberti

I. Introducción

Los procesos ambientales generalmente se presentan como procesos atípicos, que exigen a los jueces tomar medidas novedosas, de interpretación pretoriana de las normas vigentes y de tutela diferenciada, para asegurar en concreto la tutela de derechos de linaje preferencial, como lo son los derechos de incidencia colectiva ambiental especialmente protegidos por nuestro ordenamiento Constitucional (art. 41). Todo ello implica la aplicación de técnicas procesales funcionales y acordes para la efectiva implementación de los derechos en el plano de la realidad socioambiental de que se trate.

En ese marco, la problemática de la competencia judicial en materia ambiental, aún trasunta una etapa dificultosa debido a las distintas interpretaciones que los magistrados realizan de las normas federales y locales existentes, lo que se relaciona estrechamente con la problemática probatoria para decidir sobre la competencia y la singular dimensión que presentan los asuntos de naturaleza ambiental, en tanto en ellos participan y convergen aspectos de competencia federal y otros de neta competencia provincial.

La resolución de los conflictos de competencia, plantean muchas veces dilaciones en el proceso, generando situaciones que confrontan la Constitución Nacional y normas de derecho ambiental donde se enfatizan, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial (acceso irrestricto a la jurisdicción ambiental), la aceleración de los tiempos para el reconocimiento de los derechos en lapsos razonables; la búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (primacía de la realidad), y la consagración, en definitiva, del derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad, no puede frustrarse por razones puramente formales (excesivo rigor procedimental).

Al respecto, la reciente jurisprudencia de la Corte -en su diversidad de fallos-, entre la que se destaca con carácter paradigmático la doctrina de los sucesivos pronunciamientos en la causa "Mendoza"[1], ha estimulado un diálogo disciplinar vigoroso de conceptos, métodos e instituciones, a los fines de brindar un proceso útil, adecuado y efectivo para la defensa y concreción de los derechos constitucionales a la vida, a la salud, a la integridad física y, principalmente, a gozar de un medio ambiente sano y adecuado para el desarrollo humano[2]. Con ello, se resignifican la fuerza y alcance de las reglas, principios y contenidos sustantivos y procesales ambientales, entre ellos, aquellas pautas interpretativas para discernir la competencia judicial ambiental.

La amplitud de variables implicadas y diversidad de fallos, requiere limitar el objeto de estas reflexiones a algunos estándares surgidos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que gestados principalmente en la aplicación de la ley 25.675, es susceptible de brindar los lineamientos y criterios sostenidos por dicho Tribunal para discernir los conflictos de competencia judicial en materia ambiental.

---

1 "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios", CSJN, sentencias del 20/6/2006 y 8/7/2008.

2 Cfr. art. 32 LGA, arts. 33, 41 y 75, inc. 22, de la Const. Nac., arts. 1 y 11 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, arts. 3 y 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 6.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

II. Competencia judicial ambiental

Como regla, el máximo Tribunal ha dejado claramente establecido que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido[3].

Tal premisa procede de la Constitución Nacional, la que si bien establece que le cabe a la Nación, a través del Congreso, "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional (CN)[4].

Por su parte, la Ley General del Ambiente Nº 25.675, establece en su artículo 6º los presupuestos mínimos que el artículo 41 de la Constitución Nacional consagra, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (artículos 2º, 4º y 8º). Dicha ley ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales, consagrando principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley.

La Ley General del Ambiente ha establecido una premisa en materia de competencia judicial ambiental: ella se rige por las reglas ordinarias de la competencia. En ese marco, es preciso poner de resalto que su artículo 7º establece que "La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto,

---

3 Fallos: 318:992, *in re* "Roca, Magdalena".

4 Fallos: 318:992, considerando 70 y 329:2280.

omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal". Por su parte, en consonancia con esa disposición, el artículo 32 (primera parte), ha establecido que "La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia"[5].

Consecuentemente, las disposiciones constitucionales y legales citadas anteriormente, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime cuando no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción[6]. Ello determina que –en principio- sean las autoridades locales, en ejercicio de sus facultades de poder de policía ambiental[7], las encargadas de valorar y juzgar si la actividad proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente.

Son las autoridades locales las encargadas de valorar y juzgar si la actividad proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente, ya que éste es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio[8]. Deben ser las autoridades judiciales locales las encargadas de valorar si una actividad compromete aspectos pro-

---

5 Asimismo, la ley 25.612 (de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio) dispone que "será competente para conocer de las acciones que derivan de la presente ley la justicia ordinaria que corresponda".

6 Fallos: 330:4234 y 332:1136. Si bien la Constitución establece que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente en su art. 41, anteúltimo párrafo, a las jurisdicciones locales en la materia, que por su condición y raigambre no pueden ser alteradas (Fallos: 329: 2280 y 329: 2469).

7 CSJN, *in re* "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y EN s/amparo", 14/9/2010, Fallos: 333:1784".

8 Fallos: 318:992; 332:1136; 330:4234.

pios del derecho local como ser lo concerniente a la afectación del medio ambiente"[9].

En general, tratándose de cuestiones atinentes al ejercicio del poder de policía ambiental, vinculadas a circunstancias de índole netamente local, resulta incompetente la Corte Suprema para entender por vía de su instancia originaria, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del artículo 14 de la ley 48[10].

La sola invocación por la demandante, que la causa concierne a normas de naturaleza federal, no funda *per se* la competencia originaria de la Corte Suprema en razón de la materia, ya que esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa "directa y exclusivamente" en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa[11], pero no cuando se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales[12] como son los atinentes a la protección ambiental en la provincia afectada[13]. En estos casos, el planteo conjunto de la materia federal y local, requiere examinar primero las normas de derecho público local interpretándolas en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, por lo cual dicha materia no resulta exclusivamente federal y, en consecuencia, no procede la instancia originaria de la Corte[14].

II.1. La complejidad e interdependencia inherente al ambiente

Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica judicial no resulta tan clara la línea divisoria entre lo "local" y lo "federal", ni resulta

---

9 Fallos: 331:2784; 329:2469; 329:2280.

10 CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo ambiental", 1/11/2011 (Fallos 334:1143).

11 Fallos: 97:177; 183:160; 271:244 y sus citas.

12 Fallos: 240:210; 249:165; 259:343; 277:365; 291:232 y 292:625.

13 Fallos: 318:992.

14 Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, in re "Comisión Vecinal Playas de Quequén c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ medida cautelar", CSJN Fallos: 330:4851, 20/11/2007.

unívoca la interpretación y alcance que los jueces otorgan al segundo párrafo del art. 7º de la Ley General del Ambiente, cuando establece "*En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal*".

Ello es así, en razón que la interdependencia es inherente al ambiente, y sobre la base de su complejidad y en función de la movilidad de los factores degradantes, podría inferirse erróneamente que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional del daño ambiental. Por esta razón, se ha considerado necesario ponderar la "localización del factor degradante", y en consecuencia, verificar si existen elementos que autoricen a concluir que será necesario disponer que otras jurisdicciones recompongan el medio ambiente que se dice afectado, en el caso en que se determine que ha incurrido en actos u omisiones en el ejercicio de su poder de policía en materia ambiental[15].

La interdependencia inherente al ambiente y la indiscutible migración de los cursos de agua, y de elementos integrados a ella como consecuencia de la acción antrópica, han sido considerados como datos insuficientes para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada, en razón que no se advertía razón para concluir que el caso en examen debía ser sustanciado y decidido por la jurisdicción federal pretendida[16].

III. El requisito de "efectiva" degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales

De acuerdo a lo anterior, en hipótesis de acciones que tienen por fin la prevención y recomposición del daño ambiental colectivo, la competencia corresponde a los tribunales de justicia ordinarios, y sólo excepcionalmente a los del fuero federal en aquellos

15 Vid. Causa A.40.XLII "ASSUPA c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental y daños y perjuicios", 25/9/2007.

16 "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Medio Ambiente y Calidad de Vida", Fallos: 329:2469.

casos en los que se encuentren afectados recursos naturales de distintas jurisdicciones[17].

Como se señalara anteriormente, la competencia originaria de la Corte en razón de la materia, sólo procede cuando la acción entablada se basa "directa y exclusivamente" en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, que tornar predominante en la causa la cuestión federal, pero no cuando se incluyen temas de índole local y de competencia de los poderes locales como los atinentes a la protección ambiental en la provincia afectada.

En principio y desde un punto de vista literal, el art. 7º LGA establece la competencia federal en materia ambiental, bajo criterios restrictivos de la competencia federal, la que además, por definición es de excepción, circunscribiéndose a los casos en que el acto, omisión o situación generada provoque "efectivamente" degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales. Con ese entendimiento literal, el aspecto probatorio de certidumbre del daño excluiría -a favor de la competencia local- el conocimiento de causas que supongan las nociones de riesgo, amenaza o verosimilitud de potenciales daños ambientales en recursos ambientales interjurisdiccionales o de situaciones de movilidad de factores degradantes o contaminantes.

Si se tiene presente que la interdependencia es inherente al ambiente, la aplicación de las reglas de atribución de competencia en materia ambiental reviste una especial complejidad, por cuanto el tribunal deberá formular una determinación y valoración probatoria *a priori* del alcance de la degradación o contaminación ambiental en términos de extensión espacial.

Para ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de distintos precedentes ha trazado algunos estándares a tener en cuenta para determinar la procedencia de la competencia federal en razón de la materia ambiental, estableciendo que procede en primer término delimitar el ámbito territorial afectado; en razón que el art. 7º de la LGA establece que debe tratarse de un recurso

17 Art. 7° LGA, Fallos: 330:4234.

ambiental interjurisdiccional[18] o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial, comprendiendo a más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional, puesto que debe tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción[19].

III.1. delimitación del ámbito territorial afectado: criterios de ponderación de la localización del factor degradante

Para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada frente a la denuncia por daño ambiental, debe ponderarse la localización del factor degradante, y más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a los desechos y efluentes que constituirían la contaminación denunciada, si no existen elementos que autoricen a concluir que será necesario disponer que otras jurisdicciones recompongan el medio ambiente, sólo tal provincia deberá responder y llevar a cabo los actos necesarios para lograr la recomposición del medio ambiente si se determina que ha incurrido en actos u omisiones en el ejercicio su poder de policía en materia ambiental[20].

Resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte, el proceso atinente al ejercicio del poder de policía ambiental, entre otras circunstancias de índole netamente local, si la actora no logró probar cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría presuntamente afectado y tampoco delimitó los suelos que estarían eventualmente contaminados, sino que sólo hizo una referencia genérica de que el problema que expuso lo tienen las tres provincias que citó en las que se desarrolla actividad, sin con-

18 Fallos: 327:3880 y 329:2316.

19 Fallos: 330:4234; 331:1679 y dictamen del Ministerio Público (M. 853.XLIV, Originario, "Municipalidad de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de y otros/amparo" (daño ambiental), 29/08/2008.

20 CSJN, "Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", 12/8/2008 (Fallos: 331:1679); CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de recomposición y saneamiento del Río Reconquista s/ medida cautelar", 8/4/2008 (Fallos: 331:699).

seguir encuadrar la cuestión debatida en los términos del arto 7° de la ley 25.675 General del Ambiente.

III.2. Debe tratarse de un recurso ambiental interjurisdiccional o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial

Existen criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, estableciendo que, en primer término, debe delimitarse el ámbito territorial afectado, pues, debe tratarse de un recurso interjurisdiccional[21], o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial[22].

La Corte ha sostenido que la cuestión planteada correspondía a su jurisdicción originaria[23] (art. 117 de la CN), configurando el presupuesto federal que la habilita en los términos del art. 7° de la ley 25.675 en tanto *a)*fue demandada una provincia; *b)*la denuncia efectuada por la actora se relaciona con la supuesta disminución del caudal fluvial ecológico de un río a fin de que se adopten las medidas pertinentes que garanticen el uso equitativo de sus aguas (recurso ambiental interjurisdiccional) y *c)*concurrían en la causa los extremos que autoriza a considerar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, en razón de la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida que vinculaba a las partes en el proceso, la cual era de carácter inescindible, exigiendo ineludiblemente la integración de la litis con los titulares del dominio de ambos recursos naturales, es decir, el del recurso federal sobre el cual se efectúa la actividad dañosa y el del recurso local sobre el cual aquélla impacta y que se busca recomponer, a los fines de que la sentencia pueda ser pronunciada útilmente[24].

---

21 Fallos: 327:3880 y 329:2316.

22 Fallos: 330:4234; 331:1679.

23 CSJ Fallos: 310:2478, "Palazzani, Miguel Angel c/ Mendoza, Provincia de y otros/ amparo ambiental", 4/2/2014.

24 Cfr. dictamen in re A.556, XLIII, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ medida cautelar", 5/12/2007.

Sin embargo, con independencia de que en el caso puedan encontrarse configurados los extremos exigidos por el artículo 7º, segunda parte, de la ley 25.675 para habilitar la jurisdicción federal, se ha sostenido que la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema, cuando la demanda carece de conexión con la relación jurídica sustancial que subyace al proceso en cuanto se dirige contra una provincia que no habría participado en el daño ambiental. De tal modo, en tanto que la provincia no participa en la actividad generadora del daño, tampoco puede ser condenada a cesar en ella (artículo 30, última parte de la ley 25.675), ni tampoco a recomponer o indemnizar, dado que el artículo 28 de la ley 25.675 asigna tales obligaciones a quienes hayan causado el daño[25]. La competencia originaria exige para su procedencia, que una provincia revista el carácter de parte nominal y sustancial en el pleito, aspecto este que no se verifica cuando se trata de la composición forzada de litisconsorcios activos o pasivos[26].

Igualmente, la mera invocación de responsabilidad del Estado Nacional en la tutela y cumplimiento del "Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo", no funda *per se* la competencia originaria del Tribunal en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa "directa y exclusivamente" en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa, pero no cuando se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales como son los atinentes a la protección ambiental en la provincia afectada[27].

---

25 Disidencia de las ministras Highton de Nolasco y Argibay in re "Palazzani, Miguel Angel c/ Mendoza, Provincia de y otros/ amparo ambiental", 4/2/2014.

26 Cfr. Expediente A.405.XLV, "Asociación Civil Diálogo por el Ambiente c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ambiental", resuelto el 20/4/2010; expediente A.262.XLV, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", resuelto el 1/11/2011; expediente A.28. XLV, "ASSUPA c. Alianza Petrolera Argentina S.A. y otros s/ daño ambiental", resuelto el 20/3/2012, entre otros.

27 CSJN, Fallos: 331:1312, "Altube, Fernanda Beatriz y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros", 28/5/2008.

En la causa iniciada a partir de una demanda por daño ambiental, no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema prevista en el art. 117 de la CN, si no se encuentra acreditado, y ni siquiera ha sido invocado, que "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales" (art. 7° de la ley 25.675), de modo de justificar la competencia federal y el Estuario de Bahía Blanca cuya recomposición se pretende está ubicado en la Provincia de Buenos Aires y la contaminación denunciada, atribuida al derrame de desechos y efluentes derivados de las actividades que realizan las empresas demandadas, también encontraría su origen en territorio de ese Estado provincial[28].

III.3. Problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción

Si la degradación de recursos ambientales, cuya recomposición se pretende, están ubicados en una provincia, y la contaminación denunciada, atribuida al derrame de los desechos derivados de las actividades que realiza la empresa demandada, también tiene su origen en territorio local, es competente la justicia provincial, pues el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime *cuando no se advierte un supuesto en problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción*, ni se ha acreditado que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, de modo de surtir la competencia federal[29] o bien, que

---

28 CSJN, "Schroeder, Juan y otros /c Buenos Aires, provincia de y otros /s daño ambiental", 1/8/2013.

29 CSJN: "Benzrihen, Carlos Jorge y otro/a c/ Industrias Magromer Cueros y Pieles S.A. s/daños y perjuicios del /cuas. (Exc. Aut. y Estado)", 21/9/2010 (Fallos: 333:1808). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-. En igual sentido, "Surfrider Foundation Argentina Asociación Civil c/ Estado Nacional y otros s/amparo", 19/5/2009 (Fallos: 332:1136); CSJN, in re "Vecinos por un Brandsen Ecológico Soc. Civil c/ Buenos Aires, provincia de y otros s/ Amparo", 16/12/2008 (Fallos: 331:2784).

se trata de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción[30].

Sin embargo, la complementación en la actividad de las jurisdicciones federales y locales en materia ambiental, y la regionalización de las tareas en la que pueden mancomunar sus esfuerzos los distintos estados, que en líneas generales tiende a una armonización en las mismas (Vg. gestión regional de RSU), trae aparejado en los hechos cuestiones de competencia, ya sea administrativa o jurisdiccional, que en los casos concretos plantean problemas en pos del respeto de las competencias que los distintos niveles de gobierno tienen sobre ésta materia. El abordaje a tal problemática puede estar dado desde la persona, el lugar o la materia, elementos esenciales en materia de competencia, conforme las reglas y los principios generales en materia ambiental.

Con ese marco, teniendo presente el principio de complementación en materia ambiental, el principio de gestión integral y de regionalización de los residuos domiciliarios, y la responsabilidad conjunta que le cabe a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires en punto a la actividad que desarrolla el CEAMSE en la región comprensiva de sus territorios, todo ello en relación a la problemática ambiental que subyacía en la causa, la Corte consideró que el conflicto planteado entrañaba una cuestión federal por la persona[31].

---

30 Fallos: 333:1808; 330:4234; 332:1136 y 331:1679.

31 CEAMSE v. Nuevo Ambiente Centro Vecinal de Punta Lara s/amparo", Cámara Federal de La Plata, Sala 1ª, La Plata, 28/6/2005. La naturaleza del convenio suscripto entre la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Buenos Aires, integra el ámbito del derecho intrafederal con sustento en el art. 124 de la CN. Las consideraciones efectuadas por el Tribunal, evidenciaron además una importantísima consecuencia en el plano de la responsabilidad en materia ambiental: tanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como la Provincia de Buenos Aires, dentro del marco de su competencia, son responsables por las acciones que desarrolla el CEAMSE con relación al medio ambiente, en la región donde dicho ente deposita de manera final los residuos domiciliarios de ambos estados (art. 41 CN).

IV. Acerca del alcance la prueba de la efectiva degradación o contaminación interjurisdiccional

De acuerdo a lo relacionado anteriormente, en los términos del art. 7º de la ley 25.675, sólo procede la competencia federal cuando la contaminación sea generada en recursos ambientales interjurisdiccionales, y si no se aportó prueba o estudio ambiental que permita afirmar ese extremo y las manifestaciones que realiza en la demanda no permiten generar la correspondiente convicción, en razón de que la determinación de la naturaleza federal del pleito -el carácter interjurisdiccional del daño denunciado-, el conocimiento del proceso incumbe a la justicia local[32].

La verosimilitud o probabilidad de la interjurisdiccionalidad, ha sido ponderada por Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendiendo que se configura la competencia federal cuando existe la potencialidad de contaminación de aguas, que a su vez, puedan afectar otras jurisdicciones más allá de la frontera de una Provincia[33], lo que se relaciona estrechamente con la problemática probatoria del grado de probabilidad o verosimilitud para decidir sobre la competencia.

Descartadas que las meras posibilidades de daños ambientales por contaminación extensiva, basadas en la indiscutible migración de los cursos de agua, y de elementos integrados a ella como consecuencia de la acción antrópica, constituyan fundamento suficiente para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada, como se ha referido anteriormente, para valorar las situaciones que se plantean no debe perderse de vista que la definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, descartando afirmaciones conjeturales e hipotéticas, por lo que "resulta imprescindible demostrar, con alguna evaluación científica", la efectiva contaminación o degradación,

---

32 Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, in re "Justicia Ambiental Asociación Civil c/Municipalidad de Concepción del Uruguay y otros/ordinario", CSJN, C. 919. XLIII; COM, 26/02/2008, principalmente Fallos 334:476 y 335:387.

33 Cfr. Fallos: 318:1369; 325:823 y Competencia N° 1118.XXXVI in re "Marre de Daverede, Inés Susana s/ denuncia", 20/2/2001.

según los términos de la Ley General del Ambiente, de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, "la convicción debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad, o, en su defecto, la de alguna evidencia que pruebe que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas"[34].

Sin embargo, esa doctrina judicial se encuentra relativizada, mediante sólidos argumentos formulados en sucesivos votos en disidencia del Dr. Lorenzetti en las causas "Rivarola"; "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá" y "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ San Antonio Servicios Especiales S.A. y otros s/ acción de amparo"[35], sosteniendo que solo bastaría que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional, sin exigir la presentación de una evaluación científica o estudio que pruebe la efectiva contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional.

Con cita en un precedente del mismo Tribunal el Presidente de la Corte ha sostenido que "el art. 7 de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el *sub lite* en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia, -la degradación o contaminación de recursos ambientales- al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva..."[36].

En ese sentido, ha destacado que la Corte Suprema "en ningún caso ha exigido la presentación de una evaluación científica o estudio que pruebe la efectiva contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional en casos como el de autos (Fallos: 329:2469). Por el contrario, es jurisprudencia de esta Corte que para que 'en

---

34 Fallos: 329:2469; 330:4234; 334:476 y 335:387.

35 Cfr. Fallos: 334:476; 335:387 respectivamente y Causa A. 581. XLVIII. REX, 16/10/2012.

36 Fallos: 329:2316, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros".

principio' se configure el presupuesto del art. 7°, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, sólo basta que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional. Así lo sostuvo esta Corte en el precedente "Fundación Medam c/ Estado Nacional Argentino y otro" (Fallos: 327:3880), donde se dijo que: "En cuanto a la materia, se advierte que, según surge de los términos de la demanda, los procesos contaminantes afectan fuertemente la composición química del acuífero freático y del lindero Río Paraná, circunstancia que habilita a entender que, en principio, se hallaría configurada la interjurisdiccionalidad que requiere el art. 7°, segundo párrafo, de la ley 25.675" (…) Sólo cabría hacer excepción a ese principio en aquellos casos en los cuales, la contaminación ambiental no afecta directamente a un recurso interjurisdiccional, sino que dicha afectación se produce por la "migración de los cursos de agua, y de elementos integrados como consecuencia de la acción antrópica..."[37].

En consecuencia, según este criterio basta según se desprenda del relato de los hechos de la demanda, que se advierta *prima facie* un daño ambiental interjurisdiccional, para que corresponda la competencia a la justicia federal: Resulta competente la justicia federal para conocer en la causa tendiente a obtener el cese del daño ambiental y a la salud, así como la recomposición del daño ambiental, ya que se encontraría directamente afectado un recurso interjurisdiccional como es el río Paraná y el art. 7 de la LGA prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales[38]. Asimismo "(…) las posibles afectaciones a recursos hídricos que indirectamente perjudicarían ambientalmente otras jurisdicciones y a cuencas hidrográficas que son recursos interjurisdiccionales en sí, son fundamento suficiente para determinar la competencia federal"[39].

---

37 Fallos: 330:4234 "Assupa c/ San Juan, Provincia de y otros".

38 Disidencia del juez Ricardo L. Lorenzetti, Fallos 334:476.

39 Fallos: 335:387.

V. Casos de litispendencia declarada, limitada a aquellos procesos en que el bien jurídico ambiental es colectivo, que pertenece a la esfera social y transindividual

La litispendencia declarada en la causa "Mendoza", con la consecuente radicación de las causas ante el Juzgado Federal de ejecución de la sentencia, al que se atribuyó dicha competencia, está rigurosamente limitada a aquellos procesos en que el bien jurídico ambiental comprometido es colectivo, supraindividual, indivisible, impersonal y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares y no cuando la lesión a ese tipo de bienes -de incidencia colectiva- tuviera repercusión sobre el patrimonio individual, caso en que deberán tramitar ante el tribunal -provincial o federal- que resultare competente según las normas generales establecidas en las leyes, con el alcance sentado en diversas reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte para discernir la competencia en asuntos de naturaleza ambiental[40].

VI. Casos en que la condición de legitimados para demandar que revisten los estados provinciales, no constituye un fundamento suficiente para disponer su citación como terceros

Corresponde declarar la incompetencia de la Corte para entender en forma originaria en la demanda por daño ambiental si la condición de legitimados para demandar que revisten los Estados provinciales no constituye un fundamento suficiente para disponer su citación como terceros, pues la previsión del art. 30 de la ley 25.675 no determina la "necesaria" participación de todos los legitimados para interponer la demanda de daño ambiental colectivo, sino sólo la posibilidad de admitir su intervención en calidad de terceros si concurren voluntariamente a un proceso promovido con anterioridad por otro de los sujetos habilitados[41].

---

40 CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", 10/11/2009 (Fallos: 332: 2522).

41 CSJN, "ASSUPA c/Alianza Petrolera Argentina S.A. y otros s/daños ambiental", 20/3/2012. -De la misma fecha, con remisión a este precedente: A. 750.XLVI. ASSUPA c/ Braspetro y otras y A.556.XLIII. ASSUPA c/ Y.P.F. S.A. y otros-.

VII. La responsabilidad general en orden a la obligación de evitación de daños ambientales, no configura la exigencia de "parte en sentido sustancial"

Solo resultaría justificada la competencia originaria de este Tribunal *ratione personae*, si se llegase a la conclusión de que el Estado Nacional debe ser parte en el proceso; extremo que exige desentrañar si, más allá de que ha sido nominalmente demandado, cabe considerarlo parte sustancial en la cuestión planteada. Si de los términos de la demanda, a cuya exposición de hechos se debe acudir de modo principal para determinar la competencia, se desprende que las únicas omisiones que generarían el pedido de amparo de la actora al poder jurisdiccional se refieren a las autoridades provinciales, y nada se concreta en el escrito inicial respecto de actos u omisiones en que pudiesen haber incurrido las autoridades nacionales, en temas en los que se les debiese atribuir una participación o responsabilidad directa[42].

No aparece configurada la exigencia de que el Estado Nacional sea parte en sentido sustancial, en la medida en que no se advierte que se le pueda atribuir una relación directa con la cuestión que surja manifiesta de la realidad jurídica, más allá de las expresiones formales usadas por las partes[43]. El eventual ejercicio por parte de la Nación de facultades relacionadas con el medio ambiente, sustentadas en la responsabilidad general en orden a la obligación de evitar que se causen daños ecológicos, no resulta suficiente para atribuirle el carácter que se pretende, ya que su responsabilidad de carácter general al respecto, no permite involucrarla a tal extremo, de manera obligada, en las consecuencias dañosas que se produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención[44].

---

42 Fallos: 322:190.

43 Fallos: 313:1681.

44 Fallos: 312:2138.

VIII. Criterio de la predominancia y efectivo acceso a la justicia ambiental

Según la Suprema Corte bonaerense, lo crucial es que: "si (…) lo "predominante" es la protección contra el daño al ambiente, la cuestión resulta dirimible en la jurisdicción provincial, por cuanto "la competencia ordinaria en el caso de cuestiones predominantemente ambientales es la que mejor se aviene con la regla del acceso a la justicia ambiental, pauta que -entre otras- se abastece a partir de la proximidad geográfica entre sujetos afectados y magistrados intervinientes"[45].

IX. Relación de síntesis

La problemática del discernimiento de la competencia judicial en materia ambiental, aún trasunta una etapa dificultosa debido a las distintas interpretaciones que los magistrados realizan de las normas federales y locales existentes, lo que se relaciona estrechamente con la problemática probatoria para decidir sobre la competencia, por cuanto en los asuntos de naturaleza ambiental participan y convergen aspectos de competencia federal y otros de neta competencia provincial.

La síntesis expositiva de la doctrina judicial relevada, permite por una parte, visualizar y hacer permeable la percepción de la efectividad del ejercicio de la jurisdicción, a través del cual la justicia ambiental puede y debe realizarse en una sociedad real; y por otra, denota el diálogo y discusión disciplinar sobre las bases de diversas construcciones de la teoría general y del proceso ambiental, como consustanciales a la perspectiva compleja de su objeto.

Dichos criterios, vienen influenciando decisivamente la actuación de los jueces como constructores de soluciones efectivas para la resolución de conflictos ambientales y sociales, mediante la elaboración de una especie de "teoría general de la jurisdicción ambiental",

---

45 SCBA, C. 100.575, "Sociedad de Fomento y Cultura de Villa Amaducci contra Movistar S.A. (ex Movicom S.A.) y otra. Materia a designar", sent. del 9/9/2009).

que toma como referencia directa la decisión judicial y donde esa teoría debería orientar didácticamente la práctica judicial.

En ese marco, cabe recordar que la Corte Suprema sigue reiterando que el principio inveterado por el que las resoluciones que se refieren a medidas precautorias, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario pues no revisten el carácter de sentencias definitivas. Simultáneamente, progresivamente viene sosteniendo la excepción, que parte del enunciado general que "*cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo*" (Fallos: 331:1622).

Como ocurre con toda excepción singular, ésta a su vez, se constituye en una nueva regla singular dentro del marco normativo de la ley general del ambiente, que se enuncia así: "*Hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios de prevención y precautorio, contemplados en la ley general del ambiente*" (Fallos: 333:748). Por ende, los umbrales del *proceso urgente, autónomo y definitivo* reconocen base normativa constitucional (arts. 41 y 43 CN) y sus contornos se delinean con fundamento en los arts. 4º, 30 y 32 de la Ley 25.675. Los contornos que lo definen, surge de la regla establecida en el considerando 15º de la sentencia en la causa "Mendoza" (Fallos: 331:1622): "*la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces*" y la sentencia "*resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo*". Luego, ese *proceso urgente, autónomo y definitivo* es el previsto –en sus rasgos esenciales-, por la ley 25.675, que ha creado un proceso y procedimiento más amplio que el amparo y que, por lo tanto, necesariamente incluye en el marco del mayor debate y prueba, el eventual cese de la actividad dañosa y la adopción de medidas de resguardo para el futuro[46].

---

46 Del voto en disidencia de los doctores Maqueda y Zaffaroni, en "Assupa c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros", citado anteriormente.

En consecuencia, se puede constatar que ese *proceso urgente, autónomo y definitivo,* caracterizado por la urgencia, bilateralidad, autonomía y el carácter definitivo, seguramente tendrá progresivamente influencia en los criterios para decidir sobre la competencia, según la singular dimensión que presentan las causas judiciales de naturaleza ambiental.

MEDIDAS CAUTELARES

Aldo Guarino Arias [*]

Introducción

Con este modesto aporte me he propuesto abordar un tema que tiene connotaciones particulares en el Derecho Ambiental.

Por esta razón deseo destacar la importancia de la decisión del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio Público de Abogados y Procuradores de la Segunda Circunscripción de Mendoza de realizar en este año 2015, un seminario de "*Derecho Procesal Ambiental*", en el que, con la participación de sus miembros y especialistas invitados se puedan analizar las ponencias sobre distintos temas procesales para insertarlos luego en un libro, que sirva de modesta colaboración con los operadores del Derecho Ambiental, no solamente jueces y abogados, sino también con sectores de la política y la administración pública.

Advertimos que la tarea no será fácil, pues si el Derecho Ambiental es, como sostienen la mayoría de los autores, "una noví-

[*] Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Sociales de Mendoza. Director del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio Público de Abogados y P. de San Rafael. Vice director del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza.

sima rama de la ciencia jurídica"[1], el derecho procesal ambiental lógicamente es más nuevo, con la dificultad de ambos de tratarse de materias dispersas en varias normas de distinta jerarquía.

Si como decía párrafos anteriores este trabajo conjunto pretende ser una colaboración con todos los operadores del Derecho Ambiental, no solamente de jueces y abogados, sino también con sectores de la política y la administración pública, creo necesario dar un somero repaso al concepto de "las medidas cautelares" en el concepto del derecho procesal clásico, especialmente del derecho procesal civil.

La finalidad es poder comparar luego, la dinámica de las medidas cautelares en el Derecho Ambiental.

No haré un comentario exegético de la legislación, sino más bien, destacar el procedimiento cautelar, a través de un análisis de su naturaleza jurídica.

Medidas cautelares en el proceso civil clásico. Naturaleza jurídica

Procesos cautelares

Introducción

Normalmente todos los estudios sobre medidas cautelares -o los procesos cautelares -van precedidos de una introducción sobre los fundamentos -el por qué- o la razón de ser de esta institución de neto corte procesal.

Es una realidad que el proceso, la tramitación de un expediente está influenciado por el tiempo. Todos los actos procesales cumplidos por las partes y por el Juez están determinados por plazos y términos.

Un plazo para contestar la demanda, plazos para ofrecer pruebas, plazos para producirlas, plazos para alegar y plazos para dictar sentencia y así, sucesivamente hasta obtener una sentencia defini-

---

1 KARS, Jorge A., "Nuevas tecnologías y derecho ambiental", en Revista de Derecho Industrial, Depalma Nº 41, Bs. As., 1992.

tiva que declare el derecho sobre una pretensión, que permita su satisfacción por vía de ejecución.

Es también una realidad que bajo estas condiciones, los procesos se eternicen.

El problema de la morosidad judicial no es un problema nuevo. Podetti por ejemplo en la nota al art. 91 del C.P.C. de Mendoza, dice que el tema de la morosidad judicial es tan trillado que es innecesario insistir en él[2].

No es el propósito ahora de analizar las causas de la morosidad judicial. Basta con señalar en honor a la verdad que la responsabilidad sobre este fenómeno, es del sistema judicial en su conjunto.

Partiendo de la base de esta realidad, el derecho procesal ha aportado una solución para no convertir en ilusorio un derecho, anticipándole la tutela jurisdiccional.

El proceso cautelar

Concepto

Podetti[3] advierte que según sea el enfoque que le demos al estudio de las medidas cautelares, tendremos una designación aproximada. De allí es que, si buscamos su nombre en la pretensión tendríamos que llamarlas acción cautelar, en la forma de sustanciarlas, las llamaremos procesos cautelares y si por la resolución, deberíamos llamarla, sentencias cautelares.

Este mismo enfoque, más modernamente lo da Roberto Loutayf Ranea[4] en la obra sobre medidas cautelares dirigida por el Dr. Peyrano, específicamente al tratar los aspectos generales del procedimiento en las medidas cautelares.

---

2 C.P.C. de Mendoza - Art. 91 - Nota.

3 Podetti, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Bs. As., 1969.

4 Loutayf Ranea, Roberto, *Tratado de las medidas cautelares*, Jurídica Panamericana, Santa Fe, 1996.

El autor, citando a Reimundín[5] dice que la materia cautelar ha sido estudiada por la doctrina desde tres puntos de vista distintos, como **acción**, cuyo propulsor es Chiovenda, como **proceso**, cuyo origen está en la obra de Carnelutti y como sentencia en las enseñanzas de Calamandrei.

El proceso cautelar se ubica entre la pretensión (acción) y la decisión (sentencia).

Estos tres puntos de vista en el estudio de las medidas cautelares guardan una íntima relación. Es evidente que el proceso cautelar nace con una pretensión y culmina con una decisión.

Este proceso, para Ugo Rocco[6] consiste en el conjunto de actos que desde la pretensión cautelar, se desarrollan en forma coordinada y progresiva tendientes a obtener una medida judicial que asegure el eventual cumplimiento de la sentencia de mérito a dictarse en un proceso de conocimiento o de ejecución.

En la doctrina se discute si se trata de un proceso autónomo o si es dependiente de otro proceso principal.

Quienes estudian las medidas cautelares desde el punto de vista del procedimiento, lo ven como un proceso autónomo, toda vez que está regulado por la ley, con requisitos específicos, formas de cumplimiento, sistema de notificaciones y recursos.

En cambio quienes analizan las medidas precautorias desde el punto de vista de su finalidad es evidente que siempre se las está vinculando a otro proceso principal. De Santo, por ejemplo denomina a las medidas cautelares, como proceso cautelar sin tratar el tema de su autonomía o unidad[7].

Para Palacio[8], los llamados procesos cautelares revisten el carácter de complementarios de un proceso principal. Su fundamento arranca precisamente de considerar el fin u objeto de las medidas cautelares, que no es otro que poner a cubierto el derecho que

---

5 REIMUNDÍN, *C.P.C. y C. de la Nación*, Zavalía, Bs. As., 1970.

6 ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Depalma, Bs. As., 1969, citado por Loutayf Ranea.

7 DE SANTO, Víctor, *El proceso civil*, Universidad, Bs. As., 1982, t. I, p. 25.

8 PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil,* Abeledo-Perrot, Bs. As., t. I, p. 306.

se hace valer en el proceso principal para que no se vea alterado por el tiempo que transcurre entre la iniciación y el pronunciamiento de la sentencia que pone fin al proceso.

En base a este argumento el autor señalaba que los procesos cautelares carecen en rigor de autonomía, pues su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso.

Para Palacio, la función que el Juez cumple en esta clase de procesos no es ajena a un proceso de conocimiento, pero no sería un conocimiento sobre el fondo de la cuestión, sino de en conocimiento periférico tendiente a formular un pronunciamiento de simple probabilidad de la existencia del derecho.

La opinión de Palacios a que he hecho referencia está contenida en el Tomo I de su obra de Derecho Procesal Civil, que según la nota del editor se terminó de imprimir el 15 de junio de 1979.

Sin embargo, años más tarde, el 3 de abril de 1989, se terminó de imprimir el Tomo VIII destinado al estudio de los procesos cautelares y voluntarios.

Aquí, el destacado autor habría cambiado de criterio al afirmar que "el tipo de limitación cognoscitiva que obedece a la necesidad de anticipar la tutela del derecho invocado incide en otros caracteres del proceso cautelar y no se presenta en ninguna otra clase de procesos, lo cual configura una nota suficientemente significativa para propiciar la autonomía de aquel..."[9].

Martínez Botos, en su obra sobre las medidas cautelares, coincide con esta última opinión de Palacios[10].

Para Kielmanovich, la pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza, porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición que constituye el objeto del proceso extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción diversa de la petición del proceso principal,

---

9 Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil,* Abeledo-Perrot. Bs. As., 1989, t VIII, p. 19.

10 Martínez Botos, *Medidas cautelares*, Universidad, Bs. As., 1990, p. 34.

llamada a tener una virtualidad provisoria por más que pueda mediar alguna coincidencia entre una y otra[11].

En cambio para Roland Arazi[12] el proceso cautelar es accesorio de otro principal. En principio no tienen un fin en sí mismo y para demostrarlo recurre a tres argumentos. A) Si el proceso cautelar se sustancia antes de la demanda y esta no se interpuso en el plazo señalado en los códigos, la medida cautelar caduca automáticamente. B) Si se opera la caducidad de la instancia principal la medida debe ser levantada y c) Si la demanda también es desestimada en la sentencia, corresponde dejar sin efecto también las providencias cautelares.

He dejado para el final de esta apretada síntesis sobre el tema, la opinión de Podetti, autor del Código Procesal Civil de Mendoza hasta hoy vigente, quien sostiene que las medidas cautelares "constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional, o sea de la defensa en juicio de las personas y de los derechos, por lo tanto son un accesorio, o instrumento o elemento de otro proceso ... por cuanto se otorgan en consideración al derecho que ha de esclarecerse en el proceso de pleno conocimiento[13].

Por mi parte pienso y comparto la opinión de Podetti y de Roland Arazi y la opinión del Dr. Quevedo Mendoza. El procedimiento cautelar no es autónomo sino accesorio de un proceso principal; mis razones son las siguientes:

1. Oportunidad procesal para pedir la protección cautelar

Por lo general, todos los ordenamientos procesales prevén que las medidas precautorias pueden ser solicitadas antes de promover la demanda, o en cualquier estado del proceso, con la aclaración de que si se piden antes de entablar la demanda, si no se promueve esta en un plazo que es breve, perentorio y fatal, se debe decretar la caducidad de la medida, de oficio o a petición de parte, ordenán-

---

11 KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares,* Rubinzal Culzoni, p. 49.

12 ARAZI, Roland, *Medidas cautelares*, Astrea, Bs. As., 1999, p. 6.

13 PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares,* Ediar, Bs. As., 1969, p. 33.

dose el levantamiento de las medidas que se hubieran cumplido, sin que el interesado pueda pedirla en el futuro por la misma causa.

Funciona también aquí, la responsabilidad como si la medida hubiera sido solicitada sin derecho. Esta es la norma del art. 112 inc. 8 del C. de Mendoza[14].

El C.P.C.C. Nacional, en su art. 195 es más claro al respecto[15].

Es también la normativa contenida en el proyecto en el art. 366 inc. VIII[16].

2. La caducidad de instancia

El art. 80 del C.P.C. de Mendoza en su inciso primero, expresamente establece que "La caducidad declarada en 1ª instancia, anula los procedimientos afectados por ella…".

Esto quiere decir que si se declara la caducidad de la instancia, necesariamente deben levantarse las medidas cautelares, por tratarse de procedimientos afectados u otorgados en razón de la existencia del juicio principal.

---

14 Art. 112, inc. 8: "*Las medidas precautorias cumplidas antes de la demanda, caducarán automáticamente, si dentro de los quince días de haberse cumplido no se deduce la acción y el tribunal de oficio, dispondrá su levantamiento. En tal hipótesis, los daños y perjuicios serán a cargo del solicitante de la medida, quien no podrá pedirla nuevamente por la misma causa*".

15 Art. 195: "*Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida*".

16 Art. 366, inc. VIII): "*Las medidas precautorias cumplidas antes de la demanda deberán contener una somera descripción de la acción a la que accede la cautelar. Caducarán automáticamente, si dentro de los quince días de haberse cumplido no se deduce la acción, y el Tribunal de oficio o a petición de parte, dispondrá su levantamiento. En tal hipótesis, los daños y perjuicios serán a cargo del solicitante de la medida, quien no podrá pedirla nuevamente por la misma causa. En defecto de lo dispuesto por las leyes especiales, las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda. Salvo que, a petición de parte, se reinscriban antes del vencimiento de ese plazo correspondiente, por orden del Tribunal que entendió en el proceso*".

Si el proceso cautelar fuera autónomo, independiente del proceso principal, caeríamos en el contrasentido de que la medida cautelar no se podría levantar o dejar sin efecto.

3. La contracautela

El art. 112 inc. 3º del C.P.C. de Mendoza establece que las medidas cautelares se concederán bajo la responsabilidad del solicitante, *quien deberá otorgar* la contracautela dispuesta por la ley o por el Tribunal.

Al estudiar la contracautela veremos todos los aspectos vinculados con su fin, forma de constitución, extinción, etc...

Por ahora basta con señalar que la contracautela, no es un requisito de admisibilidad. Así lo tiene dicho la Suprema Corte de Mendoza, al sostener que el ofrecimiento de contracautela no es un presupuesto de admisibilidad de la medida precautoria, sino un requisito necesario para que, de ser concedido pueda efectivizarse[17].

Consecuentemente, puede omitirse el ofrecimiento de la contracautela, en cuyo caso el Juez puede emplazar al solicitante para que la constituya, o si se la ha ofrecido, aun para que la mejore.

Esta es en alguna medida la solución del art. 201 del C.P.C. de la Nación, relativa a la mejora de la contracautela[18].

Como la contracautela puede hacerse efectiva cuando la medida se declara haberse pedido sin derecho, demuestra su accesoriedad.

4. El derecho

El art. 112 inc. 1º del C.P.C. modificado por la ley 2637 establece: "*El solicitante deberá acreditar en forma sumaria el derecho que invoca. Este requisito no podrá ser suplido por ofrecimiento de garantías o fianzas*". El código en su texto originario disponía

17 S.C. de Mza. L.A. 48 - FS. 5.

18 C.P.C. y C. Nacional, art. 201.

"El solicitante deberá acreditar *prima facie* y en forma sumaria el derecho que invoca, a menos que ofrezca garantía real suficiente para responder a las consecuencias de la medida.

No se puede sostener que el derecho que debe invocarse y acreditarse sumariamente en el procedimiento cautelar sea distinto del derecho cuyo reconocimiento se pide en el principal. Es el mismo derecho lo que varía el grado de cognición por parte del Juez.

Por ello el rechazo de la demanda en la sentencia definitiva, hacen desaparecer uno de los presupuestos de admisibilidad de las medidas precautorias, que es el derecho, y obviamente hace que las mismas queden sin efecto.

5. El peligro en la demora

El escrito deberá expresar en forma clara y concreta el peligro de pérdida o frustración del derecho, o la urgencia de la medida.

Este es uno de los requisitos de las medidas cautelares de mayor importancia a los efectos de que el Juez pueda despachar favorablemente el anticipo de la tutela jurisdiccional.

El escrito debe expresar en forma objetiva el peligro, sin que pueda aceptarse un simple temor del solicitante. Tiene que ser por lo tanto una situación de hechos que puedan ser apreciadas en sus posibles consecuencias[19].

La jurisprudencia mendocina ha dicho que este requisito de las demandas cautelares, es un requisito de admisibilidad[20].

6. Competencia

Uno de los primeros aspectos a analizar respecto del procedimiento es el relativo a la competencia.

---

19 S.C. Mza. J. de Mza. 1º Serie. T. XXIX, p. 296.

20 20. S.C. Mza. L.A. 50 - FS. 180.

¿Ante qué Juez debe interponerse la pretensión cautelar? ¿qué Juez debe sustanciarla, resolverla y cumplirla?

El Código Procesal Civil de Mendoza no contiene en el título dedicado a las medidas precautorias ninguna norma para determinar la competencia.

Si la encontramos en las reglas generales sobre la competencia, art. 6 inc. c, que establece que "en las acciones preliminares, accesorias y conexas y por cumplimiento de resoluciones judiciales, es competente el Juez a quien corresponda el conocimiento del principal.

Igualmente en los casos de procesos ordinario posterior a uno compulsorio o especial y de modificación o levantamiento de una medida precautoria previa.

Recordamos al respecto que para el autor del Código de Mendoza, el proceso cautelar es un proceso accesorio del principal.

En el C.P.C. y C. de la Nación por el contrario, existe una norma específica, el art. 196, que expresamente establece "Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.

El proyecto de Código para Mendoza, contiene una norma textualmente igual al C.P.C.C. de la Nación (art. 366 inc. VI).

¿Qué pasa cuando la medida precautoria ha sido decretada por un Juez incompetente? El Código de la Nación y el proyecto resuelven el problema estableciendo la validez de la medida siempre que la misma se hubiera ajustado a las prescripciones del Código, debiendo el Juez incompetente remitir las actuaciones al Juez competente de inmediato.

En el Código de Mendoza vigente, la situación no está prevista pero siguiendo la opinión de la doctrina, atento el carácter de urgencia, la medida cumplida por un Juez incompetente, no puede ser invalidada siempre que se hubieran cumplido los recaudos del art. 112 y su posterior apartamiento, debe plantearse por vía de declinatoria o inhibitoria.

7. Recursos

Uno de los temas que más ha suscitado el interés de la jurisprudencia, es el relativo a los recursos contra las resoluciones cautelares. Pueden plantearse distintas hipótesis. Veamos.

El auto que acoge una medida cautelar, es apelable (art. 112 inc. 7º C.P.C. de Mendoza) en forma abreviada (art. 134 C.P.C. de Mendoza).

En este caso, la ley expresamente establece en el art. 112 que la apelación no tiene efecto suspensivo.

En esta apelación debe dejarse testimonio de las piezas necesarias para el cumplimiento del auto debiendo elevarse a la Cámara el expediente, dentro de los 4 días de concedido el recurso (art. 135 inc. II y IV).

Otra hipótesis: Cuando la medida cautelar es denegada, también es apelable (art. 112 inc. 7) en forma abreviada y con efecto suspensivo (art. 134 C.P.C. de Mza.).

Otro caso que puede plantearse es el de un auto que concede una medida precautoria distinta de la solicitada o bien limitada. Entiendo que aquí estaríamos en presencia de una especie de denegación de la medida, por lo que el solicitante podría apelarla.

Otro caso: Supongamos que la medida cautelar es denegada en primera instancia. El solicitante apela y en la Cámara se revoca la decisión del a-quo, haciendo lugar a la medida cautelar. ¿Qué recurso tiene el afectado por la medida?

Es evidente que tanto la sustanciación de la medida como el recurso se han tramitado in audita parte, el afectado recién toma conocimiento cuando es notificado de la resolución de la Cámara, pero es evidente también que no procede la apelación, ya que es la misma Cámara la que tendría que resolver.

Por otra parte, en nuestro régimen procesal la apelación se interpone ante el mismo Juez que dictó la resolución para ante un tribunal superior jerárquico.

Desde mi punto de vista al afectado por la medida, le quedarían dos recursos. Primero: por tratarse de una resolución que siendo

apelable legalmente se ha convertido en los "hechos" en inapelable procedería el recurso de reposición normado por el art. 131 a fin de que la misma Cámara revoque la resolución por contrario imperio.

El otro recurso, pero no en sentido estricto, sino como un medio de impugnar la resolución, solicitar en 1º instancia su levantamiento por vía incidental.

Por último, un tema que ha concitado preocupación en la doctrina y en la jurisprudencia, es el relativo a la procedencia o no de los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte.

Un fallo del máximo Tribunal, que luego ha seguido aplicándose determinó que "los recursos extraordinarios no proceden contra las resoluciones recaídas en materia de medida precautoria por cuanto les falta el requisito de la definitividad"[21].

El requisito de la definitividad para la procedencia de los recursos extraordinarios es aquella que se da, cuando la cuestión resuelta no puede ser planteada nuevamente en el mismo o en otro proceso.

El carácter provisorio de las medidas cautelares hace, por lo menos en forma aparente, desaparecer el requisito de la definitividad.

Sin embargo, algunas luces aparecen para sostener que ello no es tan así. Es decir no es una regla absoluta.

Tengo presente la opinión del querido maestro Efraín Quevedo Mendoza, quien advierte que las dificultades siguen torturando al Superior Tribunal cada vez que debe establecer, en el concreto caso, la definitividad de la resolución recurrida, recordando que ello depende de la infinita variedad de casos y de la infinita variedad de matices que puede presentar cada caso[22].

En la Suprema Corte de Mendoza algunos fallos comenzaron a abrir el camino hacia una interpretación no tan rigurosa. Así, ya en el año 1966 se dijo que "el requisito de que la resolución ponga

---

21 S.C.Mza., L.S., 75 FS 338 ; L.S. 76, FS 359 ; L.S. 122, FS 296.

22 QUEVEDO MENDOZA, Efraín, *Temas de Casación y Recursos Extraordinarios*, Platense, La Plata, 1982, p. 489.

término en forma irreversible en las instancias ordinarias a la cuestión, debe ser interpretado en base al criterio de la irreparabilidad del agravio, por lo que, tratándose de resoluciones dictadas durante el trámite del proceso, es necesario que las mismas hagan imposible la continuación del mismo o que diriman una cuestión cuya autonomía sustancial haga que sus efectos no sean susceptibles de ser reparados ni fuera ni dentro del proceso.[23]

Este criterio se siguió aplicando en distintas composiciones de la Corte para llegar al concepto de que deben considerarse definitivas las sentencias que causan o pueden causar perjuicios irremediables o de difícil o insuficiente reparación[24].

En varios casos se ha recurrido al concepto de la sentencia "ruinosa" para hacer lugar a los recursos extraordinarios contra resoluciones que carecían del requisito de la definitividad y que permitirían el planteamiento de la cuestión en otro proceso[25].

En muchas oportunidades la Corte mendocina ha dicho que el apartamiento del principio de la definitividad de la sentencia, solo se justifica en casos muy excepcionales, en que la sentencia aparece como ruinosa, no bastando para ello la existencia de una condenación por una suma considerable, pues es menester la concurrencia de otras circunstancias que configuran aquel carácter y demuestran razonablemente que la sentencia impugnada, es de *imposible, improbable o insuficiente reparación*[26].

Augusto Mario Morello, con la agudeza que lo caracteriza, afirma que "sabido es (y se leerá en infinidad de precedentes) que para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en principio (es decir por regla) las resoluciones que decretan ... (medidas precautorias) no habiliten la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48, ... por cuanto no constituyen sentencia definitiva"... pero sin embargo esa regla mucho dista de ser rígida e inflexible pues se halla

---

23 S. Corte de Mendoza. tomo XXXI, p. 490. L.A. 56, fs 388.

24 S.C. de Mza., L.S. 173, FS. 77 ; 188, FS. 286 ; 185, FS. 74, L.S. 132, FS. 487 ; L.A. 66, FS. 94 y otros.

25 S.C. de Mza., L.A. 66, FS. 94 ; L.S. 102, FS. 147.

26 S.C. Mza., L.A. 65, FS. 354 ; L.A. 66, FS 94 ; L.S. 132, FS. 487; L.S. 102, FS.147.

cribada de excepciones, que garantizan el proceso justo, que por ser tantas, también constituyen una regla [27].

En el C.P.C. y C. de la Nación es procedente el recurso de reposición y la apelación, subsidiaria o directa contra la providencia que admita o deniegue una medida cautelar (art. 198).

En caso de admitirse la medida se concede un efecto devolutivo, es decir sin efecto suspensivo.

En el proyecto está prevista la apelación como recurso contra las resoluciones cautelares, en las reglas comunes para los procesos urgentes (art. 365 inc. 3º).

Tiene las mismas formas, efectos y redacción que el código vigente.

8. Venta anticipada de los bienes sujetos a una medida precautoria

Otro argumento más a favor de la accesoriedad de las medidas cautelares, está dado por las normas que establecen la venta anticipada de bienes sujetos a la medida. En ese sentido el art. 114 del C.P.C. establece que "*existiendo peligro de pérdida o desvalorización de los bienes sujetos o afectados a una medida precautoria, el tribunal a pedido de interesados y con vista a la contraria podrá disponer su venta en pública subasta, depositándose el producido en el banco para depósitos judiciales donde quedará embargado a los fines de aquél. Para la venta se seguirá el procedimiento establecido para la subasta en proceso ejecutivo*". Esto demuestra que el proceso cautelar es accesorio del principal, pues el resultado de la venta debe quedar depositado a las resultas del juicio.

Medidas cautelares que podrían considerarse autónomas

El proyecto de C.P.C. para la provincia de Mendoza que tuvo entrada en el Senado en julio de 2001, cuyo tratamiento fue recha-

27 MORELLO, Augusto Mario, "El recurso extraordinario en las medidas cautelares", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1989.

zado, contiene una amplia regulación del procedimiento cautelar bajo el nombre de "medidas precautorias" a partir del art. 366. Lo novedoso de este proyecto es la incorporación de figuras cautelares no previstas en el código actual, salvo la "denuncia de daño temido" y "la oposición a reparaciones urgentes incorporadas al C.P.C. como art. 219 bis y 219 ter por la ley 5597; o la recuperación del inmueble abandonado (art. 399 ter ley 4136, art. 4, los otros serían la medida innovativa, las medidas de protección siquiátrica, la tutela anticipatoria y la tutela autosatisfactiva.

Medidas cautelares de los procesos ambientales

El análisis de los procesos ambientales desde el punto de vista de su objeto y de las distintas instituciones procesales nos lleva a afirmar que casi todos, por no decir todos los procesos ambientales son de naturaleza cautelar en tanto están destinados a mitigar, prevenir, suspender, reparar, etc., el daño al ambiente.

Esta afirmación nos lleva a comprender las diferencias que existen con las medidas cautelares clásicas, diferencia que surge de un derecho más dinámico que necesita soluciones de fondo más pronto en el tiempo.

Las principales normas implicadas

CNUMAD – Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo. Río de Janeiro, 5 de junio de 1992

Este documento consensuado en la "ECO92" celebrada en Río de Janeiro, Brasil, a principios de junio de 1992, consta de 27 principios y reemplazó a la proyectada "carta de la tierra".

El principio 7 consagra la obligación de todos los estados de conservar, proteger y restablecer determinados aspectos del medio ambiente[28].

---

[28] Declaración de Río 1992, principio 7: "Los Estados deberán cooperar en un espíritu de coalición mundial para conservar, proteger y restablecer la salud e inte-

El principio 10 consagra el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativas, entre estos el resarcimiento de daños[29].

El principio 13 obliga a los Estados a dictar leyes que garanticen la indemnización del daño ambiental[30].

El principio 15 es el que con precisión consagra el principio de "precaución", institución de neto corte cautelar[31].

La Constitución Nacional 1994

La reforma constitucional de 1994 incorporó con el nombre de nuevos derechos y garantías, en el capítulo segundo, arts. 41 y 43 específicas normas de derecho ambiental[32].

---

gridad del ecosistema de la Tierra. En vista de las diferentes contribuciones a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les corresponde en la búsqueda internacional de un desarrollo sostenible en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen".

29 Declaración de Río 1992, principio 10: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda. En el plano nacional cada individuo deberá tener acceso adecuado a la información relativa al medio ambiente de que disponen las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos; entre éstos, el resarcimiento de daños".

30 Declaración de Río 1992, principio 13: "Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar de manera más decidida para elaborar nuevas leyes internacionales relativas a la responsabilidad y la indemnización por los efectos negativos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control en zonas situadas fuera de su jurisdicción".

31 Declaración de Río 1992, principio 15: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de una certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

32 Constitución Nacional 1994. Arts. 41 y 43: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que

Dice Leonardo Fabio Pastorino[33] que "para el derecho ambiental interno este es – sin dudas - el aspecto central de la cuestión. El alcance que se le quiere dar a la palabra ambiente, sus componentes, las complejidades que abarca, la postura filosófica adoptada a su respecto, el trasfondo político y de intereses económicos involucrados, son algunos de los temas a desarrollar se trata de una cuestión fundamental para cualquier análisis de la cuestión ambiental en nuestro derecho positivo y que dará sustento a razonamientos positivos en busca de una concreta protección ambiental y un modelo equitativo que compatibilice el desarrollo humano con las potencialidades de la naturaleza sin ocasionar perjuicios ni al hombre ni a ella".

---

las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos". "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio".

33 Pastorino, Leonardo Fabio, "El daño ambiental". Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 123 y ss.

Paulina Martínez[34] citando a varios autores ha sostenido que el derecho ambiental, es por esencia preventor. La regla de oro del derecho ambiental es prevenir.

Ley general del ambiente Nº 25.675/2002

El art. 30 de esta ley[35] establece la procedencia de la demanda por daño ambiental y quienes son los legitimados para demandar, como así también la posibilidad de solicitar mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo a "toda persona".

Estamos así, en presencia de las acciones o procesos ambientales. La acción típica del art. 32 de la ley, 1er apartado, y la acción de amparo, que luego veremos.

Este art. 32 en su segundo apartado establece que en cualquier estado del proceso, aun con el carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse.

Al final del apartado se dispone que "el juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte" es decir de oficio.

---

34 MARTÍNEZ, Paulina, *"Principio precautorio y principio preventivo en el Derecho Ambiental"*. Tutela jurídica del Medio Ambiente. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Advocatus, Córdoba. Argentina, 2008, p. 356.

35 Ley 25.675. Art. 30: "Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

Presupuestos de admisibilidad

En la obra de Horacio Gianella sobre el C.P.C. de Mendoza se mencionan tres presupuestos implícitos de admisibilidad.[36]

a) La acreditación sumaria del derecho que se invoca, normalmente llamado "verosimilitud del derecho"; b) El peligro en la demora o la urgencia en la medida y c) Otorgamiento de la contracautela.

Los autores de la obra citada reconocen respecto de la contracautela, que un sector de la doctrina y jurisprudencia considera que es en realidad un requisito de cumplimiento para los casos que es exigida.

Por mi parte he sostenido que la contracautela no es un requisito de admisibilidad, sino un requisito para que la cautelar pueda ser cumplida, basándome en la jurisprudencia inobjetable de la Suprema Corte que determinó que "cuando la medida precautoria se concede sin haberse constituido la contracautela, corresponde emplazar al solicitante de la medida para que la ofrezca o constituya a satisfacción del juez[37].

Con mayor razón no lo es en los procesos ambientales, donde hemos visto, de acuerdo a la ley 25.675 en su art. 32, se admite que el Juez de oficio, sin pedido de parte, puede dictar medidas precautorias. Sería absurdo exigirle al juez que en una cautelar de oficio ofrezca o pida una contracautela.

Verosimilitud del derecho

En los procesos ambientales, entiendo que este requisito rige tanto para la parte interesada, como para el juez, cuando actúa de oficio. Es un requisito que no requiere la certeza jurídica, basta con acreditar sumariamente el derecho que se invoca[38].

---

36 Gianella, Horacio, *Código Procesal Civil de Mendoza,* La Ley, Bs. As. 2009, p. 716.

37 Guarino Arias, Aldo, *Código Procesal Civil de Mendoza,* Edic. Jurídicas de Cuyo, Mza., 1986, t. III, p. 59.

38 Gianella, Horacio y otros, ob. cit.. p. 716.

Peligro en la demora

En materia de procesos ambientales "el peligro en la demora" ha adquirido especial relevancia para evitar el daño o su agravamiento"[39].

Prevenir el daño, ha dicho el autor constituye una de las funciones más importantes, sobre todo con especial referencia a la Constitución de 1994 que consagró este principio en los arts. 41 y 43[40].

Copani no duda en afirmar que a los fines de contar con instrumentos idóneos para dicha tutela preventiva, propone la adopción de medidas cautelares no solo de oficio, sino especialmente la "tutela anticipada" y la medida autosatisfactiva; advirtiendo que si no se concede la anticipación pedida, tal circunstancia derivaría fatalmente en un principio irreparable[41].

Este concepto merece algunas aclaraciones. Cuando el daño ambiental no aparece como inminente, o presente, las decisiones judiciales han actuado con prudencia, denegando medidas cautelares cuando aparecen como prematuras[42], ello según el máximo Tribunal de la Nación, cuando la cuestión planteada resulta compleja, tanto en la prueba como en los precedentes judiciales.

La contracautela

La contracautela es una institución de neto corte procesal y ha sido incluida en los procesos ambientales regulados por la ley 25.675. "En cualquier estado del proceso, aun con el carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse.

---

39 COPANI, Juan Carlos. "Problemas que suscita la extensión de la cosa juzgada en los procesos tuitivos de la cosa juzgada en los procesos colectivos". Libro de ponencias XXIII. Congreso Nacional de D. Procesal, La Ley. Bs. As. 2005, p. 34.

40 COPANI, Juan Carlos, ob. cit., p. 35.

41 COPANI, Juan Carlos, ob. cit., p. 35.

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Autos P732, XLVI Palazoni Miguel Angel c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ Amparo ambiental.

Algunas veces se ha discutido si la contracautela debe guardar proporción con la medida cautelar.

Entiendo que no es así necesariamente, pues ambos tienden a proteger situaciones distintas. La medida cautelar protege el derecho sustancial del proceso principal. La contracautela protege los daños y perjuicios que puede sufrir el afectado por la medida si esta se pidió sin derecho. En consecuencia corresponde al juez, apreciar el alcance de la contracautela.

Clases de contracautela

En el Código Procesal Civil de Mendoza, al igual que la mayoría de los códigos del país (art. 112 inc. 3) se dispone, podrá ofrecerse fianza de instituciones bancarias, comerciales o de personas de reconocida reputación y responsabilidad económica, pero no se admitirá fianza de profesionales…".

En el derecho procesal civil, se ha afirmado que existen tres tipos de cauciones: juratoria, personal y real. La caución personal es la que se cumple por el otorgamiento de fianzas, en tanto que la real abarca los bienes que se dan en garantía, sea en depósito en dinero o valores o bienes muebles a embargo, prenda o hipoteca…[43].

Andrés Gil Domínguez, citado por Paulina Martínez, sostiene que en los procesos colectivos, la regla debe ser la caución juratoria y la excepción, con sumo carácter restrictivo, la contracautela pecuniaria[44].

La caución juratoria

En la obra del C.P.C. de Mendoza coordinada por Horacio Gianella[45] con cita de Novellino[46], se critica fuertemente a la caución

---

43 Gianella, Horacio y otros, ob. cit., p. 733.

44 Martínez, Paulina, ob. cit., p. 379, con cita de Andrés Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar. Bs. As. 2005, p. 225.

45 Gianella Horacio, ob. cit., p. 733.

46 "La contracautela exigida por el art. 199 del C.P.C. como requisito para el dictado de toda medida precautoria debe ser, en principio y salvo supuestos excepcionales de carácter real o personal y no simplemente juratoria. La Ley 2003-D-1021.

juratoria como contracautela por no considerarla una verdadera garantía, "pues en realidad esta es una promesa de reparación que una garantía, ya que ni otra persona distinta de quien puede resultar responsable de los daños, ni bienes particularizados de este o de un tercero quedan afectados a pago de los perjuicios que provoque".

La acción de amparo y las medidas cautelares

Dice Leonardo Fabio Pastorino[47], que la adopción de la vía de amparo como vía para la cesación del daño, se trata de un camino consolidado por la casuística.

La Ley Nacional de Amparo Nº 16.985 del año 66 no contiene una regulación expresa sobre las medidas cautelares en este tipo de proceso, pero debe entendérselas implícitamente comprendidas en cuanto el art. 15 declara apelables las resoluciones que dispongan medidas de no innovar -o la suspensión del acto impugnado-.

Por su parte el art. 17 de la ley que son supletorias de las normas precedentes, las disposiciones procesales en vigor.

Néstor Pedro Sagües[48] señala que la ley 16.986 no ha querido legislar toda la temática procesal del amparo, optando por el "procedimiento abreviado de creación jurídica "que preconiza Kelsen, remitiéndose a otros cuerpos legislativos en rigor.

La legislación de amparo en Mendoza

En la provincia de Mendoza, por decreto ley 2589/75, se reglamentó la acción de amparo y en lo tocante a las medidas cautelares en el art. 35 estableció…". En cualquier estado de la instancia el juez o tribunal podrá ordenar a petición de parte, medidas de no innovar, las que se cumplimentarán en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. En el caso de hacerse lugar, el juez o tribunal exigirá la contracautela adecuada para responder de los

47 PASTORINO, Leonardo Fabio, ob.cit., p. 263.

48 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Acción de amparo*, Astrea, Bs. As., 1995, tomo 3, p. 529.

daños que dichas medidas pudieran ocasionar. La solicitud deberá resolverse el mismo día de su presentación.

Por último no podemos dejar de ponderar un fallo del 4º Juzgado Civil de la 2ª Circunscripción de Mendoza, con asiento en la ciudad de San Rafael, a cargo de la Dra. Mónica Cubillos, de fecha 04 de febrero de 2015, en los autos Nº 122.394, caratulados: "Correa Gabbi, Héctor c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Amparo".

El meduloso trabajo del letrado amparista, mereció una especial dedicación de la señora Juez para concluir que el caso imponía una medida cautelar innovativa a fin de garantizar los derechos de la población, al gobierno y al proponente, suspendiendo la audiencia pública por falta de cumplimiento de los requisitos para obtener la declaración de impacto ambiental.

Lo novedoso del fallo es que se ordena al amparista prestar caución juratoria ante el secretario del Tribunal, en concepto de contracautela.

La ley provincial de Mendoza Nº 5961 de preservación, conservación, defensa y mejoramiento del medio ambiente

Esta ley publicada el 25/02/93, en su título IV se refiere a la defensa jurisdiccional del ambiente cuyo artículo 17 establece: "*Cuando por causa de hechos u omisiones se generare lesión, privación, perturbación o amenaza en el goce de intereses difusos y derechos colectivos que produzca o pueda producir desequilibrios ecológicos o de la sustentabilidad ambiental o afecten valores estéticos, urbanísticos, arquitectónicos, paisajísticos u otros bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de las personas, podrán ejercerse entre los tribunales correspondientes: a. La acción de protección para la prevención de un daño grave e inminente o la cesación de perjuicios actuales susceptibles de prolongarse; b. La acción de reparación de los daños colectivos para la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo*"; y en lo tocante a las medidas cautelares el artículo 21 determina: "*Antes de la notificación de la demanda, el juez podrá ordenar de oficio o a petición de parte las medidas que se consideren necesarias tendientes a la*

cesación de los perjuicios actuales o potenciales al ambiente. Podrá fijar una contra cautela a cargo del peticionante, merituando la magnitud del perjuicio actual o potencial y los daños que la medida pudiera causar al accionado. Cuando se tratare de hechos, actos u omisiones de órganos o agentes de la Administración Pública, el juez requerirá de ésta un informe detallado relativo a los fundamentos y antecedentes de las medidas impugnadas y la evaluación del impacto ambiental pertinente y, en su caso, la D.I.A.".

La ley de Mendoza Nº 7722 Sobre minería, recursos naturales prohibición protección de recursos hídricos

La ley 7722 del 22/06/2007 en lo referido a las medidas cautelares en su artículo 6 se remite a la ley 25.675 al expresar: "*La autoridad administrativa deberá identificar los daños ambientales que puedan existir y/o que se produzcan en el futuro con causa en la actividad minera, a efectos de exigir administrativamente la remediación del daño, o en su defecto requerir la misma según el procedimiento judicial que regula la Ley 25.675*".

El presente trabajo no pretende agotar el tema pues existen diversas normas, aún de carácter administrativo que se refieren a las medidas de protección al medio ambiente, y solo aspira o incentivar otras investigaciones.

EL AMPARO AMBIENTAL

Raúl Carlos Bonino

En cuanto a las medidas judiciales para la protección ambiental, existen dos vías que las disponen y regulan, a saber; en el orden provincial la Ley 5961, y a nivel nacional la Ley 25.675.

La Ley 5961, a partir del art. 17 establece distintas acciones judiciales en defensa del medio ambiente.

a) Acción de protección para la prevención del daño o para hacer cesar los perjuicios actuales susceptibles de prolongarse en el tiempo.

b) Acción de reparación del daño colectivo, consistente en la recomposición a su estado anterior.

La Legitimación: El particular no tiene legitimación.

En cuanto a la legitimación para accionar, esto es, quiénes pueden promover o instar la intervención de la justicia, el art. 20 dispone que podrán accionar:

a) Personas NO Físicas: Las autoridades provinciales o municipales, Fiscalía de Estado y ONG constituidas para defensa del ambiente.

b) Personas Físicas: deben denunciar ante la Fiscalía de Estado (art. 23).

c) Peticionante sin legitimación: la situación está prevista en el art. 22 que señala que el Juez ordenará el impulso de la acción a cargo del Ministerio Público.

Medidas Judiciales

El art. 21 dispone que antes de la notificación de la demanda, el Juez podrá ordenar de oficio o a petición de parte, medidas tendientes a la cesación de los perjuicios actuales o potenciales al ambiente pudiendo exigir contracautela si lo estima necesario.

El art. 25 dispone que en los demás aspectos no regulados serán de aplicación las disposiciones del régimen general de amparo. Esto es Decreto-Ley 2589/75 y Ley 6504/97.

En cuanto al plazo para interponer el amparo ambiental rige la ley 6.504/97 y es de diez días a partir de ocurrido el evento.

Este plazo ha merecido distintos análisis doctrinarios y jurisprudenciales en cuanto a su operatividad. Hay quienes sostienen, que luego de la sanción del art. 43 en la C.N. ese plazo ha quedado derogado, otras posturas aluden a su inconstitucionalidad, y una tercera opinión alude a su constitucionalidad, pero que deberá interpretarse flexiblemente la vigencia del mismo, en cuanto a partir de cuándo comienza su curso, teniendo especial consideración la materia de que se trata. Pues en materia ambiental se haya de por medio el orden público y la garantía constitucional al derecho de vivir en un ambiente sano.

Se ha dicho con fuertes argumentos, que el plazo sería en primer lugar un impedimento del acceso a la justicia. En segundo término, si la Constitución Nacional no establece un plazo, no puede una norma inferior fijarlo sin violar la supremacía constitucional (confr. entre otros, Salgado, Alí Joaquín y Verdaguer, Alejandro Cesar, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad,* 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Ciudad de Bs. As., 2000, ps. 145/149).

En la Provincia de Mendoza, los Tribunales se han pronunciado en sentido contrario a tomar el plazo de diez días como determinante para la viabilidad formal del recurso. Conforme lo resuelto por la I Cámara de Apelaciones en autos Nº 80.866 / 36.237 caratulados "Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gobierno de Mendoza p/ acción de amparo", autos Nº 80.866 / 36.237, de la Primera Circunscripción Judicial, el plazo de caducidad de diez días dispuesto por las normas procesales locales resulta inaplicable para los amparos ambientales, dado que se encuentran en juego intereses

colectivos y normas de orden público. Así se pronunció la Cámara: "atento al bien público que trata de resguardar el amparista, consideró que era admisible la acción intentada, aunque se haya demorado en el tiempo".

Por su parte la S.C.J. de Mendoza sostuvo en la causa Nº 78.245 caratulada: "*Y.P.F. Sociedad Anónima en J. 80.866 Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gob. de la Prov. de Mza. p/ Acc. de Amp. S/Inc. Cas.*": "En cuanto al argumento de que la acción de amparo habría sido interpuesta en forma extemporánea, no puede considerarse arbitrario el razonamiento de las instancias anteriores en tanto y en cuanto han considerado que interviene en el caso un interés público de especial atención. Ya reseñamos el carácter eminentemente público del Derecho Ambiental y a su directa y operativa raíz constitucional expresa en el art. 43 CN cuyo primer párrafo establece que el amparo "se extiende no solamente a lo que acaece o acaeció, sino también a lo que pueda acaecer" (Alberto Antonio Spota, "Análisis de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional", E.D. 163-772)".

A modo de conclusión diremos que en la Provincia de Mendoza el artículo 1º del Dto. Ley Nº 2589/75, modificado por la Ley Nº 6.504, dispone que: "Podrá interponerse acción de amparo en contra de todo hecho, acción u omisión emanado de órganos o agentes de la Administración Pública provincial o municipal...." También es de tener presente las disposiciones contenidas en los arts. 27 a 33 de la Ley Nacional General del Ambiente Nº 25.675 y las contenidos de la Ley 5961 Título IV, modificada por la ley Nº 6686.

Ley 25.675

Como se ha dicho anteriormente, en el orden nacional rige la Ley 25.675.

En la redacción del art. 30 se advierte que prevé dos acciones de carácter colectivo y una de naturaleza individual.

a) La acción para recomponer el ambiente dañado.

b) La acción de cese por amparo. Para hacer cesar las actividades generadoras del daño ambiental colectivo.

Ambas surgen del art. 43 de la C.N.

a) La acción de que es titular el damnificado directo, quien podrá iniciar una acción de recomposición o la de daños y perjuicios por vía ordinaria.

Legitimación

Respecto a quiénes están legitimados para promover la primera medida de amparo, el art. 30 señala:

a) Al afectado. Respecto de esta figura han surgido distintas interpretaciones en cuanto a la extensión de esta legitimación, y la amplitud del término "afectado". Ej. Si es cualquier persona afectada, aunque sea en forma remota o indirecta.

Se ha dicho en doctrina y jurisprudencia que: " En el daño moral colectivo, *el afectado ya no lo es una persona física o jurídica en su esfera individual o singular, sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global,* se ve atacada en derechos o intereses de significancia vital, tales como la paz, tranquilidad anímica, libertad individual, integridad física, el honor y los más caros afectos, por ello, el primer damnificado lo es la sociedad en su conjunto o bien, una generalidad indeterminada de sujetos, sin perjuicio de que simultáneamente, también pueda resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo." El subrayado nos pertenece (conf. Revista de Derecho Ambiental de Abeledo-Perrot. Comentario al caso "Municipalidad de Tandil c/Transporte La Estrella S.A.". Un ómnibus de la empresa demandada, luego de desplazarse sin conductor por la pendiente en la calle Avellaneda de la ciudad de Tandil, colisiona contra la fuente y grupo escultórico "Las Nereidas" emplazado en la intersección de dicha arteria con las calles Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque, provocando al mismo diversos daños.)

La Ley 5961 en el orden provincial carece de esta figura.

b) El Defensor del Pueblo y las ONG de defensa ambiental conforme lo prevé el art. 43 de la C.N.

c) El Estado Nacional, Provincial y Municipal.

Respecto de la segunda acción, esto es para obtener la Cesación de las actividades generadoras del daño, puede ser promovida por "toda persona" (art. 30 in fine). quedando incluidas en la acción de cese todas las personas de existencia ideal, las personas jurídicas, las personas de derecho público, de derecho privado, las sociedades del estado, los habitantes del lugar, los habitantes del país, e incluso cualquier ciudadano del país, las Municipalidades, Gobiernos provinciales, Nacionales, reparticiones administrativas.

Así entonces toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo. Conf. Eduardo Pablo Jiménez, Los derechos de la tercera Generación, Ed. Ediar, Bs. As. 1995 y Eduardo Pablo Jiménez La legitimación ciudadana en materia de Daño ambiental colectivo.

Y en relación a la acción personal de recomposición o indemnización, podrá accionar la persona directamente damnificada. El actor tiene el poder de imponer una obligación en el legitimado pasivo en beneficio de su propio patrimonio.

d) El Particular (Art. 30 in fine). A diferencia de lo que establece la Ley Provincial Nº 5961 que no admite la figura del Particular como titular de la acción de Amparo.

Respecto de la legitimación que tiene cualquier persona, tal lo descripto por el art. 30 *in fine* de la Ley Nacional, cabe recordar que en el año 1986 la Provincia de Mendoza registra el caso "Morales y Otro c/ Pcia. de Mendoza p/Amparo". Donde se acogió un amparo promovido por dos particulares luego de haberse levantado la veda de pesca en Laguna Yancanello. Vale decir se legitimó al ciudadano común, Jurisprudencia que luego fuera plasmada en la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 y Ley 25.675, que acogieron esta figura, en el art. 43 y art. 30 respectivamente.

En el caso se trataba de la vigencia del Decreto 986/85 de la Provincia de Mendoza, que ordenaba el levantamiento de la veda sobre caza y pesca que pesaba sobre la Laguna Llancanello. De este pronunciamiento judicial mendocino se ha dicho a modo de elogio: "que a través del mismo se daba prueba acabada de cómo el poder judicial puede resultar capaz de impulsar y dar cabida al movimiento evolutivo y progresista, frente a la irrupción de la moderna categoría de los intereses difusos" Bidart Campos. Allí

se hizo lugar al amparo interpuesto por dos particulares contra el decreto que disponía el levantamiento de la veda deportiva en la conocida laguna que se halla enclavada en una zona declarada reserva natural por las leyes mendocinas, donde no había tampoco estudio de impacto ambiental. El fallo judicial hizo referencia al derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado con fundamento en el art. 33 de la Const. Nacional, hoy art. 41 de la C.N.

Y de él, surgen importantes conclusiones, a saber: "es procedente recurrir a la acción de amparo para brindar efectiva protección a intereses colectivos e impedir que la acción u omisión del Estado o de los particulares haga ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales. No cabe otra vía que el amparo para la invalidación del decreto y preservar derechos fundamentales y evitar un daño grave e irreparable en tiempo oportuno. No puede obstar al progreso del amparo la circunstancia de que la violación de los derechos fundamentales se atribuya a un decreto del Poder Ejecutivo que daría al acto la presunción de legalidad. Tal presunción debe descartarse cuando la ilegitimidad del acto es palmaria, por contrastar manifiestamente con lo dispuesto por la C.N. y las leyes dictadas en su consecuencia" (conf. *Daño ambiental*. Goldenberg-Cafferatta, Abeledo-Perrot),

A nivel nacional no hay normas procesales específicas sobre amparo ambiental, se aplica la Ley Nacional Nº 16.986.

En general podemos decir que la legitimación para accionar en defensa del ambiente, y por tanto, para reclamar la recomposición y la indemnización del daño, corresponde tanto al Estado por medio de la Procuraduría y la Fiscalía, a todos y cada uno de los sujetos de la comunidad afectada, así como también a grupos organizados (ONG´s). (conf. Revista de Derecho Ambiental de Abeledo-Perrot. Comentario al Caso Municipalidad de Tandil c/ Transporte La Estrella S.A. En la ocasión se dañó la fuente y grupo escultórico construido en homenaje a "Las Nereidas").

Reglas procesales propias del amparo ecológico - Inversión de la carga probatoria - precaución

El proceso de amparo tiene características propias, pues adquieren relevancia las cargas dinámicas de la prueba, va de suyo

que esto significa que hay una inversión de la carga de la prueba. Resulta razonable que sea el contaminador el que deba probar la inocuidad de su emprendimiento. Y ello deviene exclusivamente de la ley y no de interpretaciones jurisprudenciales o doctrinarias. Conf. Augusto Mario Morello, La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino, Ed. Platense, La Plata, 1999. Se ha dicho que el principio consagrado en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, es hacer recaer la carga probatoria sobre quien está en mejores condiciones de probar (Conf. Peyrano Jorge, Rubinzal-Culzoni, *Cargas probatorias dinámicas,* Comentario a la Sentencia de la S.C.J. de Mendoza. Autos Nº 68.713 caratulados "Interar S.A. c/ Municipalidad de San Rafael S/APA").

La moderna doctrina de las cargas probatorias dinámicas parte de un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba que hace desplazar el *onus probandi* del actor al demandado o viceversa (de ahí su designación), según fueran las circunstancias del caso. Procura quitarle algo de rigidez a las normas corrientes en materia de reparto del esfuerzo probatorio, en homenaje a la justicia del caso concreto Peyrano -ob. cit.-.

Viene al caso señalar los principios surgidos en la Causa "Pinini de Pérez v. Copetro S.A. C. 1ª Civ. y Com. La Plata, Sala II. 27/04/1993, comentados por Goldenberg-Cafferatta ya citados. "En el daño ambiental hay mucho de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y las cosas, como para limitarse a una tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos, sin penetrar con perspicacia de zahorí en la cuestión; si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo escribe sobre la niebla, es en esta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad".

En el mismo sentido se ha dicho que "el juez no debe quedar satisfecho solo con la dirección formal del proceso sino que debe actuar, en su plenitud, los poderes inherentes a la dirección material del mismo; y ello justifica que en el caso se ordene reparar la lesión pretérita -y aun presente- además de disponer medidas preventivas destinadas a evitar que los daños se vuelvan a reproducir en el futuro" -*opus citate*-.

Por último debemos dejar sentado que el derecho a la preservación del ambiente y a vivir en un ambiente sano son garantías establecidas en nuestra Constitución Nacional y la legitimación para hacerla efectivas corresponde a cada uno de los miembros de la comunidad.

COSTAS EN EL PROCESO JUDICIAL AMBIENTAL

Alejandro Braggio Aramburu

Costas

Al no existir en nuestra provincia un código procesal ambiental, en lo relativo a las costas debemos remitirnos a lo dispuesto por el Código Procesal Civil de Mendoza.

Este tema se encuentra allí regulado en el Libro Primero - Disposiciones Generales, Titulo II - De los sujetos del proceso y de sus auxiliares, Capítulo VI - Costas, arts. 35 al 40.

Así el art. 35 relativo al "pronunciamiento sobre pago de costas", establece que *"Toda sentencia o auto que decida una cuestión, deberá contener decisión expresa sobre el pago de costas, hayan sido pedidas o no y regulación de los honorarios devengados. Igual pronunciamiento deberá recaer sobre intereses, hayan sido pedidos o no".*

Palacio en su obra Derecho Procesal Civil (Sujetos del proceso, t. III, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, p. 363) denomina costas a los gastos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la sustanciación del proceso, y en principio dentro de él, como son las tasas judiciales, los honorarios de los abogados, procuradores y peritos, las erogaciones derivadas de la producción de la prueba, etc. Hay que tener en cuenta que en los procesos ambientales las pruebas periciales suelen ser o al menos debieran ser-

lo, abundantes y complejas, resultando de cabal importancia para la toma de decisiones por parte del órgano judicial.

El maestro Aldo Guarino Arias, en su obra Código Procesal Civil de Mendoza (t. I, p. 169, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mza. 1982) distingue entre costas, que son los gastos efectuados por la parte en la tramitación del proceso (tasa de justicia, aportes de la caja forense, movilidades, etc.) y los costos, que son los honorarios propiamente dichos (honorarios de su mandatario y letrado, perito, etc.). Sin embargo, dice, que ambos conceptos son asimilables en la institución bajo el nombre costas.

Durante la sustanciación del proceso cada una de las partes satisface los gastos que de él derivan, siendo la sentencia o auto que decida una cuestión los actos procesales en los que corresponde determinar la responsabilidad de aquellas por el pago definitivo de tales gastos y de los honorarios que en tales oportunidades deben regularse a favor de los profesionales intervinientes.

El principio general

El principio general sobre imposición de costas se halla contenido en el art. 36 inc. I del CPC en tanto dispone "el vencido será condenado en costas...".

El ordenamiento procesal vigente adhiere, de tal manera, a un principio corriente en la legislación argentina y extranjera, y cuyo fundamento reside, básicamente, en el *hecho objetivo de la derrota*, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante la sustanciación del proceso. Ello, según Palacio citado a Chiovenda, en virtud de constituir aplicación de una directriz axiológica, de sustancia procesal, en cuya virtud "se debe impedir, en cuanto es posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia".

Corresponde señalar, sin embargo, que el principio de "vencimiento" como pauta reguladora de la imposición de costas, no reviste carácter absoluto. Algunas disposiciones relativas a la ma-

teria, se aplican moderadamente en función de la teoría subjetiva, que mira más a la razón valedera para litigar.

Por "parte vencida" debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos, a aquella que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso. Desde que el "vencimiento" no requiere la existencia de una efectiva discusión o controversia, cabe hablar de "actor vencido" cuando su pretensión es rechazada en su integridad, y de "demandado vencido" en el supuesto de que su oposición corra la misma suerte o de que, habiéndose verificado su incomparecencia (rebeldía) o falta de réplica, la sentencia actúe la pretensión del actor.

La condena en costas es pertinente con prescindencia de la calidad que invista la parte vencida en el juicio y de la índole de las cuestiones debatidas. De allí que no corresponda eximir de aquella por ejemplo al Estado (nacional, provincial o municipal).

Cuadra destacar, finalmente que el art. 36 inc. I C.P.C., adhiere a la orientación seguida por diversos códigos provinciales, en tanto exime a las partes de la carga de requerir la eventual imposición de costas a la contraria e impone a los jueces el deber de hacerlo de oficio.

Honorarios profesionales

Desde el punto de vista procesal, denominase *honorario* a la retribución que tienen el derecho de percibir, en razón de los servicios profesionales prestados dentro de un proceso, los auxiliares de las partes o del órgano judicial que no revistan el carácter de funcionarios o empleados retribuidos a sueldo por el Estado.

El monto de los honorarios correspondiente a los abogados y procuradores puede fijarse mediante convenio o judicialmente, aunque dentro de ciertas pautas establecidas por la ley arancelaria.

Titularidad de honorarios

La condena en costas engendra una relación de crédito cuyo sujeto activo es la parte vencedora, a quien, de acuerdo con el princi-

pio general oportunamente señalado, deben reembolsarse los gastos que ha efectuado con motivo de la sustanciación del proceso.

A su vez, el acreedor de las costas es el sujeto pasivo, con relación a los profesionales que lo han asistido o representado, por el pago de los honorarios reconocidos a aquellos por convenio o determinados por regulación judicial, obligación que deriva del vínculo jurídico existente entre el abogado o procurador y el cliente que requirió sus servicios. Sin embargo, la mayor parte de los códigos procesales y leyes arancelarias vigentes, incluida la nuestra (art. 38), reconocen a dichos profesionales la propiedad exclusiva del honorario que les haya sido regulado y les acuerda el derecho, cuando media condenación en costas, para reclamar el cobro de aquel, optativamente, contra el mandante o patrocinado o contra la parte condenada, sin perjuicio en el primer caso, de la correspondiente pretensión regresiva.

Fijación convencional

Existe fijación convencional de los honorarios cuando su monto es determinado mediante contrato celebrado entre el cliente y el profesional, de acuerdo con la forma y limitaciones establecidas en la ley arancelaria.

La fijación convencional se halla sujeta a reglas distintas según se limite a establecer una suma cierta por la atención profesional de un asunto, o implique un reconocimiento, en favor del abogado o procurador, de una participación sobre el resultado económico del proceso (pacto de cuota litis). Ello siempre y cuando sea por sumas superiores a las establecidas en la ley arancelaria (art. 1º).

Fijación judicial

En ausencia de convenio, o en el supuesto de que los honorarios deban ser pagados por cualquiera de las partes en concepto de costas, el monto de aquellos debe ser fijado por el órgano judicial ante el cual los servicios profesionales fueron prestados, de acuerdo con las pautas que al respecto contiene la ley arancelaria.

Hemos visto que el principio, es que los honorarios sean regulados por el juez en toda sentencia o auto que decida una cuestión (art. 35), salvo que, conforme al art. 21 de la ley arancelaria el profesional haya hecho la reserva en las condiciones y casos previstos en esta norma legal, lo que será analizado más adelante.

La ley arancelaria provincial distingue dos situaciones:

a. En su art. 2 se refiere a los *procesos que tengan por objeto sumas de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria*, y establece una escala mínima a fin de tenerse en cuenta al momento de la regulación.

Un ejemplo, que si bien es de otra jurisdicción, por lo conocido del caso, "Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S. A. y otro", en la que se reclamaron daños resarcibles consistentes en materiales y mano de obra para la restauración del grupo escultórico y la disminución de su valor venal, se condenó a indemnizar por un monto determinado. Por lo que la determinación de los emolumentos deviene en una tarea sencilla.

b. Y por otro lado en su art. 10 establece que cuando el *objeto del proceso no pueda ser valuado por ningún procedimiento*, se deberán tener en cuenta:

    a) las actuaciones establecidas por la ley para su desarrollo;

    b) las actuaciones de prueba;

    c) las actuaciones de trámite;

    d) la situación económica y social de las partes;

    e) las consecuencias morales y la influencia que tenga sobre los bienes y personas de las partes;

    f) el mérito jurídico de la labor profesional y resultado obtenido;

    g) el tiempo empleado y la dedicación otorgada;

    h) la novedad del problema discutido y la probable trascendencia de la solución a que se llegue para casos futuros.

Esto para casos de acciones por ejemplo tendientes a prevenir un supuesto desastre ecológico, como una acción declarativa de

inconstitucionalidad o una acción de amparo ambiental, tal como ocurrió en la causa "Asociación para la Protección Medioambiental y Educación Ecológica "18 de octubre" c/ Edelap y otro s/amparo" en un fallo del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de La Plata, Secretaría N° 6; agosto 4 de 2009 expediente N° 16.476/09, en la que se ilustra claramente esta situación: *"IV. Tratamiento de los agravios. Habida cuenta los hechos reseñados precedentemente debe puntualizarse que la naturaleza de la acción promovida -amparo ambiental- carece de contenido predominantemente patrimonial y por tanto resulta insusceptible de apreciación pecuniaria. En efecto, a través de ella se persiguió que por vía judicial se ordene "la inmediata remoción del transformador ubicado en la calle 17 y 504 de la localidad de Gonnet, Partido de La Plata", "la colocación, en reemplazo de aquél, de un transformador que no posea PCB como refrigerante ni ninguna otra sustancia sospechada de poseer efectos cancerígenos" y "la ubicación del transformador removido, en estado tal que no signifique un riesgo al medioambiente o a la salud de las personas". No corresponde por tanto acudir a la pauta arancelaria prevista en el art. 6, inc. a), de la ley 21.839 a los efectos de la fijación de los honorarios pertinentes por resultar extraña a este proceso.*

En tal sentido y con respecto a la labor desarrollada por los abogados que actuaran por la actora, cabe precisar que a los fines de la justicia o validez de los honorarios profesionales a determinar, y sin perjuicio de que -como mero indicio orientativo- se aprecie la trascendencia económica del asunto -a tenor del beneficio logrado por la accionante- habrá de ponderarse con un grado de privilegio, toda otra pauta arancelaria que conduzca a estimar razonablemente la labor efectivamente cumplida, conforme a la magnitud de la gestión, mérito, naturaleza, complejidad, eficacia, responsabilidad profesional comprometida, trascendencia jurídica, interés social de la cuestión e incidencia en el resultado arribado (art. 6, incs. b) a f), de la ley 21.839).

Habida cuenta lo puntualizado, el Tribunal no habrá de receptar la pretensión de los recurrentes en cuanto postulan que deberá adoptarse como monto del juicio la suma estimativa de $ 300.000, por representar la misma el costo que demandó la efectivización de la condena. En cambio se apreciará el interés

social perseguido y la tarea jurídica desplegada en un área novedosa del derecho ambiental.

Por otra parte repárese que los trabajos efectivamente cumplidos por los doctores P. V. y G. consistieron en el escrito de demanda, asistencia a distintas audiencias y presentaciones diversas tendientes a lograr el cumplimiento efectivo de la cautelar decretada en la causa, todo lo cual concluyó con el acuerdo a que arribaran las partes en la audiencia celebrada el día 3/11/06".

En nuestra provincia, el máximo tribunal se ha manifestado respecto de la discrecionalidad de los magistrados en cuanto a la determinación de los honorarios de los profesionales intervinientes en procesos de montos indeterminados:

Honorarios - Aplicación discrecional - Monto indeterminado. *La norma arancelaria del art. 10 deja margen discrecional de aplicación al magistrado, por cuyo motivo no es menester, para fundar una regulación dictada en virtud de ella, explicar en qué forma cada uno de los índices referidos incide en el monto de la regulación. 35465 - López Joaquín y otros en J: Emilio Gaberione S.A.I.C. La Celia Viñedos y Bodegas S.A. Cumplimiento de Contrato - Casación - Inconstitucionalidad 06/05/1977 - Corte en pleno Suprema Corte - Sala N° 1, Martínez Vázquez-Galdós-Moretti-Boulin Zapata-Poccioni-Pérez Diez-Del Peral. LS 147-371,* o también:

Pruebas - Honorarios - Improcedencia de recaudos probatorios - Juicio monto indeterminado. *De los diversos incisos del art. 10 de la ley de aranceles, no se desprende la exigencia de una pericia como la que pretenden los profesionales en autos; por el contrario, la aplicación sin mas, del precepto mencionado, se hace ciñéndose a su normativa y resolviendo sin necesidad de recaudos probatorios tendientes a establecer un monto determinado. Por tanto, la regulación de los honorarios la hace el juzgador en base a su criterio personal constreñido por lo dispuesto en el art. 10 y teniendo en cuenta las constancias de autos 34841 - Aguifarma Sociedad Comercial SIM. Gobierno de la Provincia Inconstitucionalidad 11/07/1977 - Auto Suprema Corte Martínez Vázquez-Galdós-Poccioni-Del Peral-Boulin Zapata-López Valencia. LA 074-077.*

Estimación del valor del litigio

Como se dijo anteriormente, los honorarios serán regulados por el juez en toda sentencia o auto que decida una cuestión (art. 35), salvo que, conforme al art. 21 de la ley arancelaria el profesional haya hecho la reserva de estimarlos en las condiciones y casos previstos en dicha normativa legal.

El art. 39 del C.P.C a diferencia del art. 21 de la ley arancelaria no establece un procedimiento específico para estimar el valor del litigio y por ende el monto de los honorarios.

El procedimiento del art. 21 es un verdadero incidente, ya que de la presentación estimatoria corresponde dar vista a los deudores por tres días perentorios. La estimación debe sustanciarse, como lo dice la ley, con los deudores, y estos son tanto el condenado vencido en costas como el litigante a quien el profesional represento o patrocinó.

El profesional puede ofrecer simultáneamente pruebas tendientes a acreditar las circunstancias en base a las cuales debe practicarse la regulación.

La vista concedida a los deudores lo es al solo objeto de que estos puedan observar el monto estimado por honorarios y el valor económico del pleito pudiendo ofrecer pruebas tendientes a acreditar estos extremos.

Trabada la *litis* en estos términos, el juez debe rechazar de oficio cualquier cuestión extraña y proceder sumariamente a recibir la prueba ofrecida y que fuera admisible, y a dictar la regulación correspondiente.

Apelación

El art. 40 del C.P.C. determina la procedencia del recurso de apelación para todas las regulaciones de honorarios incluidas en sentencia o autos o pronunciadas por separado. Conforme a él la apelación puede ser interpuesta por los interesados, ya sea el profesional a favor de quien se practica la regulación como quien deba pagarla.

EL DESARROLLO Y EL AMBIENTE

Laura Elizabeth Najar

El desafío urgente de proteger nuestra casa común incluye la preocupación de unir a toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral, pues sabemos que las cosas pueden cambiar.

Carta Encíclica Laudato si'
Del Santo Padre Francisco

Contexto actual

Hacia fines del siglo XVIII la industrialización, la ciencia con la mejor comprensión del organismo humano y en consecuencia, la mejor eficiencia en la lucha contra la enfermedad y la muerte fueron acciones que permitieron contribuir al crecimiento demográfico. La higiene, una mejor alimentación, los nuevos medicamentos y las vacunas, producen un retroceso en las tasas de mortalidad, sobre todo en los primeros años de vida. Aún así queda mucho por hacer para dar mejores condiciones de vida a la población actual de nuestro planeta.

Existen acciones inestimables del género humano que influyen decisivamente sobre la estructura poblacional, de las que se pueden mencionar entre otras, las guerras, las enfermedades y la

disponibilidad de alimentos en cada zona. La tercera es algo más previsible que las dos primeras, pero no por ello tiene soluciones fácilmente aplicables.

Si bien existen cifras, entre las variables demográficas que se puedan indicar, son muy teóricas, pues parten de un mundo estable, cosa que no es cierto, lo que parece más claro es la tendencia al alargamiento de la vida, se habla de alcanzar los 140 años a finales del presente siglo como algo normal. La estructura y el equilibrio poblacional se verán modificados con sus consiguientes alteraciones y con las transformaciones que esto implica.

El desarrollo gradual de las fuerzas productivas con el objetivo de maximizar ganancias en las economías capitalistas genera, junto con el incremento de la producción y el consumo, una destrucción sin precedentes de la base de recursos de la humanidad, así como desequilibrios ecológicos en gran escala y procesos de degradación ambiental que amenazan el desarrollo sustentable equitativo y sostenido de las comunidades.

La crisis ambiental ocasionada por una racionalidad económica de corto plazo, vinculada con los patrones de consumo de recursos y energía de los sectores opulentos de la sociedad, se manifiesta en nuevos problemas ambientales globales como lluvia ácida, efecto invernadero, adelgazamiento de la capa de ozono, entre otros.

La mayoría de las actividades económicas relacionadas con el Medio Ambiente, como son, las de energía, los transportes, las industrias, la minería, la agricultura, etc., deben evolucionar y tener en cuenta todas las implicaciones medioambientales que lleva consigo su actividad, y obrar en consecuencia para minimizar y prever posibles perturbaciones.

La gestión de los recursos naturales y la protección del ambiente pasan a ser a la vez objetivos y factores limitantes del desarrollo. Ambas acciones generan tensiones entre grupos sociales, tanto en el interior de los países como a nivel internacional o de regiones pudiendo llegar a ser estos dos factores componentes o apoyos básicos de la paz entre los pueblos.

A la imposibilidad de la economía de traducir en términos de costos actuales los procesos ecológicos de largo plazo y las preferencias de los consumidores futuros, se añaden los impactos

en el comportamiento social del consumismo y de la supervivencia. La degradación socioambiental acentúa la búsqueda del beneficio actual y desvaloriza el futuro, generando una cultura de desaliento que obstaculiza la reconstrucción del mundo sobre bases de sustentabilidad.

Hoy en día, son otros los factores de la competitividad: la calidad del producto, la rapidez y la cuantificación de la entrega de bienes y servicios y la capacidad para diversificarlos según las preferencias de los consumidores de los países industrializados.

La preocupación por el tema ambiental no es un asunto marginal sino todo lo contrario, el desarrollo sustentable se ha constituido más bien en un valor universal.

El imperativo de la sustentabilidad ambiental ha generado, por una parte, costos adicionales y por otra, un esfuerzo importante de innovación tecnológica tendiente a neutralizar efectos negativos sobre el medio ambiente y a elevar la capacidad competitiva.

Haciendo un análisis de la problemática del medio ambiente relacionado con la pobreza se hace necesario efectuar un enfoque globalizador del desarrollo. El crecimiento de la economía sin atención de los problemas sociales y culturales de la población no ofrece una solución sustentable.

El desarrollo debe atender sustancialmente al individuo en su dimensión humana. Trabajando solo en la lucha contra la pobreza no se genera crecimiento y por lo tanto el esfuerzo debe complementarse con una planificación adecuada al incremento de la población, lo cual está vinculado con el desarrollo cultural y la distribución equitativa de la riqueza. De aquí la importancia del crecimiento de la mano de un buen proceso educativo.

Áreas problema

El déficit ambiental está determinado por el retraso todavía existente en cuanto al cumplimento de normas vigentes o previsibles en el corto plazo y en general, por el diferencial entre la situación ambiental actual y los niveles de calidad ambiental, de protección y conservación del medio natural exigible o conside-

rado ya como asumible para devolver su funcionalidad a los activos ambientales y naturales.

Las áreas problema que requieren los mayores esfuerzos en cuanto a planificación, inversión y gestión para un desarrollo sustentable se refieren a:

- Agua: en referencia a dificultades de disponibilidad y calidad; acuíferos degradados, aguas residuales sin depuración, vertidos y residuos industriales y agro-ganaderos no controlados.
- Residuos: su producción va en aumento con la población y el nivel de consumo; los riesgo de afectación al suelo y al agua tanto de los residuos urbanos, asimilables a urbanos como de los residuos industriales, tóxicos y peligrosos y operativamente hay que empezar a abordar el tema de residuos agrarios y ganaderos.
- Contaminación atmosférica: existiendo emisiones de gases y partículas de fuentes fijas y móviles podemos decir que se ha empezado a abordar el problema de contaminación de origen industrial, aunque subsisten riesgos por contingencias, pero se hace necesario poner énfasis a las emisiones urbanas básicamente transporte y calefacciones.

Ante estas áreas problema es necesario potenciar más la planificación estratégica por áreas temáticas, zonas o sectores económicos a fin de reducir eficaz y rápidamente el déficit ambiental existente. Todo esto con el fin de garantizar la acción de las distintas administraciones y agentes socioeconómicos involucrados, como así también el control y seguimiento público e institucional de las actuaciones.

Desarrollo sustentable

Otro desafío es la necesidad de traducir en términos operativos el proceso de desarrollo sustentable, transitando ya el siglo XXI, donde el elemento básico deberá ser el uso racional de los recursos naturales.

Indudablemente, desde la Conferencia de Estocolmo de 1972 ningún acontecimiento internacional ha señalado, en el aspecto medioambiental, pautas políticas tan importantes como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992,conocida como "Cumbre de la Tierra", no sólo por los acuerdos alcanzados (Declaración de Río, Agenda 21, Convenio sobre cambio climático y Convenio sobre diversidad biológica) sino también porque el concepto de desarrollo sustentable ha impregnado el resto de las políticas de los gobiernos. Este encuentro constituyó un punto de inflexión en el discurso ambiental, y los documentos elaborados tienen valor en sí mismos.

La Agenda 21 contiene un ambicioso plan de acción en el que se pretenden establecer, en forma detallada, las acciones que deben emprender los gobiernos, las organizaciones internacionales y otros niveles para integrar medio ambiente y desarrollo en el horizonte del siglo XXI. En este programa se detallan de modo general, entre otros aspectos, los medios técnicos y financieros para desarrollar los planes específicos previstos. Esto implica, en particular, el establecimiento de instrumentos más eficaces para ayudar al Tercer Mundo a alcanzar un desarrollo sustentable.

La Cumbre de Johannesburgo, también conocida como "Río+10", realizada en 2002, tuvo como finalidad, en términos más generales, reforzar los compromisos asumidos en la Cumbre de la Tierra que se habían dilatado, con el objetivo de frenar el deterioro del ambiente y mejorar el nivel de vida de los más pobres. Entre sus principios se estableció el compromiso de asegurar que nuestra rica diversidad, que es nuestra fortaleza colectiva, se usará para la asociación constructiva, para el cambio y para el logro de la meta común del desarrollo sustentable. A su vez se reconoce la importancia de construir la solidaridad humana, instándonos a la promoción del diálogo y la cooperación entre las civilizaciones y los pueblos del mundo, sin hacer diferencia por raza, capacidades diferentes, religión, idioma, cultura y tradición.

A fin de producir los cambios requeridos por las pautas internacionales vertidas en estos encuentros, tanto instituciones como empresas están promoviendo el uso de procedimientos de gestión medioambiental. Esto se está convirtiendo hoy en día en una prác-

tica cada vez más extendida, fruto de un cambio progresivo de mentalidad, ya que la gestión del medio ambiente se está comenzando a ver, no como un costo a asumir, sino como una fuente de beneficios y de ahorro, así como un elemento de competitividad en el ámbito de las empresas.

Gestión medioambiental en el desarrollo

Sistema de Gestión Medioambiental (SGMA) es aquella parte del sistema general de gestión que comprende la estructura organizativa, las responsabilidades, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos para determinar y llevar a cabo la política medioambiental.

La política ambiental es el conjunto de acciones que se diseñan para lograr un ordenamiento del medio ambiente y un desarrollo sustentable.

Un sistema de gestión medioambiental permite a una organización alcanzar y mantener un funcionamiento de acuerdo con las metas que se ha establecido, y dar una respuesta eficaz a los cambios de las presiones reglamentarias, sociales, financieras y competitivas, así como a los riesgos medioambientales.

Toda actuación medioambiental debe contemplar los cuatro elementos básicos que condicionan el éxito de un plan, de un proyecto o de una acción puntual de un sector.

Esos elementos básicos son:

- Componente social.

- Componente económico.

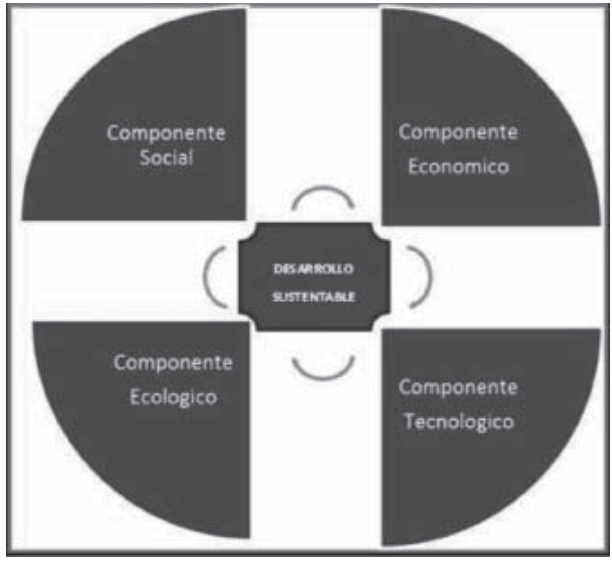
- Componente tecnológico

- Componente ecológico.

Al realizar cualquier estudio, deben tenerse en cuenta estos elementos sin relegar ninguno, siendo lo más frecuente que uno o varios de ellos adquieran mayor importancia respecto a los demás en función de los escenarios específicos de cada caso. Esto quiere decir que, al realizarse el estudio ambiental, han de incluirse todos

los factores incidentes dentro de estos cuatro componentes, aunque en cada situación unos sean más sensibles o importantes que otros y exista un desequilibrio lógico.

Componentes en una actuación mediambiental



La no consideración de alguno de estos componentes básicos implica la aparición de tensiones que pueden llegar a ser lo suficientemente graves como para hacer peligrar un proyecto o una obra, cosa que está ocurriendo con más frecuencia de la que es deseable.

La Ley General del Ambiente Nº 25.675 establece los "presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable", definiendo los principales objetivos que deberá cumplir la política ambiental nacional.

El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) ha sido incorporado como instrumento de política y de gestión ambiental en el artículo 8º de dicha ley, estableciendo sus respectivos presupuestos mínimos de protección ambiental en los artículos 11º, 12º y 13º.

Estudios de impacto ambiental

Se entenderá por Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) el estudio técnico, de carácter interdisciplinario, realizado por el proponente de un proyecto, público o privado, que se sustancia en un documento específico, que contiene la predicción, identificación, valoración y gestión de impactos ambientales y sociales de dicho proyecto. Tiene el propósito principal de prevenir o corregir las consecuencias o efectos adversos del proyecto y potenciar los efectos benéficos del mismo. Este estudio se basa en el conocimiento claro y detallado de los factores naturales del medio, como también de los procesos tecnológicos que se producen en las diferentes actividades económicas, sin desconocer los usos y prácticas de los distintos grupos sociales en un momento histórico dado y en un contexto determinado

Los EsIA proporcionan una metodología sistemática para encarar la identificación y caracterización de posibles alteraciones al ambiente, proponer modificaciones, alternativas o mitigaciones en pos de que el impacto negativo del proyecto sobre el ambiente sea el menor posible.

El EsIA constituye parte del proceso de EIA, es una herramienta insoslayable para asegurar el cuidado del ambiente natural y social ante la realización de una obra industrial, urbanística u otra, partiendo del supuesto de que todo emprendimiento termina alterando en alguna medida el ambiente.

Regulación estatal

Existen variadas situaciones donde las fuerzas del mercado producen efectos sociales y económicos negativos. Un campo donde este fenómeno es muy notorio es precisamente el medio ambiente y los recursos naturales. La característica sistemática del medio natural en el cual existe una fuerte relación entre sus partes, y las características de propiedad común de muchos de los bienes ambientales hacen que diversas actividades económicas generen problemas ambientales. Este hecho, que resulta ser la regla más que la excepción, obliga al Estado a desarrollar una función de regulación, con el fin de evitar los efectos nocivos de estos impactos.

La necesidad de regular se hace más notoria en países en los cual los problemas ambientales tienden a aumentar sostenidamente con el crecimiento económico. Los mayores niveles de actividad, además de elevar el ritmo de extracción de los recursos naturales, se traducen en un aumento de las materias que vuelven al medio ambiente en forma de desechos.

Para estimular el aumento de la calidad de vida de los habitantes y al mismo tiempo, evitar los problemas de carácter económico en el futuro, resulta prioritario introducir un marco de regulación de las actividades económicas que tengan un consecuente impacto ambiental.

Dicha regulación debe incentivar el uso progresivo de tecnologías más amigables con el medio natural: crear incentivos para que los procesos de producción y consumo sean asimilables y compatibles con el medio ambiente y, asimismo, asegurar una explotación racional de los recursos naturales renovables.

Una condición adicional que debe cumplir este proceso de regulación es lograr un objetivo con el menor sacrificio de bienes y servicios alternativos. De esta forma se puede adquirir una mayor calidad ambiental sin que ello signifique atentar contra objetivos sociales como el empleo y el aumento de los ingresos.

Concretar lo anterior requiere la aplicación de instrumentos de mercado y/o instrumentos de regulación directa. La elección del instrumento (lo que puede considerar una combinación de ambos) debe estar en función de alcanzar los objetivos de crecimiento económico en equidad social, con eficacia y eficiencia en la acción.

Al respecto la ley Nº 25.675 en su art. 12 establece que las personas físicas o jurídicas darán inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente. Las autoridades competentes determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados.

Autoridades de aplicación

La ley Nº 25.675 hace referencias a las autoridades competentes y estas se convertirán en Autoridades de Aplicación para realizar el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental para cada proyecto y el seguimiento posterior de las obras involucradas en lo que a competencias ambientales se refiere.

Las Autoridades de Aplicación serán nacionales, provinciales o municipales según la envergadura del proyecto, las implicancias ambientales que se adviertan o la jurisdicción en donde se localice.

Definiciones y conceptos básicos

Se hace necesario antes de avanzar en el análisis que se establezcan conceptos y definiciones que son básicas que suelen confundirse y utilizarse indistintamente e inapropiadamente.

Ecología y medio ambiente

"Ecología" y "medio ambiente" pueden parecer conceptos sinónimos, y de hecho en muchas ocasiones los empleamos de forma indistinta. Sin ir más lejos, el cuidado ambiental y ecológico hacen a una misma idea de protección de la naturaleza.

Sin embargo, hay diferencias significativas que debemos conocer para poder emplearlos con propiedad y entender mejor aquellos contextos en los que se utilizan pues, pese a sus similitudes, la diferencia entre ecología y medio ambiente es importante ya que son dos conceptos muy distintos

El significado del vocablo "Ecología" alude en su primera acepción a "La Ciencia que estudia las relaciones de los seres vivos entre sí y con su entorno". La segunda acepción, por otra parte, incluye el concepto sociológico, en el que manifiesta la relación entre los grupos y su ambiente entendido desde un enfoque amplio. Una tercera acepción se refiere a la "defensa y protección de la naturaleza y del medio ambiente".

Es decir, por un lado la ecología es una ciencia que estudia las diferentes relaciones que se establecen entre los seres vivos y entre

estos con su medio ambiente, mientras que por otro orienta ese estudio a su protección. De este modo, la palabra medio ambiente queda contenida dentro de su definición, lo que indicaría que su sentido es más amplio.

El medio ambiente es el entorno vital, o sea el conjunto de factores físicos, naturales, sociales, culturales, económicos y estéticos que interactúan entre sí, con el individuo y con la comunidad en la que vive, determinando su forma, carácter, relación y supervivencia. No debe considerarse pues, como el medio envolvente del hombre, sino indisociable de él, de su organización y su proceso.

El medio ambiente es fuente que abastece al ser humano de las materias primas y energía que necesita para su desarrollo sobre el planeta. El hombre se relaciona con el medio en cuanto provisor de bienes y servicios, soporte de actividades y receptor de residuos. El hombre puede aprovechar, sin riesgo, el stock ambiental con la condición de que ese aprovechamiento sea sostenido. Solo una parte de estos recursos es renovable y se requiere, por lo tanto un tratamiento cuidadoso para evitar que la capacidad de requerimiento no sea excesiva, porque inevitablemente produciría degradaciones que indirecta o directamente incidirán en las condiciones de salud y bienestar de la población.

La idea de nuestro planeta como fuente ilimitada de recursos se va diluyendo a fuerza de estimar el valor del mismo. Una tercera parte del mundo - países industrializados - se aprovechan de los recursos generados en las dos terceras partes restantes.

En las directivas sobre evaluación de impacto ambiental la Comunidad Económica Europea considera como **factores ambientales**:

El hombre, la fauna y la flora.

El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje.

Las interacciones entre los anteriores.

Los bienes naturales y el patrimonio cultural

Estos factores son susceptibles de ser modificados por el ser humano y estas modificaciones pueden ser grandes y ocasionar graves problemas a mediano o largo plazo o bien problemas menores fácilmente soportables.

Impacto

Este neologismo se refiere al efecto de una actuación determinada (ley, directriz, política, programa, proyecto o disposición administrativa) sobre el medio. En el concepto intervienen dos elementos: el medio y la actuación. Supone, paralelamente al caso de la aptitud, situarse del lado del medio para apreciar en qué medida le afecta la actuación.

Este efecto ha de considerarse en tres escalones consecutivos:

- Modificación de las características y condiciones (de usos y de aprovechamiento) preexistentes.
- Modificación de los valores o méritos de conservación del medio también existentes.
- Repercusiones de dichos efectos sobre la salud y bienestar humanos.

Un mismo elemento de la actuación podrá producir efectos beneficiosos sobre unos elementos del medio y perjudiciales sobre otros y del mismo modo un mismo elemento o proceso del medio puede ser beneficiosamente afectado por una acción y perjudicialmente por otro. En conjunto el efecto sobre el medio puede ser positivo, negativo o neutro y lo mismo sobre la salud y bienestar humano.

Entorno de un proyecto

Es el ambiente que interactúa con el proyecto en términos de entradas (recursos, mano de obra, espacio,...) y de salidas (productos, empleo, rentas,...) y por tanto en cuanto provisor de oportunidades, generador de condicionantes y receptor de efectos.

Impacto ambiental

Podemos indicar que existe un impacto ambiental cuando una actividad humana provoca una alteración, positiva o negativa, en el medio ambiente o en algunos de sus componentes; esto quiere

decir que la variable básica de los estudios y evaluaciones de impacto es la cualificación y/o cuantificación de la alteración.

El impacto ambiental puede producirse sobre el medio natural o sobre el medio social. El primero contempla los aspectos económicos y biogeofísicos, mientras que el segundo trata de los efectos socioeconómicos y culturales de una acción.

También se dice que hay impacto ambiental cuando una acción o actividad produce una alteración, favorable o desfavorable, en el medio o en alguno de los componentes del medio. Esta acción puede ser un proyecto de ingeniería, un programa, un plan, una ley o una disposición administrativa con implicaciones ambientales.

Hay que resaltar que el término de impacto no implica negatividad, ya que estos pueden ser tanto positivos como negativos.

Tipología de los impactos

Una clasificación de los distintos tipos de impacto que tienen lugar más comúnmente sobre el medio ambiente es:

Por la variación de la Calidad Ambiental	• *Impacto Positivo* • *Impacto Negativo*
Por la Intensidad (grado de destrucción)	• *Impacto Notable o Muy Alto* • *Impacto Mínimo o Bajo* • *Impactos Medio y Alto*
Por la extensión	• *Impacto Puntual* • *Impacto Parcial* • *Impacto Extremo* • *Impacto Total* • *Impacto de Ubicación Crítica*
Por el momento en que se manifiesta	• *Impacto Latente* • *Impacto Inmediato* • *Impacto de Momento*
Por su persistencia	• *Impacto Temporal* • *Impacto Permanente*

Por su capacidad de recuperación	• *Impacto Irrecuperable* • *Impacto Irreversible* • *Impacto Reversible*. • *Impacto Mitigable* • *Impacto Recuperable* • *Impacto Fugaz*.
Por la relación causa-efecto	• *Impacto Directo* • *Impacto Indirecto o Secundario*
Por la interrelación de acciones y/o efectos	• *Impacto Simple* • *Impacto Acumulativo* • *Impacto Sinérgico*
Por su periodicidad	• *Impacto Continuo* • *Impacto Discontinuo*. • *Impacto Periódico*. • *Impacto de Aparición Irregular*
Por la necesidad de aplicación de medidas correctoras	• *Impacto Crítico* • *Impacto Severo* • *Impacto Moderado*

Evaluaciones de impacto ambiental

Las evaluaciones de impacto ambiental son un instrumento de planificación internacionalmente utilizado como forma de prevenir o mitigar efectos indeseados sobre el medio ambiente de planes, programas y proyectos de desarrollo e inversión, y también como camino para indicar qué acciones humanas deberían ser potenciadas por sus efectos positivos sobre el medio ambiente y la calidad de vida.

Las EIA tratan de identificar y prevenir posibles consecuencias negativas de las acciones del hombre sobre el medio en que vivimos, con el objetivo de preservar la salud, calidad de vida y las posibilidades futuras de alcanzar niveles más elevados de bienestar social.

Como instrumento de planificación, las Evaluaciones de Impacto Ambiental deben presentar alternativas de acción para lograr los

mismos beneficios de un proyecto o acción, con menores costos ambientales. Se trata de un instrumento para auxiliar la toma de decisiones, permitiendo la consideración de los criterios medio ambientales además de los criterios técnicos, económicos y sociales.

La evaluación del impacto ambiental es el instrumento de planificación decisivo para la protección preventiva del medio ambiente.

Los resultados de la evaluación del impacto ambiental ingresan como información en el procedimiento de decisión correspondiente y se ponderan con otras informaciones e intereses. En consecuencia, no solo la eficiencia económica y la importancia política sino también la admisibilidad ecológica en sentido amplio y la aceptación social por los afectados, han de convertirse en parámetros de decisión.

Si se supone que un proyecto podrá tener repercusiones ecológicas, el responsable de la decisión tiene ante sí varias posibilidades de acción. Puede llevar a cabo el proyecto tal cual estaba planeado, añadirle medidas de protección del ambiente, sustituirlo por otra variante o renunciar a él.

Para la aplicación de la EIA, es necesario que ésta se ampare en una disposición jurídica obligatoria que establezca requisitos mínimos de contenido y procedimientos claros y comunes para todos. Ella debe precisar el papel legal que cumple la EIA en las autorizaciones o sanciones que correspondan, cuando no se cumpla con las condiciones fijadas.

Desde el punto de vista jurídico la EIA es el procedimiento en virtud del cual la autoridad ambiental, se pronuncia sobre el impacto ambiental de un proyecto o actividad.

Por último, la efectividad de la Evaluaciones de impacto ambiental dependerá además de la capacidad de fiscalización del cumplimiento de las medidas comprometidas en los distintos estudios presentados, junto con las recomendaciones que el estado realice durante el proceso de EIA.

Estudio de impacto ambiental y envergadura del emprendimiento

Un estudio de impacto ambiental es un conjunto de estudios técnico-científicos, sistemáticos, interrelacionados entre sí, cuyo objetivo es la identificación, predicción, y evaluación de los efectos positivos o negativos que puede producir una o un conjunto de acciones de origen antrópico sobre el medio ambiente físico, biológico o humano. La información entregada por el estudio debe permitir llegar a conclusiones sobre los efectos que puede producir la instalación y desarrollo de una acción o proyecto sobre su entorno, establecer las medidas a implementar para mitigar y monitorear los impactos, y proponer los planes de contingencias necesarios.

Características de los estudios de impacto ambiental

Los estudios de impacto ambiental tienen ciertas características que les son propias, sin las cuales no podrían cumplir con los objetivos y ventajas que les han sido identificados como una herramienta útil en la protección ambiental. Alguna de ellas incluyen aspectos tales como:

- estudios predictivos apoyados en información científica;
- análisis multi e interdisciplinarios, donde diferentes especialistas deben interactuar para lograr una visión integral de las variables en estudio;
- análisis de los distintos aspectos involucrados por medio de datos de un mismo nivel de resolución para establecer relaciones entre ellos y para que puedan ser interpretados en su conjunto;
- análisis ambiental de las acciones en un marco metodológico muy variado, por lo que la elección de los métodos más adecuados requiere generalmente de un conocimiento inicial de la actividad o proyecto a ejecutar y de las características generales del territorio o lugar donde la actividad se vaya a implementar. En muchos casos la información necesaria para realizar un estudio de impacto ambiental no está disponible

en forma previa, lo cual requiere diseñar o adecuar las metodologías más convenientes a cada caso particular, y

- análisis y selección de aspectos más importantes para determinar los impactos ambientales a través de considerar efectivamente la fragilidad y calidad del territorio afectado.

En los estudios de impacto ambiental se hace referencia tanto en los aspectos negativos como en las implicancias positivas que conllevan las acciones humanas. También se analizan los beneficios que se pueden conseguir a través de la ejecución de las mismas.

En un estudio de impacto ambiental se usa la comparación de las situaciones y/o dinámicas ambientales existentes en el medio sin y con la implementación de una acción humana. Se compara la situación ambiental existente en forma previa a la implementación de la actividad con aquella que se generará como consecuencia de su implementación y operación.

Se evalúan tanto los impactos directos sobre la población humana y sobre los recursos naturales como también los riesgos que puedan inducirse.

Un estudio, además, deben identificar las características de los impactos en los diversos aspectos en los que se los puede caracterizar.

Todos estos aspectos constituyen elementos básicos para la toma de decisiones, permitiendo dimensionar adecuadamente lo que incurrirá con una determinada acción humana desde el punto de vista ambiental.

En síntesis, se trata de identificar y analizar los elementos modificadores, las escalas en que ellos se presentan, los umbrales de impacto crítico más significativos que están asociados a las acciones humanas, el comportamiento temporal de esos impactos y la compatibilidad o inaceptabilidad de ellos.

Contenidos de los estudios de impacto ambiental

Los procesos de evaluación de impacto ambiental que se han implementado en distintos países generalmente contemplan procedimientos diversos para actividades que difieran en la signifi-

cancia de sus impactos ambientales. Cuando los impactos son menores se presenta ante la autoridad un documento simple donde se indique que se cumple con las normas ambientales y que los efectos previstos no son significativos. Por el contrario, en actividades o proyectos que impliquen impactos ambientales significativos o éstos no sean fáciles de prever, se presenta un documento en el cual se describan detalladamente sus características, los impactos ambientales implícitos, las acciones que se ejecutarán para minimizar los impactos de carácter negativo y los planes de seguimiento o monitoreo.

Independientemente del alcance, complejidad y requisitos que debe contemplar un estudio de impacto ambiental, éstos incluyen, al menos, los siguientes temas en su presentación:

- Descripción del Proyecto.
- Antecedentes del Área de Influencia del Proyecto (línea base).
- Identificación, Análisis y Valorización de Impactos.
- Estrategia de Manejo Ambiental.
- Programa de Seguimiento, Vigilancia y Control.
- Comunicación de Resultados

Tipos de proyectos que requieren evaluaciones ambientales

Por lo general, requieren evaluaciones de impacto ambiental todos los proyectos que, por su impacto ya conocido o previsto, puedan tener efectos considerables sobre el medio ambiente. En principio, se podría exigir un estudio de impacto ambiental a toda y cualquier medida de política, programa, plan de desarrollo o proyecto de inversión. Así por ejemplo por:

a) La probabilidad de riesgo grave para la salud de la población;

b) Su magnitud, entendiéndose por esta la superficie involucrada, el tamaño de la obra, el volumen de producción, el número de trabajadores, y el número de especies, biomasa, calidad del suelo y otros aspectos naturales potencialmente afectados.

c) Su localización, que considera la existencia en su proximidad de áreas protegidas, de recursos y población susceptible de ser afectadas, así como la fragilidad, calidad y valor del territorio en que se pretende emplazar. Deberá considerarse especialmente si el lugar de su emplazamiento ha sido declarado zona latente o saturada;

d) La cantidad y calidad de efluentes, emisiones y residuos susceptibles de ser emitidos al aire, agua y suelos;

e) La alteración permanente del valor paisajístico o turístico de la zona;

f) La alteración de monumentos, sitios con valor histórico, arqueológicos, antropológicos y, en general, los relativos al patrimonio cultural;

g) El traslado permanente de comunidades poblacionales;

h) La singularidad y representatividad del territorio afectado;

i) Los efectos socio-económicos culturales y demás implicancias para la población; y

j) La reversibilidad de los impactos.

Categorización ambiental

Consiste en clasificar el proyecto o programa propuesto, de acuerdo con sus impactos ambientales, en las siguientes categorías referenciales:

Categoría I o no requieren EIA: proyectos que se conceptualizan y diseñan expresamente para mejorar la calidad ambiental.

Categoría II o de bajo impacto ambiental: proyectos con impactos que son neutrales para el medio ambiente.

Categoría III o de impacto ambiental medio: proyectos con repercusiones ambientales potenciales de carácter negativo e intensidad moderada, para los que existen tecnologías alternativas o soluciones aceptables desde el punto de vista ambiental.

Categoría IV o de alto impacto ambiental: proyectos con repercusiones ambientales importantes y diversas.

La clasificación ambiental sirve para determinar el nivel de atención que debe prestarse a las preocupaciones ambientales durante la preparación del proyecto y para decidir si se necesita o no una evaluación de los impactos ambientales del proyecto o de uno de sus componentes.

Los proyectos de la categoría ambiental I y II requieren, en general, estudios de evaluación de impacto ambiental no muy detallados. Los proyectos categoría III normalmente requieren evaluación de impacto ambiental semidetallada, y en algunos casos específicos, uno o más componentes requieren de una EIA detallada. Los proyectos con categoría ambiental IV necesitan un estudio de impacto ambiental detallado.

Para realizar la clasificación ambiental, el proponente del proyecto o programa podrá definir una lista de factores y componentes ambientales que puedan recibir impactos potenciales durante la ejecución y operación del proyecto.

Procedimientos generales para evaluar los impactos ambientales

Para tener una idea global del proceso de incorporación de la dimensión ambiental en la evaluación de proyectos es necesario tener en cuenta tres aspectos:

El **procedimiento**: consiste en la secuencia que debe seguir la evaluación de un proyecto de desarrollo para que se pueda autorizar su ejecución, en base a criterios ambientales, técnicos y económicos.

La **metodología**: es la serie ordenada de pasos que debe seguir el estudio de impacto ambiental; descripción de los objetivos, alternativas y actividades del proyecto, así como su análisis identificación y evaluación de los impactos ambientales, de acuerdo a técnicas especiales y diseño de medidas de atenuación de los impactos adversos.

Las **técnicas o métodos**: son las herramientas que nos permiten identificar y evaluar los impactos ambientales de las acciones de un proyecto, algunos ejemplos son: listados (checklist), las matrices, la cartografía, las redes de análisis de sistema, la simulación, etc. Cada

proponente de proyecto debe escoger la técnica o la combinación de técnicas que están más de acuerdo con su caso particular.

Costos y beneficios de los estudios ambientales

Los costos de la EIA son conmensurables con la complejidad y significancia del problema y con el nivel de detalle requerido.

Los cambios de diseño producidos como resultado de los hallazgos de la EIA pueden ocasionar un aumento de los costos en capital, pero los ahorros para las economías locales, regionales y nacionales, que resultan de evitar impactos en el medio ambiente de la maximización de los impactos beneficiosos, sobrepasan en el largo plazo, los costos de un sistema de EIA.

Los promotores del proyecto pueden beneficiarse con un diseño mejorado del proyecto y de su localización, que puede obviar la necesidad de costosas acciones de mejoramiento, tales como la introducción de equipo de control de la contaminación o pago de compensaciones.

Usualmente no han sido determinados los beneficios financieros que resultan para la población de la implementación de la EIA, porque es difícil asignarles valores monetarios a dichos beneficios. Muchos de los activos ambientales, que de otro modo hubieran sido degradados o destruidos, tienen un valor único que en el transcurso del tiempo sobrepasará ampliamente los costos de la EIA. En muchos casos se ha podido demostrar que el uso de la EIA ha permitido la elección de una opción del proyecto que es tanto económica como ambientalmente superior a la opción original.

Conclusiones

Los estudios de impactos ambientales y los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental parecen ser instrumentos y herramientas que contribuyen a la preservación y conservación del ambiente y por lo tanto aseguren las posibilidades de desarrollo bajo las consignas de sustentabilidad que el crecimiento de las naciones necesita para mantener o aún mejorar la calidad de vida

de sus habitantes. Evidentemente las Autoridades de Aplicación juegan un rol muy importante a fin de llevar adelante los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y el seguimiento de cada obra y actividades de proyectos que puedan avanzar. Este rol tan significativo requiere de personal idóneo en cada área técnica que lleve adelante el control y seguimiento de cada etapa. Los entes gubernamentales y la sociedad toda jugarán un papel trascendental en el crecimiento de un país bajo los conceptos de desarrollo sustentable cuando adquieran capacitación y destrezas en la aplicación de conductas que contribuyan al cuidado del ambiente.

GRAN PROCESO DE CAMBIO. ENCÍCLICA LAUDATO SI

Fanny Virginia Calderón [*]

Introducción

La Carta Encíclica Laudato Si, sobre el cuidado de la casa común tiene su origen en las Epístolas del Nuevo testamento, y que fueron reafirmadas por documentos del Papa Benedicto XVI.

El Papa se maravilla ante el cántico de las Criaturas de San Francisco de Asís, que dice así: "Laudato si, mi Signore", que significa "Alabado Seas mi Señor". El Santo nos recordaba que nuestra casa común, como una hermana con la cual compartimos la existencia y que nos recibe entre sus brazos. Esa hermana nos sustenta y gobierna, produce diversos frutos con coloridas flores y hierbas.

Hoy nuestra hermana clama, por los abusos de los bienes que Dios nos ha dado, porque el hombre ha crecido creyéndose propietario y dominador, autorizados a devastarla.

Esta situación ya ha sido observada desde hace más de cincuenta años por parte de los diversos Papas, así tenemos que Juan XXIII, que fue Papa entre 1958-1968, en la Encíclica *"Pacem in terris"*, donde advertía de la graves consecuencias por las crisis nucleares,

[*] Profesora en Historia, Geografía y Educación Cívica. Investigadora. Escritora. Historiadora

producidas durante esos años, eran los hechos de la construcción del Muro de Berlín y el establecimiento de los misiles en Cuba. Hablaba de un diálogo entre todos acerca de nuestra casa común.

También el Beato Pablo VI, entre 1968-1978, tuvo en cuenta este grave problema en 1971, y habló de la crisis degradación que tenía consecuencias dramáticas y lo puso de manifiesto en la FAO, donde habla de la catástrofe que ha producido esta explosión de la civilización industrial. Proponiendo un cambio profundo a través de los progresos científicos el crecimiento económico, pero todo unido a un auténtico progreso social y moral.

Luego San Juan Pablo II, Papa desde 1978-2005, manifestó la urgencia de una conversión ecológica global, con el fin de cuidar y mejorar el mundo. Esto debía hacerse con cambios profundos en los estilos de vida, en los modelos de producción y consumo, en las estructuras de poder, en el respeto a las personas y atender el mundo natural y así transformar la sociedad.

Luego Benedicto XVI en el año 2005, tuvo en cuenta que se debía eliminar las causas de las disfunciones de la economía mundial, porque la degradación de la naturaleza tiene una íntima relación con la cultura de la convivencia. El hombre con su comportamiento irresponsable no la ha cuidado, con espíritu y voluntad y no tenemos en cuenta que en la misma naturaleza nos vemos a nosotros mismos.

La Encíclica tienen un carácter ecuménico porque resalta la misma preocupación de otras iglesias, toma como protagonista importante al patriarca Ecuménico Bartolomé de la Iglesia Ortodoxa, que le habla a los hombres diciéndoles que se arrepientan de dañar el planeta, que destruyen la diversidad biológica, contribuyen al cambio climática, por ejemplo de los bosques, de las zonas húmedas y contaminan aguas, suelo y aire. Pero también pone énfasis en las raíces ético espirituales de los problemas ambientales y propone como solución un cambio humano basado en virtudes, como por ejemplo ante el consumo propone el sacrificio, ante la avidez, la generosidad, ante el desperdicio, el compartir. Y resalta una frase ascética "Aprender a dar y no simplemente renunciar".

Por último, el ejemplo de San Francisco patrono de los que estudian y trabajan en torno a la ecología. Místico y peregrino que

nos habla de la creación de Dios más para los pobres y abandonados. Y la armonía con Dios, con los otros, con la naturaleza y consigo mismo, es decir una ecología integral. Debemos acercarnos a la naturaleza y el ambiente con ojos de estupor maravillados, gozar de la belleza con un amor fraternal, rechazar las actitudes de dominador, consumidor, explotador de los recursos, incapaz de poner límites. Debemos ser unidos, sobrios y cuidadores de la creación. Un ejemplo es que en los conventos de la orden creada por él, decía a los hermanos que se debían dejar parte del huerto sin cultivar, para así ver la creación del Señor.

Concluyendo, el Papa Francisco hace su propio llamado a todo el mundo, muy vigente en la actualidad, a proteger nuestra casa común, a unir a toda la familia humana, en esa búsqueda de un desarrollo sostenible integral, propone que todos reconozcan alienten y den gracias a todos los sectores de la actividad humana que trabajan para la protección de la casa, y en la resolución de las consecuencias dramáticas de la degradación ambiental y como siempre dirigida a preservar la vida de los más pobres.

Las soluciones de las crisis se han visto frustradas por diversos intereses, como por ejemplo la negación del problema, la indiferencia, la resignación cómoda y en especial la confianza ciega en las soluciones técnicas de los países poderosos. Hace un llamado a todos, para colaborar, desde diversos campos, como la cultura, la experiencia las capacidades, etc.

Los ejes de la encíclica son fundamentales en este proceso de conocimiento de la misma:

1. Por supuesto la primera se relaciona con los pobres y la fragilidad del planeta.
2. La globalización ya que todo el mundo está conectado.
3. Hay una crítica muy profunda al nuevo paradigma relacionado con las formas de poder que derivan de la tecnología.
4. Propone otros modos de entender la economía y el progreso
5. La importancia del valor que tiene cada criatura.
6. El sentido humano que se le debe dar a la ecología.
7. La necesidad de tener debates sinceros y honestos.

8. La grave responsabilidad de la política internacional y local.
9. La cultura del descarte.
10. Y la Propuesta de un nuevo estilo de vida.

Capítulo Primero

Los cambios que se ven hoy en la humanidad tienen diversas causas, están relacionados especialmente a lo que el Papa llama "rapidación", ya que vivimos en un mundo de intensidad en los ritmos de vida y de trabajo, totalmente distintos a la lentitud de la evolución biológica, con el grave problema que esa situación no se orienta a lograr el Bien Común. Pero parece que la capacidad humana ante el progreso está tomando conciencia de esta situación por lo que se ha sensibilizado con el ambiente y cuidado de la naturaleza. Debemos reconocer y debemos hacer aportes a este cambio.

Analiza especialmente los siguientes aspectos: la contaminación que afecta a todas las personas provocando efectos catastróficos en la humanidad, con graves consecuencias especialmente a los pobres.

La contaminación de los residuos, especialmente los desechos peligrosos, no biodegradables y nuestra casa la tierra parece hoy un depósito de porquerías.

La cultura del descarte, por ejemplo el del papel que se puede reciclar, y nos cuesta reconocer el funcionamiento de los ecosistemas naturales, en cambio no tenemos en cuenta que el sistema industrial en su ciclo no ha desarrollado la capacidad de reutilizar residuos y desechos.

El grave problema del clima es un sistema complejo y hoy nos encontramos ante una realidad alarmante que es el calentamiento global, sin tener en cuenta las consecuencias que ha tenido con el aumento del nivel del mar, la concentración de gases de efecto invernadero, y cómo influye este cambio en el uso del suelo especialmente la deforestación par agricultura. El ciclo del carbono por este miso efecto crea un círculo vicioso, que nos lleva a la falta de recursos fundamentales como el agua potable, la energía , la producción agrícola, el derretimiento de los hielos polares, la perdida

de selvas tropicales, la acidez de los océanos, que nos deja como consecuencia destrucción de diversos ecosistemas .

Muchos pobres viven en lugares relacionados con el calentamiento y subsisten de las reservas naturales como la agricultura, pesca y recursos forestales y son los más afectados por esta situación.

Se pone énfasis en un tema muy actual, que es el de las migraciones mundiales, como consecuencia de la miseria, empeorada por la degradación ambiental; ante la cual, hay una gran indiferencia y no un reconocimiento de los organismo internacionales.

De primera importancia es el problema del agua potable y limpia, indispensable para la vida humana y para los ecosistemas terrestres y acuáticos. Abastecen a ciudades, sectores sanitarios, agropecuarios e industriales. Pero se debe formar el hábito de gastar lo necesario, porque ya se sufre la falta de la misma, la pobreza del agua social se da especialmente en África, donde grandes sectores de la población, padecen la falta de la misma que ha llevado a un número considerable de enfermedades como diarrea y cólera. También las sequías que dificultan la producción de alimentos, deja como resultado pobreza y muerte.

El acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, negarles este derecho es actuar contra su dignidad.

La situación de la carencia del agua pura, es una cuestión educativa y cultural, porque no se ha tomado conciencia de la gravedad de esta conducta, que es el derroche de la misma.

Cada año desaparecen miles de especies vegetales y animales, que ya no podremos conocer, que nuestros hijos no podrán ver, estas pérdidas son para siempre. La mayoría se extinguen por razones que tienen que ver con alguna acción humana.

Se debe intervenir cuando un geosistema entra en estado crítico, pero hoy la intervención humana a veces dificultad y agrava la situación.

Cuando se analiza el impacto ambiental de algún emprendimiento, se suele atender los efectos en el suelo, en el agua y en el aire, pero no siempre se incluye un estudio cuidadoso sobre el impacto en la biodiversidad. Por ejemplo cuando se explotan comer-

cialmente algunas especies, no siempre se estudia su forma de crecimiento para evitar su disminución excesiva con el consiguiente desequilibrio del ecosistema.

Hay lugares que requieren un cuidado especial por su enorme importancia para el ecosistema mundial. Esos son la Amazonia y la cuenca fluvial del Congo, pulmones del planeta, repletos de biodiversidad. Pero cuando estas selvas tropicales son quemadas y arrasadas para desarrollar cultivos, se convierten en desiertos.

Pero a la hora de hablar sobre estos lugares, no se puede ignorar los enormes intereses económicos internacionales que, bajo el pretexto de cuidarlos, pueden atentar contra la soberanía nacionales.

Tampoco suele ser objeto de un adecuado análisis, el reemplazo de la flora silvestre por áreas forestadas con árboles, que generalmente son monocultivos, porque pueden afectar gravemente a una biodiversidad que no es albergada por las nuevas especies que se implantan. Lo mismo ocurre con los humedales y los manglares.

Los océanos contienen la mayor parte de seres vivientes, lo mismo que los ríos y lagos, que alimentan a gran parte de la población mundial, afectados por el descontrol en la extracción de los recursos pesqueros y especialmente algunas formas de plancton que constituyen un componente muy importante en la cadena alimentaria marina. Otro recurso marino afectado son las barreras de coral, hoy muchas de ellas son cementerio subacuáticos despojados de vida y de color, contaminadas por los vertidos industriales y los métodos destructivos de pesca, especialmente los que utilizan cianuro y dinamita.

Debemos advertir otro deterioro y es en la calidad de la vida humana, por ejemplo el crecimiento desmedido y desordenado de muchas ciudades, que son insalubres para vivir, no sólo por la contaminación de emisiones tóxicas sino por el caos urbano y a la contaminación visual y acústica.

Vemos también los efectos laborales de algunas innovaciones tecnológicas, que han llevado a la degradación social, el crecimiento de la violencia, al narcotráfico y el consumo creciente de drogas entre los más jóvenes.

Los medios del mundo digital con su dinámica, nos exigen un esfuerzo para que se traduzcan en un nuevo desarrollo cultural de la humanidad. La verdadera sabiduría, producto de la reflexión, del diálogo y del encuentro generoso entre las persona.

El ambiente humano y el ambiente natural se degradan juntos. Un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social se debe escuchar el clamor de la tierra como el clamor de los pobres. Afecta a países enteros y nos obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Hay una deuda ecológica entre el Norte y el Sur, como consecuencia del uso desproporcionado de los recursos naturales, ya que exportaciones de algunas de las materias primas para el Norte industrializado, han producido daños locales, a veces irreversibles.

Hay una deuda ecológica que se debe subsanar con el Sur, los países desarrollados deben apoyar políticas y programas de desarrollo sostenible. Necesitamos fortalecer la conciencia que somos una sola familia humana.

Capítulo Segundo

La crisis ecológica y sus múltiples causas demuestran que es necesario acudir a las diversas riquezas culturales de los pueblos. La Iglesia Católica está abierta al diálogo con el pensamiento filosófico y producir una síntesis entre la fe y la razón. Con respecto a las cuestiones sociales se puede ver en el desarrollo de la doctrina social de la Iglesia.

Los relatos bíblicos nos acercan a ver la relación entre el ser humano con el mundo. En el Génesis, el plan de Dios incluye la creación de la humanidad y su dignidad infinita. También vemos que la existencia humana se basa en tres relaciones fundamentales: la relación con Dios, con el prójimo y con la tierra. No somos Dios. La tierra nos precede y nos ha sido dada. Es importante leer los textos bíblicos en su contexto, con una hermenéutica adecuada, y recordar que nos invita a "labrar y cuidar" el jardín del mundo (cf. Gn 2,15)." Labrar" significa cultivar, arar o trabajar, y "cuidar" significa proteger, custodiar, preservar, guardar, vigilar. Esta responsabilidad ante una tierra que es de Dios implica que el ser hu-

mano, dotado de inteligencia, respete las leyes de la naturaleza y los delicados equilibrios entre los seres de este mundo.

Los Salmos invitan al ser humano a alabar a Dios Creador.

Los escritos de los profetas nos llaman a recobrar la fortaleza en los momentos difíciles, contemplando al Dios poderoso creador del universo.

Lo mismo que en el cautiverio en Babilonia y en la persecución del Imperio Romano. En estos momentos de crueldad, los fieles encontraban consuelo y esperanza acrecentando su confianza en el Dios todopoderoso. Que creó el universo de la nada y que puede vencer cualquier forma de mal.

La mejor manera de poner en su lugar al ser humano, y de acabar con su pretensión de ser un dominador absoluto de la tierra, es volver a proponer la figura de un Padre creador y único del mundo. El amor de Dios, donde cada criatura tiene un valor y un significado está presente en la tradición judío-cristiana. Un mundo frágil, con un ser humano a quien Dios le confía su cuidado, nos habla a nuestra inteligencia para reconocer cómo deberíamos orientar, cultivar y limitar nuestro poder.

Dios quiere actuar con nosotros y contar con nuestra cooperación, sacar algún bien de los males que nosotros realizamos, porque el Espíritu Santo posee una infinita inventiva.

A partir de los relatos bíblicos, consideramos al ser humano como sujeto que nunca puede ser reducido a la categoría de objeto.

Debemos ocuparnos que otros seres vivos no sean tratados irresponsablemente. No tolerar que unos se consideren más dignos, como si hubieran nacido con mayores derechos. Todo está relacionado, todos los seres humanos estamos juntos como hermanos y hermanas en una maravillosa peregrinación.

La mirada de Jesús, que en los diálogos con sus discípulos, los invita a ver la relación paterna que Dios tiene con todas las criaturas. Estar atentos a la belleza que hay en el mundo. Jesús vivía en armonía plena con la creación, y los demás se asombraban. Trabajaba con sus manos y así santificó el trabajo y le otorgó un valor para nuestra maduración.

El Nuevo Testamento nos habla del Jesús terreno y de su relación tan concreta y amable con todo el mundo, también lo muestra como resucitado y glorioso, presente en toda la creación universal.

Capítulo Tercero

Hay que reconocer la raíz humana de la crisis ecológica, se debe al modo de entender la vida, desviado y que contradice la realidad.

El poderío tecnológico nos ha puesto en una encrucijada: somos herederos de dos siglos de grandes cambios producidos por la Revoluciones Industriales. Así aparecieron el motor a explosión, el ferrocarril, el telégrafo, la electricidad, el automóvil, el avión, las industrias químicas, la informática la revolución digital, la robótica, la biotecnología y las nanotecnologías. Pero debemos resaltar que ciencia y tecnología son productos humanos donados por Dios. El hombre modificó la naturaleza con fines útiles, para buscar soluciones y remedio a los males que lo dañaban; se debe valorar los avances en medicina, ingeniería, comunicaciones y los trabajos de los científicos y técnicos. Tampoco se debe ignorar su acción en el ámbito de la belleza, en lo arquitectónico, en lo pictórico, en lo musical. Pero la energía nuclear, la biotecnología, la informática, el conocimiento del ADN, dan a quienes tienen conocimiento, un gran poder económico y dominio sobre la humanidad. Ésta nunca tuvo tanto poder sobre si mismo, nada garantiza que lo va usar bien. Los hechos históricos así lo demuestran: las bombas atómicas sobre Japón, la tecnología utilizada por los Estados Totalitarios como el nazismo, el comunismo, la matanza de millones de persona por las guerras mortíferas y los riesgos que corre la humanidad porque este poder lo tiene sólo una parte de la humanidad.

Según Romano Guardini, el hombre moderno no está preparado para utilizar el poder con acierto. El enorme crecimiento tecnológico, no estuvo acompañado de un desarrollo del ser humano en responsabilidad, valores y conciencia. Cada época tuvo escasa autoconciencia de sus propios límites. La humanidad no advierte los serios desafíos que se le presentan, que utilice mal el poder que tiene; no hay norma reguladora de la libertad, sino a los imperativos de utilidad. El ser humano no es plenamente autónomo en su libertad,

se enferma, se entrega a fuerzas ciegas, inconsciente ante las necesidades inmediatas, con egoísmo, con violencia, está desnudo frente a su propio poder. Le falta una ética sólida, una cultura, una espiritualidad que lo limiten, lo contenga en una lúcida abnegación.

El problema es muy profundo y para conocerlo es fundamental ver el modo que la humanidad de hecho ha asumido la tecnología y su desarrollo, junto con un paradigma homogéneo y unidimensional. En el proceso lógico racional, el sujeto abarca y posee el objeto que se halla afuera; para ello despliega el método científico con su experimentación y así tiene la técnica de la posesión, dominio y transformación. Antes se plegaba a las posibilidades de recibir las cosas que la realidad natural le daba. El hombre tendía la mano. Hoy trata de extraer todo lo posible de las cosas. Ignora la realidad que tiene delante. El ser humano y las cosas están enfrentados. La idea de un crecimiento infinito ha entusiasmado a economistas, financistas, tecnólogos. Supone una mentira la de disponer infinitamente de los bienes del planeta que lleva a estrujarlo, hasta el límite y más allá del límite.

Las dificultades del mundo actual se deben a que la metodología y los objetivos de la tecnociencia se basan en un paradigma de comprensión que condiciona la vida de las personas y el funcionamiento de la sociedad. Sus efectos son la degradación, el reduccionismo que afecta la vida humana, crean entramados que condicionan los estilos de vida. El paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante, que es difícil prescindir de sus recursos y más difícil utilizarlos sin ser dominados por su lógica. Es contracultural elegir estilos de vida independiente de la técnica, de sus costos, de su poder globalizador y masificador. El hombre que tiene la técnica se dirige al dominio de controlar la naturaleza, como la existencia humana. Este paradigma tiene dominio sobre la economía con su desarrollo tecnológico y su rédito, sus finanzas ahogan la economía real, también domina la política que no ha aprendido de las diferentes crisis financieras mundiales que han llevado al hombre a la miseria y creen que se resolverán con el crecimiento del mercado. No les preocupa la justa dimensión de la producción, la mejor distribución de la riqueza, el cuidado responsable del ambiente y el derecho de las generaciones futuras. Debe sumar al saber la filosofía y la ética social. La vida hoy es abandonarse a

las circunstancias, condicionadas por la técnica. La realidad nos muestra síntomas del error, en la degradación del ambiente, en la angustia, la pérdida del sentido de vida, la convivencia, la realidad es superior a la idea.

La cultura ecológica ante el avance del paradigma tecnocrático debe tener una mirada distinta, un pensamiento, una política, un programa educativo, un estilo de vida, una espiritualidad .En la realidad las cosas deben estar entrelazadas y avanzar en una valiente revolución cultural que es indispensable para aminorar la marcha y mirar la realidad de otra manera.

El antropocentrismo moderno coloca la razón técnica sobre la realidad. Ha llegado el momento de volver a prestar atención sobre la misma y lograr un desarrollo humano y social más sereno y fecundo. No se puede prescindir de la humanidad. No hay ecología sin una adecuada antropología. Se debe reconocer y valorar en el ser humano capacidades peculiares de conocimiento, voluntad, libertad y responsabilidad Se lo debe colocar en el centro, todo lo demás es relativo. En la adoración al poder humano sin límites, todo se vuelve irrelevante, sino sirve a sus intereses. La cultura del relativismo empuja a una persona a aprovecharse de otra y a tratarla como mero objeto: como por ejemplo en los trabajos forzados, en las deudas contraídas, en la explotación sexual de niños, en el abandono de ancianos, en la compra de órganos a los pobres. En otras palabras "Usa y tira".

En una ecología integral no se debe de dejar de lado la necesidad de preservar el trabajo. La concepción del mismo consiste en que es una actividad que transforma la existencia. San Benito de Nursia decía *"Ora et labora"*. El trabajo es un desarrollo personal con muchas dimensiones como la creatividad, la proyección del futuro, el desarrollo de capacidades, el ejercicio de valores, la comunicación y la actitud de adoración. El objetivo del acceso al trabajo por parte de todos debe ser una prioridad. Es una necesidad a una vida digna. Las máquinas han disminuido los puestos de trabajo, por lo cual se debe promover una economía que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial, para que con la creación de nuevos puestos de trabajo se logre el ineludible servicio al bien común.

Las investigaciones para lograr una innovación biológica son de suma importancia, ya que se hará frente a graves problemas como el daño de los cereales transgénicos a los seres humanos. También se debe hacer frente a la concentración de tierras en pocas manos, al desarrollo de oligopolios que producen granos que sólo unos pocos pueden comprar y así ocasionan trabajadores precarios, que deben dejar muchas veces sus tierras al no poder cultivarlas y por consiguiente aparecen grandes concentraciones marginales en ciudades.

Es de suma importancia contar con espacios de discusión donde todos expongan sus problemas y accedan a información amplia y fidedigna el bien común debe ser presente y futuro con una mirada integral.

Capítulo Cuarto

Para conocer lo que es una ecología integral y los factores de la crisis mundial, debemos conocer que la ecología estudia las relaciones entre los organismos vivientes y el ambiente donde se desarrollan. Pensar y discutir las condiciones de vida y supervivencia de una sociedad. Todo conectado en tiempo y espacio, relacionados los distintos componente del planeta. Todo forma una red. Así tenemos una visión amplia de la realidad. El medio ambiente al reconocer esta relación entre naturaleza y sociedad nos hace ver que estamos todos incluidos y somos parte de la misma. Lo fundamental es buscar soluciones integrales que consideren las interacciones entre los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. Hay una sola y compleja crisis socio-ambiental. Como líneas de solución debemos resaltar que se debe combatir la pobreza, dar dignidad a los excluidos y cuidar la naturaleza.

Las investigaciones deben permitir reconocer, como las criaturas se relacionan, conformando los llamados ecosistemas, que deben cuidarse y hacer uso racional de los mismos. De ese conjunto armonioso depende nuestra propia existencia Ellos intervienen por ejemplo en el secuestro del anhídrido carbónico, en la purificación del agua, en el control de plagas y en la formación de suelos. Debemos hacer uso sostenible e incorporar la capacidad de regeneración de cada ecosistema en sus diversas áreas y aspectos.

La ecología económica es una realidad más amplia y consiste en la protección del medio ambiente, constituir parte del proceso de su desarrollo, con una mirada integral e integradora. Los problemas ambientales son inseparables del análisis de los contextos humanos, existe una interacción entre los ecosistemas mundiales. Por lo tanto el todo es superior a la parte.

La ecología social es institucional y alcanzan a la familia, la comunidad local, la nación y la vida internacional. Todo los que las dañe por ejemplo el no cumplimiento de las leyes de la tala de bosques, que ejerce efecto en todo el planeta; el consumo de narcóticos en las sociedades opulentas, provoca demanda de productos de regiones empobrecidas; corrompen conductas y produce efectos nocivos para las mismas, como pérdida de libertad, injusticia y violencia. Las instituciones deben velar porque esto no se produzca.

La ecología cultural es que junto al patrimonio natural existe un patrimonio histórico, artístico y cultural igualmente amenazado. Es parte de una identidad común de un lugar. Es necesario incorporar la historia, a cultura y la arquitectura de un lugar manteniendo su identidad original. Ecología supone también cuidado de riquezas culturales. Poner atención a las culturas locales al analizar cuestiones relacionadas al medio ambiente, produciendo diálogo entre el lenguaje científico-técnico y el lenguaje popular. Es la cultura en su sentido vivo, dinámico y participativo que no debe dejarse de lado ante este análisis.

El consumismo tiende a homogeneizar las variedades culturales que son tesoro de la humanidad y tiende a poner en práctica normativas uniformes o intervenciones técnicas. Los nuevos procesos no pueden ser incorporados con esquemas establecidos desde afuera, sino a partir desde la misma cultura local. El cuidado del mundo debe ser flexible y dinámico. Las técnicas deben respetar los derechos de los pueblos y culturas, es decir el protagonismo de los actores sociales locales desde su propia cultura. La desaparición de una cultura puede ser tanto o más grave que la desaparición de una especie animal o vegetal. Por ejemplo, las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales son interlocutores, porque para ellas la tierra es un espacio sagrado con quien interactúan para sostener su identidad y valores.

La ecología de la vida cotidiana analiza el espacio donde transcurre la vida de las personas y como mejorar su calidad, como integrantes de la casa en común. Se quiere, configurar una identidad integradora y feliz, ya sea en el interior de sus viviendas, amistad con la gente con una vida social positiva. Una ciudad debe estar bien integrada sus partes. Pero se observan diversos problemas como falta de viviendas adecuadas, barrios precarios con grandes hacinamientos, que llevan a conductas antisociales y la violencia. Carencia de transporte adecuado y público en las ciudades y más autopistas con mayor seguridad. Si la vida de las personas no tiene calidad, su adaptación al ambiente, al encuentro y la ayuda mutua será muy difícil.

La ecología humana es la necesaria relación de la vida del ser humano con la ley moral escrita en su propia naturaleza, necesaria para poder crear un ambiente más digno, implica algo muy profundo. Nuestro propio cuerpo nos sitúa en una relación directa con el ambiente y con los demás seres vivientes. Se debe aprender a recibir el propio cuerpo, a cuidarlo y respetar sus significados, es esencial para la vida con dignidad

Por lo tanto la ecología humana es inseparable de la noción del Bien Común, que cumple un rol central como unificador en la ética social, que presupone el respeto a la persona humana con derechos básicos e inalienables, ordenados a su desarrollo integral, que requiere paz social es decir estabilidad y seguridad y que el Estado tiene la obligación de defender y promover el importante papel que juega en la sociedad el Bien Común.

Hoy son más las personas descartables, privadas de los derechos básicos, por lo tanto, el principio del bien común se convierte inmediatamente, en un llamado a la solidaridad en especial para los más pobres. Sacar las consecuencias del destino común de los bienes de la tierra. Es una exigencia ética.

Este principio del bien común lleva incorporada a las generaciones futuras, ya que no se puede hablar de un desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional. La tierra que recibimos pertenece también a los que vendrán, es un préstamo que cada generación recibe y debe transmitir a la generación siguiente. Debemos preocuparnos por las futuras generaciones, ya que lo que está

en juego es nuestra propia dignidad. Debemos dejar habitable un planeta para la humanidad que nos sucederá.

Las predicciones catastróficas no pueden ser miradas con desprecio e ironía, podríamos dejarle a las próximas generaciones sólo escombros, desiertos y suciedad. El estilo de vida actual, es insostenible y sólo puede terminar en catástrofes, como ya está ocurriendo en diversos lugares. Se ve que hay un deterioro ético y cultural, que acompaña al deterioro ecológico. El hombre y la mujer del mundo posmoderno corren el riesgo de volverse cada vez más individualista, y mucho de los problemas sociales se relacionan con el egoísmo actual, con la crisis de los lazos familiares y sociales y con el no reconocimiento del otro. Por lo tanto además de la leal solidaridad intergeneracional se ha de reiterar la necesidad moral urgente de una solidaridad intergeneracional.

Capítulo Quinto

Después de analizar la situación actual con detallado enfoque, nos lleva a buscar un cambio de rumbo y se sugieren acciones unidas al diálogo, para así poder salir de esta espiral de autodestrucción.

Desde el siglo pasado se ha ido afirmando la idea de que el planeta es una patria y la humanidades el pueblo que habita una casa de todos. Nos obliga a pensar en un solo mundo, un proyecto en común. Para hacer frente los problemas de fondo, es indispensable un consenso mundial que lleve por ejemplo, a programar una agricultura sostenible y diversificada, desarrollar formas de energías renovables y poco contaminantes, buscar adecuadas formas de preservar los recursos forestales y marinos y asegurar para todos el acceso al agua potable.

En las últimas décadas, las cuestiones ambientales han generado un gran debate público; pero la política y la empresa reaccionan con lentitud. Se puede decir que, la humanidad del período post-industria será recordada como una de las más irresponsable de la historia.

Las Cumbres mundiales no respondieron a las expectativas, por falta de decisión política. Algunas son destacables, como la Cumbre de la Tierra, de Río de Janeiro de 1992, donde se proclamó que

"los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible". También la declaración de Estocolmo de 1972 consagró la cooperación internacional para cuidar los ecosistema de toda la tierra, el que contamina hacerse cargo económicamente de ello, , evaluar el impacto ambiental de toda obra, estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero para revertir el calentamiento global. Se elaboró un programa de acción sobre diversidad biológica. Fue una cumbre superadora y profética, pero los acuerdos y los mecanismo de control han tenido bajo nivel de implementación, ya que no se establecieron mecanismos de control periódicos y de cumplimiento.

Como positivas experiencias se resaltan el Convenio de Basilea sobre los desechos peligrosos, la regulación del comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre que incluye misiones de control de cumplimiento efectivo. La Convención de Viena para la protección de la capa de ozono y su implementación con el Protocolo de Montreal, parece que el problema del adelgazamiento de esa capa ha entrado en una fase de solución.

Con respecto al cuidado de la diversidad biológica y su relación con la desertificación, sus avances han sido menos destacados. Lo mismo que lo relacionado con el cambio climático, debemos considerarlos muy escasos. Se requiere honestidad, valentía y responsabilidad de parte de los países más poderosos y contaminantes, para la reducción de los gases de efecto invernadero. La Conferencia de la Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible denominada Río +20 (Río de Janeiro 2012) emitió una extensa e ineficaz Declaración final. No se puede avanzar con significación en las negociaciones internacionales por la posición de los países que privilegian sus intereses nacionales sobre el bien común global.

Las estrategias para lograr la baja emisión de los gases contaminantes se basan en internacionalizar los costos ambientales e imponer a los países de menores recursos los mismos compromisos, que la de los países industrializados. Es una nueva injusticia y como siempre el hilo se corta por lo más débil. Los efectos del cambio climático se harán sentir por mucho tiempo, aunque ahora se tomen medidas, los países con escasos recursos necesitarán apoyo económico para adaptarse a los mismos. Los países más bene-

ficiados por la industrialización tienen más responsabilidad para solucionar dichos problemas.

Otro aspecto para priorizar es la situación de los países pobres, de donde deben erradicarse la miseria y producir el desarrollo social de sus habitantes, tener muy en cuenta el escandaloso consumo de algunos sectores privilegiados de su población y controlar con eficacia las corrupciones. En la producción de energía utilizar menos contaminantes y aprovechar la abundante energía solar, contando con la ayuda de los países más desarrollados para que proporcionen tecnologías, asistencia técnica y recursos financieros. Es una decisión ética, que se basa en la solidaridad de todos los pueblos.

En estos momentos es urgente que los acuerdos internacionales se cumplan, siempre respetando la soberanía de los estados, así se evitará catástrofes locales con consecuencias para todos. Los marcos regulatorios globales que establezcan obligaciones e impidan acciones intolerables, como por ejemplo el hecho que los países poderosos expulsen residuos e industrias contaminantes a otros países.

Con respecto a los océanos se debe resolver el problema de los residuos marinos y la protección de áreas más allá de las fronteras, ya que también son bienes globales.

Se necesita una reacción general más responsable para erradicar los problemas antes analizados. Este siglo XXI muestra un debilitamiento de los Estados nacionales frente a la dimensión económica- financiera, que tiende a predominar sobre la política. Por lo cual deben madurar las instituciones internacionales. Ante esta situación, juega un papel muy destacado la diplomacia ya que a través de ella se anticipan los problemas más graves.

Las funciones impostergables de cada Estado son: planificar, coordinar, vigilar y sancionar dentro de su propio territorio, la utilización responsable de las capacidades humanas de sus habitantes. Un factor, que dentro de la sociedad, actúa como moderador, es el derecho, que establece las reglas para las conductas, que tienen que tener como fin el bien común. Para que ésta sea sana, madura y soberana debe imponerse límites que se asocian con: previsión y precaución, regulaciones adecuadas, vigilancia de la aplicación de las normas, control de la corrupción, control operativo e inter-

vención oportuna sobre los efectos negativos de los procesos productivos. La jurisprudencia es este aspecto es cada vez mayor, para disminuir los efectos contaminantes; pero en el marco político e institucional también se debe alentar las mejores prácticas.

En política, respondiendo a intereses electorales, los gobiernos no quieren irritar a la población con medidas que afectan el consumo y las inversiones extranjeras. La agenda ambiental ocupa un lugar poco destacado en la agenda oficial; se olvida que "el tiempo es superior al espacio", nos preocupamos por generar procesos más que por dominar espacios de poder. Se debe actuar en base a grandes principios y pensando en el bien común a largo plazo. Cuesta mucho asumir este deber en un proyecto de nación.

Con un fuerte sentido comunitario, con un entrañable amor a la tierra, con el pensamiento en lo que se deja a los hijos y nietos, se puede generar mayor responsabilidad. Estos valores tienen mucho arraigo en las poblaciones aborígenes. La sociedad, a través de organismos no gubernamentales y asociaciones intermedias, debe obligar a los gobiernos a desarrollar normativas, procedimientos y controles más rigurosos. La realidad muestra, que si los ciudadanos no controlan al poder político- nacional, regional y municipal-, tampoco es posible un control de los daños ambientales.

La continuidad de las políticas relacionadas con el cambio climático y la protección del ambiente, requieren mucho tiempo, sus resultados, la mayoría de las veces no podrán ser mostrados dentro del actual período de gobierno.

Se requieren procesos políticos transparentes y sujetos al diálogo en la previsión de impacto ambiental. Elaboración interdisciplinaria, transparente e independiente de toda presión económica y política. Análisis de las condiciones de trabajo y los posibles efectos sobre la salud física y mental de las personas. Es decir que todos los actores sociales puedan aportar sus opiniones y participar en la toma de decisiones.

Una serie de preguntas debería plantearse para saber si un emprendimiento aporta al desarrollo integral de la comunidad. ¿Para qué? ¿Por qué? ¿Dónde? ¿Cuándo? ¿De qué manera? ¿Para quién? ¿Cuáles son los riesgos? ¿A qué costo? ¿Quién paga los costos y cómo lo hará? Un ejemplo es el agua, recurso escaso e indispensable.

Un principio de previsión de la degradación del medio ambiente, se puso de manifiesto en la Declaración de Río de 1992. Con una demostración objetiva y contundente, se puede ver si la actividad propuesta va a generar daños graves y especialmente a los más débiles.

La plenitud humana debe lograrse contando con el gran aporte de diálogo entre política y economía. La primera no debe someterse a la segunda y ésta a las decisiones del paradigma de la tecnocracia. Necesitamos que ambas se coloquen al servicio de la vida, especialmente humana. La crisis financiera de 2007-2008 era el momento para desarrollar una economía atente a los principio éticos; pero no fue así ya que careció de la energía necesaria para resolver el problema de la economía real.

En el contexto que estamos analizando, cuando se habla de biodiversidad, se piensa como un depósito de recursos económicos para ser explotados, pero no se ve el valor real de las cosas y su significado para las personas y las culturas.

Se debe buscar oportunidades diferentes para descubrir la diversificación de una producción con menor impacto ambiental. Usar la inteligencia, con audacia y responsabilidad para así mejorar la calidad de vida. Es algo muy simple, se trata de redefinir el progreso, ya que un desarrollo tecnológico y económico que no deja un mundo mejor, no puede considerarse progreso.

En política debemos resaltar el principio que otorga libertad para el desarrollo de las capacidades presentes en todos los niveles del Estado, pero exige también responsabilidad para el bien común a quienes tienen más poder Algunos sectores económicos ejercen más poder que los mismos Estados, pero no tiene justificación una economía sin política. Se necesita una política que piense y que lleve adelante un diálogo interdisciplinario ante esta crisis. Muchas veces es ella misma responsable de su propio descrédito, por la corrupción y por la falta de buenas políticas públicas. En algunas regiones, algunos grupos económicos aparecen como benefactores y tienen el poder real, no cumpliendo con las normas y dando lugar a diversas formas de criminalidad, como trata de personas, narcotráfico y violencia. La política no debe quedarse en discursos empobrecidos sin afrontar los grandes problemas de la humanidad.

Repensar los procesos con la vista puesta en una lógica que considere primordial preservar la cultura actual.

Tanto la política como la economía tienden a culparse en lo que se refiere a la pobreza y a la degradación del ambiente. Deben reconocer sus propios errores. Unos se desesperan sólo por el rédito económico y otros se obsesionan para conservar y acrecentar el poder y así tenemos guerras y acuerdos donde no se ve que se quiera preservar el ambiente y cuidar a los más débiles.

También es de suma importancia un diálogo entre las religiones y las ciencias. Los principios éticos que la razón es capaz de percibir pueden reaparecer siempre bajo distintos formas y expresados con lenguajes diversos e inclusos religiosos. Las ciencias pueden aportar cualquier solución técnica para resolver los graves problemas de la humanidad basadas en la convivencia, el sacrificio, la bondad. Los creyentes deben ser coherentes con su propia fe y no contradecirla con sus acciones, deben abrirse a la gracia de Dios y en sus convicciones de amor, justicia y paz. El regreso a sus fuentes es lo que permite a las religiones responde mejor a las necesidades actuales. Los creyentes son la mayor parte del planeta y por ello las religiones deben entrar en diálogo entre ellas, para el cuidado de la naturaleza, la defensa de los pobres y construir redes de respeto y fraternidad. Las ciencias especialmente las ecologista, deben dialogar abierta y amablemente entre sí, evitando el aislamiento y afrontando los problemas con paciencia y generosidad.

Capítulo Sexto

La humanidad necesita cambio: tomar conciencia de que tenemos un origen común, una misma pertenencia y un futuro compartido. Así se desarrollarán nuevas convicciones, actitudes y formas de vida. Para ello hay un gran desafío cultural, espiritual y educativo. El paradigma tecnoeconómico reflejado en el consumismo compulsivo, nos hace creer que somos libres, pero los que en realidad la poseen esa libertad, son la minoría que tiene el poder económico y financiero. La humanidad postmoderna está falta de identidad, tenemos muchos medios para unos escasos fines. En este contexto, mientras más vacío está el corazón de la persona, más necesita objetos para comprar, poseer y consumir. No acepta

los límites de la realidad las normas, ni el bien común. Este estilo de vida consumista, provoca una crisis social, donde sólo unos pocos pueden sostenerla y provoca violencia y destrucción en la que tiene acceso a ella.

No todo está perdido para los seres humanos ya que se puede volver a optar por el bien, la verdad, la belleza y por Dios que nos sigue alentando.

Debemos comenzar de nuevo como nos dice la Carta de la Tierra, pero no hemos desarrollado una conciencia universal que nos propone la historia, con un despertar ante la vida, por la justicia y la paz.

Nuevos hábitos y allí está el desafío educativo. En algunos países los jóvenes tienen una nueva sensibilidad ecológica pero han crecido en un contexto de altísimo consumo y bienestar. Por lo que la educación ambiental debe ampliar sus objetivos, no sólo con información científica sino con una crítica a los mitos del individualismo, progreso indefinido, competencia, consumismo, mercado sin reglas. La ética ecológica en los itinerarios pedagógicos debe ayudar a crecer en la solidaridad, la responsabilidad y el cuidado.

El cultivo de sólidas virtudes lleva implícito un compromiso ecológico. Es muy noble asumir el deber de cuidar la creación y es motivada por la educación, para formar un estilo de vida, así se aliente comportamientos en el cuidado del medio ambiente, como evitar el uso de material plástico y de papel, reducir el consumo de agua, separar los residuos, cocinar sólo lo que vamos a comer, tratar con cuidado a los demás seres vivos, utilizar el transporte público, plantar árboles, apagar las luces innecesarias. Estas acciones derraman un bien a la sociedad.

Los ámbitos educativos son muchos: la escuela, la familia, los medios de comunicación, la catequesis, etc. Pero se destaca la labor de la familia que es donde se cultivan los primeros hábitos de amor y cuidado de la vida es el lugar de la formación integral que es fundamental para construir una cultura de la vida compartida.

La concientización de la población compete a la política, a las asociaciones y a la Iglesia. Necesitamos controlarnos y educarnos unos a otros. Prestar atención a la belleza y amarla nos ayuda a salir del pragmatismo utilitarista. La conversión ecológica es un

llamado a una profunda conversión interior. Supone diversas actitudes: en primer lugar gratitud y gratuidad, no estar desconectados de las demás criaturas, cada una de ellas refleja algo de Dios y reconocer que él ha creado el mundo inscribiendo un orden y un dinamismo que el ser humano no debe ignorar. Es importante incorporar una vieja enseñanza: "menos es más" y así valorar cada cosa y cada momento. La sobriedad y la humildad no han gozado de una valoración positiva en el último siglo. La paz interior de las personas tienen mucho que ver con el cuidado de la ecología y con el bien común Tenemos que tener una actitud de corazón y dar gracias a Dios en todo momento. El amor lleno de pequeños gestos de cuidado mutuo se manifiesta en todas las acciones que procuran construir un mundo mejor.

Dios lo llena todo. Los Sacramentos son un modo privilegiado de cómo la naturaleza es asumida por Dios: el agua, el aceite, el fuego y los colores. La mano que bendice, la belleza que es divina armonía, en todo ello encontramos a Dios. La Eucaristía es la mayor elevación, une el cielo y la tierra, abraza y penetra todo lo creado. Para los cristianos, creer en un solo Dios que es comunión trinitaria lleva a pensar que contiene toda la realidad en su seno.

María, la madre que cuidó a Jesús, ahora cuida con afecto y dolor materno este mundo herido. Junto a ella San José, custodio de la Iglesia universal.

En la infinita belleza de Dios podremos leer con feliz admiración el misterio del universo y hacernos cargo de esta casa que se nos confió.

Conclusión

La Carta Encíclica *Laudato Si*, es un llamado para todos los habitantes de esta casa común, para cuidarla, mantenerla y dejarla en las mejores condiciones a las generaciones futuras. El diálogo debe prevalecer en todo momento, al igual que la toma de decisiones de todos los organismos que deben velar por la vida en el planeta. El Papa Francisco lo ha puesto en conocimiento en todos los organismos en que se ha expresado, nosotros debemos actuar para llevar a la realidad este gran desafío.

ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES DE CARÁCTER AMBIENTAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Andrés G. Ugarte

"… Si nos acercamos a la naturaleza y al ambiente sin esta apertura al estupor y a la maravilla, si ya no hablamos el lenguaje de la fraternidad y de la belleza en nuestra relación con el mundo, nuestras actitudes serán las del dominador, del consumidor o del mero explotador de recursos, incapaz de poner un límite a sus intereses inmediatos…"

Francisco I, *Encíclica Laudato Si.*

1. Introducción

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comenzó su vigencia en agosto de 2015.

Los cambios introducidos representan en gran medida la incorporación de cuestiones jurídicas que venían siendo discutidas y analizadas en la doctrina y jurisprudencia nacional. Es decir, que más allá del reconocimiento en la evolución de los tiempos, lo cierto es que muchos de los temas que trataremos a continuación ya venían siendo objeto de estudio por los distintos operadores jurídicos en sus diferentes ámbitos de actuación.

Pretendemos brindar una síntesis de aquellos aspectos procesales fundamentales, desde una perspectiva ambiental, que han

sido incorporados al nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.

No obstante la calidad y distinción de las obras elaboradas por Vélez Sársfield y Acevedo, se reconoce una profunda mutación de la realidad social, sobre todo en materia ambiental.

Pasamos de una sociedad impregnada por los principios de libertad, igualdad y propiedad proclamados luego de la Revolución Francesa, a la necesidad de incorporar derechos sociales correspondientes a los más vulnerables.

Y más aún, ahora los desprotegidos no sólo son los trabajadores, ancianos, mujeres, sino que los nuevos vulnerables los encontramos en los consumidores y usuarios de servicios públicos, y en intereses indefinidos o difusos que merecen una especial protección.

Nos encontramos con una sociedad que tiene nuevos desafíos que hacen a su propia supervivencia en el planeta y a la necesidad imperiosa de convivir con todas las especies en un mismo entorno. Esta evolución se evidencia en todas las instituciones humanas que han avanzado con el correr de los tiempos. Así, por ejemplo, lo manifestado por el Papa Francisco I, pontífice que incorpora la cuestión ambiental en la base de su pensamiento[1].

De la misma forma, en materia procesal, diversas instituciones caracterizadas por su rigidez, se han visto sensiblemente modifi-

---

1 Se puede advertir en LEÓN XIII, *Encíclica Papal Rerum Novarum,* 1891. "… Despertado el prurito revolucionario que desde hace ya tiempo agita a los pueblos, era de esperar que el afán de cambiarlo todo llegara un día a derramarse desde el campo de la política al terreno, con él colindante, de la economía. En efecto, los adelantos de la industria y de las artes, que caminan por nuevos derroteros; el cambio operado en las relaciones mutuas entre patronos y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría; la mayor confianza de los obreros en sí mismos y la más estrecha cohesión entre ellos, juntamente con la relajación de la moral, han determinado el planteamiento de la contienda…" Y en el cambio evidenciado en FRANCISCO I, *Encíclica Papal Laudato Si,* 2015. "… 'Alabado seas, mi Señor', cantaba San Francisco de Asís. En ese hermoso cántico nos recordaba que nuestra casa común es también como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos: 'Alabado seas, mi Señor, por la hermana nuestra madre tierra, la cual nos sustenta, y gobierna y produce diversos frutos con coloridas flores y hierba…"

cadas en virtud del especial objeto de estudio y protección que significa el ambiente.

El principio de congruencia, el rol activo del juez, la elastización del *onus probandi*, etc., son algunas de las cuestiones que se flexibilizan en atención a la especial tutela que merece el bien jurídico ambiental.

2. El microsistema ambiental y el proceso civil

La doctrina mayoritaria es conteste en reconocer la existencia de sistemas legales que mantienen principios y características propias que escapan a los conceptos clásicos del derecho civil.

Esos ámbitos del derecho han sido denominados microsistemas, entre los que se encuentra claramente definido el microsistema ambiental[2].

Este sistema tiene una lógica propia, principios propios, y métodos de abordajes específicos que se encuentran previstos en la Ley General de Ambiente 25.675, o ley de presupuestos mínimos de política ambiental.

Este código se coordina con estos cuerpos normativos, posibilitando en consecuencia la aplicación de principios[3] que rompen el encorsetado derecho privado clásico.

---

2 Cfr. Berros, María Valeria, "Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental", Jurisprudencia Argentina, Número Especial "Derecho Ambiental", 2010-IV, p. 6. "… En la intersección daños - ambiente, se observan algunas cuestiones problemáticas que dan cuenta de las diferentes racionalidades a partir de las cuales se constituyen el sistema del derecho de daños" y el "microsistema del daño ambiental".

3 Verbigracia el art. 4 de la LGA ***Principios de la política ambiental***.- 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 prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.
Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente…

Enseña Néstor Cafferatta, "aunque en el Código Civil y Comercial están los institutos que regulan la vida de las relaciones civiles entre particulares y de los negocios comerciales, con buen criterio, en el código unificado recientemente sancionado, no se avanza sobre microsistemas o especialidades que complementan la materia"[4].

3. Constitucionalización del derecho privado

Históricamente se ha marcado una profunda separación entre el derecho público y el derecho privado, como dos "mares" separados en el mundo jurídico imposibles de reunir.

Sin embargo, con el avance de la ciencia jurídica, se ha verificado la permanente conjunción que hay entre ambas órbitas, lo que se ve de manifiesto abundantemente en el ámbito del derecho ambiental, en el cual el acceso a la justicia se canaliza a través de instrumentos procesales clásicos del proceso civil pero tamizados por principios de orden público, más propios del derecho público y siempre en atención al bien jurídico protegido.

El art. 1 CCyC establece que *"Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".*

Advertimos por un lado la búsqueda de una interpretación dinámica de la ley, que tienda a reconocer la finalidad de la norma, y no a la voluntad del legislador, la que brinda mayor seguridad jurídica pero frena la evolución del derecho. Sin perjuicio de lo expuesto de manera sintética, esta cuestión ha sido abordada con ponderación y con críticas por distintos autores[5].

---

4 Confr. CAFFERATTA, Néstor, "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 273.

5 Con una visión crítica sobre el tema, se puede leer a PUCCINELLI, Oscar A., "Apuntes sobre un Título preliminar del Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho*

Uno de los aspectos que se destaca en este sentido es la ausencia de Notas, pautas claramente ilustrativas y doctrinales, pero propias de una época carente de los elementos tecnológicos con los que se cuentan en la actualidad, lo que hacía necesario al codificador brindar una fundamentación explicativa del contenido del artículo a la mano del lector.

Se destaca el reconocimiento expreso a la Constitución Nacional como la norma suprema, desvirtuando de alguna forma el antiguo paradigma que marcaba una separación tajante entre el derecho público y el derecho privado[6].

Por el contrario, el nuevo Código imbrica ambos campos del derecho, reconociendo una conexión y coordinación ineludible[7].

López Alfonsín expresa sobre el proceso de constitucionalización del derecho ambiental y la evolución puesta de manifiesta que "la nueva dimensión de la democracia participativa, donde la relación del hombre con su entorno ha ampliado el espectro de la protección a la vida y a sus bienes esenciales, produce una categoría jurídica que desató una polémica entre los administrativistas

---

Público 2015-1, El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 42-43. "… Por otra parte, el artículo se refiere a las pautas de aplicación aparentemente del derecho - en realidad no queda ya muy claro a éste, al código o a la ley…".

6 Ibid. "… El artículo 1° del Código Civil y Comercial tiene como fuente de inspiración un cambio copernicano de la cultura jurídica, al reconocer fuerza normativa a la Constitución (1) ("Derecho Privado Constitucional"). La fórmula incorporada a la legislación unificada de Derecho Privado, es de gran utilidad en la defensa del ambiente, en tanto y en cuanto, el Derecho Ambiental tiene base constitucional en nuestro sistema jurídico (cuyo centro es el Artículo 41 CN). Además, la referencia a los tratados, es de notable importancia para esta novísima disciplina, toda vez que el Derecho Internacional Ambiental (2), es uno de los motores del desarrollo de la especialidad…".

7 Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *"La estructura constitucional del proyecto de código unificado",* Suplemento La Ley, Constitucional, 09/08/2012, N° 5, p. 49. "… El proyecto de código civil y comercial adecua el derecho secundario al paradigma constitucional vigente al establecer que la interpretación del Código Civil debe ser conforme a la Constitución Argentina y a los tratados internacionales en los que la República sea parte (art. 1) y que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos (art. 2)…".

y los procesalistas, pero que cuenta, en definitiva, con protección constitucional: los llamados 'intereses difusos o colectivos'…"[8].

Este fenómeno no tiene una importancia menor. Por el contrario, define a un Estado Argentino obligado a resguardar los derechos ambientales como derechos humanos fundamentales[9].

4. El proceso ambiental y los derechos de incidencia colectiva

En los arts. 9 y 10 del CCyC se regulan los principios de buena fe[10] y abuso del derecho, otorgando además al juez amplias facultades para ordenar el proceso y de ordenar la reposición al estado anterior de la producción del daño.

Resumidamente, podemos ponderar como paradigmas sobresalientes de la nueva regulación: la Buena fe, el Rol del juez, el Activismo judicial, el Proteccionismo ambiental, la Reposición al estado de hecho anterior al acaecimiento de los hechos dañosos.

Estos principios se deben coordinar con los conceptos de daño ambiental incorporados por la cláusula ambiental y la LGA, y el sistema de responsabilidad ambiental que incrementa notablemente la responsabilidad de los agentes dañadores en un régimen que sostiene mayores exigencias y proteccionismo ambiental.

El art. 14 del Código incorpora expresamente conceptos que no se encontraban lógicamente en el código de corte liberal del siglo

---

8 Cfr. LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, "Aspectos constitucionales del ambiente", en *Revista de Derecho Público 2015-1,* El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 113-148.

9 Este tendencia se advierte en el *leading case* de la CSJN. "… Es dable recordar que el mandato del '*alterum non laedere'*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace a su respecto el Código Civil no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica…" C.S.J.N., 5 de agosto1986 "Gunther c/ Gob. Nacional", en E.D. 120-524 o Fallos: 308-1118

10 Este principio de principal relevancia ya se encuentra en Tratados internacionales. Así lo prevé el Principio 25 - Declaración de Río (ECO '92). Los Estados y las personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

diecinueve, pero que se ajusta a los nuevos apotegmas doctrinarios y la jurisprudencia ambiental[11].

Discrimina entre bienes y derechos individuales, y bienes y derechos de incidencia colectiva, consistentes en bienes que trascienden los intereses meramente individuales, para analizar intereses que corresponden al conjunto, como el ambiente.

Nos enfrentamos aquí no sólo con comunidades de derechos, o con pluralidad de sujetos, sino que también se regulan intereses que pertenecen al conjunto de la comunidad y por tanto de carácter indivisibles, como el ambiente.

El daño ambiental goza de esta naturaleza pluripersonal. Excede el ámbito de la persona individualmente considerada para avanzar en un menoscabo a toda una comunidad de personas[12].

Las típicas acciones conocidas en el derecho procesal clásico resultan insuficientes para solventar actuales situaciones sociales[13].

---

11 Se puede profundizar a través de los leading cases: CSJN 24/2/2009 'Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 S/ Amparo ley 16.986, elDialAA4FEF, JS 87-115; LL 2009-B-463. Y CSJN, 20/06/2006 - Mendoza, Beatriz y ots. c/ Estado Nacional y ots.

12 Cfr. Rey Rosa, Nélida - Rinessi, Antonio J., *Daño ambiental: Factor de atribución*, La Ley 1996-D, 1012 , Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V , 1487. También en Catalano, Mariana, *Responsabilidad del estado por daño ambiental*, RCyS 2007, p. 584. "Una de las características del daño ambiental es su bifrontalidad, esto es, la posibilidad de producir un doble impacto nocivo: sobre el bien colectivo medio ambiente y secundariamente o de rebote ('par ricochet' según la famosa doctrina francesa), sobre la persona o bienes de sujetos determinados, afectados puntualmente por el hecho degradante..."

13 Se puede analizar este tema en Pinto, Mauricio, "La acción de amparo ante daños ambientales", en AAVV, *en Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, abril/junio 2012, p. 254. "… El principio de congruencia importa que la actuación del juez sólo puede tener lugar dentro de los límites fijados en la demanda y en la contestación a ésta, y es otro corolario del principio dispositivo que -como hemos visto- se ha flexibilizado hacia un sistema cuasi inquisitivo en los procesos colectivos que trascienden el mero interés de la parte que lo procura. La congruencia sustancia el principio *neeat iudex ultra petita partium* y, consiguientemente, obliga al juez a mantenerse dentro de los límites de la pretensiones de las partes; a la vez, le impide relevar de oficio determinados hechos aun cuando tal conducta no derive necesariamente en una modificación de la Litis. Importa básicamente la identidad entre la materia, las partes y los hechos de un proceso y lo resuelto por la decisión judicial que lo dirime. Sin embargo, si está en juego el orden público ambiental existe una clara necesidad -y una

Las nociones que giran en torno a la puja entre intereses individuales no son efectivas frente a situaciones que comprometen a varias personas, a un grupo de personas, a grupos de personas, o a un conglomerado absolutamente indeterminado de sujetos que forman parte del la comunidad en su conjunto, resultando aplicables instrumentos como las *acciones de clases,* originarios de los Estados Unidos de América (*class actions)*[14].

Por otra parte, el artículo 18 CCyC prevé que: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional".

Este reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, no sólo se ajusta a lo que establece la Constitución Nacional, sino que, además, acompaña lo resuelto a través de los organismos que componen el Sistema interamericano de derechos humanos. La tutela del ambiente y de los territorios ancestrales es de vital importancia a los fines de garantizar derechos fundamentales de sus miembros, tales como la vida, la dignidad, la integridad personal, la salud, la propiedad, la privacidad o la información.

Estos derechos resultan conculcados en virtud de la deforestación, la contaminación u otros tipos de daños ambientales[15].

---

consiguiente tendencia que hemos referido- de potenciar el carácter inquisitivo del proceso y, por consecuencia, flexibilizar el principio de congruencia mediante una expansión de las facultades ordenatorias e instructorias de la judicatura, tal cual contempla expresamente el art. 32, Ley 25.675, en los procesos por daño ambiental y la ley 5961 en el amparo ambiental mendocino. Este tipo de facultades, que permiten al juez suplir la negligencia o inactividad de las partes es una necesidad que es marcada genéricamente por las obligaciones específicas de la judicatura pero, además, en la materia ambiental específica, por la obligación que impone el art. 41 CN, a toda autoridad de proveer el derecho al habiente de todos los habitantes." El autor cita a ARAZI, Roland, *Potestades y deberes de los jueces (en el proceso civil)*, LL 1981-A-869.

14 Cfr. UGARTE, Andrés G., "Los procesos ambientales. Nuevas herramientas jurídicas, impuestas por nuevas realidades", en *Revista del Instituto de Derecho Ambiental. Colegio Público de abogados y procuradores de la Segunda Circunscripción Judicial,* N° 2 año 2014, ps. 2-10.

15 Para mayor profundidad leer COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, P. 83.

5. Consumo sustentable

Los derechos de los consumidores y usuarios tuvieron su recepción en la Constitución Nacional a través del art. 42 incorporado en el año 1994 en el Capítulo 2 de la Primera Parte intitulado "Nuevos derechos y garantías". El reconocimiento a estos fenómenos jurídicos novedosos implicó la reformulación de muchos conceptos que quedaron vetustos.

En materia procesal, por ej., los juzgados civiles están aceptando la litigación sin necesidad del pago de gabelas judiciales, en aplicación de lo dispuesto por la Ley 24.240 (reformado por ley 26.361)[16], en aquellas situaciones en las cuales se reclaman daños y perjuicios ocasionados durante el transporte de pasajeros.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 1094 CCyC.- *"Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable".*

Se reconoce la problemática del consumismo[17], asociada a conceptos ambientales como obsolescencia programa, gestión de residuos sólidos urbanos, conciencia y educación ambiental, etc.

---

16 Artículo 53 Ley de Defensa al consumidor.- *Normas del proceso.* En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.
Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.
Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.
Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita.
La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

17 "… Asimismo, cabe mencionar como fenómeno de litigación masiva a los denominados *toxic torts,* dentro de los cuales se incluyen los daños producidos por contaminantes químicos utilizados en las guerras, los producidos por contaminación nuclear, como ocurrió en Bophal, o los causados por la industria del tabaco y otros similares. En la actualidad puede decirse que estos litigios se han ido expandiendo en todo el mundo y existen casos de responsabilidad civil por daños masivos…". Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1ª Edición, 2010, p. 15.

El fenómeno del consumo desenfrenado debe necesariamente ajustarse a la protección del ambiente, y así ha sido contemplado expresamente en el nuevo código.

Expresa Jorge Amaya que "la reforma constitucional de 1994 deja a la luz que el constituyente ha evolucionado desde una concepción formal hacia una igualdad fáctica o real, que obliga a los poderes públicos a la formulación de acciones positivas para asegurar la igualdad real. Ésta es la línea sobre la que avanza el Título III *(Contratos de consumo)* de la nueva legislación civil y comercial"[18].

6. La prevención del daño y el sistema de responsabilidad civil

La Sección Cuarta, del Capítulo 1 (Responsabilidad Civil), Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Libro Tercero (Derecho personales), se intitula "Daño Resarcible". El art. 1737 CCyC establece que *"hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".*

Además el art. 1740 CCyC prevé la reparación del daño en forma plena, acogiendo el principio del *alterum non laedere* recepcionado en numerosos casos jurisprudenciales[19].

El daño resarcible es un presupuesto básico de la responsabilidad civil y del sistema de derecho de daños.[20] No obstante, este

---

18 Cfr. AMAYA, Jorge A., "Consumo, igualdad y no discriminación en el nuevo Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho Público 2015-1,* El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 218.

19 Artículo 1740.- *Reparación plena.* La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

20 Cfr. CATALANO, Mariana, *Responsabilidad del estado por daño ambiental*, RCyS 2007, p. 584. "El Derecho de Daños ha quedado relegado a un microsistema más, que convive con otros microsistemas constituidos por temáticas muy espe-

daño tiene particularidades que lo diferencian del daño en el sentido clásico del derecho civil[21], y se liga indisolublemente con postulados específicos del derecho ambiental[22].

Adquieren gran protagonismo los principios de prevención y el principio precautorio[23].

Enseña el Dr. Cafferatta que "desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique *ex ante* (y no *ex post*), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.

El ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial, fortalece la postura de defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el Derecho de Daños incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva y disuasiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes"[24].

---

cíficas, como derechos del consumidor, ambiental, residuos peligrosos, siniestros aeronáuticos, contratos modernos como el fideicomiso, turismo de aventura, deportes de alto riesgo, etc.".

21 Cfr. López Herrera, Edgardo, "Daño ambiental. Análisis de la ley 25.675"*, en AAVV Articulación de las competencias ambientales en la nación y en las provincias del NOA*, Ed. De la Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 2008, pp. 160-161.

22 Cfr. Ugarte Andrés G., "El daño ambiental y sus aspectos fundamentales", en *Revista del Instituto de Derecho Ambiental. Colegio Público de Abogados y Procuradores de la Segunda Circunscripción Judicial,* N° 3 Año 2014, ps. 4-13.

23 Artículo 4º, Ley 25.675 (LGA).- "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 prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.
Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente…".

24 Cfr. Cafferatta, Néstor, op. cit.

Sin perjuicio de la incertidumbre y la falta de certeza científica que se le puede achacar al principio precautorio, y que es abordado por profusa doctrina especializada[25], lo cierto es que este principio resulta fundamental para proteger al ambiente de situaciones dañosas generalmente de imposible reversión.

Como venimos anticipando, no sólo contempla derechos individuales. Se tutela además el menoscabo padecido por grupos de personas y al ambiente.

En el mismo sentido, el art. 1708 del nuevo Código prevé como funciones de la responsabilidad, junto a la clásica función reparatoria, la función preventiva.[26]

Es más, establece para todas las personas el *deber* "en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daños del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo" (art. 1710 CCyC).

El sistema no sólo se sostiene a través del reconocimiento de los derechos sino también mediante la imposición masiva de obligaciones tendientes a proteger el ambiente.

7. Conclusiones

No hay dudas que la sociedad ha evolucionado sensiblemente desde la sanción del Código Civil y el Código de Comercio (siglo 19) a la actualidad.

---

25 Cfr. FALCÓN, Enrique, "El sistema precautorio y el principio de incertidumbre o relación de indeterminación en la ciencias sociales y en el campo ambiental", en et al, BERIZONCE R. - PASUTTI J. (coord.), *Tutela judicial del ambiente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 259-281. Jorge W. PEYRANO, "Aspectos procesales del funcionamiento del principio precautorio en materia ambiental", en et al, BERIZONCE R. - PASUTTI J. (coord.), *Tutela judicial del ambiente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 283-295.

26 El art. 1711 prevé además la acción preventiva para acceder a la justicia.

En la época en la que el remarcable jurista Vélez Sársfield redactó el Código civil no existían medios masivos de comunicación, Internet, adelantos informáticos, servicios de comunicación satelital y, las consecuencias negativas de este dinamismo como son los daños al ambiente y el consumismo desmedido.

Esta dinámica nos hace enfrentar como sociedad a nuevos desafíos y, específicamente a los operadores jurídicos, a definir e implementar herramientas nuevas que superen los clásicos atavíos propios de épocas que han sido superadas.

El nuevo Código Civil exhibe de manera saludable la incorporación de postulados y preceptos ambientales elaborados por la doctrina y jurisprudencia ambiental argentina.

Sus normas plasman una adaptación a nuevos hechos y realidades impensados para los juristas y ciudadanos del siglo diecinueve, para los cuales la problemática ambiental no estaba en agenda.

El reto actual radica en la aplicación plena de los principios enunciados, a través de organismos especializados en la materia.

No solo los organismos con función ejecutiva deben aggiornarse y capacitarse, sino que también se demanda el diseño de organismos jurisdiccionales especializados para dar respuestas a los problemas ambientales específicos.

Un decidido avance lo vemos en el derecho penal a través de la creación de Unidad Fiscal de Investigaciones del Medio Ambiente[27] y, más aún, en el ámbito del máximo tribunal de justicia de la Argentina con la designación como Secretario de Juicios ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al notable especialista en la materia Néstor Cafferatta[28].

En el derecho comparado se observan pronunciados avances, como la creación de los Tribunales ambientales de la República de Chile. Ya se ven resoluciones estridentes en la materia, como la resolución adoptada con relación a la afectación de glaciares en la zona de influencia de actividad del emprendimiento minero Pas-

27 www.mpf.gob.ar/ufima/

28 Ver Acordada 8/15 CSJN.

cua Lama en el lado del territorio chileno (recordando que es un emprendimiento binacional que también se desarrolla en el territorio de la República Argentina)

Estos precedentes han sido objeto de análisis y estudio por la CSJN, verbigracia, en la reciente resolución de fecha 1 de septiembre de 2015 (Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan Provincia de p/ Daño ambiental)

En definitiva, la incorporación de los preceptos que posibilitan la protección del bien jurídico ambiental no sólo resulta saludable, sino también necesaria.

Asimismo demandará en los distintos operadores jurídicos la obligación de avocarse al estudio de las instituciones ambientales novedosas para una adecuada y paulatina aplicación, de forma tal de asegurar el efectivo goce de los derechos y evitar la conculcación de intereses relevantes de toda la comunidad.

Bibliografía consultada

Acciarri, H. (2013): *Funciones del derecho de daños y de prevención*, "En Revista La Ley", tomo La Ley 2013-A, año LXXVII N° 23. Buenos Aires.

Andino M. y Pinto (2008): *El derecho humano al ambiente en Argentina y su relación con el sistema interamericano de derechos humanos*. En: Embid Irujo A (dir.) El derecho a un ambiente adecuado. Iustel, Madrid, España.

Benavente M. (2012): *El legado del caso "Salas"*, en AAVV, Revista de Derecho Ambiental, Abril/Junio 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Berizonce R. – Pasutti J. (coord.) (2015), *Tutela judicial del ambiente***,** Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Berros M. (2010), *Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental***,** Jurisprudencia Argentina. Número Especial "Derecho Ambiental". 2010-IV.

- (2011): "Principio precautorio como herramienta de gestión del riesgo ambiental, su funcionamiento a propósito del caso de los campos electromagnéticos"*,* Et al, Summa Ambiental, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Bestani de Saguir A. (2011): *El principio de precaución en el derecho ambiental*, en AAVV., Cafferatta, Néstor A. (dir.), *Summa Ambiental*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Bionda E. y Esaín J. (2007): "Derecho ambiental. Cuestiones procesales. Depósito previo. Demanda por daño ambiental. Exigibilidad", en Revista de Derecho Ambiental N° 12, Lexis Nexis, Buenos Aires.

Bustamante Alsina J. (1995): *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Cafferatta N. (2003): *Daño ambiental.* Jurisprudencia Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, tomo V., La Ley 2003-D,

- (2011): *Summa Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, tomo 1.

- (2014): *Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación,* La Ley Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre).

Camps C. (2012): *Embargo ambiental y eficacia del proceso*, en AAVV, Revista de Derecho Ambiental, Abeledo-Perrot, abril/junio 2012, Buenos Aires.

CASSAGNE J. (2004): *El daño ambiental colectivo*, La Ley, tomo 2004-E. Buenos Aires.

ESAÍN J. (2008): *Competencias ambientales. El sistema federal ambiental. Fuentes, Distribución y alcances de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Presupuestos mínimos de protección*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

KEMELMAJER DE CARLUCCI A. (2006): *Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)*, Córdoba, Acad. Nac. de Derecho, publicado en Revista La Ley, (julio), Buenos Aires.

- (2015): *La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

LÓPEZ HERRERA E. (2008): Daño ambiental. Análisis de la ley 25.675*, et al, Articulación de las competencias ambientales en la nación y en las provincias del NOA*, Ed. de la Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán.

LORENZETTI R. (2010): Justicia Colectiva, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

MORA RESTREPO G. y BENÍTEZ ROJAS v. (Coord.), (2013): *Retos del derecho constitucional contemporáneo,* Universidad de la Sabana (Colombia), Astrea, Buenos Aires-Bogotá.

MORELLO A. y CAFFERATTA N. (2004): *Visión procesal de cuestiones ambientales,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

MOYANO A. (2007) *Apostillas a la ley general del ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez,* La Ley Gran Cuyo, t. 2007.

RODRÍGUEZ C. (2012): *El Derecho humano al ambiente sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

RODRÍGUEZ SALAS A. (1995): *El derecho ambiental y la ley general del ambiente de Mendoza*, *et al*, Mendoza Ambiental, Editores: Eduardo Martínez Carretero y Antonio D. Dalmasso, Mendoza

- (Dir.) (2004): *Digesto Ambiental de Mendoza, Universidad de Congreso*, Diké, Mendoza.

- (2012)*: Comentario al decreto reglamentario de los seguros ambientales,* Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, V. 11, 2012.

ROSATTI H. (2013): *Derechos humanos en la jurisprudencia de la C.S.J.N. (2003-2013)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Sabsay D. (2001) *El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias nación-provincias, et al*, en Humanismo Ambiental, Terceras Jornadas de Reflexión, Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba.

Sabsay D. y Di Paola M. (2003): Presupuestos *mínimos de protección ambiental. Recomendaciones para su reglamentación*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires.

Tawil G. (1995): *La cláusula ambiental en la constitución nacional*, LL. T. 1995-B, Sec. Doctrina.

Valls M. (2008): *Derecho ambiental,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Zavattieri P (2011): *El rol del magistrado a partir del fallo "Mendoza, Beatriz",* Revista del Foro de Cuyo, N° 111, Diké.

COMPETENCIA DEL JUEZ Y LEGITIMACIÓN EN MATERIA PROCESAL AMBIENTAL

María Candelaria Egea [*]

Introducción

Me permito comenzar estas palabras transcribiendo las de Benedicto XVI y Francisco, los Papas de la Iglesia Católica, *"Si 'los desiertos exteriores se multiplican en el mundo porque se han extendido los desiertos interiores', la crisis ecológica es un llamado a una profunda conversión interior… Vivir la vocación de ser protectores de la obra de Dios es parte esencial de una existencia virtuosa, no consiste en algo opcional ni en un aspecto secundario de la experiencia cristiana*[1] *".*

En estas palabras se reflexiona sobre la real causa de la destrucción que avanza sobre nuestro planeta, la soberbia que nos ha ganado a los seres humanos, el apetito de crecimiento desmedido, la codicia por los bienes materiales sin siquiera pensar que eso le puede hacer daño al otro, la ganancia a toda costa aunque signifique aplastar a mi prójimo presente o futuro, la creencia de que se

---

[*] Abogada UM, Miembro Titular del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio Público de Abogados y Procuradores de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.

1 Santo Padre Francisco, *Carta Encíclica Laudato Si'sobre el cuidado de la Casa Común* del 24 /05/2015, con cita de la *Homilía en el solemne inicio del Ministerio Petrino* de Benedicto XVI del 24/04/2005.

puede controlar la naturaleza cuando a cada día nos demuestra que es incontrolable.

Desde luego somos los responsables de lo que nos está pasando, y el Papa nos llama, empezando por los cristianos, pero a todos los hombres de buena voluntad a cumplir desde nuestro lugar la cuota (grande o muy pequeñita) en el cuidado de nuestra casa grande, la Tierra.

Y desde nuestra profesión, en el Instituto de Derecho Ambiental, nos ocupamos del análisis de las normas jurídicas que nos ayudan a proteger el medio ambiente.

En este breve trabajo la intención es destacar los aspectos particulares y los caracteres propios de dos institutos generales del Derecho Procesal, en el marco del proceso cuyo objeto es la defensa del Ambiente, dicho de un modo general, ya sea cuando se trata de recomponer un daño ambiental, individual o colectivo, o cuando se trate de evitarlo o evitar su avance, mediante un amparo ambiental, pero sin adentrarnos en el amparo ambiental, que será tratado oportunamente.

Comienzo definiendo los institutos en forma genérica por varias razones de gran importancia; la primera, de toda lógica, es que no es prudente hablar de tal o cual institución sin saber qué es, cómo se define, cuál es su naturaleza, y la segunda es que, como los institutos tratados pertenecen al Derecho Procesal, recordar su naturaleza evita que olvidemos que luego de los principios propios del Derecho Ambiental, les son aplicables los principios generales del Derecho Procesal.

Definir la naturaleza jurídica de las instituciones nos permite estudiarlas con toda facilidad, "localizarlas" en el universo jurídico, "individualizarlas" en el todo del derecho, comprender rápidamente qué normas las rigen, qué principios las informan.

Conociendo la *esencia jurídica* de un instituto, difícilmente nos vamos a encontrar ante una "laguna del derecho", pues aunque no hallemos normas que directamente regulen su funcionamiento, seguramente vamos a encontrar leyes análogas, o principios generales de la materia o del derecho, que nos permitan solucionar el conflicto jurídico.

Los aspectos propios de la materia ambiental tratados, surgen en mayor medida de la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha marcado los criterios rectores de la materia en las últimas décadas, sumando finalmente la opinión doctrinaria de un autor, con una particular visión sobre el tema, tomado como punto de partida para algunas reflexiones.

Dicho esto, pasamos al tratamiento de la competencia del juez y la legitimación procesal en materia ambiental.

Competencia del juez

Sobre la *competencia,* Roland Arazi, la define como *"la medida o el alcance de la jurisdicción, es decir, el límite que la ley señala para el ejercicio de la jurisdicción a cargo de cada uno de los distintos órganos jurisdiccionales"*[2] o como *"la aptitud otorgada a los jueces por la ley para conocer en causas determinadas según la materia, grado, valor o territorio".*

Y en igual sentido, Lino Enrique Palacio la define como *"la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso"*[3]*.*

Nos abocamos ahora, al tratamiento de la materia ambiental, y sobre el particular, la legislación nacional es muy clara, la Ley de Política Ambiental Nacional N° 25.675, en su art. 7° dispone: *"La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal".*

---

2 Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial,* 2ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004. Tomo I, p. 50.

3 Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil,* 17ª ed., Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 192.

En el mismo sentido, el art. 32 de la LPA dispone: *"La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia..."*.

Principio general y excepciones

Es decir, el principio general en materia de competencia procesal ambiental es la ***competencia de los tribunales ordinarios de cada provincia***.

Las leyes de presupuestos mínimos de protección, corresponden ser dictadas por el Congreso de la Nación, por haber sido facultado en el art. 41 de la Constitución, que debe hacerlo *"sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales",* al igual que la llamada "legislación de fondo" del inc. 12 del art. 75 de la Carta Magna, por lo que debe ser aplicada por los tribunales locales de las provincias, manteniéndose también aquí la jurisdicción federal como excepción.

Esta excepción, que determina la competencia de los tribunales federales, es la **degradación o afectación de recursos ambientales interjurisdiccionales,** sin perjuicio de las excepciones a la jurisdicción ordinaria ya consagradas por la Constitución Nacional.

Determinación

La excepción alude a una situación de hecho y responde a la razonabilidad de la misma situación, si el recurso degradado o afectado corresponde a varias provincias, o a la Nación y una o más provincias, la competencia es federal (para determinar si es originaria de la Corte se deberán aplicar las pautas constitucionales).-

Por regla procesal, esta circunstancia ha de surgir *ab initio* de la demanda incoada, pero cabe preguntarse si deberá ser acreditada de modo indubitado o si bastará con la razonable verosimilitud del planteo sobre la interjurisdiccionalidad del recurso, y por otro lado no ha de olvidarse que no todos los aspectos de la afectación del recurso aludirán a su carácter interjurisdiccional, y en ellos ser conservará la competencia de los tribunales ordinarios.

En un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, sobre una causa de larga data, se dividen las opiniones al respecto.

En la causa ***Asociación Superficiarios de la Patagonia C/ Y.P.F. S.A. y otros S/ Daño Ambiental*** (sentencia del 30/12/14) las provincias de La Pampa y Neuquén oponen excepción de incompetencia total de la corte **para expedirse respecto de las peticiones de daño ambiental que no revistan características de interjurisdiccionalidad y recaigan sobre la jurisdicción de la Provincia,** por entender que el objeto del litigio se centra en casos o situaciones de daño ambiental colectivo local, que no superan las fronteras de las Provincias respectivas, sin que resulte suficiente justificativo el hecho que se considere a la Cuenca Neuquina como una unidad geológica común, por tratarse de una extensión geográfica compartida.

En su actual composición de cuatro ministros, en el considerando 8° del voto mayoritario (compartido por Fayt, Highton del Nolasco y Maqueda), la Corte expresó sobre la prueba del requisito del art. 7° de la Ley de Ambiente: *"Que esta Corte ha sentado una amplia y conocida jurisprudencia en punto a esta cuestión, en virtud de la cual, resulta necesario demostrar en estos casos con el grado de verosimilitud suficiente que tal denuncia importa que 'el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales' (Fallos: 329:2316; 329:2469… causa 'Flores Núñez, Roberto Ramón c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental' sentencia del 27 de agosto de 2013, entre otros).*

Esta convicción debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que se acompañen como prueba, o en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la 'verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas'".

El Dr. Ricardo Lorenzetti, en disidencia, emitió un Considerando 8°, en el que dijo: *"Que el elemento interjurisdiccional debe surgir de modo claro e inequívoco de los hechos del caso, no de la mera exposición de la demanda, pero no cabe exigir una prueba científica adicional, que justamente se producirá durante el proceso...*

Por el contrario, es jurisprudencia de esta Corte que para que en 'principio' se configure el presupuesto del art. 7°, segundo párrafo, de la Ley General de Ambiente, sólo basta que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional…

El segundo párrafo del art. 7° de la Ley General del Ambiente está inmerso dentro de un sistema que tiene como principios fundantes la prevención y la precaución que resultarían aniquilados si se exige una prueba de la efectiva degradación o contaminación interjurisdiccional al momento de la exposición de los hechos en la demanda. Asimismo y como señala el art. 32 de la citada norma, el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie y el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

Destaco por sus fundamentos el voto en disidencia del Dr. Lorenzetti, y principalmente por aplicación del principio precautorio consagrado en el art. 4° de la Ley de Ambiente, que en consideración de la particular naturaleza de las cuestiones ambientales atenúa el requisito de estudios científicos precisos sobre el tema, por lo que no parece razonable que el tribunal los exija para determinar su competencia.

La exigencia del voto mayoritario de que la *convicción surja de los estudios ambientales que se acompañen como prueba, o de otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas,* parece ser incongruente con el principio precautorio, rector del Derecho Ambiental, se está requiriendo un nivel de certeza en una materia en la que la regla es en muchos casos la incerteza.

Es acertada también la mención que hace el Dr. Lorenzetti del art. 32 de la LGA, sobre el acceso a la jurisdicción sin restricciones, aunque cabe recordar que las exigencias del voto mayoritario, excesivas para nuestro criterio, son sólo para la determinación de la competencia federal, salvando la regla general de la competencia ordinaria, por lo que el acceso a la jurisdicción no se vería restringido en los tribunales provinciales.

No obstante, el sostenimiento del criterio más flexible del Dr. Lorenzetti no debe llevarnos a pensar que la mera invocación de la eventual afectación de un recurso interjurisdiccional nos apartaría de la competencia de los tribunales ordinarios.

Competencia originaria de la CSJN

Otra excepción al principio general de competencia ordinaria, ya no establecida por la LGA sino por la propia Constitución, es la competencia originaria de la Corte, la que desde luego, es restringida, destacando el criterio orientador de no revisión de las normas o actos de autoridad emanados del derecho público provincial, en clara defensa del federalismo, pues de los contrario, nuestro máximo tribunal se constituiría en organismo revisor directo de las leyes y actos administrativos de los Gobiernos Provinciales, en claro detrimento al orden normativo y en definitiva a la seguridad jurídica.

Sobre su competencia originaria en materia ambiental, de carácter restrictivo, nuestro Supremo Tribunal viene aplicando algunas pautas a lo largo de las dos últimas décadas, a partir de la reforma constitucional:

- No corresponde la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una causa en la que se han puesto en tela de juicio cuestiones concernientes al derecho público local y de competencia de los poderes locales, como es la protección ambiental.
- Corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevados a cabo, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.
- La competencia originaria de la Corte en razón de la materia procede tan sólo cuando la acción entablada se basa "directa y exclusivamente" en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del Congreso o tratados, de tal suerte

que la cuestión federal sea la predominante en la causa.

- No resulta acorde al régimen federal si, so capa de un derecho lesionado, o no suficientemente tutelado o garantido, la Corte pudiera traer a juicio a sus estrados a todos los actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias, invocando su competencia originaria en razón de la persona[4].

Jurisprudencia

Fueron aplicadas en la causa ***Eco – Clines Sociedad Anónima c/ Provincia de Mendoza s/ cobro de pesos (07/04/1999 - Fallos: 322:617)***, en la que la Corte continuó con el criterio restrictivo en torno a su competencia originaria, y rechazó su intervención en una demanda incoada contra la Provincia de Mendoza a fin de obtener una indemnización por los presuntos daños y perjuicios que le habían ocasionado las decisiones del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, Dirección de Saneamiento y Control Ambiental, de ese Estado local, por las que no se autorizaba la habilitación de la planta de tratamiento de residuos peligrosos que la empresa actora estaba construyendo.

Con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, el Tribunal aclaró que su competencia originaria, en los casos en que una provincia es parte, como lo establece el art. 117 de la Carta Magna, procede cuando, a la distinta vecindad de la otra parte, se une el carácter civil de la materia en debate, quedando excluidas aquellas causas en las que a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, tienden al examen y revisión de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los artículos 121 y siguientes de la C.N., ya que para resolver la cuestión se tendría que examinar los antecedentes del caso a la luz de la legislación local y sus reglamentaciones, interpretándolas en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema.

---

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación; *Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN, Derecho Ambiental,* 1ª ed., Buenos Aires, 2012, ps. 5 y 6.

En aplicación de lo normado por los arts. 116 y 117 de la CN, la Corte aceptó su competencia originaria en la causa ***Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Provincia de Buenos Aires y otro – 06/02/2003 Fallos 326:64,*** en la que la empresa actora promovió acción declarativa en un Juzgado Federal de la provincia de Buenos Aires contra la misma y el Estado Nacional, solicitando se pusiera fin al estado de incertidumbre en el que se encontraba frente a los demandados quienes se atribuían la jurisdicción y competencia en materia de control ambiental sobre la planta industrial ubicada en las instalaciones del aeropuerto internacional de Ezeiza. Así el tribunal adhirió a lo expresado por el Ministerio Público al contestar la vista conferida, que expresó: *"A mi modo de ver, la presente acción declarativa de certeza corresponde a la competencia originaria del Tribunal ratione personae. En efecto, toda vez que la empresa actora dirige su pretensión contra la Provincia de Buenos Aires y contra el Estado Nacional, entiendo que la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respeto de las provincia, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación (o a una entidad nacional) al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental, es sustanciando la acción en esta instancia (doctrina de Fallos: 305:441; 308:2054; 311:489 y 2725; 312:389 y 1875; 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 322:190; 323:702 y 1110, entre muchos otros). En tales condiciones, opino que la presente demanda debe tramitar ante los estrados del Tribunal".*

Legitimación procesal

Para comenzar con la segunda parte de este trabajo, se define como *legitimación,* a la *"aptitud que tiene la parte para obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión en un caso concreto*[5]*".*

5 Arazi, Roland, op. cit., p. 116.

Legitimación activa

Aquí la norma positiva rectora es el Art. 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional, que expresa: *"Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".*

Y como regulatoria de esa disposición en materia ambiental, la Ley General de Ambiente N° 25.675 en su Artículo 30*, prevé: "Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.*

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

Destaco un comentario doctrinario efectuado hace ya varios años, recientemente a la reforma constitucional: *"El legislador deberá, entonces, diseñar los límites de esa legitimación que, a nuestro juicio, debe buscar el equilibrio en un punto medio entre los extremos recién reseñados: debe ser tan amplia como para cumplir el objetivo tutelar, pero limitada a quienes realmente reciben el impacto de un potencial daño… el registro de asociaciones autorizadas para ejercer una suerte de acción colectiva no debe limitarse a grupos ecologistas militantes sino que debe contemplar las entidades con más prestigio del país y, aún, las del sector productivo, porque el medio ambiente no debe ser patrimonio de unos pocos*

sino una preocupación de todos. Pensamos, en definitiva, que una solución integral a la problemática procesal del medio ambiente, y al problema concreto de la legitimación activa, debe encontrarse en el tratamiento sistemático de una ley de amparo que contemple todos los casos y, en especial, el amparo colectivo[6].

Algunos de estos deseos han sido contemplados por la legislación, aunque continua siendo materia pendiente la ley nacional de amparo, principalmente para la doctrina que considera que la ley N° 16.986 ha sido parcialmente derogada por el art. 43 de la Constitución Nacional.

El art. 30 de la ley de ambiente, en su primera parte reitera las disposiciones del art. 43 de la Carta Magna sumando a los legitimados al Estado Nacional y a los Estados Provinciales y Municipales, lo que es, sencillamente, una consecuencia de nuestro estado de derecho republicano y del reconocimiento de los mismos como personas jurídicas de carácter público.

No obstante, califico muy acertada la mención que hace la ley, aunque parezca innecesaria, pues destaca, que más allá de la amplia legitimación que encontramos en la materia, el principal defensor del ambiente *sano y equilibrado* y garante del cumplimiento y respeto de las normas del derecho ambiental ha de ser siempre la Nación, las Provincias y las Municipalidades.

Así podemos mencionar la causa ***Estado Nacional c/ Provincia de Corrientes E. 172 XLVI - 12/11/2010,*** en la que la Corte hizo lugar al amparo solicitado por el Estado Nacional, condenando a la Provincia accionada a entregar al actor los expedientes administrativos acompañados en copia certificada, a los efectos de que, en el plazo de noventa (90) días corridos, valorara si las obras concernientes al "Proyecto Productivo Ayuí Grande" se encontraban alcanzadas por las previsiones contenidas en los artículos 7º al 13 del Estatuto del Río Uruguay de 1975. Suspendiendo por dicho plazo las obras proyectadas, con importantes consideraciones sobre la legitimación.

---

6 Dalla Vía, Alberto Ricardo y García Lema, Alberto Manuel, *Nuevos Derechos y Garantías,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, Tomo II, p. 77.

En el Considerando 1°, sostuvo: *"Que a fs. 264/279 el Estado Nacional promueve acción de amparo en los términos de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, de la ley 16.986 y del artículo 30 de la ley 25.675 General del Ambiente, contra la Provincia de Corrientes, a fin de que cese en su actitud omisiva y le haga entrega de todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios de impacto ambiental, relacionados con el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí, situado en las proximidades de la localidad de Mercedes de dicha provincia, a los efectos de que las áreas competentes del Estado Nacional puedan expedirse acerca de su viabilidad, pues (según afirma) una modificación en el curso, caudal o calidad de las aguas del Río Uruguay podría generar responsabilidad internacional de la República Argentina en virtud del eventual incumplimiento del Estatuto del año 1975, suscripto con el gobierno de la República Oriental del Uruguay…"*.

Tras el cuestionamiento hecho por la provincia demandada de la legitimación del Estado Nacional, en virtud de considerar que el amparo ha sido instituido como garantía a favor de los individuos y no como remedio para ser utilizado por uno de los poderes del estado. La Corte se pronunció en el Considerando 7°: *"En tal sentido cabe puntualizar que el amparo, en situaciones vinculadas con individuos, puede tener por objeto la salvaguardia de derechos fundamentales garantizados por la Constitución, pero que ello no es un requisito esencial del amparo relacionado con este particular ámbito, en el cual interesa, ante todo, la tutela de las facultades conferidas por la Constitución a los órganos que ella crea (Fallos: 307:2249).*

En efecto, en el sub examine el Poder Ejecutivo Nacional interpuso esta acción en cumplimiento de la obligación legal que le impone el Estatuto del Río Uruguay de 1975, aprobado mediante la ley 21.413, de informar al Estado co-ribereño, por intermedio de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), de la existencia de cualquier tipo de obra o aprovechamiento de las aguas del río, que pueda llegar a tener entidad suficiente para afectar su calidad. De allí la legitimación que le asiste para interponer esta acción, a los efectos de encontrar medios expeditos de tutela jurisdiccional, tendientes a remover los obstáculos indebidos que los funcionarios locales han opuesto (como a continuación se es-

tablecerá) a su actividad destinada a "valorar" si se configuran los supuestos indicados que tornarían exigible la comunicación en cuestión.

Cabe recordar que esta Corte ha dicho que no podía pensarse que los jueces nacionales careciesen de jurisdicción para amparar a los agentes del Presidente de la República en el desempeño de sus comisiones, pues quedaría desarmado el poder nacional para el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales (Fallos: 7:457; 307:2249)".

En efecto, sería escandaloso que en un estado de derecho republicano, con amplias garantías y medios judiciales idóneos para la defensa del derecho al ambiente sano de los ciudadanos, el Estado, en cualquiera de sus niveles, no pudiese utilizar dichos medios y garantías para remover los obstáculos al cumplimiento de su función de velar por el derecho de sus habitantes.

Sobre la legitimación de los Estados provinciales, consideraciones importantes se han efectuado en el reciente pronunciamiento de la Corte en la ya citada causa ***Asociación Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ Daño Ambiental*** (30/12/14), si bien el caso no se trata de una acción de amparo, sino de un proceso de conocimiento.

Las provincias de La Pampa y Neuquén que intervienen como terceros voluntarios en los términos del art. 90 del C.P.C.C.N, contestando la citación ordenada expresando que no adhieren a la posición adoptada por las partes en el conflicto, pues afirman que comparecen al proceso a fin de ejercer una "pretensión propia", distinta a la formulada por la parte actora en la causa y, a su vez, a las sostenidas por las demandadas. Sosteniendo que la posición más adecuada por "su legitimación para obrar según sus intereses y potestades públicas que detenta o representa", no coincidentes con los propios de las partes principales, es la de tercero autónomo, principal o excluyente, en una posición diferenciada o "categoría atípica" que les permita ejercer de manera más amplia o enérgica la defensa de sus propios intereses.

Al respecto, en el considerando 4° (pronunciamiento unánime de los actuales cuatro miembros del Supremo Tribunal), la Corte expresó: *"… a fin de encuadrar correctamente el emplazamiento*

procesal de las Provincias, corresponde hacer lugar a la pretensión de modificar su situación, para reconocerles en el expediente en curso una posición atípica, extraordinaria o anómala, de "tercero autónomo o principal".

Se trata de esta forma, de instrumentar en el proceso el reconocimiento al amplísimo campo de acción que ha sido puesto en manos de la gestión pública provincial por los artículos 41, 121 y 124 de la Constitución Nacional, en materia de poder de policía ambiental y, en especial, de control y fiscalización de la actividad hidrocarburífera, y de prevención y recomposición de la contaminación, cualquiera sea el carácter local o interjurisdiccional de la misma". Reconociendo finalmente a las Provincias el carácter de "terceros autónomos o principales".

Acerca de las particulares facultades que la ley 25.675 concede a quienes participan en carácter de terceros en un proceso donde se ventilan cuestiones ambientales, la Corte en la causa ***Scröeder, Juan y ots. c/ Buenos Aires, Provincia de y ots. s/ Daño Ambiental.***

A fs. 527/543 se presentó la "Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión", a fin de tomar participación en autos y solicitó que se informe sobre el estado de contaminación de la Ría y la Cuenca de la Ría de Bahía Blanca y de las demás cuencas fluviales y marítimas a las que se extiende (el Río y la Cuenca del Río Colorado y la Cuenca del Río Negro) y, en su caso, la recomposición integral del medio ambiente afectado.

Dirigió nuevas pretensiones contra la Provincia de Buenos Aires, el Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable, el Estado Nacional - Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y el Consejo Federal de Medio Ambiente, y peticionó que se cite como tercero al juicio al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, al Defensor del Pueblo de la Nación, a las provincias de Río Negro y La Pampa, al Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca, a la Universidad Nacional del Sur, al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y al Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires.

Además, requirió al juez federal que se declare incompetente por entender que la causa corresponde a la jurisdicción origina-

ria de esta Corte, al ser parte la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional, e intervenir como terceros las provincias de Río Negro y La Pampa.

A fs. 553 El juez federal la tuvo por "parte", decisión que fue cuestionada por la actora (ver recursos de fs.572/577), en cuanto consideró que la participación de la Cámara podía admitirse en calidad de "tercero" pero no de "parte", de conformidad con los articulas 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 30 de la ley 25.675.

En el considerando 4° la Corte valora la conveniencia y economía procesal que implica la intervención de los terceros en las cuestiones que pueden atenerles, máxime en el tema de los daños al ambiente. Pero ello carece de entidad suficiente para desplazar al **Principio Dispositivo**, absolutamente vigente aún en materia ambiental, pues se pretendió alterar el contenido objetivo y subjetivo dado por el demandante a la pretensión que ha promovido. El tribunal dijo: *"pues la condición del demandante como único titular activo de la relación jurídica procesal le confiere la absoluta disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discrecionales que adoptare, con las salvedades reconocidas por el propio ordenamiento procesal, un límite infranqueable que desecha de plano todo intento -de parte del tribunal o de cualquier tercero- de imponerle coactivamente la obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido o por un objeto que es ajeno a su interés declarado".*

La Corte no deja sin esclarecer que esta limitación al rol de los terceros en el proceso no constituye un impedimento a su participación, ni mucho menos implica negar su legitimación, sino que constituye una limitación cualitativa sobre qué actuaciones se pueden efectuar cuando la intervención se hace en carácter de tercero, en un proceso de estas características. Así, en el Considerando 6° dispone: *"Que la conclusión alcanzada con respecto a la admisibilidad de la ampliación de demanda, no conlleva a denegar la participación en el sub lite requerida por la "Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión", pues una decisión en ese sentido frustraría las facultades procesales reconocidas por la ley 25.675, en cuyo régimen está típicamente reglada la intervención como terceros de los sujetos*

legitimados cuando se trata de un proceso promovido con anterioridad por otro de los titulares habilitados (artículos 30, 31 y 32).

La opinión de Leonardo Fabio Pastorino

Parágrafo aparte merece la particular opinión del autor en la materia, pues expresa una interesante crítica a las disposiciones de la Ley de Ambiente sobre la legitimación de las asociaciones y el rol de los terceros.

Sobre la cuestión de las asociaciones, Pastorino dice: *"Tampoco debe limitarse la participación de las asociaciones como lo establece el art. 30 de la ley con la remisión al art. 43 de la Constitución, exigiendo una ley que regule su participación. Creo que este aspecto de la ley es inconstitucional con fundamento en el art. 41 de la propia Carta Magna. A favor de esta interpretación puede citarse el art. 32 de la misma ley cuando establece que "el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie". En definitiva, la acción de amparo colectivo y la acción de recomposición del daño ambiental son dos acciones diferentes. Una, como el amparo tradicional, es una vía expedita, breve para restablecer derechos constitucionales garantizados, la otra una acción de conocimiento para fijar la responsabilidad por el daño causado"*[7].

Y por último, el autor expresa su pensamiento crítico sobre el alcance dado a las facultades de los terceros en los procesos ambientales, en los que, como ya se dijo, también prevalece el principio dispositivo que limita *cualitativamente* el actuar de quienes (hallándose legitimados in abstracto en un conflicto concreto) intervienen como terceros por encontrarse ya iniciado el proceso, no pudiendo variar la plataforma fáctica de la *Litis* por aplicación del mencionado principio, tal como ha sido acogido por la Corte Suprema en el caso *Schröeder ut supra*.

---

7 PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente,* Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 252.

Continúa diciendo: *"Por lo tanto la ley yerra en el planteamiento de los legitimados activos y pasivos, manteniendo un esquema demasiado clásico. En esta línea es muy criticable la solución de todo el art. 30, y en especial el vacío en que se ha dejado la participación de todos ellos si deben actuar como terceros. Es que, si bien el esquema de la legitimación activa es amplio, debería haber sido otorgado para ejercerlo en forma concurrente y no alternada.*

Las deficiencias de la ley se comprueban ya con los primeros casos tratados. En "Barragán José vs. Autopistas Urbanas S.A.", una amplia convocatoria del juez por edictos y medios masivos de comunicación para que vecinos, autoridades o asociaciones se integrasen a la Litis, fue tildada de "Instigación a demandar"… se puede afirmar que la ley deberá cambiarse para respaldar este tipo de innovaciones de los jueces que deben diseñar un nuevo tipo de proceso.

Es de lamentar que no se haya tenido en cuenta un antecedente bastante logrado como el del Código Procesal fueguino, que regula mejor la participación de los distintos interesados haciendo más justo el alcance de la sentencia ***erga omnes.*** *Iniciada una demanda este cuerpo procesal manda publicarla en un diario para que todos los que se enteren puedan sumarse a la acción"*[8].

Este último punto nos debe llamar a la reflexión sobre los alcances que tal modificación podría llegar a tener, sin dejar de tener en cuenta la especialísima naturaleza de la materia y la frecuente oponibilidad *erga omnes* de las sentencias sobre la materia ambiental.

En una postura más moderada, y a mi criterio acertada, la Corte Suprema en la causa *Schröeder*, en ejercicio de la facultad de dirección del proceso que al tribunal le concede expresamente el art. 32 de la Ley 25.675, destaca que la misma debe ser ejercida con particular rigurosidad. Interpretándola y valorándola en el marco del equilibrio y la razonabilidad, a fin de no desnaturalizar los procesos por cuestiones ambientales, teniendo presente que las especialísimas particularidades que los definen, propias de la naturaleza misma de los conflictos cuestionados, no les hacen perder

8 Pastorino, Leonardo Fabio, op. citada, p. 253.

su esencia de litigios: "*el Tribunal debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el artículo 32 de la ley 25.675, pues la circunstancia de que en actuaciones de esta naturaleza hayan sido morigerados ciertos principios procesales y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir en esta clase de asuntos la introducción de peticiones y planteamientos que se aparten de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir a este proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura",* fundamento ya expresado en **"La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Acción Posesoria de Aguas y Regulación de Uso" Fallos: 332:582**.

La introducción de modificaciones como la propuesta por el autor que autoricen u ordenen al juez tales medidas podría fácilmente acabar en las situaciones anárquicas que la Corte menciona, dificultando la satisfacción de los derechos cuya tutela se persigue y desnaturalizando los pleitos judiciales que perderían su normal dualidad de *actor-demandado* (con las facultades acordadas a los terceros en los códigos de procedimiento y en la ley 25.675) transformándose en cuestiones complejas e interminables.

Por lo que el límite en la participación en las acciones por daño ambiental colectivo establecido en el art. 30 de ley, analizado en forma armónica con las especiales -y muy amplias- facultades concedidas al juzgador en el art. 32 permiten el normal desarrollo de esta clase de procesos, y la contemplación de los numerosos y variados intereses que en algunos casos pueden estar en juego, siendo claro ejemplo del uso de tales facultades la legitimación que fue dada por la Corte a las Provincias de La Pampa y Neuquén en la causa antes citada, de una *"posición atípica, extraordinaria o anómala, de 'tercero autónomo o principal'"*.

Legitimación pasiva

La determinación del responsable del daño ambiental está zanjada por el texto del art. 31 de la Ley de Ambiente, que dispone: *"Si*

en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación".

El texto legal trata supuestos especiales de pluralidad de sujetos y de personas jurídicas, aunque éste último suele ser el caso más frecuente pues generalmente las causantes de daño ambiental colectivo son empresas explotadoras de recursos naturales.-

Tanto en su primer apartado sobre la pluralidad de sujetos, como en su última parte, sobre las personas jurídicas, el artículo ha merecido críticas de Pastorino[9].

Acerca de la primera cuestión, dijo: *"Creo que acá también la redacción contiene fuertes contrasentidos. Si dos sujetos han participado en la comisión del daño, pero no puede establecerse en qué medida contribuyeron cada uno, el artículo impone la solidaridad y la posibilidad de repetir a favor de quien efectivamente responde, para lo cual el juez debe establecer el grado de responsabilidad de cada uno. La contradicción pasa porque efectivamente se debió probar que ambos o más sujetos participaron efectivamente en la generación del daño, y evidentemente deberán surgir elementos de la causa para que el juez pueda* ***determinar el grado de responsabilidad.*** *Entonces, ¿por qué no se estableció simplemente que los causantes del daño sean solidariamente responsables para favorecer la recomposición atacando directamente al sujeto más solvente y dejando de lado el requisito referido a la imposibilidad de establecer en qué medida contribuyeron?".*

La disposición parece incongruente por insuficiente con un sistema legal que busca ser fuertemente tuitivo y protectorio del

9 Pastorino, Leonardo Fabio, op. citada. p. 254.

derecho al ambiente, y en consecuencia del ambiente en sí mismo con relación a las personas, pues una responsabilidad en principio simplemente mancomunada, torna aún más vulnerable el derecho a la reparación, incrementando la probabilidad de que las sentencias no sean nunca cumplidas o deban serlo por responsables o copartícipes insolventes.

Máxime si tenemos en cuenta la particularidad de nuestra materia, en efecto, un ecosistema productivo dañado difícilmente puede "volver" al estado anterior, y desde un enfoque jurídico, que poco a poco va poniendo el foco de análisis en el *daño injustamente sufrido*, centrándonos en el sujeto pasivo del daño y desde allí dirigir la normativa hacia la protección de la víctima (que en muchos casos es una población) y no hacia la conservación del patrimonio del responsable.

La responsabilidad debería ser en principio solidaria, asegurando la recomposición del daño y eventualmente la indemnización integral, dejando salvo el derecho de los legitimados pasivos a probar los grados de participación en las acciones de repetición correspondientes.

Realizando una comparación con la normativa rectora de la protección de las relaciones de consumo, el otro derecho de incidencia colectiva por excelencia -junto a la protección del ambiente- traigo a examen el texto del art. 40 de la ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en redacción de la ley 24.999), el mismo establece la responsabilidad solidaria del productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, cuando el daño provenga del riesgo o vicio de la cosa, mostrándonos un claro ejemplo de régimen altamente protectorio, con un factor de atribución objetivo y una responsabilidad en principio solidaria.

Finalmente, Pastorino critica también la última parte del art. 31 de la Ley de Ambiente, que establece la responsabilidad de las personas jurídicas y sus órganos. Dice: *"La disposición no sólo parece una interpolación de origen penal, sino que obliga a considerar en el proceso a la persona jurídica y a cada una de sus autoridades o personas que hacen parte de sus órganos de gobierno como si fueran dos sujetos diferentes cuyo grado de responsabilidad hay que determinar".*

Compartiendo la crítica de Pastorino, la ley en lugar de consagrar un principio de solidaridad, ya sea con el fin de garantizar la recomposición ambiental o la reparación integral o con una finalidad simplemente sancionatoria, agrega también aquí la dificultad de probar la medida de la participación de cada uno.

Al respecto, creemos más razonable no olvidar cuál es en nuestro derecho la regla que marca la *inoponibilidad de la personalidad jurídica,* y en consecuencia la responsabilidad o la imputabilidad de los actos realizados por la misma, directamente a las personas físicas que se encuentran "detrás" de la persona jurídica, que es el art. 54 *in fine* de la Ley 19.550: *"La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".*

Horacio Roitman nos explica claramente en qué consiste la institución: *"Se trata de una especie de sanción de ineficacia de los actos jurídicos que se configura ante un acto jurídico válido en el que, por disposición expresa de la ley, la falta de cumplimiento de algún requisito establecido, permite a un tercero interesado ignorar la existencia del negocio jurídico realizado (sociedad), y a las partes les impide ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas hacia este tercero protegido por el legislador, fundadas en el acto jurídico celebrado.*

O sea que en un caso de inoponibilidad las partes no pueden fundar eficazmente en su negocio una pretensión dirigida contra el tercero o, examinado desde el punto de vista del tercero, el acto será inoponible cuando éste pueda actuar jurídicamente como si el acto no se hubiera realizado"[10]*.*

De las clases de inoponibilidad societaria existente, la que se daría en el caso de la responsabilidad ambiental de la sociedad sería la llamada ***inoponibilidad activa directa,*** que es, en palabras de Roitman *"aquella dispuesta a favor de los acreedores de*

10 Roitman, Horacio, *"Ley de Sociedades Comerciales Comentada",* La Ley, Buenos Aires, 2006, tomo I, p. 695.

la sociedad. Se extiende al socio o controlante la responsabilidad de obligaciones contraídas por la sociedad frente a terceros y que ésta, por una u otra razón, no está en condiciones de cumplir"[11].

Ahora bien, la ley 25.675 en su art. 31 dice que la responsabilidad se hace extensiva a sus *"autoridades y profesionales en la medida de su participación"*, hemos de preguntarnos entonces si por "autoridades" podemos entender a los "socios y controlantes" del art. 54 de la ley 19.550, por supuesto que si los socios trabajan en la empresa como "autoridades" desempeñando funciones jerárquicas en la misma, resultarán encuadrados perfectamente en la disposición legal, pero los accionistas que no se desempeñan en la empresa o los que son personas jurídicas, deberán ser responsabilizados, creemos, echando mano a las disposiciones de la ley de sociedades.

Asimismo corresponde preguntarnos ¿quiénes son los "profesionales" responsables para la ley 25.675?, podemos afirmar que ellos estarían al margen del art. 54 de la ley de sociedades, salvo que fuesen también accionistas. La ley de Política Ambiental parece referirse a los profesionales contratados, generalmente dependientes, de las empresas causantes del daño ambiental, que con sus acciones u omisiones hayan causado el daño ambiental de acuerdo a las reglas ordinarias de la causalidad adecuada, serán ellos los expertos en seguridad e higiene industrial, los ingenieros y demás profesionales que con su asesoramiento técnico no hayan evitado que la actividad del establecimiento dañe el medio ambiente. Y sin desestimar que, en algunos casos, la actividad de los asesores letrados de las empresas podrá quedar encuadrada en el texto legal si contribuyeron con el daño o procuraron su impunidad.

Sobre el art. 54 de la LSC también es importante analizar qué se entiende por "actuación de la sociedad", Roitman nos habla de las interpretaciones que el texto legal ha merecido: *"No es imprescindible la existencia de una pluralidad de actos concatenados y de realización permanente. Basta con un solo acto para que se configure la 'actuación' que menciona la 2ª parte del art. 54 LS.*

---

11 ROITMAN, Horacio, op. cit., tomo I, p. 696.

Se tratará siempre de una cuestión de ponderación en cada caso concreto para determinar si la actuación tiene la fuerza suficiente como para violentar los intereses tutelados por la norma"[12].

Como dice el autor, se deberá analizar cada caso para determinar en qué ha consistido la actuación de la sociedad causante del daño ambiental o tendiente a eludir la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica por tal daño.

Y por último, el texto del art. 54 in fine de la LSC es perfectamente compatible con la ley 25.675, pues el daño al medio ambiente, a los ecosistemas, a la salubridad o a la disponibilidad del recurso hídrico, siempre van a constituir fines extrasocietarios (pues no pueden constituirse válidamente sociedades comerciales con objeto ilícito), violación de la ley (y de la Constitución Nacional también) y en consecuencia del orden público y la buena fe, y por supuesto frustrarán los derechos de terceros, desde el derecho al ambiente sano y a la salud del que gozamos todos los habitantes (art. 43 CN) hasta los perjuicios económicos concretos que se puedan ocasionar, por ejemplo, a productores agropecuarios.

De lo dicho podemos concluir que la Ley de Política Ambiental Nacional propone un sistema de legitimados activos bastante amplio, garantizando así la defensa judicial del ambiente, mostrando sin embargo algunas deficiencias en el sistema de legitimados pasivos, que pueden dificultar la percepción de la indemnización integral y, lo que es peor, la recomposición del ambiente dañado, que en el Derecho Ambiental es prioritario sobre indemnización sustitutiva.

12 Roitman, Horacio, op. cit., tomo I, p. 710.

Derecho Procesal Penal

LA VINCULACIÓN ENTRE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL DE DAÑOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La relación jurídica entre la acción penal y la civil vinculada con la punición y el resarcimiento de los daños producidos a la persona en su integridad psicofísica y social como asimismo en la esfera patrimonial, es un tema que la praxis judicial fue denunciando anacronismos que llevaban inexorablemente a pronunciamientos tardíos con el consabido perjuicio para las víctimas.

Ello motivo pronunciamientos jurisdiccionales que procuraban dar una solución sistemática y justa que no se aferrara al dogmatismo del Código Civil. Así se estudio y juzgó, la validez constitucional de la prejudicialidad penal en sede civil poniendo en crisis la solución cuasi sacramental dada por el Código Civil por no responder a las necesidades de justicia de los tiempos contemporáneos[1].

---

1 Alferillo, Pascual Eduardo, "Flexibilización de la prejudicialidad penal", RCyS 2002, 287; "El derecho a obtener sentencia civil en plazo razonable como Derecho Humano fundamental", RCyS 2005, 459-LLBA 2005 (diciembre), fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II (CCivyComAzul) (SalaII), 25/3/2004, P., J.C. y otros; "La Constitución Nacional y el Derecho de Daños", RCyS 2011-IV, 31, etc.

A la par, el pormenorizado estudio de los presupuestos de la responsabilidad indujo a esclarecer la diferencia entre el nexo de causalidad y la culpa; y con ello, a precisar el contenido de la sentencia penal que hacía prejudicialidad en sede civil.

Finalmente, atrapó la atención de esta relación, la sanción de la Ley 24.316 (Adla, LIV-E, 1400) donde se introdujo en el Título 12 del Cód. Penal, la figura de la "Suspensión del juicio a prueba" en el art. 76 bis, dado que ello tenía directa influencia en el resarcimiento que se procuraba mediante el ejercicio de la acción civil.

Este breve repaso por preocupaciones anteriores a la sanción del Código Civil y Comercial, motiva la realización de estas breves reflexiones relacionadas con la regulación dada por el mismo a la problemática que se desprende de la vinculación entre la acción penal y la civil cuando se trata de punir y resarcir daños.

La temática objeto de investigación es regulada por el Código Civil y Comercial en el Libro Tercero "Derechos Personales", en su Título V "Otras fuentes de las obligaciones" dentro del Capítulo 1 "Responsabilidad civil", en la Sección 11° "Acciones civil y penal".

II. La independencia de la acción civil de la penal

II.1. Ejercicio independiente de la acción civil de la penal

El principio general está regulado en el art. 1774 CCyC, en el cual se expresa que *"la acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales".*

En su primer párrafo la norma regula que de un mismo hecho lesivo puede derivarse la posibilidad de ejercer en forma independiente, de la acción civil de la penal. Ello es tradición en nuestro plexo jurídico.

El principio de independencia de las acciones plasmado en la norma parece imponer la separación de las jurisdicciones, con la consecuencia de que sólo los tribunales civiles podrían entender

en las acciones de daños y perjuicios. Pero ello no es así, por cuanto si se observa la cuestión con detenimiento, el principio no es incompatible con el reconocimiento de que los jueces del crimen tengan atribuciones para conocer también en la acción civil como es autorizado en la misma norma dado que la independencia de las acciones no se opone a que un mismo juez sea competente para entender en ellas.

II.2. La reclamación civil en sede penal

En nuestro país, la doctrina penalista pugnó insistentemente para que se reconociera a los jueces penales jurisdicción sobre la cuestión resarcitoria civil. En favor de esta solución se aducen importantes razones, como por ejemplo que todas las cuestiones, penales y civiles, emergentes de un hecho ilícito cuando se ventilan ante un mismo juez, se evita la posibilidad de que un hecho sea juzgado con criterios distintos; se suprimen los gastos propios de la diversidad de causa y se logra una mayor rapidez en beneficio de la víctima.

La tenaz insistencia se cristalizó finalmente en la disposición del art. 29, inc. 1º del Código Penal, dictado en 1921 y, en la actualidad jurídica, esa posibilidad es expresamente reconocida en el art. 1774 del Código Civil y Comercial.

A partir de estos mandatos, la sentencia penal podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.

En el artículo del Código Penal se estatuye que cuando se dicta una sentencia condenatoria se puede ordenar simultáneamente, la reposición del estado de cosas al momento anterior al delito cuando ello fuere posible o la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.

Este mecanismo es muy utilizado en algunas jurisdicciones como la de Córdoba, donde el Tribunal Superior sostiene que "el art. 26 del C.P.P., expresa que la absolución del acusado no impide

que el tribunal de juicio se pronuncie sobre la cuestión resarcitoria, en su sentencia, ni la ulterior extinción de la pretensión penal impedirá que el Tribunal Superior decida sobre la civil. Ambas normas procesales permiten al sentenciante resolver sobre la demanda civil aún cuando mediare una sentencia absolutoria, pero ella deberá hacerse haciendo una interpretación sistemática del resto de las normas procesales existentes en nuestro código de rito, agregando a ello las normas de naturaleza sustantiva que se encuentran relacionadas con las normas antedichas, y a ello, las normas del código procesal civil, porque lo que queda subsistente es una sentencia condenatoria de naturaleza civil"[2].

Este fallo, marca la diferencia ontológica que existe entre los presupuestos de la responsabilidad penal de la civil que deben ser tenidos en cuentas al momento de dictarse sentencia resarcitoria en cualquiera de los fueros. Especialmente en el penal cuando se dicta sentencia absolutoria por cuanto la misma base fáctica (hecho principal), puede generar responsabilidad civil.

II.3. Vinculación entre la acción civil y la penal

El artículo consagra, como principio liminar, la independencia de las acciones penal y civil emergentes de un mismo hecho ilícito. La disposición es lógica, pues una tiene por objeto lograr el castigo del delincuente, en tanto que la otra se propone la reparación de los daños.

Pero esta independencia no es absoluta porque a) la renuncia a la acción civil o los convenios sobre reparación de daños importan renuncia a la acción criminal; b) si la acción criminal hubiera precedido a la civil o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de dictada la sentencia en el juicio criminal (art. 1775); c) finalmente, la sentencia criminal tiene una importante influencia sobre la responsabilidad civil en

---

2 TSJ de Córdoba, Fuero Penal, "Álvarez, Federico Emilio p.s.a. Estafa - Recurso de Casación", 24 junio 2003, http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/

cuanto a la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado[3].

Más allá de la facultad que tiene la víctima de iniciar la reclamación civil en sede penal en forma conjunta, se advierte que este sistema tiene algunos detalles observables. Por lo pronto, el criterio natural del juez penal para apreciar la culpa del autor de un hecho ilícito, está acostumbrado a la rigidez del tipo penal que es distinto del que tienen los jueces civiles dado que en ésta sede la tipificación es más flexible.

Además, el proceso penal no ofrece a las partes todas las garantías y oportunidades que brinda el proceso civil, bien sea para producir una prueba cabal del daño reclamado o para demostrar la inexistencia de los pretendidos perjuicios conforme lo alegados por la víctima.

En suma, la fijación del daño por los jueces penales sólo parece conveniente cuando se trata de la indemnización del daño moral, que no exige de una prueba acabada dado que juegan a favor de su existencia presunciones *hominis*, razón por la cual siempre, ante la carencia o insuficiencia, de pruebas puede ser determinado prudencialmente por el juez.

II.4. Alcance resarcitorio del art. 29 del Código Penal

En la práctica de tribunales, no obstante la amplitud de las atribuciones concedidas a los jueces del crimen por el art. 29, Código Penal, éstos sólo fijan la indemnización de los daños en los delitos contra el honor o contra la honestidad, en los que el rubro esencial es el daño moral; en los demás, es excepcional que el damnificado pida la fijación en sede penal de la cuantificación del resarcimiento compensatorio por los daños recibidos.

El art. 29, inc. 1º, Código Penal, planteó desde el primer momento algunos importantes problemas interpretativos. El primero de ellos es si el juez penal puede ordenar de oficio el monto de la

---

3 Borda, Guillermo. A., *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, 9ª edición, actualizada por Alejandrno Borda, tomo II, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2008, § 1602, p. 470.

indemnización del daños o si, por el contrario, no puede hacerlo a menos que medie pedido de parte interesada. La jurisprudencia se inclinó desde hace muchos años y firmemente en el último sentido. Esta solución aparece impuesta por el más elemental sentido común, toda vez que no es posible fijar la indemnización sin que el interesado opte por ocurrir a la jurisdicción penal para pedir el resarcimiento y, con ello, tener la oportunidad de probar el monto de los daños sufridos. De otro modo se vulnera el derecho de defensa de la víctima, en cuanto la ley le concede la facultad de seleccionar la competencia civil o penal del tribunal que entenderá y resolverá su pedido de resarcimiento.

Otro de los problemas derivado del art. 29, es que autoriza al juez penal a fijar la indemnización sufrida también por la familia de la víctima y los terceros. Esto llevaba de la mano a legitimar la participación de terceros damnificados en el proceso penal, con la consiguiente perturbación y prolongación de los procedimientos. El inconveniente era tan grave que los tribunales no tardaron en interpretar restrictivamente esta disposición, declarando que sólo puede pedir la indemnización de los daños la persona que tiene derecho a intervenir como querellante en el proceso; los miembros de la familia y los terceros damnificados indirectos deben plantear su reclamación ante la jurisdicción civil[4].

Este criterio restrictivo es adoptado por el Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) cuando regula en el art. 14 que "la acción civil para la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil podrá ser ejercida sólo por el titular de aquélla, o por sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable, ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal"[5].

---

4 C. Crim. Cap., en pleno, 21/5/1926, J. A., T. 20, p. 491; C. Civil 2ª Cap., 17/6/1940, J. A., T. 71, p. 103; C. Civil 2ª Cap., 24/6/1941, L. L., T. 23, p. 221.

5 En igual sentido, art. 24 Código Procesal Penal de Córdoba (Ley 8123), donde se regula que "la acción civil destinada a obtener la restitución del objeto materia del delito y la indemnización por el daño causado, sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable. Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si

La legitimación amplia del art. 29 del Código Penal que ha sido restringida por la hermenéutica de los tribunales y por las leyes adjetivas, más allá de que no se reforma este artículo, estimamos que debe ser mantenida teniendo en cuenta que la solución que se proponga no debe perder de vista el objetivo central de toda la regulación que es direccionada por las normas constitucionales que es generar un procedimiento idóneo y rápido para que las víctimas puedan acceder al resarcimiento en el menor tiempo posible. En función de ello, el ingreso de un sinnúmero de legitimado a discutir el resarcimiento en sede penal puede congestionar su trámite, mas cuando el Código Civil y Comercial, en procura del fin propuesto, expresamente en el inc. c del art. 1775, desvincula el trámite penal de la posibilidad de obtener un pronunciamiento en sede civil que conceda el resarcimiento cuando la acción esté fundada en un factor de atribución objetivo.

En síntesis, el sistema legislativo propuesto, es el siguiente:

a) El juez penal puede fijar la indemnización de daños en caso de que exista condena porque el art. 1774 autoriza el ejercicio de la acción civil en sede criminal, únicamente en los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal. Si no lo fuere porque el procesado ha sido absuelto o sobreseído, si ha muerto durante el proceso o ha prescripto la acción, el juez penal debe abstenerse de dictar sentencia respecto del pago de las indemnizaciones cuando hubiere sido requerido, siguiendo la literalidad del contenido normativo del artículo comentado.

b) La condena a pagar los daños y perjuicios sólo procede en sede penal a pedido de parte legitimada.

c) El juez penal sólo puede resolver la procedencia del resarcimiento de los daños sufridos por la víctima directa del delito y por quienes tienen derecho a intervenir como querellantes en el proceso, pero no en las acciones que intenten los damnificados indirectos o familiares.

---

se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de un homicidio o de lesiones gravísimas. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en las que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados o mediare entre ellos un concurso ideal de delitos."

d) Fijada la indemnización en el proceso penal, a pedido del interesado, no podrá éste intentar la prueba de mayores daños en juicio civil; aquella decisión hace cosa juzgada, a menos que se trate de daños que se manifiesten con posteridad a la condena penal, en cuyo caso es viable la pretensión hecha valer en sede civil. El procedimiento de ejecución de la sentencia penal debe tramitar ante ese fuero.

e) Finalmente, si el procesado ha sido condenado, no podrá rechazarse la acción de reparación porque no se haya probado el daño; esa decisión hace cosa juzgada en el pronunciamiento civil dado que el art. 29 del Cód. Penal expresamente autoriza al juez a fijar el monto prudencialmente en defecto de plena prueba.

III. El inicio de la acción penal y la suspensión del dictado de la sentencia civil

III.1. Dependencia de la acción civil de la resolución penal

La suspensión del dictado de la sentencia civil está regulado en el art. 1775, donde se estatuye que *"si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad".*

La norma, como principio general, estatuye la vinculación entre la tramitación de la acción criminal y el proceso civil, siguiendo el lineamiento tradicional que adoptó el principio de la doctrina francesa *"le criminel tient le civil en état"*, el cual subordina el dictado de la sentencia civil al previo dictado de la resolución definitiva en el juicio criminal.[6]

---

6 LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, IV-A., Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980, t. IV-B, p. 63; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída., comentario art. 1101

La redacción del mandato supera las críticas cuando hace referencia a la suspensión del dictado de la sentencia civil definitiva inter tanto no concluya el proceso penal[7].

III.2. Excepciones a la prejudicialidad penal

La norma contiene una serie de excepciones a la aplicación de la prejudicialidad penal en sede civil.

a. Cuando medien causa de extinción de la acción penal.

La primera excepción que prevé a la regla general, es si median causas de extinción de la acción penal. Es decir, conforme al contenido del Código Penal, cuando acaece la muerte del imputado (art. 59[8]), o de dicta la amnistía (art. 61[9]), o se declara la prescripción (arts. 62, 63[10]) o cuando se verifica la renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada (art. 60[11]).

---

en *Código Civil, comentado, anotado y concordado*, T. 5, Belluscio-Director Zannoni-Coordinador, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1884, p. 298; ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 246, entre otros.

7 CAZEAUX, Pedro N., TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, t. 4, 2ª ed. 1ª, Platense, La Plata, Argentina, 1981, ps. 840/841.

8 Art. 59.- La acción penal se extinguirá: 1. Por la muerte del imputado; 2. Por la amnistía; 3. Por la prescripción; 4. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

9 Art. 61.- La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

10 Art. 62.- La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años. 3. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.
Art. 63.- La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

11 Art. 60. - La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

b. Cuando la demora del proceso penal frustra el resarcimiento civil

La segunda excepción a la regla, está prevista para cuando la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, la frustración efectiva del derecho a ser indemnizado. Esta excepción consagrada en la norma del Código es el producto de los reclamos efectuados por quienes pretendían acceder a la indemnización civil pero se encontraban con el impedimento legal de que el juez no podía dictar su fallo dado que el tribunal penal no se expedía. La demora *sine die* de la justicia penal producía una verdadera negación de Justicia a las víctimas.

Por ello, el primer argumento para flexibilizar la rigidez de la prejudicialidad penal en sede civil se focalizó en que la dilación indefinida del trámite penal agravia el derecho de defensa y produce una efectiva privación de justicia.

Este criterio fue expuesto, por la Corte de Justicia de la Nación cuando juzgó en el caso "Ataka c/ González", en el año 1973, que "la existencia de una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia"[12].

En igual sentido, pero precisando sus fundamentos se aseguro que "la garantía de la defensa incluye el derecho de todo justiciable a obtener un pronunciamiento que defina su posición y ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre que comporta toda controversia judicial, dado que el principio constitucional no se satisface con el hecho de que el sujeto pueda abrir y desarrollar la instancia judicial sino que es menester que ésta termine con un pronunciamiento definitivo"[13].

---

12 CSJN, noviembre 20-973, "Ataka Co. Ltda. c/ González, Ricardo y otros", La Ley, t. 154 p. 85. Ver, t. 246, p. 87, Rev. La Ley t. 98 p. 289; t. 272 p. 188, Rev. La Ley t. 133, p. 414. En ese fallo completo su pensamiento asegurando que "la C.N.Com. debe pronunciarse sin supeditar su fallo "hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal" pues si existen demoras en ese trámite -más de cinco años- la dilación ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa".

13 C. Civ.Com. y Minería San Juan, Sala Primera, 26/2/1993, L. de A. t. 84 Fº 187/188, 12/12/1996, L. de A. t. 94 Fº 39/40; autos Nº 14.605, "Ramírez, Ernesto Clemente c/ Vedia Dante - Daños y perjuicios", 27/2/1997, L. de A. t. 94 Fº 81/82, entre otros;

Bidart Campos al comentar el tema, destacó que "el derecho a la jurisdicción como derecho del justiciable a acudir a un tribunal, se despliega necesariamente en la etapa ulterior del proceso, y lo que ocurre en el proceso satisface o cohíbe aquel derecho según el modo como el proceso se desarrolla. Es inherente al derecho a la jurisdicción un "debido" proceso y una sentencia oportuna, imparcial, justa, fundada, etc. de ahí que la duración del proceso debe ser razonable, variable según la índole de la pretensión y del proceso, pero siempre circunstancialmente rápido. Las demoras, las dilaciones, las suspensiones, etc. que conspiran sin razón suficiente contra la celeridad procesal, son inconstitucionales. Cada acto y cada etapa del proceso deben cumplirse con rapidez, y mucho más el acto y la etapa de sentencia, como broche final del proceso"[14].

También, el profesor Boffi Boggero, sobre el asunto manifestó, siguiendo el criterio expuesto en distintos fallos[15], que "si el juez civil se abstiene de dictar sentencia y espera un lapso no razonable a que se pronuncie el juez en lo penal, entonces la vigencia del art. 1101 es inconstitucional con el alcance, que se le ha asignado. En el fondo, está el principio de razonabilidad como exigencia de todas las conductas de los poderes públicos y de los particulares. Cada potestad, cada obligación han sido instituidas para que se vivan razonablemente. Si no, hay exorbitancia. En el caso especial que nos ocupa -sigue el profesor - hay

---

Sala Segunda, 25/2/2000, autos Nº 15536 "Ibáñez de Terzi, Beatriz del Carmen c/ Andrés Morales - Daños y Perjuicios - sumario", L. de S. t. I Fº 29/36. En igual sentido: C.Civ. y Com. Santiago del Estero, C 10288 S 11/4/1996 "Leiva de Lescano Clotilde Asunción c/ Empresa de Transporte de Pasajeros Coop. "La Unión" y/o Propietarios responsables s/ Daños y Perjuicios". En este fallo se dijo que "la dilación indefinida del trámite y de la decisión de un juicio hiere el derecho de defensa. Por ello es de fundamental importancia que el proceso tenga una duración razonable, esto implica que las dilaciones, suspensiones, etc., sin razón suficiente conspiran contra dicha celeridad y como tal son inconstitucionales. En consecuencia, dejar un proceso abierto sine die sin el dictado de la sentencia respectiva por imperio de lo dispuesto por el art. 1101 C. Civil, importa una verdadera violación al art. 18 de la C.N. y privación de justicia

14 Bidart Campos, Germán, "La duración razonable del proceso", La Ley t. 154, p. 85.

15 CSJN, Fallos 249:324; 328:329

transgresión al derecho de defensa en juicio, que se integra con muy diversos tramos. Cualquiera de ellos que falte equivale a negar ese fundamental derecho..."[16].

En la nueva era constitucional que principia en 1994 con la incorporación a la Constitución Nacional, en el inc. 22 de art. 75, de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos se elevó a la máxima jerarquía normativa al principio de la razonabilidad de la duración de los procesos judiciales.

En este sentido, el art. 8 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), regula que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden Civil, Laboral, Fiscal o de cualquier otro carácter...".

Como se puede colegir, la norma que establece la razonabilidad del plazo para el dictado de la sentencia civil tiene mayor jerarquía que las contenida en el Código Civil, lo cual implica reconocer que la tesis judicial que declara la inoperancia de la prejudicialidad penal cuando la misma se torna en un obstáculo que no puede ser removido en un plazo prudente, tiene fundamento en la ley y no es una mera especulación doctrinaria.

En otros términos se modificó sustancialmente el *strepitus forum* protegido, puesto que en el régimen derogado primaba el temor jurídico a la existencia de contradicción entre la sentencia penal y la civil dado que el fundamento de la responsabilidad giraba en torno al factor subjetivo de atribución, sea culpa o dolo. Sin culpa no hay responsabilidad (*pas de responsabilité sans fout*) era el principio guía en materia de responsabilidad civil vigente al momento de redactarse el código y que hundía sus raíces en la Ley Aquilia (*damnum culpa datum*) dictada en el año 286 antes de Cristo[17].

---

16 BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, t. 6, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 223.

17 ORGAZ, Alfredo, *La culpa - (Actos ilícitos)*, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1981, p. 20.

En cambio, en la dinámica jurídica actual el cimiento de la responsabilidad está focalizado, a partir del desarrollado y recepción legislativa de los factores de atribución objetivos, en el daño. Ello en función de la permanente incorporación en el desarrollo social de elementos de producción y actividades tecnológicas generadores de riesgos para la vida, integridad física y patrimonio de los seres humanos (maquinarias, automotores, fabricas daño ecológicos, nucleares, etc.) que no existían al momento de la sanción del código sustantivo.

La SCJN, en la actual etapa constitucional, reafirmó sus convicciones perfeccionando el concepto de privación de justicia, en varios pronunciamientos (312-2434; 311-1604; 305-913, etc.) al juzgar que es inconstitucional la prolongación indefinida de los procesos. Ello al punto de sentenciar en un caso paradigmático, luego de intimar a un Superior Tribunal de Justicia provincial a pronunciarse sin dilación alguna que "la garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión"[18].

Este tribunal, se pronunció con relación al tema de la prejudicialidad penal, en el caso "Zacarías, Claudio H. v. Provincia de Córdoba y otros", fijando como doctrina que "la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal impuesta ante la dualidad de procesos originados en el mismo hecho, debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravio a la garantía constitucional de derecho de defensa y produce una denegación de justicia"[19].

Esta línea de pensamiento, fue recepcionado, entre otros tribunales, por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza cuando interpretó que "la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto recaiga resolución en sede penal no es una regla legal absoluta; por el contrario, ella debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y al derecho a obtener una

18 CSJN, Fallo 323-747.

19 CSJN, 28/4/1998, Fallo 321-1124. en igual sentido CNCiv., Sala F, 2001/12/05 "Carvajal Víctor c/ Fronteras, Tomás R.", Doctrina Judicial 22/5/2002 - Año XVIII Nº 21, p. 263.

decisión dentro de un tiempo razonable....". Por lo cual "...cabe dictar sentencia civil aunque no haya recaído sentencia en sede penal si por su magnitud la pendencia impide en forma real el derecho de defensa en juicio"[20].

Como se infiere de la normativa vigente y de la hermenéutica formulada por los tribunales superiores mencionados, la prejudicialidad penal estatuida por el derogado Código Civil y su categorización entre las leyes de orden público que sustentaba la posición clásica, fue relativizada, estableciéndose que no es absoluta sino que debe ceder ante otras normas de mayor jerarquía que consagran mandatos respecto de las cuales, de igual modo, está interesado el orden público. En este punto cabe recordar que las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica, cuya existencia prima sobre todos los intereses individuales o sectoriales[21], cabe consignar como marca Fueyo Laneri que esta noción es dinámica, flexible y evolutiva. Es decir mutable en el tiempo conforme el interés que privilegie la sociedad[22].

En la normativa vigente no cabe lugar a hesitación que el legislador privilegió el interés de la sociedad por el dictado de sentencias penales, civiles, laborales, administrativas, etc., en tiempo razonable por encima de la posibilidad de que quedare abierta la posibilidad que se dicten sentencias contradictorias[23].

---

20 SCJM, Nº: 00199198, Sala: 1, 29/06/2000, Nº 68195 "Velásquez Patricia y otra, en J. Velásquez c/ Cristóbal Moreno López p/ Daños y perjuicios - Ordinario -Casación", Libro S296 Fojas: 046. También, CJ Tucumán, 28/12/2000, Sent. Nº 1137, "Santillán viuda de Villagra, Lola Elvira vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Daños y perjuicios"; 19/12/2000, Sent. Nº 1089, "Roquera, Darío Leoncio c/ Sol San Javier S.A. s/ Daños y perjuicios"; Supremo Tribunal de Santiago del Estero, 15/5/2000, "Herrera de Celiz, Elsa Alicia y otros c/ Paz Gustavo Ramón y/u otros s/ Daños y perjuicios - Casación".

21 ALFERILLO, Pascual Eduardo, *Introducción al Derecho Civil*, Ed. Univ. Nac. San Juan, San Juan, Argentina, 2000, p. 148.

22 FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudio "Ratio Iuris", Santiago, Chile, 1976, p. 117.

23 ALFERILLO, Pascual Eduardo, "Flexibilización de la prejudicialidad penal", RCyS 2002, 287; "El derecho a obtener sentencia civil en plazo razonable como Derecho Humano fundamental", RCyS 2005, 459-LLBA 2005, dic.

En el Código Civil y Comercial, la determinación de la razonabilidad de la demora en el dictado de la sentencia penal será una labor exclusiva de la jurisdicción civil, quién examinará las particularidades de cada caso, principalmente, el momento en que acaeció el hecho dañoso y el estado del trámite del proceso criminal. En palabras de la ley, la prejudicialidad penal no será operativa cuando la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;

c. Cuando la acción civil se funde en un factor de atribución objetivo.

La tercera excepción a la prejudicialidad penal, está prevista para cuando la acción civil esté fundada en un factor objetivo de responsabilidad. Esta hipótesis no tiene precedente nacional y, sin duda, generará polémica en aquellos autores quienes consideran que la dimensión de la responsabilidad objetiva, en algunos casos, está vinculada con la acción reprochable subjetivamente de otro sujeto por el cual se debe responder (dependientes, hijos, etc.). Pero, en otros casos, facilitará el dictado de sentencia como ocurre cuando el daño es producido por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1757 y conc.) donde la responsabilidad es objetiva de todas las personas, entre las cuales se encuentran incluidos el dueño y el guardián. En otras palabras entendemos que en los casos de accidentes de tránsito no será menester esperar el dictado de la sentencia penal pues quién conduce el automóvil tiene la calidad de guardián, aún cuando fuere dependiente del principal (art. 1753) dado que se es tal cuando se ejerce por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa riesgosa o viciosa.

IV. Efectos de la condena penal en la sentencia civil

IV.1. Efectos de la sentencia penal condenatoria

En el art. 1776 se regula que *"la sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado"*.

La premisa principal que caracteriza la hipótesis contenida en la norma es el dictado de una sentencia condenatoria en el proceso penal. Esta decisión no puede ser objeto de debate en el expediente civil donde se reclama el resarcimiento de los menoscabos padecidos, porque en el fallo se fijó la existencia del "hecho principal" que constituye el delito y la culpa del condenado.

Es otras palabras, después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye la base fáctica del delito, ni impugnar la culpa del condenado.

a. Efecto de la cosa juzgada penal en sede civil respecto del hecho principal.

La existencia del hecho principal que constituye el delito se relaciona con el principio de legalidad consagrado en el art. 19 C.N. ("nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe") que impone el deber de describir con precisión la acción u omisión considerada y punida como delito penal. Es decir, debe precisar la norma su tipificación.

En función de ello, los códigos procesales penales cuando regulan el contenido de una sentencia definitiva condenatoria, coinciden en exigir, tal cual es prescripto el art. 399 del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) que el fallo contenga "la enunciación del hecho y las circunstancias que hayan sido materia de acusación; la exposición sucinta de los motivos de hecho y de derecho en que se fundamente; las disposiciones legales que se apliquen; la parte dispositiva y la firma de los jueces y del secretario...". En otras palabras, cuando existe sentencia condenatoria se tiene por acreditada la configuración de la conducta tipificada (matare; causare un aborto; al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño; etc.) como delito, razón por la cual no podría discutir su autoría material ni el nexo causal con el daño en sede civil.

Además de ello, no se puede debatir la culpabilidad del sentenciado definida en la sentencia condenatoria por cuanto para la configuración de algunos tipos delictuales, se tiene en cuenta el grado

de culpabilidad del accionar del mismo como es, por ejemplo, el caso de la muerte culposa tipificada en el art. 84 del C. Penal[24].

Evidentemente, la decisión legislativa procura evitar el escándalo jurídico al prohibir al juez civil, en caso de condena definitiva penal, que se debata nuevamente sobre el tema y se pronuncie sobre la existencia del hecho principal y la culpabilidad.

En las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia-Chubut- 1980), en el punto 4 del Despacho "A", entendieron por "hecho principal" aquel que se refiere exclusivamente a la existencia o inexistencia de los elementos que tipifican el delito que se imputaba al procesado" (Morello, Bustamante Alsina, A. A. Alterini, Salas. Con reservas Zannoni, Belluscio, Esteguy).

En cuanto al tema del hecho principal es ineludible hacer referencia a la diferencia sustancial que existe en el ámbito penal que se traslada en sus efectos a sede civil entre autoría y nexo de causalidad, cuyo estudio se inició en el comentario al art. 1726 el cual debe ser completado con el siguiente punto de vista.

Con respecto a la diferencia entre causalidad y autoría Goldenberg, expresaba que "la investigación de la "conexión causal" apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente, mientras que la idea de "autoría" se centra en la imputación subjetiva de un obrar a una persona determinada. Ello supone, en primer término, una actuación del sujeto que constituye el medio por el cual da existencia al hecho, lo proyecta externamente"[25].

Este autor precisa su pensamiento sosteniendo que "la relación de causalidad, supone establecer el ligamen existente entre

---

24 Art. 84 CP.- Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor. Modificado por: Ley 25189 art.1 (B.O. 28/10/99).

25 GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª edición ampliada y con actualización jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000, ps. 39/40.

un acto y sus consecuencias. No interesa ya el sustrato psíquico del obrar, sino su repercusión externa. De este modo, puede mediar relación causal adecuada entre el hecho de un inimputable y el daño por él ocasionado[26]".

Este jurista indica que "antes de establecer cuando el individuo debe responder jurídicamente por un resultado, *imputatio iuris*, es necesario precisar si tal consecuencia ha sido efectivamente producida por su acción u omisión, es decir, hay que examinar la atribución material o *imputatio facti*. Una cosa es que el efecto pueda ser referido a la actuación de una persona y otra muy diferente el juicio de demérito que suscite ese comportamiento"[27].

Como se puede colegir, el concepto de autoría implica un análisis evaluativo más amplio que el ver la pura causalidad física, sea la misma de las fuerza de la naturaleza o con participación humana.

Esta referencia viene a colación por cuanto Binding, citado por Núñez, distingue entre la causalidad natural -que es una causación resultante del poder de las puras fuerzas naturales - de la causalidad humana, fundada en la posibilidad que tiene la voluntad humana, en la persecución de sus fines, de gobernar y poner a su servicio las fuerzas naturales, y en la cual, por consiguiente, el núcleo causal no es una condición cualquiera, sino la actuación voluntaria del hombre en su condición de autor del hecho de que se trata[28].

En este punto creemos necesario precisar que cuando no participa el ser humano en la cadena causal que finiquita con el daño no se puede hablar de modo alguno de autoría en sentido estricto. En cambio, cuando participa en la cadena causal, se debe distinguir la pura materialidad del hecho humano (autoría material. Verbigracia: hecho de un incapaz que lesiona o mata) de la imputación

---

26 GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª edición ampliada y con actualización jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 39/40.

27 GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*, 2ª edición ampliada y con actualización jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 39/40.

28 NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. Primero *Parte General- Teoría de la imputación jurídica delictiva*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 264.

del hecho a ese sujeto conforme al tipo para ser considerado penalmente como autor.

La autoría en la esfera del Derecho Penal es uno de los temas medulares de su dogmática y doctrina, al punto que se han desarrollado un sinnúmero de teorías que tratan de precisar cuando una persona debe ser considerada autora del delito. Esta teorización tiene mayor complejidad cuando trata de dirimir esa condición en los delitos cometidos por una pluralidad de sujetos, apareciendo la conceptualización de coautoría, participación y complicidad.

Ello le permitió a Núñez sostener críticamente que "el problema de la autoría, tal como en este asunto lo plantean Binding, Soler y Antolisei, no atañe a la determinación de la vinculación material entre la conducta del agente y el resultado delictivo, que es el campo propio de la cuestión desenvuelta en el Derecho Penal bajo el título de relación de causalidad. Cuando estos escritores se preocuparon por establecer si, en determinas circunstancias, una persona es autora (o en otros términos, cual es la acción que le es propia), refieren la cuestión al ámbito de la conducta que le es imputable a esa persona en tales circunstancias, a los efectos de saber cuál es la verdadera potencia causal que se debe poner a su cargo en la emergencia, individualizando así el primer término de la relación causal jurídico-penal: la conducta"[29].

Núñez, completa sus observaciones aseverando que el concepto de la autoría tiene que mantenerse al margen del juego de los factores psíquicos sobre los cuales se debe estructurar la culpabilidad del autor, pero no la condición de autor[30].

En otras palabras, el profesor cordobés excluye la autoría tanto del nexo causal puro o material y del análisis de la aportación psíquica del sujeto en el querer el resultado. La conducta de delincuente es la sumatoria de la materialidad del hecho (mató, robó,

---

29 Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. Primero *Parte General- Teoría de la imputación jurídica delictiva*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 266.

30 Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. Primero *Parte General- Teoría de la imputación jurídica delictiva*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 264, p. 266.

etc.), mas la posibilidad jurídica de poder imputarle la misma a su persona. Por ejemplo, por no encuadrar en una de las causales de inimputabilidad prevista en el art. 34 del Código Penal.

De otro modo, si el sujeto fuera inimputable aún cuando hubiera ejecutado el verbo prohibido (matar, dañar, etc.) no podrá ser considerado penalmente autor y, por tanto, queda fuera de la punición prevista.

En otras palabras, en primer lugar, para que haya conducta penal punible debe haber (se presume) un sujeto plenamente capaz de comprender la acción que llevó a cabo, es decir, imputable.

Para fortalecer este concepto nada mejor que la palabra de Orgaz, quién enseñaba que "puede definirse la imputabilidad diciendo que es "la aptitud, condicionada por la salud y la madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento". Así como la capacidad en los negocios jurídicos es la "aptitud" para adquirir por sí mismo derechos y contraer obligaciones (capacidad de obrar o de hecho), la imputabilidad es "capacidad de culpabilidad", esto es, de cometer actos ilícitos y comprometer la propia responsabilidad"[31].

A partir de ello, se puede conocer un sinnúmero de teorías y definiciones que procuran definir el concepto de autor, pero cabe precisar a los fines de esta investigación que ninguna de ella la limita o asocia al nexo de causalidad material sino que, como se ha dicho, presume la imputabilidad y, en base de ello, se procura elaborar una respuesta.

El profesor Donna recuerda a los principales autores que se han preocupado por brindar una definición de autoría, destacando que en algunos casos la individualización del autor es muy fácil. Si un sujeto extrae un arma y ocasiona la muerte de su enemigo, nadie duda que haya sido el autor del homicidio[32]. En este

---

31 ORGAZ, Alfredo, *La culpa - (Actos ilícitos)*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1981, p. 84.

32 DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal* en *Colección autores de Derecho Penal*, 2ª edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe - Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 10.

sentido, Cerezo Mir afirma que "es autor, en primer lugar, el que realiza el hecho por sí solo"[33].

Más adelante sistematiza Donna que existen dos caminos posibles para encontrar la respuesta: a) Teoría unitaria de autor: Se puede considerar autor a cualquier sujeto que haya cooperado de algún modo en el hecho, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre los distintos aportes de los intervinientes. b) Teorías diferenciadoras: Estas diferencian varias formas de intervención según el grado e importancia material de los aportes realizados[34].

Con relación a esta segunda concepción aparecen, a su vez, varias teorías. Una de ellas, la teoría sujetiva conceptualiza, en general, que es autor quién "quiere al hecho como propio", es decir, quién actúa con *animus autoris*. Al contrario, es cómplice aquel que "quiere al hecho como ajeno", manifestando meramente un *animus socii*[35].

Para la teoría formal objetiva, autor es quién ejecuta personalmente, ya sea total o parcialmente, la acción típica descripta en los tipos de la parte especial. En caso de que el delito sea pluriactivo, será autor el que realice aunque sea alguno de los elementos típicos. Desde este punto de vista sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico. Es autor quién mata, en el art. 79 del Código Penal; quién sustrae la cosa, en el art. 162; o quién hace un documento falso, en el art. 292. Cualquier aporte de otro tipo, anterior o simultáneo, es considerado como participación[36].

Dentro de este grupo formal - normativo podemos citar a Gimbernat Ordeig quien sostiene que "autor en sentido estricto

---

33 Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español*, Tecnos, Madrid, España, 2001, t. III, p. 211, citado por Donna.

34 Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal* en *Colección Autores de Derecho Penal*, 2ª edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe - Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 13.

35 Roxin, Claus, *Autoría y dominio de los hechos en el derecho penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, España, 2000, § 25 p. 14 y ss; Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, PPU Barcelona, 1991, p. 47 y ss. Esta línea de opinión reconoce como principales corrientes a la Teoría del dolo y a la del interés.

36 Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal* en *Colección autores de Derecho Penal*, 2ª edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe - Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 24.

es el definido en el tipo. Su punición se justifica directamente sobre la base de la figura delictiva de la parte especial" y de que "la conducta del autor en sentido estricto difiere según cual fuere la naturaleza del delito"[37].

Finalmente, corresponde citar la "teoría del dominio del hecho" que conforme opina Donna, se trata de un concepto material, que ha permitido explicar la autoría mediata, aunque como se ha sostenido tiene dificultades en explicar el delito imprudente, motivo por el cual ya Welzel se vio obligado a realizar un desdoblamiento del concepto de autor. En los delitos imprudentes es autor aquel que contribuye a la producción del resultado de una conducta violatoria del deber objetivo de cuidado. En los delitos dolosos, es autor quién tiene el dominio final del hecho[38].

En general, Bacigalupo afirma que "el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quién no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho[39].

De un modo particular, Welzel sostenedor de la teoría final de la acción asegura que existirá autoría cuando se configure: a) Dominio final del hecho, b) requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado), c) Los requisitos subjetivos, como el ánimo de lucro o la tendencia lasciva, d) los requisitos de los delitos de propia mano.

En otras palabras según esta teoría, autor es quien de acuerdo al papel desempeñado en el despliegue de la acción ha tenido el dominio o el condominio del suceso. Como señala Welzel, es el "señor del hecho", es decir, aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva, dirigiéndolo en forma planificada[40].

---

37 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Euro Editores S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 266.

38 DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal* en *Colección Autores de Derecho Penal*, Segunda Edición ampliada y profundizada, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe - Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 31; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Tecnos, Madrid, España, 2001, t. III, p. 210

39 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 495.

40 WELZEL, Hans, *Derecho penal aleman*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 120, cit. Por Donna.

En cambio, para Maurach y Gössel, autor es quien mantiene en sus manos, abarcado por el dolo, el curso causal del hecho típico. Por lo tanto, el dominio del hecho lo tiene todo aquel que puede impedir o hacer avanzar, a su albedrío, el hecho hasta su resultado final.[41]

En cuanto al delito imprudente afirman que se caracteriza precisamente por la falta de dominio final del hecho sobre el ataque al bien jurídico. Autor de tal ataque evitable al bien jurídico puede serlo quien podría haber dirigido su comportamiento, de tal modo que el ataque no se hubiera producido. De ahí surge lo que los autores llaman el dominio potencial del hecho: el actuar no dominado, pero dominable, hubiera evitado la lesión al bien jurídico. De ahí la defensa del concepto unitario de autor en el delito imprudente en cuanto se contribuya causalmente al resultado, por lo que la esencia del problema reside en la evitabilidad. (Luego cambian al concepto de "la actuación en una situación de peligro dominable)[42].

Por su parte, Roxin explica que autor es la figura central del proceso de actuación concreto. Y de que la idea del dominio del hecho debe ser entendida como un concepto abierto.

En los casos del dominio de la acción la cuestión no ofrece dudas. Quien sin depender de otro realiza los elementos del tipo es sin duda autor. Este es el caso del dominio de la voluntad de la acción[43].

Finalmente para completar los principales exponentes de esta línea de pensamiento, Donna define que "autor es quién comete el delito por sí mismo, poniendo el concreto proceso de realización de la lesión típica o, en caso de ser varias las personas, aquel que en un proceso de atribución, a un sujeto libre, sobre un curso de conductas objetivas, tiene el dominio de los hechos, siempre dentro de la idea de conductas externas y libres"[44].

---

41 Maurach, Reinhart - Gössel, Karl Heinz - Zipf, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 7ª ed. Alemana a cargo de José Cerezo Mir y Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1999, tomo I, p. 517.

42 Maurach, Reinhart - Gössel, Karl Heinz - Zipf, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de José Cerezo Mir y Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1999, tomo I, p. 517.

43 Roxin, Claus, *Autoría y dominio de los hechos en el Derecho Penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, España, 2000, p. 151.

44 Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal* en *Colección autores de Derecho Penal*, Segunda Edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe - Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 39.

Por su parte, la profesora Bernal, recuerda que Günther Jakobs objetaba de un modo crítico que "el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría", ya que junto a éste también el deber especial, los delitos de propia mano y la problemática de omisión, cuestionando la posibilidad de construir un concepto unitario de autor con un dominio y un deber. Para él, "la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva". En otras palabras, la causación de un resultado puede ser atribuida a un sujeto dentro del ámbito de responsabilidad o competencia de éste, y esto es un elemento normativo, ya que el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social[45].

Como se puede inferir de lo expuesto que solo es una presentación del tema, el concepto de autoría para el Derecho Penal excede el análisis de la conexión causal puramente física, de la materialidad de los hechos, al punto que en algunas teorizaciones se la conjuga con la culpabilidad y, en otras, se la vincula con la configuración del tipo penal reprimido. Es por ello que el examen de estos conceptos por parte de la doctrina civilista debe ser muy cuidadosa, pues se puede llegar a equívocos conceptuales que desnaturalicen la función reparadora si no se tiene en claro el limite conceptual.

Como corolario, entendemos que la "autoría puramente material" esta incluida dentro de la relación de causalidad estrictamente fáctica. En cambio, para la configuración de la "autoría en sentido jurídico estricto" se le debe adicionar la comprensión por parte del sujeto de que la acción que llevó a cabo fue realizada con plena capacidad y dominio de su propia voluntad para el control del hecho que tipifica el delito.

Es por ello, que cuando comete delito un incapaz no punible (art. 34 inc. 1 del Código Penal) existe nexo de causalidad puramente material pero no autoría penalmente sancionable, pero en el ámbito civil, conforme al criterio del art. 1750 es responsable directo del deber de resarcir bajo el factor de atribución "equidad".

---

45 BERNAL, Diana María, "La autoría mediata en el Derecho Penal" colaboración en libro *El pensamiento de Günther Jakobs - El Derecho Penal del Siglo XXI*, PARMA, Carlos, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2001, p. 233.

Como se infiere, la sentencia penal establece prejudicialidad respecto del nexo causal puramente material, físico que declaró existente y no el jurídico sobre el cual deberá hacer el juez civil su propia ponderación. Esta conclusión es muy relevante dado que el código marca una clara línea que resalta la importancia del nexo causal, tanto para imputar responsabilidad como para invocar las causales de excusación, como es por ejemplo: la limitación de responsabilidad por la incidencia del hecho de la víctima (art. 1729), incidencia del caso fortuito (art. 1733), la carga de la prueba de la causa ajena (art. 1736), etc.

b. La prejudicialidad penal de la culpa

La declaración de la existencia de culpa en la sentencia dictada en sede penal, más allá del análisis que se puede efectuar respecto de la distinta naturaleza de cada una, impide discutir en sede civil nuevamente su existencia y que fue suficiente para configurar el tipo penal.

Ello implica que la sentencia resarcitoria se debe declarar ineludiblemente que existe culpa del imputado obligado a resarcir. Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que una de las características de la culpa civil es la posibilidad de graduar la misma morigerando el nivel de culpabilidad que la cabe en la producción del hecho que le ocasionara daño al damnificado.

Al respecto Borda señala que cuando se declara la culpa del condenado "no podrá ya alegarse en lo civil la falta de culpa. Pero si el autor del hecho ilícito no puede pretender que no fue culpable, en cambio nada se opone a que alegue y pruebe la culpa concurrente de la víctima. La jurisprudencia es, en este punto, uniforme. Este derecho que se le reconoce, tiene para el condenado el mayor interés, puesto que si la culpa es concurrente, los daños no deberán ya ser soportados exclusivamente por el autor del hecho ilícito, sino que también la víctima cargará con parte de ellos, según la proporción que la sentencia fije"[46].

---

46 Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, 9ª edición, actualizado por Alejandro Borda ed., vol. II, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 481 y ss.

V. Efectos de la declaración penal de inexistencia del hecho

V.1. Efectos de la declaración de inexistencia del hecho o de autoría en sede penal

Con relación a los efectos de la declaración penal de inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal, el art. 1777 regula que *"si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil.*

Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil".

Como se infiere el contenido de la presente norma y el de la precedentemente comentada fijan, como principio general, que los hechos que conforman la base de la acusación y su correspondiente declaración de existencia o inexistencia de los mismos en la sentencia penal, tiene efecto de cosa juzgada en sede civil.

En función de ello, esta normativa es de plena aplicación cuando se dicte la absolución penal del imputado (art. 402 CPPN), por cuanto este pronunciamiento definitivo será fruto del debate que se lleve a cabo en la etapa de juicio.

Al respecto la sentencia (art. 399 CPPN) entre los requisitos constitutivos exigidos para tener validez como tal, tiene que formular la enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido materia de acusación y que acreditadas sean la base de las motivaciones de hecho y de derecho en que se fundamente la decisión final. Es tan importante la enunciación de los hechos que se sanciona su omisión con la nulidad (inc. 3 art. 404 CPPN).

Sin lugar a duda, sea condenatoria o absolutoria, la decisión del juez penal fija la existencia o inexistencia de los hechos y ello hace prejudicialidad en sede civil.

Sobre el tema Borda señala "cabe preguntarse qué debe entenderse por hecho principal, materia en la que el pronunciamiento penal absolutorio hace cosa juzgada en lo civil. Debe tratarse, a nuestro juicio, de las circunstancias de hecho que han sido esenciales

para la fundamentación de la sentencia absolutoria; en cambio, la referencia a hechos que no han sido invocados sino de manera incidental y cuya existencia o inexistencia no influiría en la condena o absolución (aunque pueda influir como circunstancia agravante o atenuante) no hace cosa juzgada"[47].

En cambio el panorama jurídico no es tan claro cuando se trata del sobreseimiento, por cuanto no será de aplicación el contenido del art. 334 y sig. del CPPN, dado que procede según la enumeración del art. 336 cuando (inc. 1) cuando la acción penal se ha extinguido que acontece, de acuerdo al art. 59 del Código Penal, por la muerte del imputado (inc. a), por amnistía (inc. b), por prescripción (inc. b) o por renuncia del agraviado (inc. d).

En otras palabras, en estas hipótesis, en la resolución dictada por el juez penal no se analizan ni fijan los hechos acaecidos, razón por la cual no influyen en sede civil.

V.2. En el proceso civil pueden discutirse los hechos generadores de responsabilidad civil

Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, conforme los incisos 2 y 4 del art. 336 C.P.P.N. y normas provinciales de similar tenor, y se dicta el sobreseimiento sobre esa base, ello no podrá ser discutido nuevamente en el proceso civil.

En cambio, si la sentencia penal de sobreseimiento dictada en el marco de los incisos 3 y 5 del art. 336 del C.P.P.N. y normas

---

47 Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, 9ª edición, actualizado por Alejandro Borda, vol. II, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 481 y ss. El autor completa su pensamiento sosteniendo que "absuelto el procesado, no se podrá ya alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el que hubiere recaído la absolución. Así, por ejemplo, si el tribunal del crimen declara que no ha habido hurto porque la cosa pertenecía al acusado, no podrá luego en sede civil declarar que hubo hurto y, en consecuencia, condenar al demandado al pago de los daños consiguientes. Pero nada se opone a que absuelto el condenado por falta de culpa, el tribunal civil lo encuentre culpable. Aquí no se trata de la existencia o inexistencia de un hecho, sino de la culpa del imputado en la producción de ese hecho".

provinciales similares, resuelve que el hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, se debe observar si en sus considerandos se examinó y determinó como acontecieron los hechos en cuyo caso por imperio del art. 1777, bajo comentario, ello no producirá prejudicialidad sino que puede discutirse libremente el mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

En síntesis, al decretarse que los hechos acreditados no tipifican delito o existe una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria penal, se podrá en el proceso civil discutirse libremente ese mismo hecho como base fáctica de la condenación de resarcir el daño producido.

Sobre el tema Borda, englobando a todas las hipótesis de sobreseimiento en una sola, justifica la posición aseverando que "el sobreseimiento definitivo decretado en el proceso penal, ¿es equivalente a la absolución del acusado? La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios, pero hoy la jurisprudencia parece definitivamente inclinada a negar toda posible equiparación entre el sobreseimiento y la absolución, de tal modo que el primero no impediría volver a juzgar en el fuero civil la existencia o inexistencia del hecho principal en que se basó el pronunciamiento. En otras palabras, el sobreseimiento definitivo carece totalmente de influencia sobre la acción civil… hay, ante todo, un fundamento de derecho positivo: (…) que confiere valor de cosa juzgada respecto de la inexistencia del hecho principal solamente a la absolución, sin mencionar el sobreseimiento. Y esta solución se justifica plenamente porque la absolución se dicta después de un proceso en el que las partes han tenido oportunidad de alegar y probar todo lo que hace a la defensa de sus derechos, mientras que el sobreseimiento se decreta antes de que la causa llegue a plenario, lo que significa que el damnificado no ha tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa. En esas condiciones, hacer valer contra él la sentencia dictada en el proceso penal violaría la prescripción constitucional que garantiza la defensa en juicio.

Si el sobreseimiento definitivo carece de todo efecto sobre la acción civil, con tanta mayor razón no lo tiene el sobreseimiento provisional, ni el auto que decreta el archivo de las actuaciones por

no existir mérito para la formación del proceso o por no haberse podido individualizar a los autores"[48].

Sin lugar a duda que la sentencia dictada luego de tramitado todo el proceso criminal, brinda la garantía del debate, para tener plena certeza de la existencia o no del hecho base de la imputación del delito penal, razón por la cual hace cosa juzgada en sede civil. Pero, la circunstancia de que el sobreseimiento, no tenga esa garantía, cuando se fundamenta el mismo en que el hecho investigado no existió o no fue cometido por el imputado, sin lugar a duda que se está declarando la ausencia del "hecho principal" y, por ende, se torna de aplicación el contenido normativo del art. 1777 en su primer párrafo.

VI. Alcance de las excusas absolutorias penales en sede civil

VI.1. La acción civil no es afectada por las excusas absolutorias penales

Con relación a la influencia de las excusas absolutorias penales, el art. 1778, expresamente indica que las mismas *"no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario".*

En ese sentido se interpreta que la regla impuesta por la norma es clara en cuanto a que las excusas absolutorias no afectan, de modo alguno, la determinación de la responsabilidad civil, con excepción que la propia ley disponga lo contrario. En ese sentido, y sin pretender agotar todas las hipótesis contenidas en el Código Penal, en el art. 185 se regula que "están exentos de

---

48 Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, 9ª edición, actualizado por Alejandro Borda, vol. II, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 481 y ss. El autor completa su pensamiento sosteniendo que "absuelto el procesado, no se podrá ya alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el que hubiere recaído la absolución. Así, por ejemplo, si el tribunal del crimen declara que no ha habido hurto porque la cosa pertenecía al acusado, no podrá luego en sede civil declarar que hubo hurto y, en consecuencia, condenar al demandado al pago de los daños consiguientes. Pero nada se opone a que absuelto el condenado por falta de culpa, el tribunal civil lo encuentre culpable. Aquí no se trata de la existencia o inexistencia de un hecho, sino de la culpa del imputado en la producción de ese hecho".

responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta; 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito".

Terragni, brinda un concepto relacionado con la figura bajo examen al expresar que "desde hace mucho tiempo la doctrina usa la denominación excusas absolutorias. Alude así a situaciones en las cuales, por razones de utilidad o de conveniencia, la ley declara al autor impune de un hecho típico y antijurídico, pese a que no concurra a favor de él ninguna causa que excluya la culpabilidad. El Tribunal Supremo español señaló que bajo el nombre de excusas absolutorias, se engloban un conjunto de circunstancias -de dudosa y controvertida naturaleza jurídica- que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad"[49].

Al respecto la doctrina judicial entendió "en una causa iniciada con motivo de una denuncia por estafa procesal formulada por una persona en contra de su cónyuge y suegro, corresponde decretar el sobreseimiento de los imputados pues, media una excusa absolutoria en los términos del art. 185 inc. 1 del Código Penal, sin que obste a su operatividad el hecho de que los cónyuges se encuentren separados de hecho"[50].

De igual modo se entendió que "corresponde archivar la denuncia por la supuesta comisión del delito de insolvencia fraudulenta interpuesta por la esposa contra su cónyuge, por haber maliciosamente disminuido su patrimonio luego de la presentación de demanda de divorcio contradictorio, ya que cualquier perjuicio

---

49 TERRAGNI, Marco Antonio, "Excusas absolutorias: interpretación de la ley", La Ley 01/9/2014, 6, La Ley 2014-E, 153, AR/DOC/2920/2014. Cita: Sentencia de 26 de diciembre de 1986.

50 C.N.Crim. y Corr., S.VII, "V. C., E.y otro", 17/5/2010, AR/JUR/20119/2010.

patrimonial que le hubiere ocasionado su cónyuge, configura una conducta que se encuentra amparada por la excusa absolutoria contemplada en el art. 185 del Código Penal, de carácter taxativo, con vigencia aunque medie separación de hecho, pues solo desaparece con la disolución del vínculo matrimonial[51]".

También, en el inc. 4 del art. 277 (encubrimiento) se regula que "están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud".

Respecto de esta hipótesis se dijo que "para que opere válidamente la excusa absolutoria prevista en el art. 277 inc. 4 del Cód. Penal es necesario tener individualizado al autor del delito precedente, no pudiendo tratarse de un supuesto hipotético, pues en caso contrario todos los procesos en los que se imputase el delito de encubrimiento deberían esperar la suerte del delito precedente, con lo cual no se trataría de un delito autónomo[52].

Si luego de haberse emitido una sentencia condenatoria respecto de aquel que ha encubierto otro delito surge que ha obrado a favor de su cónyuge u otro pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que debe especial gratitud, se daría un motivo para ejercer la pertinente acción de revisión prevista en el art. 467 inc. 4 del Cód. Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires[53].

Finalmente se debe tener en cuenta que "si bien en materia penal la retractación constituye una excusa absolutoria que exime de penal al autor del hecho, en materia civil la misma retractación implica la admisión por el encausado de la existencia y realidad de la injuria o calumnia[54].

---

51 CNCrim. y Corr., Sala VII, "D., R. G.", 12/11/2007, ED 226, 42, AR/JUR/9465/2007.

52 Trib. Crim. N° 6 de San Isidro, "Carrascosa, Carlos A.", 11/7/2007, La Ley 17/7/2007, 7, La Ley 2007-D, 397, La Ley 2007-D, 535, Sup. Penal 2007 (julio), 78, AR/JUR/2679/2007.

53 Trib. Crim. N° 6 de San Isidro, "Carrascosa, Carlos A.", 11/7/2007, La Ley 17/7/2007, 7, La Ley 2007-D, 397, La Ley 2007-D, 535, Sup. Penal 2007 (julio), 78, AR/JUR/2679/2007.

54 CNCivil, Sala I, "G., M. c/ H., D.E. s/ D. y P.", RCyS 2012-VIII, 195; DJ 21/11/2012, 69, AR/JUR/21983/2012.

VII. Impedimentos para la reparación del daño

El art. 1779 regula las hipótesis que "impiden la reparación del daño: a) la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso; b) en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo".

El contenido del presente artículo marca la idea de que su ubicación dentro de la relación entre la acción penal y la civil no es la adecuada, sino que debió ser incorporado como parte de la Sección 4° "Daño resarcible", puesto que hace referencia a las razones que impiden la reparación del perjuicio ocasionado.

Más allá de ello, el artículo reconoce como básico que el actor se encuentra legitimado para reclamar el resarcimiento de los daños, pero las hipótesis regladas actúan como impedimento para acordar dicha reparación.

En función de ello, corresponde analizar cómo actúan los impedimentos legales previstos en la norma.

VII.1. La prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso

Con relación a la primera hipótesis regulada se hace referencia a la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso. Como se observa se emplea la palabra calumnia y no injuria, razón por la cual, en principio, se está frente a una acusación falsa hecha maliciosamente para causar daño; imputación de un delito hecha a sabienda de su falsedad.

Si embargo, para clarificar el alcance de la norma que autoriza la prueba de la verdad como eximente del deber de resarcir, debemos recurrir a la tipificación dada en el Código Penal. Así su art. 109 refiere a la calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado a que dé lugar a la acción pública. Esta norma está vinculada al art. 1771 donde se establecen las condiciones bajo las cuales se responderá cuando haya existido una acusación calumniosa.

Respecto de esta hipótesis debemos decir que se presenta un dilema hermenéutico por cuanto cuando si se dicta una sentencia

condenatoria en sede penal fijando que existió la falsa imputación de la comisión de un delito imponiéndole la multa (art. 111CP), es aplicable el art. 1776 produciendo cosa juzgada respecto del hecho principal; es decir que la acusación fue calumniosa y, ello no puede volver a ser discutido en sede civil, en cuyo caso no cabe la posibilidad de probar la verdad de la acusación.

Si se desestima el delito que se imputó calumniosamente, y en forma independiente de la facultad que tiene para denunciarlo penalmente por el delito de acusación calumniosa, el damnificado puede reclamar los daños y perjuicios con aval en el art. 1771 y no se podrá acreditar la verdad de los hechos maliciosamente imputados porque ya sede penal dijo que no habían sido cometido por el denunciado.

Descartado esta hipótesis, continuando con el análisis de la norma penal verificamos que a partir del art. 110[55] se sanciona a quién intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física bajo la denominación de delito de injuria pero en los arts. 113[56], 114[57], 117[58] se asimila injuria a calumnia. En función de ello,

---

55 Art. 110 CP.- El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos ($ 1.500).- a pesos veinte mil ($ 20.000).-. En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público *(artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009) (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993.*

56 Art. 113CP.- El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. *(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009).*

57 Art. 114 CP.- Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

58 Art. 117 CP.- El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad. *(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009).*

debemos interpretar que cuando el inc. 1 del art. 1771, utiliza el término "calumnia" es como sinónimo de injuria, razón por la cual queda eliminada la hipótesis del art. 110 CP relacionado con la acusación calumniosa.

Pero encontramos una limitación en sede penal reglada en el art. 11159 donde el acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

A partir de la conjugación de esta normativa, en sede civil, cuando se demande el resarcimiento por los daños padecidos por la calumnia o injuria en base al régimen general de responsabilidad (arts. 1738, 1770 y conc.), el demandado podrá producir prueba para acreditar la verdad de sus dichos para morigerar el *animus injuriandi* del cual es acusado. En todos los casos se tendrá que tener en cuenta que no haya pronunciamiento judicial previo dictado en sede penal donde se haya declarado que los dichos en los cuales se fundamente el pedido de resarcimiento son calumniosos, en cuyo caso hace prejudicialidad.

En el pensamiento de los tribunales, el tema se presento para su resolución cuando se dijo que "aún cuando para las definiciones de injurias y calumnias comunes el derecho civil debe ajustarse a los conceptos del Código Penal, ello no es así cuando se trata de injurias o calumnias cometidas por medio de la prensa, para los cuales el privilegio constitucional y la inmunidad de la prensa exigen que los ilícitos civiles se configuren solamente por el conocimiento de la falsedad -en el caso, se rechaza la demanda contra un diario que reprodujo hechos relativos a la actuación del actor como jefe de un destacamento de policía y a raíz de los cuales se lo había relevado

59 *(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009).*

del cargo en un sumario instruido por exacciones ilegales- o el descuido temerario sobre la verdad o falsedad de lo publicado"[60].

Otro juez entendió que "es procedente indemnizar el daño moral por lesión al honor si de la prueba surge que no se acreditó la verdad de la imputación efectuada por la accionada contra un inspector de tránsito -en el caso, publicó en dos diarios de gran circulación una nota al Director de Tránsito comunicándole la conducta del inspector que pidió coimas-, por lo cual ha incurrido en una acusación culposa o negligente -art. 1109, Cód. Civil-, desde que la denuncia fue efectuada sobre bases inconsistentes y el procedimiento efectuado por el inspector ha sido regular"[61].

Por su parte se apreció que "la retractación del demandado civilmente por injurias o calumnias, no impide la procedencia del resarcimiento pretendido por el ofendido, en particular del daño moral -en el caso, un abogado acusó a su colega de ser cómplice en el delito de vaciamiento del patrimonio de su cliente-, pues, con dicha conducta el querellado reconoce que ha faltado a la verdad, reconociendo el hecho y su culpa"[62].

Es decir, en estos casos se aplicó la exigencia de acreditar la verdad de los hechos que se estimaban calumniosos que por su entidad dañan a la persona del ofendido.

VII.2. Impide la reparación del daño en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo

El segundo inciso de la norma contiene una hipótesis de elevado contenido moralizador que exime de formular mayores comentarios.

Sin perjuicio de ello cabe recordar que una sanción de iguales características se impone en el art. 2281 relacionado con la indigni-

---

61 C. 1ª Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 27/5/2008, "Espejo, Osvaldo Adrián c/ Canessa, Alicia N.", AR/JUR/3355/2008, LLGran Cuyo 2008 (agosto), 682.

62 CNCiv, Sala F, 23/2/2007, D. la T., C. T. c/ C. M., R. L. s/ daños y perjuicios", AR/JUR/781/2007.

dad de los herederos para suceder, aún cuando tiene un contenido más amplio.

La redacción del inciso impone un pequeño esfuerzo hermenéutico dado que cuando se hace referencia a delitos contra la vida debemos pensar que son aquellos que han truncado definitivamente la misma o le han producido una gran discapacidad para que quién, por derecho propio tiene legitimación para reclamar los daños que se le han ocasionado, no pueda demandarlos porque fue coautor o cómplice o por no haber impedido el hecho teniendo la posibilidad fáctica de hacerlo.

Va de suyo que el familiar autor material del delito contra la vida no puede, de modo alguno, reclamar daño *iure proprio* por las consecuencia dañinas ocasionadas por su accionar delictual.

Respecto de los coautores corresponde recordar el contenido art. 1751 que lo ubica como sujeto pasivo del deber de responder por los daños en forma solidaria con los otros participes, razón jurídica que implica que no puede reclamar el daño que el mismo ocasionó.

Por su parte, en el caso del cómplice, de igual modo, queda en estado de legitimación pasiva, conforme a la literalidad del art. 1752, en cuanto al daño causado por su cooperación, razón por la cual la operatividad de este inciso, completa al anterior y lo excluye totalmente de toda posibilidad de reclamar.

Finalmente, se debe tener en cuenta que se hace referencia en el inciso a conductas delictuales contra la vida llevadas a cabo con la intencionalidad de producir el fallecimiento, excluyendo los casos en los cuales no haya ese propósito.

Ello viene a colación por cuanto en algunas hipótesis se puede ser corresponsable del fallecimiento de la víctima, en cuyo caso si hay acción dolosa el impedimento de reclamar es absoluto, pero no así cuando es por culpa como ocurre en el caso de los padres que son negligentes en el cuidado de sus hijos y un tercero le produce la muerte. En este caso podrán reclamar los daños en la porción de culpabilidad del tercero dañador.

Este criterio se expuso al decir que “los padres de los menores ahogados en un canal de riego son parcialmente responsables por

las consecuencias derivadas del hecho -en el caso, en un 70%-, pues no solo quebrantaron los deberes de protección, cuidado y vigilancia activa que debían ejercer sobre sus hijos, sino que, además, incurrieron en negligencia *in eligendo*, al permitir que salieran del domicilio con un tercero, quien desvió el destino original y consintió que se sentaran en el borde de un canal que no presentaba medidas de seguridad adecuadas"[63].

En igual idea, se indico que "existe responsabilidad concurrente -en igual proporción- del Estado provincial y de la madre y abuela del niño fallecido a consecuencia de haber sido mordido por una animal que padecía rabia, en tanto el hecho de la muerte del menor obedeció a cadenas causales generadas tanto por la falta de servicio adecuado del hospital público como por la falta de diligencia en el cumplimiento de las advertencias o recomendaciones médicas por parte de los familiares de la víctima"[64].

Por otra parte, se marcó que "es nula la sentencia que atribuyó responsabilidad en partes iguales a los padres de una menor que falleció al recibir una patada de un caballo y a la Municipalidad codemanda, pues si bien el sentenciante expresa los motivos por los que considera que el evento se produjo debido a la negligencia de ambas partes, éstos no resultan suficientes para justificar que a los padres de una niña de corta edad -en el caso, menos de tres años- les corresponda solo un 50% de responsabilidad en el hecho, teniendo en cuenta los deberes de cuidado y protección a su cargo"[65].

De igual modo se estimó que "corresponde responsabilizar en forma concurrente al centro comercial que organizó un espectáculo

---

63 STJ de Santiago del Estero, Sala Civ. y Com., 08/4/2014, "R., S. M. y otros c/ Provincia de Santiago del Estero s/ daños y perjuicios - casación civil", AR/JUR/17590/2014, LLNOA2014 (septiembre), 864.(del voto en disidencia del Dr. Llugdar).

64 STJ de la Provincia de Jujuy, 7/7/2011, "Pachi, Silvia Roxana y Gareca, Ricardo Gabriel c/ Estado Provincial, Municipalidad de San Salvador de Jujuy, Remigio Cachambi y Víctor Arraya s/ recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el expte. Nº B-197421/08 (Sala II) - C. Civ. y Com. Ordinario por daños y perjuicios", AR/JUR/52474/2011, LLNOA2011 (noviembre), 1093. (Del voto en disidencia parcial de la Doctora Bernal).

65 STJ del Chaco, Sala I Civ.Com. y Laboral, 18/6/2009, "Monges, Ricardo y otra c/ Montenegro, José Francisco y otro", AR/JUR/17213/2009, LLLitoral 1/1/1900, 861.

infantil y al padre de un menor que concurrió a dicho evento, por los daños y perjuicios que éste padeció al apoyarse sobre la cinta móvil ubicada en la baranda de una escalera mecánica pues, el progenitor del menor debió asirlo de la mano dada su corta edad, y el demandado contribuyó al accidente al ubicar la hilera de personas al lado de la escalera y al omitir adoptar las medidas necesarias para evitar que los niños tuvieran contacto con ella"[66].

VIII. Efectos de la sentencia penal posterior a la civil

El art. 1780 CCyC expresamente regula *que "la sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos: a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación; b) en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor; c) otros casos previstos por la ley".*

Este artículo que es el producto jurídico natural, ineludible, de la flexibilización de la prejudicialidad penal para el dictado de la sentencia civil.

Como regla general establece que la emisión posterior de la sentencia criminal vinculada con el pronunciamiento civil no produce efecto sobre ella. Es decir, no tiene trascendencia jurídica para modificar el resolutorio definido sobre la procedencia del deber de resarcir, en cuanto a los sujetos responsables, los rubros procedentes y su cuantía.

Sin embargo, deja abierta la posibilidad de revisar la cosa juzgada civil en tres hipótesis que pasaremos a analizar.

---

66 C. 1ª Civ. y Com. de San Isidro, Sala II, 8/4/2008, "Sartori, Mónica y Caimi, Daniel c/ Cencosud S.A.", AR/JUR/1355/2008, LLBA2008 (junio), 565.

Respecto de ellas cabe puntualizar que esta regulación del Código Civil y Comercial es de neto corte adjetivo y las causales enumeradas se suman a las previstas en los Código Procesales de cada jurisdicción, para los casos de sentencias de daños exclusivamente.

En otras palabras esta norma ingresa como novedad al sistema jurídico argentino dando respuestas a conflictos que se pueden presentar a partir del dictado de la sentencia civil en su vinculación con la penal.

VIII.1. Primera hipótesis de revisión

La primera excepción al principio fijado por la norma se verifica cuando la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación.

Esta hipótesis no es un caso estricto de sentencia penal posterior, por cuanto el tribunal civil para el dictado de su pronunciamiento tuvo en cuenta cuestiones resueltas por la sentencia penal dictada en instancia ordinaria tomando como ciertas la fijación del hecho principal y la culpabilidad en función de la prejudicialidad estatuida.

Pero el punto de conflicto surge a partir de que la sentencia penal definitiva tenida en consideración por la civil, es revisada (art. 479 y sig. CPPN) con éxito por la Cámara de Casación Penal en jurisdicción nacional (art. 482 CPPN) modificando fundamentalmente la existencia y autoría del hecho principal que tipificaba al delito. Esta nueva situación jurídica da lugar a la revisión de la resolución adoptada sobre el resarcimiento de los daños por el fallo civil.

Cuando analiza el tema, Sáenz sostiene que "configurados estos dos presupuestos (esto es, valoración por el juez civil de los aspectos tenidos en cuenta por el magistrado penal, con carácter de cosa juzgada; y revisión de la decisión adoptada en la sede punitiva), se podrá promover el recurso de revisión de la sentencia resarcitoria.

Partiendo de esas premisas, no será procedente el recurso de revisión en aquellos casos en que no haya existido un pronunciamiento penal anterior a la decisión civil, pues no se presenta el requisito primordial de éste primer inciso del art. 1780. A la vez, tampoco será admisible en los supuestos en que el juez civil no haya valorado en su sentencia lo decidido en la sede punitiva"[67].

Resumiendo, de conformidad con el art. 1776, cuando la sentencia penal es condenatoria hace cosa juzgada respecto de la existencia del "hecho principal" que constituye la base fáctica del delito y respecto de la culpabilidad del condenado. En este caso, va de suyo, la sentencia civil considera acreditado estos aspectos y, en base a ello, hace lugar o desestima la condena resarcitoria. Pero, la revisión exitosa de la cosa juzgada en sede penal pudo llegar a una convicción diferente de cómo acontecieron los hechos base del delito penal.

Esta modificación del "hecho principal" sin duda que tiene influencia en sede civil, especialmente cuando se declara que el hecho no existió o el presunto responsable no fue el autor material del daño.

De igual modo, si se hubiere desestimado la demanda civil donde se reclamaba el resarcimiento de los daños porque la sentencia penal tenida en consideración al momento de juzgar determinó que el hecho principal no existía o que el demandado no había sido su autor material, tendrá derecho la víctima (actor) de pedir la revisión de la civil cuando la instancia penal extraordinaria modifique la sentencia criminal y se exprese en sentido contrario respecto del "hecho principal".

En cuanto a la posibilidad de que por medio de la revisión de la cosa juzgada penal se modifique la culpabilidad del imputado en esa sede no afectaría la sentencia civil por cuanto la culpa civil tiene características propias llegando inclusive a existir cuando no se verifica en jurisdicción penal dado que existe una diferencia ontológica entre ambas que le da independencia de acuerdo a lo predicado por el art. 1774.

---

67 SÁENZ, Luis R. J., "La relación entre la acción civil y penal en el Código Civ. y Com.", RCyS 2015-IV, 278

En el inc. 5 del art. 479 del CPPN se estatuye la posibilidad de revisar la sentencia penal condenatoria cuando se dicte una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia porque es posible su aplicación retroactiva.

En este caso, como se colige, el principio *in dubio pro reo* permite la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable al reo pero ello no es de aplicación en sede civil, por cuanto la culpabilidad queda fijada al momento del hecho que ocasiono el daño.

La doctrina judicial ha tenido en cuenta este aspecto cuando hubo un cambio en el régimen del tránsito al juzgar que "cabe recordar que el accidente de tránsito que motiva la litis acaeció, conforme están contestes las partes, en fecha 7 de mayo de 1994. Ello viene a colación por cuanto la expresión de agravios vertida por la recurrente encuentra su fundamentación y, por cierto, base de la crítica al fallo, es el contenido normativo de los artículos 41 y 43 de la Ley de Tránsito Nº 24.449, que entró en vigencia en la provincia de San Juan cuando se sancionó y promulgó la Ley Nº 6684 (BO 1/02/1996).

El régimen imperante al momento del accidente era el de la Ley Nº 13.893 que en su artículo 50 b) 5to. Establecía que "tiene prioridad de paso el vehículo que ingrese en la circulación giratoria de la rotonda". Como se colige esa normativa tenía reglado un régimen diametralmente distinto al vigente en la actualidad, por lo cual corresponde desestimar sin más meritación esta queja"[68].

VIII. 2. Segunda hipótesis de revisión

La segunda excepción está prevista en el inc. c) del art. 1775 cuando quien fue juzgado responsable en la acción civil en base a un factor de atribución objetivo es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor.

---

68 C.Civ.Com. y Minería de San Juan, Sala Primera, autos Nº 18.728 "Rivera, Ana Ester y otra c/ Rivera Prudencio, Fernando, Daños y Perjuicios - Sumario" y autos N° 18.952 "Rivera Giménez, Gisela María c/ Rivera, Ana Ester - Daños y perjuicios - Sumario", 22/2/2007, L. de A. Tomo 95 F° 103/111.

La excepción contemplada en este inciso a la regla de no revisión de la cosa juzgada civil, se produce cuando se ha prescindido de la decisión penal para el dictado del pronunciamiento resarcitorio por existir un factor de atribución objetivo para la imputación de *iure* de la responsabilidad y, en sede penal, se absuelve al imputado, es decir, cuando se han cumplido todas las etapas procesales, por la inexistencia del hecho en se fundamentó el fallo civil o por no ser autor del mismo.

En cuanto a que se declare en sede penal que no es el autor, el Código abre el debate por cuanto una persona puede ser autor material del hecho dañoso pero jurídicamente para el derecho criminal no serlo, como es el caso de una persona que no tiene discernimiento y comete una conducta típica del derecho penal, matar causar lesiones, etc.

Este criterio fue observado críticamente en los puntos anteriores motivo que impone un especial análisis a la hora de considerar cuando a un sujeto se lo declara no autor en sede penal, especialmente por la estructura del Código Civil y Comercial donde los actos involuntarios responden en forma directa fundado en razones de equidad, de acuerdo con el art. 1750. En otras palabras, éste inciso hace referencia a la inexistencia de la autoría material que por cierto queda incluida dentro de la inexistencia del hecho en que se funda la condena civil.

Ello queda corroborado cuando se condena al conductor de un automóvil por atropellar a un peatón en función de ser el guardián de la cosa riesgosa (art. 1757), es decir, por un factor de atribución objetivo, caso en el cual se permite el dictado de la sentencia civil prescindiendo de la sentencia penal (inc. c. art. 1775). En este caso, el dictado de la sentencia posterior que considera que la víctima no fue atropellada o que el automóvil productor del daño no era del imputado o que él no lo conducía es factible peticionar la revisión de la sentencia civil por la inexistencia del hecho en que se fundamento la condena.

Por el contrario, señala Sáenz, no será procedente si la absolución penal se funda en la inexistencia de una conducta subjetivamente reprochable del dueño o guardián del automotor, pues esta última solución no afectará en forma alguna a la decisión adoptada

en la jurisdicción civil[69] por cuanto la culpa civil tiene características propias diferentes de la penal.

En síntesis, se podrá reclamar la revisión de la sentencia civil de daño cuando se dicte sentencia civil condenando el pago de la indemnización prescindiendo del fallo penal ejerciendo la facultad concedida por el inc. b. del art. 1775 y, posteriormente, se dicte fallo en sede criminal declarando la inexistencia del hecho o la no autoría material del mismo.

De igual modo, se podrá pedir la revisión de la sentencia civil si se desestimó la pretensión resarcitoria por la inexistencia del hecho o su autoría y, el fallo penal dictado posteriormente condena al imputado en base a considerar que el hecho típico penal existió y él era su autor.

VIII.3. Tercera hipótesis de revisión

El tercer inciso deja abierta la posibilidad de que por ley se contemplen otras excepciones en el futuro. Ello teniendo en cuenta la consagración normativa de las posiciones que le dan un lugar preferencial al causalismo, por sobre los factores subjetivos de responsabilidad, que pueden producir algunos desfasajes que lleven a resultados injustos.

IX. Reflexiones a modo de conclusión

Sin lugar a hesitación, el Código Civil y Comercial sancionado por la Ley 26.994, interpretó adecuadamente los reclamos de justicia que surgían del desfasaje entre la rígida norma contenido en el Código Civil decimonónico que privilegiaba el principio de no existencia de sentencias contradictorias para evitar el escándalo en el fuero, para dar paso a la posibilidad de que ante la demora injustificada del dictado de sentencia en sede penal pueda dictarse

69 Sáenz, Luis R. J., "La relación entre la acción civil y penal en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 278.

la sentencia en sede civil resolviendo la procedencia o no de la reclamación de los daños y perjuicios.

En otras palabras, hace efectivo el principio constitucional que las sentencias deben ser pronunciadas en tiempo razonable para dar cumplimiento con los mandatos de los Derechos Humanos.

La reparación de los daños ocasionados a la víctima no puede esperar que se superen distintos estamentos burocráticos procesales de la administración de justicia, sino que en el tiempo actual el sistema judicial debe propender, respetando el debido proceso y el derecho de defensa, a brindar a la víctima una respuesta rápida y eficaz. En la consecución de esta finalidad social está comprometido el activismo de los jueces.

DESARROLLO DEL PROCESO PENAL. CONTROL Y ATRIBUCIONES PROCESALES

Pablo Guido Peñasco[*]

Proceso penal: breve referencia a sus fines y objeto

El proceso penal generalmente se inicia para la investigación de un delito o porque los hechos denunciados ameritan la intervención de los órganos públicos predispuestos, para confirmar o descartar la existencia de ilícito penal. Se desarrolla con la intervención esencial de varios sujetos procesales cuya ausencia o falta de participación, es causa de nulidad del proceso, mientras que su presencia y participación, constituyen razones que **le otorgan transparencia y garantía legal**. Una postura de hace algunos años atrás sostuvo que entre los fines del proceso penal, se encuentra o busca **la represión del delito, o sea que su objetivo era la imposición de una condena y de una pena**. En reacción a este postulado, se formularon posiciones doctrinarias que argumentaron que el proceso penal constituía un **medio para resguardar a las personas sometidas al mismo,** como consecuencia de denuncias o actuaciones oficiosas. La realidad demuestra que existe un evidente **inte-**

[*] Juez de Instrucción - Prof. Derecho Procesal Penal, Universidad Champagnat - Campus San Rafael. Integrante Instituto de Ciencias Jurídicas de Cuyo - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

rés social por la persecución de la delincuencia o que el conflicto originado por el delito se solucione y también por otro lado -o desde el mismo ángulo, ya que no son totalmente opuestos-, también existe un **interés personal y social por que el proceso penal sea la forma legalmente prevista para resguardar la libertad de personas relacionadas.** Sin embargo, técnicamente, éstos no son los fines del proceso penal, sin perjuicio que él tenga relación con los intereses mencionados o que por su medio, se procure su satisfacción. Desde una postura clásica, se ha sostenido que el proceso penal tiende a la **aplicación de la ley penal sustantiva, es decir a la aplicación real en el caso puntual del derecho penal.**

También se afirma que uno de sus fines más importantes del PP es que debe **procurar el descubrimiento de la verdad real**.

Además encontramos otro fin legalmente previsto en función del art. 5 del C.P.P. Ley 6730, vigente para toda la provincia de Mendoza por imperio del art. 2 del mismo cuerpo legal y del art. 4 de la ley 1908. Esta norma (art. 5 Ley 6730), dice que los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de **contribuir a restaurar la armonía social entre los protagonistas**.

En detalle, para el caso de la ley 1908, el art. 204 establece que la **instrucción formal** tendrá por objeto:

1°) *Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad;*

2°) *Establecer las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, influyan en su punibilidad o lo justifiquen;*

3°) *Individualizar a sus autores y partícipes;*

4°) *Verificar la edad, la educación, las costumbres, las condiciones de vida, los medios de subsistencia y los antecedentes del imputado, lo mismo que el estado y desarrollo de sus facultades mentales, los motivos que hubieren podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad;*

5°) *Comprobar la extensión del daño causado por el delito aunque el damnificado no se haya constituido en actor civil.*

Se destaca que la norma se refiere a la instrucción formal, no al juicio, sin embargo le son aplicables estos objetivos en gran medida, con la evidente diferencia que el juicio oral culmina con el dictado de la sentencia condenatoria o absolutoria, que pone fin a esa etapa del proceso.

De modo similar la ley 6730, en su art. 315 detalla los objetivos de la investigación penal preparatoria[1].

Es sumamente relevante que los operadores del Proceso Penal tengan en claro sus fines porque deberán actuar en función de éstos, sin perder de vista el art. 5 de la ley 6730[2].

Fases del proceso y control de su desarrollo

Los procesos judiciales contenciosos tienen su origen por conflictos relacionados con la confrontación de intereses. La comisión de delitos implica una violación a la ley que afecta normas y bienes jurídicamente protegidos, por decisión del estado que ha puesto atención respecto a derechos importantes. El Código Penal Argentino establece penas cuando se cometan delitos que atenten contra la vida humana, integridad física, psíquica y sexual, honor, estado civil, libertad, propiedad, seguridad y orden público, seguridad de la Nación, contra los poderes públicos y el orden constitucional,

---

1 **Art. 315 ley 6730.-** La investigación penal tendrá por objeto:
1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.
3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.
4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.

2 *Ley 6730:* **Artículo 5º.-** *Solución del conflicto.* Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

administración y fe públicas, y contra el orden económico y financiero. Por medio del proceso penal se investigan los hechos delictivos y en caso de existir prueba y acusación, sus imputados llegan a juicio. Desde el inicio hasta su fin, el proceso es controlado de manera frecuente por sujetos necesarios y voluntarios en resguardo de sus pretensiones y del cumplimiento de la ley. Son parte necesaria: Fiscal, imputado con su defensor y Juez o Tribunal de Juicio. Son partes voluntarias en el proceso penal: querellante particular que representa al ofendido; actor civil, que representa al damnificado; civilmente demandado y asegurador citado en garantía (otras personas pueden participar en el proceso penal colaborando, pero no como sujetos procesales propiamente dichos, por ejemplo, integrantes de la fuerzas de seguridad que colaboran en la investigación, testigos, la víctima que no intervenga como querellante o actor civil, proponiendo diligencias, etc.)

En este trabajo se hará referencia a las atribuciones procesales del Ministerio Público Fiscal, Juez de Instrucción, Juez de Garantías y una breve referencia a la situación del querellante particular, con especial referencia, en cuanto a estos sujetos procesales, respecto de las actuaciones que implican control de procedimientos según la leyes vigentes; 1908 y 6730; la primera, que rige para las 2da y 4ta Circunscripciones Judiciales de Mendoza, solo para la fase de la Instrucción Formal (ley 1908) y para el resto de la Provincia de Mendoza, donde tiene aplicación la ley 6730.

Cuando se presentan motivos para sospechar que se ha cometido un delito, tiene comienzo el proceso penal por requerimiento Fiscal o de la Policía (1908) o por el simple avoque fiscal (6730). En esta primera oportunidad, si el inicio de la causa obedece a una denuncia presentada ante Fiscalía, ésta ejerce el primer control. **No cualquier denuncia puede dar origen a una investigación penal. Por otro lado, no toda investigación penal en sus comienzos, implica que exista delito, sino meras sospechas.** Si el suceso no constituye delito, el Fiscal de Instrucción (ley 1908) se pronuncia en tal sentido y solicita al Juez de Instrucción el archivo de la causa, igual es el procedimiento para el caso que intervenga el Fiscal en lo Correccional (ley 1908) que solicitará al Juez de Instrucción el archivo. En cambio si fiscalía requiere la instrucción formal, o sea el inicio de la investigación y el Juez no está de acuerdo, puede pronunciarse a favor del archivo. Si el Fiscal de Instrucción discre-

pa con la orden de archivo del Juez de Instrucción, puede impugnar por vía de apelación, distinto es si el Fiscal solicita el archivo y el Juez propicia iniciar o darle curso a la investigación, en ese caso este último debe remitir la causa por decreto fundado al Fiscal de Cámara para que dirima la controversia.

No es igual el procedimiento para la ley 6730, donde en caso que el Fiscal de Instrucción lo disponga (archivo) y exista oposición de las partes, será el Juez de Garantías quien deberá resolver. Es decir que en la ley 6730 el Fiscal de Instrucción ordena el archivo y solo interviene el Juez de Garantías cuando exista oposición de parte interesada (art. 346).

Cuando en la ley 1908, la Policía remita un sumario al Juzgado de Instrucción y el Juez considere que los sucesos no constituyen delitos, puede ordenar el archivo previa notificación a Fiscalía, quien analiza la resolución de archivo, si está de acuerdo no plantea impugnaciones, de lo contrario puede oponerse y la contienda es resuelta por vía de recurso de apelación, ya que el Juez dictó un auto de archivo y podrá ser confirmado o revocado por la Cámara de Apelación Penal o del Crimen, según corresponda. (el T.P.M. tiene asignada competencia en la 2da Circ.) En consecuencia, para la ley 1908, **en la primera etapa previa al inicio del proceso, se controlan entre sí: Fiscal y Juez de Instrucción y Fiscalía de Cámara (que interviene cuando es Juez de Instrucción discrepó con el dictamen Fiscal de archivo), y la Cámara que actué como tribunal de apelación, cuando el auto es apelado por Fiscalía** El ofendido por el delito también puede participar de este control, peticionando ser parte querellante y formulando las impugnaciones semejantes a las del fiscal.

Por ley 6730, frente a la resolución del Juez de Garantías que rechace el pedido Fiscal de archivo, se inicia una contienda que deberá ser resuelta por Fiscalía de Cámara de Apelación o del Crimen, según la Jurisdicción territorial que corresponda. Para el caso que el Juez de Garantías disponga el archivo, esta resolución puede ser impugnada por apelación tanto por el querellante como por el Fiscal de Instrucción si éste no la hubiere requerido.

Por ley 1908, Si se presentó denuncia y Fiscalía requirió la instrucción de la causa, al estar de acuerdo el Juez, dicta un de-

creto donde ordena la investigación y medidas de prueba pertinentes y útiles. Este decreto es notificado a Fiscalía, quien lo controla y puede impugnarlo o estar de acuerdo. En cambio por ley 6730, frente a la denuncia, es el Fiscal de Instrucción quien directamente se avoca y ordena las medidas probatorias que considere pertinentes y útiles.

Si existen motivos para sospechar que una persona determinada ha participado en la comisión de un delito, es citado para notificarle la imputación, allí designa a su abogado defensor y se traba la relación procesal entre quienes ejercen la acción penal y pueden acusar (Fiscales y/o querellantes) con imputado y Abogado a cargo de la defensa. Este es quien controla lo actuado hasta esa etapa y puede impugnar lo que no se ajuste a derecho. En esta fase ya se nota la importante función de control que ejerce el Defensor en el proceso penal, desde el momento que asume la defensa del sospechado.

Cuando sea necesario ordenar pruebas definitivas e irreproducibles, como pericias o reconocimientos, inspecciones, careos u otras semejantes, corresponde notificar previo a su realización, al Fiscal (solo en la ley 1908, porque la ordena el Juez de Instrucción), Defensor y otros sujetos que se hayan constituido en partes procesales, para que controlen la regularidad de los actos. Aquí se pone en evidencia otra forma de control sobre el curso de la causa. La notificación a las partes y su intervención en los actos de prueba, es un medio efectivo de control por parte del Defensor, Fiscal, Juez de Instrucción (1908) y querellante recíprocamente. Luego de la recepción de pruebas suficientes, el Juez de Instrucción en la ley 1908, puede dictar procesamiento y prisión preventiva o falta de mérito o sobreseimiento según corresponda. Estas resoluciones también son notificadas al Fiscal, querellante, Defensor e imputado, quienes pueden impugnarlas si no están de acuerdo, lo que denota el control que ejercen sobre el proceso. La resolución de estos recursos de apelación en el Sur de Mendoza, está a cargo del Tribunal Penal de Menores, ya que por ley se amplió su competencia como Tribunal de Apelación Penal, aunque no aconteció lo propio en la Primera Circunscripción Judicial, por otras razones legales, entre ellas debido a la existencia de la Cámara de Apelación Penal. **Por lo tanto, las resoluciones que se notifican a las partes y no son**

impugnadas, son consentidas por éstos y permiten la continuidad y avance del proceso penal.

Respecto a la ley 6730, es el Fiscal de Instrucción quien tiene a su cargo el desarrollo de la Investigación Penal Preparatoria, y por lo tanto deberá ordenar los medios de prueba para su legal producción e incorporación al proceso, observando la notificación obligatoria de las partes en los casos que el CPP lo exige, en especial para pruebas definitivas e irreproducibles. Cuando considere que existen elementos de convicción suficientes para entender que el hecho que se atribuye al encartado, constituye delito y que el mismo ha tenido participación, dictaminará solicitando su prisión preventiva para los casos que proceda (art. 348 y 293). El Juez de garantías se pronunciará en tal sentido, si la admite, el defensor e imputado podrán impugnarla por medio de recurso de apelación. En caso que rechace el requerimiento fiscal, éste podrá apelar (art. 348, ley 6730).

Luego, si se reunieron elementos probatorios que confieran un grado suficiente o vehemente de conocimiento sobre la existencia de los hechos delictivos y sus responsables, Fiscalía presenta requerimiento de elevación a juicio (acusación). Este acto procesal es uno de los más importantes, el cual debe ser notificado al Abogado Defensor quien puede deducir oposición. Asimismo pueden impugnar o apoyar la acusación, el ofendido por el delito si es parte querellante, u otros sujetos en la medida de sus pretensiones, aunque esta última no es opinión unánime, y no está expresamente prevista por el CPP, sino que surge de interpretar cierta doctrina sentada en fallos de Tribunales nacionales (ej., caso Santillán) y de otros Superiores Tribunales de Justicia. Esta contienda es resuelta por el Juez de Instrucción en el caso de la ley 1908, quien dicta resolución de elevación a juicio o de prórroga o el sobreseimiento según el caso, lo que también puede ser objeto de recursos ante la Cámara de Apelación Penal. Para la ley 6730, conforme art. 361, el Juez de Garantías resolverá la oposición a la requisitoria Fiscal de elevación a juicio y podrá hacer lugar a la misma disponiendo el sobreseimiento o la elevación a juicio por auto, con el cambio de calificación legal que hubiere solicitado la defensa; o en su caso, el Juez de Garantías podrá rechazar la oposición al requerimiento fiscal y dictará un auto de elevación ajuicio donde confirma la acusación. Cabe destacar que la resolución del Juez de Garantías

puede ser objeto de impugnaciones por recursos, en caso de admitir el pedido de la defensa y dictar el sobreseimiento, la sentencia podrá ser apelada y en su caso, impugnada por vía de casación, por parte del Ministerio Público Fiscal y/o querellante particular; el primero también podrá impugnar el auto que admitió el cambio de calificación legal y en el supuesto que el Juez de Garantías rechace la oposición de la defensa, ésta podrá apelar[3].

Una vez firme la acusación, se remite el proceso a la Cámara del Crimen, Tribunal que verifica el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación e incluso puede declarar de oficio las nulidades respectivas. Las partes también durante esta etapa podrán revisar las actuaciones. Luego serán notificadas para ofrecer pruebas y en caso necesario se podrá ordenar una investigación suplementaria. Es decir que ejercen nuevamente un control sobre lo actuado. Más adelante, las partes pueden deducir excepciones, que son medios para lograr el sobreseimiento, archivo o pérdida de competencia del Tribunal, son vías de control sobre el avance del proceso. Luego de resueltas o si no fueren deducidas, se llevará a cabo el debate en juicio oral, público, contradictorio y continuo, salvo casos reservados por ley, como juicios contra niñas, niños y adolescentes, o casos donde se investigan hechos delictivos contra la integridad sexual donde la exposición pública puede causar mayores perjuicios que el mismo debate.

Inmediatamente luego de la lectura con que queda abierto el debate, las partes podrán deducir las nulidades acaecidas en los actos preliminares del juicio. Durante el desarrollo de la audiencia oral tanto el Fiscal, defensores, querellantes, actor civil, bajo la dirección del Tribunal, controlan recíprocamente los actos de cada una de las partes, mediante las posibilidades que la ley les confiere de revisar la prueba de sus contrincantes e interrogar a testigos y peritos.

Al finalizar el debate oral, las partes presentan sus alegatos, comenzando por el actor civil (reclaman la reparación civil), luego el Ministerio Público, el querellante particular, el abogado defensor del imputado y del demandado civil, para que en ese orden emitan sus conclusiones. Mediante los alegatos el Fiscal de Cámara

---

3 COUSSIRAT, Jorge, *Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza*, t. 2, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 177.

del Crimen concreta la acusación y la complementa con respecto a la requisitoria del Fiscal de Instrucción, aunque la ley admite la ampliación de la acusación y el hecho diverso, que también son debidamente controlados por las partes y esto acontece durante el debate o antes (puede ocurrir en ese acto también) de la discusión final o de los alegatos. El Fiscal de Cámara podrá solicitar el dictado de sentencia condenatoria e imposición de pena o retirar la acusación por dudas sobre la responsabilidad penal del imputado o porque se demostró en juicio que no corresponde condena. El querellante particular alegará según su posición. La defensa tiene el derecho de presentar sus alegatos orales y refutar o contradecir la acusación Fiscal y del querellante y actor civil, solicitando el dictado de sentencia según sus pretensiones. Contra ésta se pueden deducir recursos extraordinarios por Fiscalía de Cámara, querellante particular, Imputado (con abogado defensor), actor y demandado civil, en la forma y condiciones para cada uno de éstos. En nuestra provincia, quien resuelve estos planteos es la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, previo envío por el Tribunal de Juicio que dictó la resolución recurrida. Luego, podrá deducirse recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando el caso admita esta vía de control e impugnación.

Por lo tanto, como podrá observarse, el proceso penal se inicia, avanza y culmina, con el protagonismo fundamental de Fiscal, Defensor, Tribunal y eventualmente del querellante, actor civil y demandado, quienes controlan los actos más importantes y cuentan con las vías legales necesarias para mantener su legalidad y transparencia, de manera tal que todo proceso penal legítimo se debe cumplir con obligatoria intervención de órganos públicos y particulares autorizados, con el objeto de investigar la verdad, aplicar la ley penal y lograr la armonía social y solución del conflicto, mediante la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A continuación se expondrán de manera esquemática, las atribuciones procesales más importantes del Ministerio Público Fiscal según ley 1908 y 6730; del Juez de Instrucción (ley 1908) y del Juez de Garantías, con una breve mención final a modo de reflexión, acerca de la situación del querellante particular en la ley 6730 de la Provincia de Mendoza.

Actuación del Ministerio Público

Establecido entonces que es fundamental tener en claro los fines del proceso penal y sus fases (según Ley 1908 y 6730), para una mejor comprensión, serán consideradas a continuación las funciones de algunos de los sujetos esenciales: el Fiscal de Instrucción y de Cámara, Juez de Instrucción y Juez de Garantías. Se tratará a continuación, la actuación del Ministerio Público Fiscal, cuya **ley Orgánica (8008)**, establece que ejercerá sus funciones con arreglo a los principios de **unidad de actuación, de dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad** (art. 3 - ley 8008)[4].

El M.P. **se organiza jerárquicamente** y cada magistrado controla el desempeño de quienes lo asisten y es responsable por la gestión que tienen a su cargo (inc. 2); **puede solicitar la suspensión total o parcial de la persecución penal** en los casos que sea procedente (inc. 3); y actuará de un modo objetivo, **fundado en el interés social** y en la correcta aplicación de la C.N., de los Tratados Internacionales, C.M. y de las leyes.

Funciones y deberes generales

Cuenta con **autonomía funcional** establecida por la C.M., ya que **actúa sin sujeción** a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (art. 5 - 8008); tiene **facultades para requerir colaboración de todo funcionario o autoridad del Estado**, quienes estarán sujetos a prestarla sin demora (art. 6 - 8008).

---

4 *Ley 8008 Orgánica del Ministerio Público:* **Artículo 3º**.- *Principios que regulan su actuación:* Ejercerá sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad. *1) Unidad de actuación:* el Ministerio Público es uno y será representado por cada uno de sus integrantes en los actos y procesos en que actúen. *2) Dependencia jerárquica:* se organiza jerárquicamente y cada magistrado controla el desempeño de quienes lo asisten y es responsable por la gestión que tienen a su cargo. *3) Legalidad y oportunidad:* el Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción penal y requerirá la justa aplicación de la ley, sin perjuicio de solicitar a los tribunales la suspensión total o parcial de la persecución penal en los casos que sea procedente. *4) Objetividad:* el Ministerio Público actuará de un modo objetivo, fundado en el interés social y en la correcta aplicación de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales, de la Constitución Provincial y de las leyes.

Deberán **brindar información pública** del ámbito de su competencia, salvo casos de reserva (art. 7 - 8008)[5]; debe efectuar las **visitas periódicas a establecimientos carcelarios** y lugares de internación y detención (art. 9 - 8008); **Atenderá y asesorará a la víctima**, garantizando sus derechos y facultades establecidos en las leyes; arbitrará los **medios para proteger** a quienes, por colaborar con la administración de justicia, corran peligro de sufrir algún daño (art. 11 - 8008)[6]; puede promover la **mediación y conciliación para la solución pacífica de los conflictos** (art. 12 - 8008).

Se desempeñarán con **flexibilidad, trabajo en equipo y responsabilidad compartida** (art. 13);

Deben consultar a sus superiores inmediatos en casos graves y complejos (art. 24)[7]. Entre las funciones específicas previstas por el art. 27, se destacan: velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos donde se alojen para que sean tratados con respeto y cuenten con asistencia médica y las necesarias para el respeto de sus derechos, las personas allí internadas.

---

5 *Ley L.O.M.P.* - 8008: **Artículo 7º**.- *Información pública:* Los integrantes del Ministerio Público deberán dar información del ámbito de su competencia, salvo cuando ello afecte la privacidad o la seguridad de las personas, o los asuntos públicos que requieran reserva, o comprometan la eficacia y el trámite de las investigaciones en curso.
En los casos que corresponda secreto de sumario o reserva de las actuaciones, su violación habilitará la imposición de sanciones disciplinarias. En caso de reiteración podrá causal de imputación de mal desempeño conforme lo dispone el Art. 164 de la Constitución Provincial.

6 *L.O.M.P. - 8008*: **Artículo 11**.- *Asistencia a la víctima y protección a los testigos.* El Ministerio Público Fiscal atenderá y asesorará a la víctima, garantizando sus derechos y facultades establecidos en las leyes. Asimismo arbitrará los medios para proteger a quienes, por colaborar con la Administración de Justicia, corran peligro de sufrir algún daño. Dispondrá para el cumplimiento de esta función de los recursos presupuestarios que se le asignen.

7 *L.O.M.P. - 8008:* **Artículo 24**.- *Consulta*. Cuando los asuntos en que intervenga el Ministerio Público revistan especial gravedad, trascendencia pública o presenten dificultades particulares, el Agente Fiscal actuante deberá consultar a su superior jerárquico inmediato, quien impartirá las instrucciones particulares pertinentes. Asimismo cuando exista controversia sobre la interpretación de uno o más institutos de derecho sustantivo o procesal, los magistrados del Ministerio Público podrán requerir al Procurador General las instrucciones generales pertinentes.

Merece un breve análisis este conjunto de atribuciones generales y especiales que la ley Orgánica del Ministerio Público Nº 8008, ha establecido para los Fiscales, además de las contenidas en los C.P.P. (leyes 1908 y 6730), porque la vigencia de esta norma (8008) a partir de mediados del 2009, implicó que se le confieren otras facultades de actuación ciertamente novedosas con la estructura clásica de la ley 1908, en especial lo relacionado con la búsqueda de la solución del conflicto, la aplicación de criterios de oportunidad, la asistencia de la víctima, velar por el respeto de los derechos humanos de las personas detenidas, etc. También vale la pena mencionar que esta ley rige para toda la provincia de Mendoza. En consecuencia, **las atribuciones del M.P.F. fueron sensiblemente ampliadas, confiriéndole protagonismo en función de los objetivos y actuaciones reseñadas**.

El Ministerio Público Fiscal según ley 1908

Fiscal de instrucción: **promueve y ejerce la acción penal, dirige la policía judicial** y practica la información sumaria previa a la citación directa (art. 62).

Esta norma consagra las actuaciones elementales y más importantes de los Fiscales de Instrucción: promover y ejercer la acción penal y la dirección de la policía judicial que implica, nada más y nada menos que el poder de impartir directivas a la Fuerza de Seguridad Pública quien puede cumplir una cantidad de actos pre procesales de gran amplitud, desde el inicio de las actuaciones en sede policial de oficio o a instancia de parte, medidas de coerción personal, medios de prueba durante los primeros momentos de la I.P.P. o de la I.F., entre otras facultades- Esta atribución legal ha sido establecida expresamente por los C.P.P. (leyes 1908 y 6730), por lo tanto son los Agentes Fiscales Correccionales y Fiscales de Instrucción quienes tienen a su cargo la dirección de la policía cuando la misma actúe en función judicial, todo ello sin perjuicio de las órdenes que impartan los jueces de instrucción una vez que la acción penal sea promovida. La Dirección de la Policía en Función Judicial implica una de las atribuciones del Fiscal de Instrucción y del Fiscal Correccional en la ley 1908, que no puede pasar por alto y que tiene plena coherencia con la institución del Ministerio

Público Fiscal como órgano encargado de ejercer la acción penal, porque para ello necesitará de elementos probatorios que den base a su acusación. **De manera tal que existe una clara coexistencia en la ley 1908, entre Fiscal de Instrucción y Juez de Instrucción, en materia de investigación criminal especialmente en los primeros momentos del hecho, porque si bien el Juez dirige la investigación, el Fiscal dirige a la policía en función judicial y en este ámbito puede darle directivas**. Si bien el Juez tiene a su cargo la investigación, en la etapa inicial del proceso cuando intervino la policía, el Fiscal puede impartir directivas relacionadas a diversos actos de investigación porque es quien dirige a la Policía, en tanto que el Juez también podrá hacerlo (en forma coordinada, claro está). Además, constituye una obligación de los funcionarios policiales intervinientes que, conforme art. 194, comuniquen inmediatamente de todo hecho delictuoso al agente fiscal y también al Juez de Instrucción para los casos de su competencia.

Requerimiento de instrucción formal y citación directa: artículo 197

El Agente Fiscal **requerirá la instrucción formal** siempre que tenga conocimiento de un delito por el cual aquélla corresponda, y **practicará la información sumaria previa a la citación directa**.

Una de las funciones más comunes del Fiscal de Instrucción, es la recepción de denuncias.

Denuncia presentada ante Juzgado de Instrucción y remitida a Fiscalía: **El Fiscal de Instrucción** que reciba una denuncia ya sea de un particular u otro sujeto, o remitida por el Juez de Instrucción, formulará el requerimiento dentro del plazo de 24 hs., o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción (art. 186 - 1908)

Denuncia presentada en Fiscalía: Artículo 187. - Cuando la denuncia sea presentada ante el Agente Fiscal y corresponda instrucción formal, éste **formulará inmediatamente requerimiento ante el juez**, y se procederá de acuerdo con el artículo anterior.

Denuncia presentada ante la Policía: Artículo 188. - Cuando la denuncia sea hecha ante la policía judicial, ésta actuará con arreglo al artículo 194.

Dirección y control de la Policía Judicial: Artículo 191. - Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial dependerán de la Suprema Corte, y cumplirán sus funciones bajo la dirección y vigilancia del Ministerio Público, debiendo ejecutar también las órdenes de los jueces, tribunales y fiscales.

Los oficiales y agentes de la policía administrativa, en cuanto cumplan actos de Policía Judicial, estarán en cada caso bajo la autoridad de los jueces, tribunales y fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que están sometidos.

Constituirse periódicamente en dependencias policiales: Los señores Fiscales de Instrucción y Correccional deberán constituirse periódicamente en las dependencias policiales en las que se cumplimenten detenciones o aprehensiones, a efectos de controlar el estricto cumplimiento de la presente norma (Control de libro de novedades de la guardia, del Registro Público de Detenidos y Aprehendidos), debiendo el señor Procurador General de la Suprema Corte de Justicia impartir las directivas pertinentes con respecto a la frecuencia y formalidades con que se llevarán a cabo los controles precitados (art. 192 último párrafo ley 1908).

Recibir comunicaciones de la Policía y de intervenir en la investigación directamente: Artículo 194. (Ley Nº 4.607, art. 1°) *Los oficiales de la Policía Judicial* ***comunicarán inmediatamente al Agente Fiscal los hechos delictuosos de que tengan conocimiento y al Juez de Instrucción, aquéllos de su competencia****.*

Dichos magistrados ***deberán intervenir directa e inmediatamente en la investigación de los hechos****, salvo que causas de fuerza mayor les impida hacerlo.*

Téngase en cuenta esta disposición que con frecuencia es interpretada erróneamente por los integrantes de las Fuerzas de Seguridad o simplemente omitida: establece que tienen la obligación de comunicar inmediatamente al Agente Fiscal los hechos delictuosos que tengan conocimiento **"Y"** (se subraya y remarca), al Juez de Instrucción aquellos de su competencia. Por lo tanto TODOS los hechos delictuosos que tenga conocimiento la Policía, DEBERÁN SER COMUNICADOS AL FISCAL DE INSTRUCCIÓN (si se trata de delitos de su competencia) o al Fiscal Correccional (por ley 1908 ya que aún tienen a su cargo las actuaciones previas a la citación directa); y además

deberán dar aviso al Juez de Instrucción respecto de los hechos de su competencia. Se sostiene que esta norma procesal de la ley 1908, debe ser cumplida y los integrantes de la fuerza de seguridad pública deben dejar constancia que comunicaron los hechos al Fiscal de Instrucción y al Juez de Instrucción, no solo a este último. Es claro que el Agente Fiscal de Instrucción podrá impartir directivas en ejercicio de sus facultades de dirección de la Policía en función judicial, al igual que el Juez de Instrucción, respecto de la dirección de la investigación.

Proposición de diligencias, participación en actos de instrucción y examen de actuaciones

El Ministerio Público podrá proponer diligencias, participar en todos los actos de instrucción y examinar en cualquier momento las actuaciones.

El juez practicará las diligencias propuestas cuando las considere pertinentes y útiles, su resolución será irrecurrible.

Si el fiscal hubiere expresado deseo de asistir a un acto, será avisado con suficiente tiempo y bajo constancia: pero aquél no se suspenderá ni retardará por su ausencia.

Cuando asista tendrá los deberes y las facultades que prescribe el art. 214 (**artículo 208).**

Esta atribución que se presenta en principio como facultativa en la ley 1908, se ha transformado en obligatoria para todos los integrantes del Ministerio Público Fiscal en lo referente a la proposición de diligencias probatorias, que sean útiles. En cuanto a la participación de los actos de instrucción, lo es también en gran medida considerando la naturaleza de cada uno. Esto se sostiene en razón de la ley 8008 y las directivas impartidas por Procuración General, que se analizarán posteriormente.

Es decir que el Fiscal de Instrucción, por ley 1908, tiene facultades de intervenir durante todo el desarrollo de la Instrucción Formal y de controlar la actividad del Juez de Instrucción. Pero su intervención debe ser pro activa, positiva, no meramente de control, porque durante la instrucción se reunirán las pruebas para

dar base a la acusación y es, precisamente el Fiscal de Instrucción quien acusará, mediante el requerimiento de elevación a juicio. Por lo tanto su rol en la ley 1908, **no es el de un sujeto meramente expectante, sino que debe tener una marcada participación** mediante el ejercicio de las atribuciones detalladas, y esto es claro cuando el código le atribuye la función de dirección de la policía.

Dictamina en incidentes excarcelatorios, de eximición de prisión, de detención domiciliaria, caducidad y ejecución de cauciones.

Deduce recursos contra la decisiones del Juez de Instrucción y puede plantear incidentes (nulidad u otros) y excepciones.

Requiere la elevación a juicio de la causa: conforme art. 361, las conclusiones de su dictamen serán notificadas al defensor del imputado (art. 363 - 1908).

Se trata de uno de los actos de gran importancia durante la instrucción formal, toda vez que ese dictamen se ha considerado, técnicamente, como la acusación que permite iniciar y delimitar la competencia del Tribunal de Juicio. Es un acto propio de ejercicio de la acción penal (acusación), que luego, en el debate, podrá ser sostenida en los mismos términos, ampliada o no ser mantenida por Fiscalía de Cámara según el curso de cada debate.

De tal manera que el Juez, luego de haber ordenado el procesamiento (notificado y firme), estime cumplida la instrucción, corre vista por seis días al agente fiscal quien se pronunciará conforme art. 361: si la instrucción está completa, formula el requerimiento de elevación a juicio; caso contrario, qué diligencias considera necesarias que se produzcan o si corresponde sobreseer o disponer una prórroga extraordinaria de la instrucción[8].

---

8 *Clausura de la instrucción y elevación a juicio:* **Artículo 360**.- Cuando el juez ordene el procesamiento del imputado y estime cumplida la instrucción, correrá vista, por seis días, al Agente Fiscal. **Nota:**… De esto resulta que el procesamiento es un presupuesto de la acusación: sin él no puede conferirse esta vista; el Juez debe sobreseer u ordenar una prórroga extraordinaria.
Artículo 361.- El fiscal manifestará, al expedirse: 1º) Si la instrucción está completa o, en caso contrario, qué diligencias considera necesarias; 2º) Cuando la estime completa y a mérito de sus constancias, según el artículo 65, si corresponde sobreseer, o disponer una prórroga extraordinaria de ella, o elevar la causa a juicio.

Recursos contra el auto de elevación a juicio

Si se planteare una controversia por la oposición al requerimiento de elevación a juicio, formulada por la defensa, el Juez de Instrucción deberá resolver dictando auto de elevación a juicio, sobreseimiento o prórroga extraordinaria. Frente a dichas resoluciones el Fiscal podrá interponer recurso de apelación, solo contra el auto de prórroga y el de sobreseimiento (art. 369).

Este artículo puede ser motivo de críticas fundadas, toda vez que limita la vía recursiva del Ministerio Público Fiscal para el caso que el Juez dicte un auto de elevación donde contenga una calificación legal u otro aspecto que no fuera compartido ni sostenido por el Fiscal de Instrucción, y en este supuesto no se le acuerda el recurso. Para destacar también es que no prevé la posibilidad de darle intervención en el trámite de la vista del requerimiento fiscal acusatorio, al querellante particular para que haga lo propio y pueda ejercer plenamente sus derechos, por cuanto la ley 1908 en esta parte no recibió modificaciones parciales.

Controversia entre el Fiscal de Instrucción y el Juez

Si, culminada la instrucción, el agente fiscal solicita una prórroga extraordinaria o el sobreseimiento y el juez no estuviere de

---

El requerimiento de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad, las condiciones personales del imputado, una relación circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda.

Artículo 362.- Si el Fiscal solicitare diligencias, el juez las practicará siempre que las considere pertinentes y útiles. Luego de cumplirlas, le devolverá el sumario a los fines del inciso 2º del artículo anterior.

Artículo 363.- La instrucción quedará clausurada, sin necesidad de especial declaración, cuando el Fiscal dictamine sin proponer diligencias o el Juez le devuelva el sumario de conformidad al artículo precedente.

Artículo 364.- Siempre que el fiscal requiera la elevación a juicio de una causa de instrucción formal, las conclusiones de su dictamen será notificadas al defensor del imputado.

En el término de tres días, el defensor podrá deducir nuevas excepciones u oponerse a la elevación, instando el sobreseimiento.

Artículo 365.- Cuando se trate de una causa que fue originariamente de citación directa o no haya oposición, aquélla será remitida por decreto al tribunal de juicio competente, tan luego que venza el término establecido por el artículo anterior.

acuerdo, remitirá el proceso por decreto fundado al Fiscal de Cámara, quien dictaminará por una u otra de las posiciones. La prórroga o el sobreseimiento propiciados por el fiscal de instrucción, serán obligatorios para el juez cuando el fiscal de cámara se pronuncie a favor de alguna de esas soluciones. En caso contrario, es decir si admite la petición del juez, el sumario pasará en vista a otro agente fiscal, quien formulará requerimiento de elevación a juicio en virtud de los fundamentos del superior (art. 370 - 1908).

Fiscal de instrucción en la investigación penal preparatoria - Ley 6730

Promueve y ejerce la acción penal: conforme **Artículo 87,** el Fiscal de Instrucción promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley, **dirigirá la Policía Judicial** y la investigación fiscal preparatoria, practicando y haciendo practicar los actos inherentes a ella y actuará ante el Juez de Garantías cuando corresponda.

Por Ley Orgánica del Ministerio Público, el Artículo 34 establece distintas atribuciones a los Agentes Fiscales en materia Penal, entre las que se pueden destacar:

Como se ha indicado, entre sus principales actuaciones se encuentran: **ejercer la acción penal, practicar la investigación penal preparatoria** y actuar ante el Juez de Garantías, en la forma establecida en la ley.

Puede **intervenir en debates orales** frente a las Cámaras del Crimen, porque se le reconoce facultades para actuar ante los tribunales de juicio, en los casos que la ley lo determine.

Efectuar visitas periódicas a Penitenciarías - Asistencia a la víctima - protección de testigos - conciliación: Cumplir con el régimen de visitas a establecimientos carcelarios o de detención previsto en el artículo 9; **procurar la asistencia a la víctima y la protección de testigos** (concordante art. 27 inc. 15 ley 8008) previstas en el artículo 11 y Propiciar y promover las formas de conciliación contenidas en las normas de acuerdo al artículo 12 de esta ley, y de conformidad a las instrucciones generales que imparta el Procura-

dor General. La resolución 300/2013 de Procuración General, en su parte pertinente ordena que los Fiscales, durante la investigación penal preparatoria mantengan informada a las víctimas o causahabientes sobre el estado de la causa, en forma personal, debiendo citarla para comunicarle cuando se aplicará un principio de oportunidad o la causa sea remitida a la Cámara del Crimen o Juzgado Correccional, con Requerimiento de Citación a Juicio, debiendo poner en su conocimiento cual es el Fiscal de Cámara del Crimen o Fiscal Correccional que seguirá interviniendo.

Disponer fundadamente la **actuación conjunta o alternativa de dos o más Ayudantes Fiscales**, cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo hagan aconsejable.

Asegurar en general la eficiente prestación del servicio en la Unidad Fiscal en la que presta servicios y en todas las Oficinas Fiscales que pertenezcan a su ámbito de actuación.

Practicará la Investigación Penal Preparatoria (art. 313 - 6730): se trata de una actuación fundamental y central del Fiscal, que por ley 1908 está conferida al Juez de Instrucción, quien tiene a su cargo la Instrucción Formal. En la ley 6730 pasa a denominarse Investigación Penal Preparatoria y se le atribuyen al Fiscal de Instrucción gran parte de las facultades procesales, que además de ejercer la acción penal aún de oficio, iniciando el procedimiento por su propia iniciativa, puede disponer de medidas probatorias y de gran parte de las medidas de coerción, entre otras facultades procesales. El Fiscal de Instrucción pasa a ser el Director de la I.P.P.

Cabe destacar que el art. 166 - 6730, establece que serán de aplicación a los actos del Fiscal de Instrucción, los arts. 151, 152, 153, 157, 158, 161 y por lo tanto:

Podrá disponer de la fuerza pública y ordenar todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene (art. 151 - 6730); podrá constituirse fuera de su asiento, en cualquier lugar de la Provincia, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos (art. 152); formulará motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez; **procederán oralmente en los debates y en los recursos cuando corresponda**, y por escrito en los demás casos.

Las resoluciones del Fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, fundado cuando corresponda, bajo sanción de nulidad (art. 167 - 6730). En cuanto al objeto de la Investigación Penal Preparatoria, el art. 315 dice que ésta tendrá por objeto:

1) *Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.*
2) *Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.*
3) *Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.*
4) *Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.*
5) *Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.*

Con relación a medidas de prueba, en forma semejante a lo previsto acerca de las facultades conferidas por ley 1908 al Juez de Instrucción, tanto los órganos jurisdiccionales como el Fiscal de Instrucción, deben **valorar las mismas con arreglo a la sana crítica** (art. 206 - ley 6730). El Fiscal podrá ordenar inspecciones judiciales de personas, lugares, cosas (art. 208, 209 - 6730); pudiendo adoptar medidas coercitivas para evitar la ausencia de personas o su comparecencia (art. 210); inspecciones corporales, mentales y extracciones de sangre del imputado e incluso de terceros respecto de las extracciones sanguíneas (art. 211); identificación de cadáveres (art. 212); reconstrucción de hechos (art. 213); ordenar operaciones técnicas y científicas convenientes (art. 214); registros de lugares por decreto fundado (art. 216 - 6730); **solicitar el registro de lugares como complejos residenciales** o habitacionales en busca de armas, municiones, explosivos (art. 216 - 6730); **solicitar allanamiento de morada**; para supuestos urgentes, tratándose de delitos graves, el Fiscal de Instrucción podrá peticionar la orden de allanamiento telefónicamente al Juez de Garantías (ver art. 217 - 6730); el art. 218 autoriza al Fiscal de Instrucción y al Juez de Garantías para que decrete el allanamiento de oficinas admi-

nistrativas, establecimientos de reunión o de recreo, local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a la habitación particular; puede ordenar requisas personales por decreto fundado (art. 221 - 6730); disponer el secuestro de cosas relacionadas con el delito, las sujetas a confiscación o de aquellas que pueden servir como prueba (art. 223); ordenar la presentación de objetos o documentos relacionados con el hecho (art. 224), con la exclusión prevista por el art. 225; dejar en custodia o depósito los efectos secuestrados, disponer la extracción de copias o reproducciones de las mismas; **solicitar al Juez de Garantías la interceptación o el secuestro de la correspondencia** postal, telegráfica, electrónica o de otro efecto remitido por el imputado o destinado al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto (art. 227 - 6730); **solicitar al órgano jurisdiccional, la intervención de comunicaciones** (art. 229); hacer devolución de objetos que no estén sometidos a confiscación, restitución o embargo (art. 230).

En cuanto a recepción de declaraciones: puede interrogar a toda persona que conozca los hechos investigados cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad (art. 231); citar testigos, disponer custodia de su persona, familiares o bienes, resguardar su identidad hasta tanto no lo requiera la defensa (art. 232, 235, 188, 240), efectuar citaciones telefónicas de testigos (resolución 79/2008 Procuración); ordenar la compulsión de citados (art. 238) o conducción por la fuerza pública; ordenar el arresto inmediato de testigos cuando carezca de domicilio o haya temor fundado que se oculte o fugue (art. 239); ordenar la recepción de declaraciones de niñas, niños o adolescentes por el sistema de cámara Gesell (art. 240 bis, ter, quater); examinar a testigos en su domicilio para casos especiales (art. 242); disponer la detención de testigos que presumiblemente incurran en falso testimonio (art. 243).

Respecto a otros medios de prueba: ordenar pericias, nombrar peritos (arts. 244, 245 y siguientes); designar intérpretes (arts. 260, 261); ordenar reconocimientos de personas, por fotografías, de cosas (arts. 262 y siguientes); careos (arts. 268, 269, 270).

Imputación: efectúa la imputación formal del hecho (art. 271); el interrogatorio de identificación (art. 272); recibir la declaración del imputado (arts. 273, 274, 275, 278), evacuar las citas del imputado (art. 279).

En materia de coerción personal: El Fiscal de Instrucción tiene atribuciones legales para otorgar o resolver pedido de mantenimiento de libertad (art. 282 - 6730) semejante a la falta de mérito; ante su denegatoria el defensor podrá ocurrir al Juez de Garantías; citar al imputado (art. 283), ordenar la detención del imputado (art. 284); **solicitar al Tribunal (Juez de Garantías), que decrete la incomunicación del detenido** (art. 285); disponer que no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí, personas que podrían haber intervenido o de testigos por 24 hs. de máximo (art. 286); ordenar el recupero de libertad de personas aprehendidos en flagrancia o detenidos (art. 292); **solicitar mediante dictamen fundado la prisión preventiva**; ordenar la cesación de la prisión preventiva por apreciación coincidente del Fiscal, del Juez de Garantías y de la Cámara de Apelación (art. 295 inc. 2); apelar el auto que conceda o deniegue la libertad (art. 295 último párrafo ley 6730); solicitar al Juez de Garantías la revocación del cese de la prisión preventiva (art. 296 - 6730); imponer la detención domiciliaria (art. 298 - 6730); requerir al Juez de Garantías, la internación provisional del imputado cuando padezca de alguna enfermedad mental que lo hace inimputable (art. 299); el Fiscal puede oponerse o conformarse con la caución impuesta al imputado (art. 300), efectuar trámites de extracción de compulsa de documentación para la ejecución de cauciones declaradas caducas (arts. 310, 311 ley 6730 y resolución 338/2006 del procurador Fiscal Federal), puede declarar la rebeldía del imputado por decreto motivado (art. 99 - 6730) .

Respecto a la I.P.P.: tiene atribuciones para practicar la investigación penal preparatoria (art. 313 - 6730); proceder en forma directa e inmediata a investigar los hechos delictivos (art. 316); invitar al imputado que decide declarar, a elegir defensor (art. 317); llamar a personas para recibir su declaración informativa (art. 318); disponer la identificación del imputado (art. 319); asistir a registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, recibir la declaración de testigos, permitir la asistencia del imputado o del ofendido (art. 320), notificar a los defensores de tales actos, excepto el registro domiciliario, bajo pena de nulidad, y practicar la diligencia aunque no asistan (art. 321); permitir a los defensores que asistan a los demás actos de investigación, pudiendo avisar verbalmente una vez admitida la asistencia (art. 322); disponer el secreto de las actuaciones y vencido el término, solicitarlo al Juez

de Garantías (art. 324); recibir denuncias (art. 326); ordenar el resguardo de la identificación del denunciante, y la protección de su persona, familia o bienes (art. 330); decretar el avoque con determinación de los hechos y su calificación legal frente a la denuncia (art. 331), ejercer la superintendencia directa del Ministerio Público sobre oficiales y auxiliares de la Policía Judicial (art. 335); asistir al lugar del o los hechos (art. 336 inc. 2); recibir las comunicaciones inmediatas de los oficiales de policía judicial, acerca de los delitos que llegaren a conocimiento de los integrantes de la misma (art. 338); sancionar a los oficiales y auxiliares de la policía judicial (art. 339); reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos (art. 340); practicando o haciendo practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación (art. 341); recibir la información delictual de parte de los Ayudantes Fiscales, darles directivas (341 bis y arts. 40 y 41 ley 8008); notificar los actos definitivos e irreproducibles (342); proveer a la defensa del imputado (art. 343); citar, privar y acordar la libertad del imputado y recibirle declaración si lo requiriese (art. 344); plantear recurso de apelación contra la resolución del Juez de Garantías cuando intervenga por control jurisdiccional (art. 345); disponer por decreto fundado el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en ella contenido no encuadre en una figura penal (art. 346); admitir y practicar las diligencias que propongan las partes, rechazar el pedido cuando no las considere pertinentes ni útiles (art. 347); dictaminar en el término previo a diez días a contar desde la imputación, solicitando o requiriendo al Juez de Garantías la prisión preventiva cuando concurran las causales del art. 293 (art. 348); practicar la investigación fiscal en el término de tres meses a contar desde la imputación, pudiendo solicitar prórroga al Juez de Garantías si ese tiempo resultare insuficiente, quien podrá acordarla por otro tanto y concederse hasta doce meses más si el caso fuere de suma gravedad y de muy difícil investigación (art. 349); elevar al Juez de Garantías, la o las oposiciones presentadas contra sus requerimientos, junto con las actuaciones y sin perjuicio del cumplimiento de los actos urgentes de la investigación (art. 350); en la investigación fiscal, requerir el sobreseimiento en forma fundada al Juez de Garantías (art. 351); interponer recurso de apelación contra la sentencia de sobreseimiento, sin efecto suspensivo (art. 355), requerir la citación a juicio cuando estime cumplida la

investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado (art. 357); prestar acuerdo para la realización del juicio abreviado inicial a solicitud del imputado en presencia de su defensor (art. 359); notificar las conclusiones del requerimiento fiscal de citación a juicio, al defensor (art. 360), remitir las actuaciones al Juez de Garantías cuando se formulare oposición al requerimiento y elevar a juicio el expediente cuando no se dedujere oposición (arts. 361, 362).

El Fiscal de Instrucción interviene en el procedimiento de flagrancia (art. 439 bis y siguientes), mediante la Unidad Fiscal de Flagrancia; formula la acusación oralmente en el juicio directísimo, debe efectuar sus alegatos pudiendo solicitar la absolución del imputado, la aplicación de un criterio de oportunidad o la acusación y pedido de pena (art. 439 quater).

Puede rechazar el pedido de intervención del querellante particular (art. 105).

Recursos: Se autoriza al Ministerio Público a recurrir inclusive a favor del imputado o en virtud de la decisión del superior jerárquico no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes (art. 450 ley 6730).

Fiscal de cámara

Las **actuaciones de mayor importancia** que cumple el Fiscal de Cámaras que se desempeña ante el Tribunal de Juicio o Cámara del Crimen (como se denominan en la Provincia de Mendoza) -salvo el Fiscal de Cámara de Apelación Criminal-, son las de ofrecimiento de prueba, intervenir en el debate oral, ejercer la acción penal completando la acusación inicial en la etapa de discusión final o alegatos (o no según corresponda e incluso puede ampliarla), sin perjuicio de otras atribuciones reconocidas por la legislación. En este sentido, el art. 32 de la ley 8008 (L.O.M.P.), establece que corresponde **continuar ante las respectivas Cámaras, la intervención de los fiscales jerárquicamente inferiores y representar y defender la acción pública** ante aquellas.

Según art. 63 (1908), además de las funciones generales acordadas por la ley, el **Fiscal de Cámara actuará durante el juicio ante el tribunal respectivo, y podrá llamar al Agente Fiscal** que haya intervenido en la instrucción, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de un asunto complejo, para que le suministre información o coadyuve con él incluso durante el debate.

b) Cuando esté en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal o le sea imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación.

En tanto que el art. 65 establece que formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, nunca podrán remitirse a las decisiones del juez; procederán oralmente en los debates y por escrito en los demás casos.

Atribuciones según ley 6730

Artículo 85 - Fiscal de Cámara y Correccional: Además de las funciones acordadas por la Ley, el Fiscal de Cámara actuará durante el juicio ante el Tribunal respectivo. **Podrá llamar al Fiscal de Instrucción** que haya intervenido en la investigación penal preparatoria, por intermedio del Tribunal, en los siguientes casos:

1) Cuando se trate de un asunto complejo, para que le suministre información o coadyuve con él, incluso durante el debate.

2) Si estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación.

3) En el caso del artículo 359. (juicio abreviado)

Iguales atribuciones tendrá el Fiscal en lo Correccional.

La facultad reconocida al Fiscal de Cámaras de convocar a Fiscal de Instrucción también está prevista en la ley 8008 e instrucciones dictadas por Procuración General. Se trata de una obligación de los Fiscales de Instrucción de comunicarles a los de Cámara, respecto de los hechos complejos para que tomen intervención y se interioricen para que tengan pleno conocimiento

del trámite de estos procesos, a fin de dar directivas al Fiscal de Instrucción interviniente[9].

Asimismo se ha reglamentado u ordenado un **procedimiento de consulta entre Fiscales de Instrucción y de Cámara**, para los casos contemplados en el art. 85 (ley 6730), donde éstos podrán dictaminar por escrito. El art. 32 inc. 1 (ley 8008) establece que el Fiscal de Cámara que imparta instrucciones particulares en el transcurso de la investigación de un determinado hecho delictivo, deberá continuar interviniendo en la etapa del juicio si la hubiere[10].

Visitas a establecimientos carcelarios: les corresponde cumplir con las visitas a establecimientos carcelarios o de detención.

Asistencia a la víctima y protección de testigos: al igual que los principios comunes para el Ministerio Público Fiscal y para los Fiscales de Instrucción, también para los Fiscales de Cámara, se ha establecido que corresponde que procuren la asistencia a la

---

9 *Resolución N° 18/2005 de Procuración:* "…Establecer la obligación de los Fiscales de Instrucción de comunicar al Fiscal de Cámara en lo Criminal -que por razón del turno le corresponda entender- los hechos que por su complejidad exijan una unificación de criterios para arribar en forma eficiente a la verdad material, esto es, casos de extrema violencia, con implicancias públicas, con prueba de difícil producción, entre otros, a fin que éste imparta las directivas que estime adecuadas con la finalidad de guiar y orientar la investigación a cargo del Fiscal de Instrucción, debiéndose dejar constancia por escrito en el sumario o expediente de la comunicación y las directivas impartidas.
Con posterioridad el Fiscal de Cámara deberá constituirse en la Fiscalía de Instrucción para interiorizarse del curso de la investigación de esos hechos, debiendo dejarse constancia por escrito de las nuevas directivas que disponga".

10 *Resolución N° 19/2005. Consultas verbales entre Fiscales de Instrucción y de Cámaras del Crimen:* ... 1) Establecer un procedimiento de consulta verbal entre el Fiscal de Instrucción y el de Cámaras en lo Criminal con relación a las causas que por su complejidad exijan una unificación de criterios para arribar en forma eficiente a la verdad material, esto es, casos de extrema violencia, con implicancias públicas, con prueba de difícil producción, entre otros, con el fin de establecer si el mérito de la prueba permite arribar al estado de convicción suficiente para elevar la causa a juicio (nota del artículo 347 de la ley 1908 y articulo 357 de la ley 6730.) deberá dejarse constancia por escrito, que será refrendada por ambos magistrados, cuando haya acuerdo al respecto.
En casos de desacuerdo, deberá seguirse el criterio que dicte el Fiscal de Cámaras-que avalará con su firma-, pudiendo el Fiscal de Instrucción dejar sentada su posición personal sobre el mérito de la prueba reunida

víctima y la protección de testigos[11] (art. 32 inc. 6 - 8008); **propiciar y promover las formas de conciliación** previstas.

Responsabilidad Probatoria: una de las atribuciones que caracterizan la actuación del Fiscal de Cámara en el proceso penal acusatorio es la responsabilidad que tiene en materia de prueba sobre los extremos de la imputación delictiva. En tal sentido, se ha dictado la resolución 750/2013.[12] Así el art. 367 confiere el término de 10 días para presentar pruebas.

Requerimiento de investigación suplementaria: puede solicitar la realización de actos probatorios a modo complementario de la investigación penal preparatoria. La investigación suplementaria no podrá durar más de 30 días. (art. 369)[13]; podrá el Fiscal de Cámara deducir excepciones antes de fijarse la audiencia para el debate (art. 370 - 6730); solicitar el ejercicio del poder de policía y disciplina al presidente de la Cámara (art. 380); deducir las nulidades acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate (art. 201 inc. 2 y 386 - 6730); plantear cuestiones referentes a incompetencia territorial, de conexidad, admisibilidad o incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes y a la presentación o requerimiento

---

11 *Resolución 300/2013 Procuración General:* Instruir a los Fiscales de Cámara del Crimen y Fiscales Correccionales para que citen a las víctimas o sus causahabientes durante el término de la citación a juicio (artículo 364 CPP) a fin de informarle el estado de la causa, la posibilidad de aplicación de principios de oportunidad o la realización del debate oral, como así también informarle el resultado de la sentencia que recaiga en la causa.

12 *Resolución Nº 750 /13:* Instruir a los Fiscales de Cámara del Crimen para que en el plazo previsto en el artículo 367 del CPP, y en cumplimiento de su responsabilidad probatoria conforme el artículo 366 del C.P.P., estudien personalmente las actuaciones a fin de que puedan seleccionar el material probatorio que resulte útil a sus pretensiones, debiendo investigar y ubicar otros medios de prueba no producidos durante la Investigación penal preparatoria.

13 **Artículo 369.-** *Investigación suplementaria.* El Presidente, a requerimiento del Ministerio Público o de las partes y siempre con noticia de ellas - bajo pena de nulidad-, podrá disponer la realización de los siguientes actos:1) Reconocimientos de personas que no se hubieren practicado durante la investigación penal preparatoria. 2) Declaración de testigos que no pudieren comparecer al debate. 3) Reconocimientos de documentos privados ofrecidos como prueba. 4) Pericias y demás actos que no pudieren practicarse durante el debate. Estos actos deberán incorporarse al debate por su lectura. A estos fines podrá actuar uno de los Vocales de la Cámara. La investigación suplementaria no podrá durar más de treinta días.

de documentos (art. 386); hacer uso de la palabra una sola vez en la discusión de las cuestiones incidentales (art. 387).

Ampliación del requerimiento fiscal: el Fiscal de Cámara deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En este supuesto, se procederá conforme lo establecido por el art. 391, ley 6730[14].

En caso de hecho diverso, el Fiscal de Cámara deberá proceder con arreglo a lo dispuesto para el caso de ampliación de la acusación (hacerlo saber al imputado y defensor e intimar debidamente el mismo conforme arts. 271 y 274), y si discrepare con el Tribunal, es decir que no considere que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, la sentencia decidirá sobre el contenido en la misma. Tanto la ampliación de la acusación como el hecho diverso, por lo general dan origen a que la audiencia de debate sea suspendida por el plazo que la complejidad y dificultad del asunto requiera, siempre dentro del límite previsto por el art. 377. El Fiscal de Cámara interviene en los interrogatorios del imputado, si optó por declarar, de testigos, peritos e intérpretes, presta conformidad para la lectura de declaraciones testificales recibidas durante la investigación penal preparatoria por testigos que no puedan deponer en el debate (art. 400); solicita la lectura de actas y documentos (art. 401); inspecciones judiciales (art. 402), peticiona por nuevos medios de prueba y citación de peritos (art. 403); emite sus conclusiones en la fase de la discusión final (art. 405), y ejercer el derecho de replicar

---

14 **Artículo 391.-** *Ampliación del requerimiento fiscal.* El Fiscal deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa.
Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 377.
Regirá lo dispuesto por el artículo 369.
El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio.

respecto a los argumentos adversariales que antes no hubieren sido discutidos; prestar consentimiento para la reapertura del debate (art. 410); manifestar su deseo de aplicar de procedimiento abreviado y formular la acusación en el juicio abreviado (art. 419).

En materia de recursos: durante el juicio solo podrá deducir reposición; podrá desistir de sus recursos en dictamen fundado, aun si lo hubiera interpuesto un representante de grado inferior (art. 460); expresar si mantiene o no los recursos de apelación planteados por el Fiscal de Instrucción (art. 470), su silencia implicará desistimiento. En cuanto al **recurso de casación** podrá impugnar: 1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio. 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena. 3) Las sentencias condenatorias. 4) Los autos mencionados en el artículo 475 (autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas).

El Fiscal de Cámara podrá interponer recurso extraordinario de inconstitucionalidad, cuando se cuestiones la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente (art. 489), también podrá interponer recurso de queja (art. 491), en tanto que el art. 497 habilita expresamente al Ministerio Público a deducir recurso de revisión y los recursos extraordinarios federales que habilita la legislación nacional.

Actuación del juez de instrucción

Intervenir directa e inmediatamente en la investigación de los hechos de su competencia, salvo que causas de fuerza mayor les impida hacerlo (art. 194), función y obligación que comparte con el Fiscal de Instrucción.

Instruir la causa: Artículo 205: La instrucción formal estará a cargo del Juez de Instrucción, quien deberá proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos que aparezcan cometidos en la localidad donde tenga su sede.

Las diligencias a practicar en la Provincia, fuera de dicho lugar, se encomendarán al juez que corresponda, siempre que el Juez de Instrucción no estime necesario trasladarse para actuar personalmente.

Cuando sea preciso cumplir actos fuera de la Provincia, se despacharán exhortos u oficios.

Facultad de rechazar requerimientos y ordenar archivos: La Instrucción formal será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, y se limitará a los hechos referidos en tales actos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 130.

El juez rechazará dicho requerimiento u ordenará el archivo de las actuaciones policiales, por auto, cuando el hecho imputado no constituya delito o no se pueda proceder. La resolución será apelable por el fiscal (a**rtículo 206. 1908**).

Ordenar audiencias de contradicción: Antes de disponer medidas de instrucción, el juez podrá oír en contradicción a los interesados, si lo creyere útil al descubrimiento de la verdad (**artículo 207).**

Invitar al imputado a elegir defensor: Artículo 209. En la primera oportunidad, pero en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciere o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 102.

La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 211. Cuando el imputado esté en libertad, en el mismo acto será invitado también a elegir domicilio legal.

Más que una invitación, es una obligación la del Juez de Instrucción de solicitarle al imputado que designe abogado defensor y si no lo hiciere, será designado el Defensor Oficial en razón del interés público vigente que, toda persona sometida a proceso penal debe contar con un abogado defensor.

Facultad de admitir diligencias probatorias propuestas por las partes: Artículo 210. El imputado, el actor civil y el civilmente responsable podrán proponer diligencias. El juez las practicará cuando las considere pertinentes y útiles. La negativa no dará lugar a recurso alguno.

Igual derecho asistirá a las víctimas o, en caso de muerte, ausencia, desaparición o incapacidad a quienes acrediten un vínculo parental hasta el cuarto grado y sus representantes (Ley Nº 6408/96).

Notificar a las partes de pruebas definitivas e irreproductibles: Artículo 212. Antes de proceder a alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto el registro domiciliario, el juez dispondrá, bajo pena de nulidad, que sean notificados el Ministerio Público y los defensores; más la diligencia se practicará en la oportunidad prefijada, aunque no asistan.

Sólo cuando haya suma urgencia se podrá proceder sin notificación o antes del término fijado, dejándose constancia de los motivos, bajo pena de nulidad.

La norma se refiere a los reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones que por su naturaleza se consideren definitivas e irreproducibles y a modo de excepción, cuando haya suma urgencia podrá procederse sin notificación y debiendo dejarse constancia bajo pena de nulidad.

Permiso a los defensores: Artículo 213. El juez permitirá que los defensores asistan a los demás actos de la instrucción, salvo que ello sea peligroso para lograr sus fines o impidan una pronta y regular actuación. La resolución será irrecurrible.

Admitida la asistencia, se avisará verbalmente a los defensores antes de practicar los actos, si fuere posible, dejándose constancia.

En el caso previsto, se admite el simple aviso verbal a los defensores, sobre las medidas de instrucción a practicarse, con el cuidado que deberá dejarse constancia en el expediente de la comunicación al defensor para que intervenga en el acto.

Facultad para ordenar el secreto de actuaciones: en función de lo establecido por el art. 215 (1908); podrá **ordenar la incomunicación del detenido por un plazo máximo de 48 hs.** (art. 216), **ordenar medidas cautelares de exclusión o prohibición de ingreso al hogar del detenido a quien se le impute la autoría del delito en caso de violencia familiar** (art. 216 bis), siempre que las circunstancias y características del caso autoricen la medida y previo cumplimiento de los requisitos legales.

Facultades en materia probatoria: puede ordenar inspecciones judiciales y medidas de reconstrucción del hecho (art. 220, 221, 225), inspección o exámenes corporales y exámenes de salud mental (art. 222), demora y permanencia de personas, de comparecencia inmediata de personas (art. 223); registro domiciliario y de otros lugares (art. 228, 229, 233), requisas personales (art. 234), secuestro de cosas relacionadas con el delito (art. 235); librar órdenes de presentación de objetos o documentos (art. 236); interceptación y secuestro de correspondencia postal, telegráfica o de todo otro efecto en que el imputado intervenga (art. 238); intervención de comunicaciones telefónicas (art. 240); interrogar testigos (art. 243); ordenar la recepción testimonios de niños, niñas y adolescentes por cámara Gesell (art. 243 bis); dar intervención al Ministerio Público Fiscal Pupilar de Familia (art. 243 quater); custodia de testigos (art. 244); citación de testigos por escrito o verbalmente y recepción de testimonios presentados espontáneamente (art. 248); conducciones con la fuerza pública de testigos (arts. 250, 154); arresto de testigos (arts. 251); ordenar pericias (art. 257), para el caso de personas peligrosas (art. 268); autopsias (art. 269); cuerpos de escrituras y de documentos (art. 270); medidas disciplinarias a peritos (art. 271); regular honorarios (art. 272);designar intérpretes (arts. 273, 274); reconocimientos de personas, de cosas y por fotografías (arts. 275 a 280); también puede ordenar careos (art. 281 a 283).

Actos en materia de avance procesal y medidas de coerción: puede declarar su competencia o incompetencia (arts. 22 a 39); solicitar u ordenar la extradición (art. 48 - 50); inhibirse para intervenir (art. 51), admitir la constitución de querellante particular (art. 10 - 6730) y resolver su oposición (arts. 103 - 106 ley 6730); admitir la constitución del actor civil y resolver su oposición (arts. 74 - 89); notificar la constitución de querellante al imputado (art. 104 ley 6730) y la acción civil al mismo y al civilmente responsable (arts. 90 - 98 ley 1908); declarar la rebeldía del imputado (arts. 166 - 170); resuelve incidentes de nulidad (arts. 171 a 178); recibe indagatoria al imputado (art. 284); demorar personas e incluso ordenar su arresto (art. 286); citar al imputado y ordenar su detención (art. 287, 288); detención domiciliaria (art. 287 bis); aprehensión en flagrancia (arts. 289 a 293); efectuar el interrogatorio de identificación al imputado (art. 297); INTIMAR EL HECHO que se atribuye, cuales son las pruebas existentes en su contra y que puede

abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad (art. 298); recibir declaración cuantas veces quiera al imputado (art. 304) cuando sea pertinente; evacuar las citas del imputado (art. 305); identificación dactilar (art. 306); resolver el procesamiento (art. 307); falta de mérito (art. 310); sus modificaciones (art. 311); disponer la prisión preventiva (art. 312); imponer condiciones a la libertad provisional (art. 315); ordenar medida de internación (art. 316); otorgar o denegar excarcelaciones (arts. 317, 318), admitir cauciones (arts. 319 a 325), ordenar excarcelaciones de oficio (art. 326); correr vista al Ministerio Público del pedido de excarcelación (art. 327); imponer obligaciones al imputado al otorgar excarcelación (art. 328); proveer la apelación del auto de excarcelación (art. 331); revocar o reformar la excarcelación (art. 332); cancelación y sustitución de cauciones (arts. 333, 334), y su caducidad (art.336); otorgar eximición de prisión (art. 338 a 340); ordenar el sobreseimiento (arts. 341 a 346); dictar prórrogas extraordinarias (arts. 347 a 350) y el sobreseimiento automático; admitir o rechazar la aplicación de criterios de oportunidad (art. 26 ley 6730 -para intervenir en el juicio abreviado inicial, aun no puedo resolver); ordenar la suspensión del juicio a prueba (art. 30 ley 6730); resuelve recursos de reposición (arts. 463 a 465 ley 6730) y provee la interposición de los recursos de apelación (art. 467 - 6730), resuelve sobre restitución y retención de cosas secuestradas (arts. 549 a 552 - 6730) y la imposición de costas y regulación de honorarios (arts. 556 a 561 - 6730); dar trámite a las excepciones (arts. 351 a 359, 1908) y su resolución; dar vista al fiscal cuando considere completa la instrucción (art. 360, 1908); ordenar se practique diligencias que proponga el fiscal (art. 362); notificar al defensor del imputado el requerimiento de elevación a juicio (364); resolver la oposición a juicio y **dictar auto de elevación a juicio** (367); remitir las actuaciones a Fiscalía de Cámara si el Juez no estuviere de acuerdo con el pedido de prórroga o de sobreseimiento formulado por Fiscalía (art. 370); puede ordenar medidas cautelares (art.539 a 546 Ley 6730).

Actuaciones dispuestas por normas procesales complementarias: ordena las comunicaciones correspondientes al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria (arts. 2, 5 y concordantes de la Ley 22.117); resuelve habeas corpus de su competencia (arts. 440 y siguientes ley 6730 y ley 23.098); puede

solicitar la oferta de recompensas para el esclarecimiento de delitos (ley 7895); autoriza o deniega la ablación y trasplante de órganos y tejidos (acordada 22.699 anexo punto 5).

Actuaciones relacionadas con el Agente Fiscal Correccional: El Juez de Instrucción decreta la instrucción formal en casos que corresponda una medida de seguridad o por complejidad o duración de las pruebas (art. 372); ordena actos definitivos e irreproducibles a pedido del Agente Fiscal Correccional (art. 375); está autorizado a resolver pedidos de excarcelación ordenados previamente por el Agente Fiscal Correccional (art. 376); disponer las prórrogas de la citación directa (art. 379); negarlas y examinar la situación de detención dispuesta por el Fiscal Correccional (art. 380); dictar sobreseimientos a pedido del Agente Fiscal Correccional (art. 381); interviene como órgano jurisdiccional que resuelve los recursos e impugnaciones planteados contra los actos dispuestos por el Agente Fiscal Correccional.

En materia de ejecución penal, el Juez de Instrucción resuelve en primera instancia los recursos de apelación contra las resoluciones disciplinarias dictadas por las Autoridades Penitenciarias de los internos y su resolución puede ser revisada por la Cámara de Apelaciones Penal o por la Cámara del Crimen según corresponda, cuando se trate de internos detenidos sin condena.

Como todos los magistrados, el Juez de Instrucción puede resolver acciones de **hábeas corpus**.

Puede resolver pedidos de aplicación de criterios de oportunidad, con la conformidad del Agente Fiscal (art. 26 ley 6730), excluyendo el juicio abreviado inicial, aunque esto admite posturas a favor y en contra, al igual que la resolución de suspensión del juicio a prueba, que en general es admitida (art. 30 ley 6730).

Actuación del juez de garantías

Su intervención y competencia está prevista por ley 6730, con motivo de la reforma procesal introducida por esta norma, donde las mayores atribuciones de investigación se otorgaron al Ministerio Público Fiscal en lugar del Juez de Instrucción y se

creó el Juez de Garantías como órgano jurisdiccional con funciones esenciales de control de la actividad fiscal, pero también con ciertas atribuciones en materia probatoria y de coerción para aquellos casos en que la Constitución de Mendoza establece la necesidad de una orden de juez competente, es decir para los supuestos en que estaban relacionadas ciertas garantías constitucionales. **Intervendrá tan solo en los supuestos que este Código (6730) le atribuye jurisdicción (art. 48)**.

Resuelve las oposiciones a lo decretado por el Fiscal de Instrucción respecto a las excepciones de prejudicialidad (art. 13); también el Juez de Garantías resuelve **las excepciones** planteadas (art. 21) durante la investigación fiscal.

Criterios de Oportunidad: Si bien el art. 26 dice que el representante del Ministerio Público podrá **solicitar al Tribunal** que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, debe interpretarse que se refiere al Juez de Garantías, órgano jurisdiccional que corresponde envestirlo de esta facultad, ya que entender que debe resolver la Cámara del Crimen, implicaría efectuar una interpretación que no se ajustaría a la sistemática del CPP (6730), adoptada con respecto a éste u otros institutos. Ciertamente, es criticable la gramática empleada. Le corresponde además, admitir el pedido de suspensión del juicio a prueba (art. 30 - 6730); con atribuciones para fijar el plazo de prueba, las reglas a que deberá someterse el imputado y explicarle personalmente las condiciones que deberá cumplir y las consecuencias de incumplirlas, las medidas de vigilancia y cumplimiento de las condiciones (arts. 31 y 32).

Cuestiones de competencia: Puede declarar la incompetencia territorial en cualquier estado del proceso. El Ministerio Público y las partes podrán promover la cuestión de incompetencia, por inhibitoria ante el Juez que consideren competente o por declinatoria ante el que estimen incompetente. (art. 62 primera parte - 6730).

Ordena, a pedido del Fiscal, la **suspensión del trámite de la causa y la internación del incapaz** si durante el proceso sobreviniere una enfermedad mental del imputado (art. 96).

Extradición: Interviene resolviendo los trámites de extradición activa o pasiva conforme las previsiones de los arts.

69, 70 y 71 (Ley 6730).[15] Tiene atribuciones para plantear su inhibición conforme arts. 72 y concordantes y darle curso a planteos de su recusación.

Interviene a petición del ofendido cuando el Fiscal de Instrucción rechazó la pretensión de constituirse en querellante particular, a fin de **resolver la oposición Fiscal**, y su resolución no será apelable (art. 105 - 6730).

Respecto de la víctima en los **procesos relacionados con violencia familiar**, el art. 108 no es muy claro pero al decir que "previa vista al Ministerio Público", el magistrado podrá disponer a petición de la víctima, de representante legal o del Ministerio Pupilar, medidas de exclusión o de prohibición del imputado al hogar de la víctima, se interpreta que esta resolución la dicta el Juez de Garantías[16].

Cabe destacar que la solicitud de constitución de actor civil en la ley 6730 será considerada por el Tribunal de juicio, en el

---

15 **Artículo 69.-** *Requerimiento a jueces del país:* Los jueces o tribunales pedirán la extradición de los imputados o condenados que se encuentren en la Capital Federal o en otras provincias, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, prisión preventiva o de la sentencia.
Artículo 70.- *Requerimiento a jueces extranjeros:* Si el imputado o condenado se encontrare en territorio de un Estado extranjero, la extradición se tramitará por vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes, o al principio de reciprocidad, o a las costumbres internacionales y mediante la Suprema Corte de Justicia.
Artículo 71.- *Requerimientos de otros jueces:* Los pedidos de extradición formulados por otros jueces serán diligenciados inmediatamente, previa vista por veinticuatro horas al Ministerio Público, siempre que reúnan los requisitos del artículo 69. Si el imputado o condenado fuere detenido, verificada su identidad, deberá ser puesto sin demora a disposición del juez requirente.

16 *Ley 6730* - **Art. 108, inc. f:** En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima. Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Pupilar, se dispondrá su inmediato levantamiento.

decreto de citación a juicio, quien ordenará las notificaciones pertinentes (art. 112).

Declara nulidades: El tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente. Si no lo hiciere podrá declarar la nulidad a petición de parte (arts. 199 y 201).

Excepcionalmente, y siempre que hubiera motivos suficientes y razonablemente fundados para presumir el **ocultamiento de armas, municiones, explosivos o cosas presuntamente relacionadas con la comisión del delito en un determinado lugar, complejo residencial o habitacional, barrio o zona determinada, el magistrado competente podrá disponer de la fuerza pública para proceder al registro**, debiendo ordenar in situ, si correspondiere, el allanamiento de lugares determinados mediante decreto firmado. La diligencia deberá contar, bajo pena de nulidad, con la presencia del funcionario del Ministerio Público competente (art. 216 segundo párrafo - 6730).

Ordena allanamientos sobre lugares habitados o sus dependencias cerradas.[17]

---

17 **Artículo 217.-** *Allanamiento de la morada. (Ley N° 7.781, arts. 1°)*
Cuando el registro debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la orden será dictada por decreto fundado de juez competente, a solicitud del fiscal interviniente o del funcionario en quien éste delegue la misma. El juez deberá expedirse dentro del plazo de una (1) hora de recibida la solicitud. Este plazo podrá prorrogarse fundadamente por hasta dos (2) horas más, bajo apercibimiento de poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin de imponer las medidas disciplinarias correspondientes.
La diligencia solo podrá comenzar desde que sale hasta que se pone el sol, salvo que el interesado o su representante presten su consentimiento. Sin embargo, en los casos sumamente graves y urgentes o cuando se considere que peligre el orden público, el allanamiento podrá efectuarse a cualquier hora. Deberá ser siempre fundada la denegatoria de allanamiento domiciliario. Igual recaudo se requiere para la autoridad solicitante.
En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, el preventivo solicitando la orden al Juez de Garantías y la comunicación de la orden por éste, a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por fax o medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos de la orden, sean correctos. Podrá usarse la firma digital. La Corte Suprema de Justicia de la Provincia, reglamentará los recaudos que deban adoptarse para asegurar la certidumbre y autenticidad del procedimiento.
En supuestos urgentes, tratándose de delitos graves, el Fiscal de Instrucción podrá

Ordena la **intercepción de correspondencia**, su apertura y examen, el secuestro de la que tuviere relación y la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedirlas o conocerlas (arts, 227, 228 y 229); también cuando se presuma la existencia de una asociación ilícita, decretará fundada e inmediatamente la medida de la intervención de las comunicaciones de los sospechosos (art. 229 bis - ley 6730).

Conforme art. 282 cuando se solicitare el **mantenimiento de libertad del imputado** y fuere denegada por el Fiscal de Instrucción, interviene el Juez de Garantías cuando se hubiere ocurrido ante su instancia, a su vez, su resolución podrá ser apelada. Dicha oposición tramita conforme art. 350 (ley 6730)[18].

Incomunicación: **El art. 285 establece que solo el Tribunal podrá decretar la incomunicación del detenido**, cuando existieren motivos que se harán constar, para temer que entorpecerá la investigación.

---

peticionar la orden de allanamiento telefónicamente al Juez de Garantías. La mencionada comunicación no podrá ser delegada por el fiscal de instrucción a ningún funcionario judicial. El Juez de Garantías, dictará el decreto autorizando el allanamiento, a través de los medios de comunicación establecidos en el párrafo anterior. El Fiscal de Instrucción deberá acompañar el preventivo dentro de las 48 horas de realizada la medida.

En caso de ser necesario por la complejidad del asunto, el Juez de Garantías podrá librar la orden consignando únicamente su parte dispositiva, difiriéndose los fundamentos de la misma. Ésta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de 24 horas a contar del momento de libramiento de la orden, debiendo notificarse por escrito los fundamentos al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse la medida.

Cuando por existir evidente riesgo para la seguridad de los testigos del procedimiento, fuese necesario que la autoridad preventora ingrese al lugar primeramente, se dejará constancia explicativa de ello en el acta, bajo pena de nulidad.

Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente.

18 **Artículo 282.-** *Mantenimiento de libertad.* Toda persona que se creyere imputada en una investigación, podrá presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración.

Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del artículo 284. Regirá el artículo 290 in fine.

Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350). La resolución de éste será apelable.

Prisión preventiva: Conforme art. 293 (ley 6730), corresponde su dictado al Juez de Garantías previo dictamen del Fiscal de Instrucción que así lo requiera, siempre que existan elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de efectuada su imputación, bajo pena de nulidad, el magistrado dispondrá su prisión preventiva, en los casos previstos por la norma.

Cesación de la prisión preventiva: Si bien el art. 295 no es lo suficientemente claro, efectuando una interpretación sistemática de la ley 6730 se entiende que como fue el Juez de Garantías quien ordenó la prisión preventiva, éste es quien debe disponer su cesación. También puede ser dispuesta por el Tribunal para los casos de excesos en su duración previstos por la norma citada.

Revocación: Ordena revocar la libertad recuperada por cese de prisión preventiva, cuando no cumpla las obligaciones impuestas por el art. 280, realice preparativos de fuga o nuevas circunstancias exijan su detención. En forma semejante cuando concurrieren los extremos del art. 293 (ver art. 296).

Internación provisional: Si fuere presumible, previo dictamen de dos peritos, que el imputado padecía en el momento del hecho de alguna enfermedad mental que lo hace inimputable, el Juez, a requerimiento del Fiscal de Instrucción o de oficio, podrá ordenar provisionalmente su internación en un establecimiento especial (art. 299 - 6730).

Ampliación del plazo del secreto de sumario: Cuando la gravedad de los hechos y la dificultad de la investigación exijan que el secreto sea mantenido hasta otro tanto, se requerirá autorización al Juez de Garantías (parte pertinente del art. 324). Es decir que puede ampliar el plazo de mantenimiento del secreto de las actuaciones, a pedido del Fiscal.

Archivo de actuaciones: En caso que el Fiscal de Instrucción lo disponga y exista oposición de las partes, será el Juez de Garantías quien deberá resolver.[19]

---

[19] **Artículo 346.-** *Archivo***.** El Fiscal de Instrucción dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en

Control jurisdiccional: Conforme lo establecido por el art. 345 del CPP - ley 6730, en cualquier momento, el imputado podrá solicitar directamente al Juez de Garantías la aplicación de los arts. 281, 292 y 295, quien requerirá de inmediato las actuaciones y resolverá en el término de 24 horas. La resolución será apelable por el fiscal de instrucción o el imputado sin efecto suspensivo. Cabe destacar que el art. 281 trata de casos de restricción de la libertad, imponiendo que se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley y reitera, en cierta medida, lo previsto por el art. 345, al indicar que el imputado siempre tendrá derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos por los incs. 1 y 2 del artículo 293.

Es decir que el control jurisdiccional equivalente a la intervención del Juez de Garantías, será operativo en todo momento en que lo requiera el imputado o su defensa técnica, cuando se le hayan impuesto medidas de restricción de la libertad, y reitera los fines de las mismas: asegurar la prueba (evitar el entorpecimiento probatorio) y la aplicación de la ley (sujetarlo al proceso evitando su fuga o neutralizándola).

En cuanto a la remisión del art. 345 al 292, este último trata del recupero de libertad y detalla los supuestos en que debe ordenarse.[20] Con relación al art. 295, trata sobre la cesación de la prisión preventiva, tema al que se ha hecho referencia.

---

ella contenido no encuadre en una figura penal. En este último caso, si se hubiere recibido declaración como imputado a alguna persona, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 351 tercera parte y 353 inciso 2). En todos los casos, las partes podrán oponerse a la decisión del Fiscal. Cuando mediare discrepancia del Juez de Garantías regirá el artículo 362. El archivo dispuesto por el Juez será apelable por el querellante que se hubiere opuesto, salvo el caso del artículo 362. Regirá el artículo 470, y si la decisión del Juez fuese revocada, otro Fiscal de Instrucción proseguirá con la investigación.

20 **Artículo 292.-** *Recuperación de la Libertad***.** En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado, cuando: 1.- Con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (283 - primera parte). 2.- La privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código. 3.- No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva. 4.- Prima facie hubiere actuado justificadamente.

Proposición de pruebas: Para el caso que alguna de las partes proponga diligencias probatorias, el Fiscal podrá rechazarlas cuando no las considere pertinentes ni útiles, en este caso podrán ocurrir ante el Juez de Garantías en el término de tres días (art. 347 - 6730).

Prisión preventiva: En el término de diez días a contar desde la imputación, el Juez de Garantías por decreto fundado y con arreglo a los requisitos del artículo 294, y a petición de parte, dispondrá la prisión preventiva, cuando concurran las causales del artículo 293.

La resolución de éste será apelable por el Fiscal y el imputado (art. 348).

Prórroga de plazos de la investigación fiscal: Cuando el Fiscal requiera más tiempo para practicar la investigación, solicitará su ampliación al Juez de Garantías y en supuestos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá ser por doce meses más.[21]

Oposición al requerimiento fiscal de instrucción u otras oposiciones: El art. 350 del CPP (ley 6730), establece que el Juez de Garantías resolverá en el término de tres días el incidente.[22]

Dictar sobreseimiento: Conforme lo establece el art. 351 (ley 6730), el Juez de Garantías es quien dicta el sobreseimiento durante la investigación fiscal y para el caso de desacuerdo ente éste y el Fiscal, rige el art. 362 (se elevarán las actuaciones al Fiscal de Cámara de Apelación o Fiscal de Cámara del Crimen).

---

21 **Artículo 349.-** *Duración.* La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271. Si resultare insuficiente, el Fiscal podrá solicitar prórroga al Juez de Garantías, quien podrá acordarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta doce meses más.

22 **Artículo 350.-** *Oposición. Trámite.* En los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o requerimiento del Fiscal de Instrucción, ésta se deducirá ante quien la dictó en el término de tres días, salvo que se establezca otro trámite. Si el Fiscal mantuviera su decisión, elevará la oposición en igual término ante el Juez de Garantías, junto con las actuaciones y sin perjuicio del cumplimiento de los actos urgentes de investigación. El Juez resolverá en el término de tres días.

Juicio abreviado inicial: Desde la oportunidad de la primera aprehensión o detención del imputado (art. 290) y su comparendo ante la autoridad judicial competente hasta la clausura de la investigación penal preparatoria (que ocurre cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene, art. 363); el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión y será el Juez de Garantías quien resolverá.[23]

Resolución de la oposición al requerimiento fiscal de citación a juicio: En caso que la defensa se oponga instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal, el Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días.[24]

---

23 **Artículo 359.-** *Juicio abreviado inicial.* Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 290, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuviere de acuerdo el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la imputación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado, y en los elementos de prueba que existieren, se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por los artículos 419 y 420.
El Juez de Garantías, previo a requerir la confesión circunstanciada del imputado, o la aceptación de la imputación, que es reformable, le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado.
El Juez de Garantías fundará la sentencia en los elementos de prueba reunidos. No se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal.
Si el Juez de Garantías, no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción conforme al artículo 420. De haber mediado confesión del imputado no podrá ser tenida en cuenta a ningún efecto y se desglosará.

24 **Artículo 361.- Elevación a Juicio.** El Juez resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciere lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto por el artículo 294. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse con respecto a todos, aunque el derecho que acuerda el artículo 360 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno. Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por simple decreto al Tribunal de juicio.
El auto de elevación a juicio será apelable por el defensor que dedujo la oposición.

El querellante particular en la Provincia de Mendoza

Atribuciones generales: El art. 106 del C.P.P. (ley 6730) establece en su parte pertinente que el querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este código.

Esta es la atribución central del querellante particular en el proceso. Otras atribuciones procesales:

Artículo 346 - Archivo (Ley 6730). El Fiscal de Instrucción dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en ella contenido no encuadre en una figura penal. En este último caso, si se hubiere recibido declaración como imputado a alguna persona, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 351 tercera parte y 353 inciso 2). En todos los casos, **las partes podrán oponerse a la decisión del Fiscal** (entre éstas el querellante). Cuando mediare discrepancia del Juez de Garantías regirá el artículo 362.

Es decir que el archivo dispuesto por el Juez será apelable por el querellante que se hubiere opuesto, salvo el caso del artículo 362.

En este supuesto, regirá el artículo 470, y si la decisión del Juez fuese revocada, otro Fiscal de Instrucción proseguirá con la investigación.

Es decir que para poder impugnar la decisión de archivo, para que ejerza sus derechos y facultades, el ofendido debe constituirse en querellante particular, es decir debe presentar el escrito que requiere el 103 de la ley 6730 y su presentación correrá el trámite de ley, previa vista al imputado para que se oponga y luego el Fiscal de Instrucción o Juez de Instrucción (6730-1908) resolverán admitirlo. Durante el tiempo en que el ofendido se constituyó en querellante hasta el dictado de la resolución que lo tiene por parte, es discutido si el querellante podrá ofrecer pruebas y participar en el proceso. Sin embargo, partiendo de la vigencia de las garantías de tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción, entiendo que debería admitirse su participación, desde el momento en que presentó su pedido de ser parte procesal conforme al art. 103 del C.P.P. (6730), toda vez que las facultades de participación para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado con-

forme art. 106, no están supeditadas, ni condicionadas o suspendidas por otra norma del mismo cuerpo legal. Sin embargo, para el caso que hubiere oposición y fuera admitida, los actos procesales en que intervino podrían ser atacados de nulidad o de otra sanción procesal por el defensor. Su validez dependerá de las características, naturaleza y efectos de los mismos y del grado de participación e injerencia que tuvo el querellante, por cuanto se debe partir del principio de validez de los actos del procedimiento, salvo que afecten garantías constitucionales.

Para el caso que se hubiere propiciado el archivo, el Querellante puede oponerse a la decisión Fiscal y si se mantuviere la discrepancia, será el Juez de Garantías quien deberá resolver. Esta decisión podrá ser motivo de recurso de apelación por el querellante, con la particularidad fundamental que debe cumplirse el procedimiento previsto por el art. 470 del mismo cuerpo legal, que dice: **Artículo 470 - Dictamen Fiscal.** *Cuando el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, se correrá vista al Fiscal de Cámara en cuanto se reciban las actuaciones para que, en el término perentorio de cinco días,* ***exprese si lo mantiene o no. Su silencio implicará desistimiento.*** *Cuando el Fiscal desista y no haya otro apelante o adherente, las actuaciones serán devueltas enseguida por decreto.*

Es decir que si fue el querellante particular quien interpuso el recurso de apelación contra el resolutivo del Juez de Garantías que ordenó el archivo de la causa, tal recurso debe ser mantenido expresamente por el Fiscal de Cámara, a tal punto que su silencio implicará desistimiento de la impugnación. Por consiguiente para esta etapa procesal, el legislador ha supeditado la facultad impugnativa del querellante, a la voluntad del Fiscal de Cámara, lo que merece cuestionamientos si se compara esta norma con la corriente jurisprudencial predominante, posición consolidada a partir del caso SANTILLÁN de la CSJN, donde le confirió facultades al querellante de mantener la acusación en solitario. Con más razón podría mantenerse el recurso ante la Cámara de Apelación Penal contra el auto de archivo.

Lo propio acontece con la **impugnación que el querellante puede formular contra el dictado del sobreseimiento**, conforme lo es-

tablece el art. 355 del CPP (Ley 6730)[25]. En este caso, si el Juez de Garantía dictare el sobreseimiento, el querellante podrá interponer en su contra recurso de apelación, pero correrá con la misma suerte que el supuesto anterior, es decir estará supeditado a la voluntad y decisión del Fiscal de Cámara. Si éste mantiene la impugnación ante el Tribunal de alzada, tendrá trámite, en cambio si no lo hace, el recurso quedará desierto. Son aplicables para este supuesto, la crítica que se formuló precedentemente.

Para el caso que tuviera inicio la investigación y fuera admitido como parte, el querellante particular podrá proponer diligencias y medios de prueba, participar en aquellos que pueda hacerlo, interponer las excepciones previstas (arts. 351 a 359 Ley 1908 o arts. 19 a 25 ley 6730). También podrá solicitar y formular pedidos de sanciones procesales de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, instar la producción de actos procesales y procurar el impulso del proceso. **En síntesis, el querellante en esta etapa tiene las siguientes facultades:**

En general, goza de **amplias facultades** (art. 106 C.P.P. ley 6730).

Puede formular denuncias y en ese mismo acto u otro posterior, solicitar la constitución de parte, con los requisitos exigidos por el art. 103 ley 6730. Al formular denuncias podrá peticionar al Fiscal de Instrucción su avocamiento y el ejercicio de la acción penal según el sistema del C.P.P (ley 6730), o solicitar al Fiscal que requiera formalmente la instrucción según el sistema del C.P.P. ley 1908 (2da y 4ta circunscripciones Judiciales de Mza).

Puede estar presente en el momento de la intimación o indagatoria y participar de la audiencia: sobre el particular se ha pronunciado la jurisprudencia de la 2da Circunscripción Judicial (T.P.M.) al sostener que puede el querellante particular intervenir en el acto de la indagatoria, y se respondió al interrogante diciendo

---

25 ***Artículo 355.-*** *Apelación.* La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y, salvo el caso previsto en el artículo 362, por el querellante particular. En este último supuesto regirá lo dispuesto por el artículo 346 último párrafo. Podrá recurrir también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el artículo 353 o cuando se le imponga una medida de seguridad.

que *Entendemos que sí, y que la razones de tal concepción consulta fundamentos político-criminales, como también dogmáticos-jurídicos. En este sentido, el criterio fundamental que debe regir la determinación de las facultades que la ley procesal le reconoce al querellante particular, viene dado por el art. 106, primer párrafo del C.P.P, que establece: "El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este Código…" el mismo reproduce el texto del art. 94 del C.P.P. de Córdoba, el cual al ser comentado por Cafferata Nores, afirma que se le reconoce al particular acusador iguales atribuciones que al imputado y su defensor, para procurar y producir pruebas de cargo a los fines de acreditar la existencia del delito y la participación punible del imputado; para controlar activa, personalmente y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de esos elementos probatorios y los de descargo que aporte el acusado; y para argumentar ante los jueces que los recibieron y frente al público sobre la eficacia conviccional positiva o negativa de todos ellos en orden a los hechos contenidos en su acusación o los afirmados por la defensa y sus consecuencias jurídico penales, para tener de tal modo la oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que el querellante defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del imputado (Conf. CAFFERATA NORES, José I., TARDITTI, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Ed. Mediterránea. 2.004, Tomo I, pág. 303).*

En este mismo sentido, también coincide la profesora Belén Salido, quien señala: "…la norma sólo demanda a contrario sensu una interpretación extensiva de las disposiciones procesales en materia de ejercicio de derechos atribuidos, pero de ningún modo una ampliación de sujetos legitimados para el ejercicio de derechos que la ley ritual confiere. Sintetizando esta reflexión: creo que lo que la ley permite, o más aún, exige es ampliar el espacio de atribuciones procesales, pudiendo incluso admitirse la analogía para satisfacer tal propósito, pero no crear por esa vía nuevos titulares de esas facultades…" (Conf. SALIDO, Belén, en "Temas del Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza", p. 149 y ss., Ed. Morcos).

La ley consagra entonces, respecto de éste sujeto eventual, una injerencia en el proceso penal que la equipara al imputado y su

defensor. Las facultades genéricamente comprendidas en las facultades conducentes a la acreditación del hecho delictuosos y la responsabilidad del imputado que la norma menciona, se ejercen mediante un cúmulo de poderes que el Código le confiere con dicha finalidad (v.gr. proponer diligencias) y si bien como sostiene la defensa no está específicamente prevista su intervención entre los sujetos que pueden asistir al acto de la indagatoria, no es porque no sea un sujeto imparcial…. En pocas palabras, el instituto del querellante particular se orienta a permitir la participación en el proceso del ofendido penalmente por un delito de acción pública, como una forma de insuflar dinamismo a la persecución oficial, facilitando la punición del penalmente perseguido, mediante una actividad orientada a la acreditación del hecho delictuoso y la responsabilidad del imputado, y en consecuencia de su especial rol, ***no se advierte limitación alguna para que esté presente en el acto de la indagatoria, sobre todo porque en este acto es donde se lo intima del hecho y la calificación legal que constituye la base de la acusación****.* (Tribunal Penal de Menores, 2da. Circunscripción Judicial, San Rafael (Mza), 17 de marzo del 2015).

Atribuciones para Ofrecer diligencias probatorias y para el caso que no fueren admitidas por el Fiscal, podrá ocurrir al Juez de Garantías (art. 347 ley 6730); facultad que encuentra limitaciones en el sistema mixto, por el art. 210 del C.P.P. Ley 1908, porque impide recurrir lo que disponga el Juez de Instrucción contra el decreto que rechace prueba que considere impertinente o inútil.

Participar en la producción de pruebas definitivas e irreproductibles, previa notificación obligatoria, de acuerdo a la normativa precedentemente señalada.

Intervenir en la producción de otras pruebas. Deducir objeciones u oposiciones contra los actos del Fiscal de Instrucción.

Proponer peritos y puntos de pericia cuando fueren ordenadas pruebas periciales o solicitar su reproducción para casos de urgencia. Impugnar u oponerse a las pretensiones del imputado.

Puede solicitar la imposición de las sanciones procesales que corresponda, planteando incidentes de nulidad.

Presentar excepciones que se ajusten a sus intereses (previo y especial pronunciamiento) y como sujeto procesal, debe ser

notificado si otra de las partes interpone excepciones, al igual que podrá impugnar la resolución que la admita o rechace contra sus pretensiones.

Solicitar la imposición de medidas de coerción personal o real, en uso de sus atribuciones generales (aspecto controvertido por parte de la doctrina).

Impugnar y recurrir las resoluciones que lo afecten (art. 452 CPP ley 6730).

Intervenir en los pedidos de alguno de los criterios de oportunidad: el art. 106 último párrafo de la ley 6730 se establece que *En los casos que se resuelvan conforme al art. 26, podrá intervenir, sin facultad de recurrir.* Esta atribución es, por cierto, merecedora de variadas críticas y lo ha sido a partir del transcurso de los años desde su redacción, a pesar que la S.C.J.M., ha sostenido el carácter adhesivo del querellante particular, durante la investigación penal preparatoria y que el estado tiene y ejerce el monopolio de la acción penal por intermedio del Ministerio Público Fiscal. La mayor crítica se debe a que no se le ha otorgado el derecho de recurrir la resolución que se dicte al aplicar uno de los criterios de oportunidad vigentes, lo que implica que el querellante podrá oponerse al pedido de un criterio de oportunidad de los previstos por el art. 26 (ley 6730), sin embargo no tiene reconocida la facultad de impugnar la resolución que se dicte. Se trata de una regulación procesal que ha mantenido nuestro C.P.P., muy discutida por la doctrina y jurisprudencia reciente sobre todo a nivel nacional y de otras provincias e incluso por las tendencias de la C.I.D.H., desde el cabal reconocimiento de las garantías de tutela judicial efectiva y acceso pleno a la jurisdicción, en el sentido que todo ciudadano tiene el derecho de acudir a un tribunal y provocar que entienda y resuelva el caso concreto y/o su petición, como lo sería en la especie que tratamos. Es una norma de dudosa constitucionalidad, además de carecer de correspondencia y de conexión con otras atribuciones mayores que se confirieron al querellante particular como la de recurrir el archivo y el sobreseimiento, o la de acusar en solitario al final del debate oral según el criterio sentado por el CSJN in re Santillán, mientras que en dirección contraria a tales garantías, se coartaría su tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción, al impedirle que impugne el resolutivo sobre criterios de oportu-

nidad. Es decir que el último párrafo del art. 106 es incoherente con el resto de las disposiciones legales y con los criterios que se vienen pronunciando en la jurisprudencia nacional, al impedirle el derecho al recurso respecto a criterios de oportunidad.

En cuanto a la intervención efectiva, el ofendido puede ser representado por un Abogado Oficial del Querellante Particular, conforme lo ha previsto la ley Orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Mendoza, Nº 8008, en su art. 38 al establecer que los abogados Oficiales patrocinarán ante los Tribunales, cuando les sea requerido, a las personas que se constituyan como querellantes particulares por haber sido víctimas de delitos que merezcan pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres años, en tanto invoquen y justifiquen pobreza. Patrocinarán a sus familiares directos, cuando del delito resulte la muerte o incapacidad de aquellos. Deberán evacuar consultas y procurar, en la medida de lo posible, las formas de conciliación previstas en el art. 12 de esta ley (mediación y conciliación), para la solución pacífica de los conflictos. Deben ser notificados en sus despachos de las providencias dictadas por Jueces o Tribunales. Sin embargo esta norma no se ha hecho efectiva y la actuación de estos abogados, no se ha logrado en toda la Provincia de Mendoza.

Notificación de la fecha de audiencia para informar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra un auto de procesamiento, de conformidad a lo resuelto por la S.C.J.M., en autos F. c/Flores Barroso, Luis Rubén (24-11-2003), L.S. 332-062, donde se sostuvo que *el momento para oponerse a la nulidad del auto de procesamiento…en el momento del agravio, era el de la oportunidad para informar.* En consecuencia **la Cámara tiene el deber de notificar la fecha de esa ocasión procesal a todos los interesados en el acto; ya que de otro modo se vulnera el contradictorio,** y con ello los derechos constitucionales de quien se margina de esa posibilidad. En consecuencia la exclusión conmovió la garantía constitucional del debido proceso legal que también concierne a este sujeto procesal de acuerdo a la doctrina sentada por la SCJM en L.S. 306-97; 317-5, y por lo tanto resolvió la anulación de los actos viciados. De esta conclusión que resulta ser muy significativa, es posible inferir distintos supuestos: **A.** Si en el trámite de un recurso de apelación contra un auto de procesamiento (que dicho sea de paso, casi siempre lleva consigo la prisión preventiva, art. 312 ley 1908), debe notificarse al querellante para que ejerza la

facultad de informar, es decir, de oponerse al recurso intentado por la defensa, también entonces (por cuestiones de coherencia) el querellante debe ser notificado en primera instancia, del auto de procesamiento y prisión preventiva. **B.** Deberá ser notificado además, de cualquier otra medida de coerción personal que se imponga al imputado. **C.** Podrá recurrir por apelación el auto de prisión preventiva o de procesamiento y prisión preventiva, cuando fuera contrario a sus pretensiones. Sin embargo, esta postura no es pacífica y se ha propiciado la no intervención del querellante en los actos correspondientes a la imposición de medidas de coerción[26], por las razones que apunta la autora citada.

Facultades de Impugnación: Otra norma importante es el art. 452 de la ley 6730 que dice: *Recursos del querellante particular. En los casos establecidos por la ley, el querellante particular podrá recurrir las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses.*

Aquí no se condiciona esta facultad al mantenimiento del recurso por parte del Ministerio Público Fiscal. Es decir que el querellante podrá interponer recursos contra las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses actuando autónomamente, sin que el trámite de la impugnación necesite de la validación o pronunciamiento del Ministerio Fiscal en el mismo sentido.

Durante el juicio común y actos preliminares: puede intervenir en todos los actos comprendidos por el art. 364 del CPP, lo que implica: que debe ser notificado de la clasificación de la causa a los fines de la asignación del ejercicio de la jurisdicción a salas unipersonales o a la Cámara en Colegio, en orden a lo dispuesto por los arts. 44 y 46 inc. 1 CCP.; será notificado de la citación a las partes bajo pena de nulidad, para que comparezca a juicio, examine las actuaciones, documentos, y objetos secuestrados e interponga las recusaciones que estime pertinentes. Podrá presentar lista de testigos y peritos y/o manifestar que se conforma con que en el debate se lean las pericias de la investigación (art. 367). También puede **Requerir Investigación Suplementaria:** de acuerdo con el art. 369, el querellante particular podrá requerir la realización una investigación suplementaria mediante el cumplimiento de los actos que detalla esa norma y si la hubiere solicitado otra parte, éste debe ser

26 SALIDO, Belén, en *Temas del Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza,* Morcos, Mendoza, p. 148 y ss.

notificado bajo sanción de nulidad. Puede deducir **excepciones:** conforme art. 370 del CPP**,** el querellante particular podrá deducir las excepciones que no se hubieran planteado con anterioridad.

Para destacar, son las facultades procesales durante la **Audiencia de debate:** debe ser notificado de la fecha de audiencia de debate, una vez iniciado éste, puede: **A. interponer cuestiones incidentales (art. 377 inc. 1). B. Deducir las nulidades** a que se refiere el inc. 2 del art. 201, es decir las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate. Es decir respecto de todos aquellos actos previstos a partir del art. 364 hasta la apertura del debate (art. 385). **C. Otras cuestiones:** en esa misma oportunidad podrán formularse otras cuestiones referentes a incompetencia territorial, unión o separación de juicios, admisibilidad o incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes, y a la presentación o requerimiento de documentos, podrá plantearse en la misma oportunidad también con sanción de nulidad. Como consecuencia de esta atribución y por aplicación del principio contradictorio, el querellante particular podrá contestar e intervenir en otras cuestiones incidentales planteadas por las demás partes y oponerse a las del imputado cuando sean contrarias a sus pretensiones. **Referentes a las declaraciones del imputado:** Cuando el acusado hubiere declarado sobre el hecho, se le podrán formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones, por lo tanto el querellante podrá ejercer esta facultad procesal.

En cuanto a cuestiones incidentales: ya se ha informado que el querellante particular tienen facultades para intervenir en las cuestiones incidentales que fueren deducidas por las otras partes del proceso, a efectos de hacer valer sus pretensiones de conformidad con el art. 386 del CPP, a pesar que el último párrafo de esta norma no menciona al querellante, al decir que *en la discusión de las cuestiones incidentales, el Fiscal y el defensor de cada parte , hablarán solamente una vez, por el tiempo que establezca el presidente.* Sobre este punto, parece que la doctrina no tiene mayores discrepancias, a pesar que el artículo no incluyó expresamente a las partes.

Referente a las pruebas durante la audiencia del debate: podrá estar presente en la lectura de la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos e incluso interrogarlos para el caso que fueren citados (art. 395); intervendrá en el examen de los testigos

sin perjuicio de la obligación que tienen de declarar como tal para el caso que así fuere dispuesto por el presidente del Tribunal a petición de las partes. Podrá concurrir a domicilios del testigo o perito que no compareciere por legítimo impedimento, para examinarlo (art. 397). Podrá examinar otros elementos de convicción secuestrados que se presenten (art. 398), y podrá como se ha dicho, formular preguntas a testigos, peritos o intérpretes e incluso recurrir ante la misma Cámara cuando el presidente rechace toda pregunta que considere inadmisible (art. 399 CPP). Podrá intervenir en la lectura de declaraciones testimoniales de personas que hayan depuesto durante la investigación penal preparatoria e instrucción formal y peticionar su lectura (art. 400 CPP). Igual facultad le asiste respecto de la lectura de actas y documentos (art. 401 CPP), asistir a las inspecciones oculares (art. 402) y requerir nuevos medios de prueba si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva, e incluso ordenarse nuevas operaciones periciales con igual fin (art. 403 CPP).

El querellante y la ampliación del requerimiento fiscal

El **a**rt. 391[27] del CPP (ley 6730) no le ha conferido atribuciones al querellante para ampliar la acusación durante el debate, lo que constituye otra falta de coherencia en el sistema elegido, que le coarta facultades al ofendido y no se compadece plenamente con un sistema acusatorio y adversarial. Las tendencias de la jurisprudencia impulsadas a partir del fallo Santillán de la CSJN,

---

27 El art. 391 del CPP se ocupa del supuesto que traemos para su análisis. *el Fiscal deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 377. Regirá lo dispuesto por el artículo 369. El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio.*

vienen incrementando las atribuciones del ofendido como querellante particular, pues si éste puede acusar en soledad y peticionar la condena del encausado, con mayor razón podrá solicitar durante el debate, la ampliación de la acusación para resguardar la inviolabilidad de la defensa en juicio. Es una facultad que tal vez merezca un análisis más detallado, sin embargo, merece destacarse que, al menos el querellante podrá solicitar o peticionar durante el debate, que el fiscal amplíe la acusación cuando se presentaren los extremos previsto por el art. 391. En cuanto al hecho diverso, merece consideraciones semejantes (art. 392, ley 6730).

Referente a la intervención del querellante en la etapa de **Discusión final, comúnmente llamada Alegatos,** el querellante lleva a cabo una tarea de ponderación y exposición sobre el valor de la prueba incorporada a fin de procurar demostrar al Tribunal de Juicio la existencia del hecho intimado y la responsabilidad penal del acusado (si correspondiente), con la precisión o determinación de la calificación legal de o los delitos y la individualización y determinación de la pena en función de las normas penales sustantivas. Es una potestad fundamental que completa la acusación originaria existente al momento del requerimiento de elevación a juicio y que debe respetar las garantías constitucionales en especial, la congruencia entre el hecho intimado y el hecho motivo de su alegato. Especial referencia se hace en cuanto a la carga procesal (si acusa) de individualizar y determinar en su acusación la pena que requiera toda vez que se han observado ocasiones en que esta omisión ha traído serios inconvenientes procesales para el Tribunal de juicio al momento de dictar sentencia.

Querellante particular y recursos extraordinarios: facultades recursivas extraordinarias

Con respecto al recurso de casación, rige el art. 477 del CPP (6730)[28]. Para interponer recurso de casación, el querellante podrá hacerlo contra:

---

28 "*Recursos del Querellante Particular.* El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior. Deberá mantener el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia".

1. Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio.
2. Contra las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena.

No se autorizó la casación respecto a:

1. Las sentencias condenatorias.
2. Los autos mencionados en el artículo 475 (autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas).

Son aplicables estas disposiciones, con respecto al recurso de inconstitucionalidad. Además cuando le fuere denegado, podrá presentarse en queja ante el otro Tribunal donde debía tramitar, para que lo declare mal denegado (art. 491). Respecto al recurso de revisión, el art. 497 lo estatuye a favor del condenado y además también podrá deducirlo el Ministerio Público.

En general, respecto de los recursos extraordinarios que puedan ser planteados por el querellante particular en un delito de acción pública, puede sostenerse que, luego de las reformas introducidas por las leyes 7007 y 7116, este sujeto procesal puede actuar con autonomía, sin necesidad de la confirmación del planteo por el Procurador General de la Corte, aunque el representante del Ministerio Público Fiscal no hubiere seguido el mismo camino ni planteado impugnaciones de esta naturaleza; todo ello sin perjuicio que los fiscales gozan de mayores atribuciones en cuanto a las resoluciones recurribles y el querellante solo podrá hacerlo contra las mencionadas precedentemente (sobreseimientos, sentencias absolutorias), donde puede destacarse que las sentencias condenatorias no podrán ser materia de su recurso para el caso que no estuviere de acuerdo con la pena impuesta, al igual que otras decisiones jurisdiccionales que puedan afectar sus pretensiones, tal cual se dijo antes (autos mencionados en el artículo 475, que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas). A la luz del avance jurisprudencial que paulatinamente y en forma lenta, viene reconociendo mayores atribuciones procesales al que-

rellante particular, esta limitación procesal el CPP de Mendoza, es objetable y sujeta a serias críticas constitucionales. Para destacar es la opinión calificada del Dr. Eduardo Jauchen, quien sostiene que el querellante no puede recurrir contra la sentencia absolutoria y las leyes procesales que así lo determinan serían inconstitucionales porque la Constitución y los Tratados Internacionales únicamente conceden la garantía de recurrir sentencias a toda persona inculpada de un delito o declarada culpable de delito, conforme a los arts. 8.2. h de la C.A.D.H. y 14.5. del P.I.D.C.P.; y que la Comisión I.D.H. dictaminó que el recurso es un medio establecido a favor del inculpado a quien se le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa…que no está permitido que la parte acusadora pueda recurrir la sentencia (cita el informe 17/94 caso 11.086 Argentina). Que el recurso es solo una garantía consagrada para el inculpado[29]. Sin embargo, se le ha objetado que omitió el análisis desde este punto, del art. 8.1. de la C.A.D.H., que habla de los derechos de toda persona, no solo del acusado o condenado, y existen otros informes de la Comisión Interamericana de D.H. que han reconocido expresamente el rol del ofendido en el proceso y sus facultades procesales de participación al sostener que la víctima o su representante tienen derecho a querellar en el juicio penal, y que el acceso a la jurisdicción es un derecho fundamental del ciudadano (ver Informe 28/92 del 2-10-1992), por lo tanto si el inculpado o acusado y condenado en un proceso penal tiene derecho a plantear recursos extraordinarios, también lo tiene o lo debe tener la víctima, por principios elementales de justicia, igualdad y equidad que deben regir en todos las leyes formales procesales.

Por su parte, la C.S.J.N. se ha pronunciado en autos "Carro, Evangelista, Delia y Otros (9/3/2004) y "Juri, Carlos Alberto" 27-12-2006, sentando la siguiente doctrina: la garantía de la doble instancia judicial ….no se encuentra dirigida exclusivamente a quien resulta imputado del delito sino también a otras partes legalmente constituidas …como lo es el caso de la presunta víctima de un delito devenida en querellante… al reconocer el derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior no distingue entre el in-

29 Jauchen, Eduardo, *Derechos del Imputado,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

culpado y las otras partes …- El rechazo de un recurso de casación fundados en los límites objetivos de punibilidad considerando exclusivamente el quantum de la especie punitiva de mayor gravedad prevista en la escala penal, es una postura que se revela como un proceder claramente arbitrario en la medida que se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el debido cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8 apartado 1 y 25 de la C.A.D.H., la cual por cierto este tribunal no comparte en razón de los fundamentos expuestos en el caso Arce (fallos 320:2145).

Atribuciones del querellante en el juicio abreviado

El C.P.P. de la Provincia de Mendoza regula dos clases de juicios abreviados: inicial y común o final. El primero está contemplado por el art. 359, donde no considera la participación del querellante en ese trámite, lo que, como se viene tratando, sería cuestionable desde el punto de vista constitucional.

Respecto del juicio abreviado común o final, previsto por el art. 419 del C.P.P. ley 6730, establece que **se escuchará a la víctima, pero su criterio no será vinculante**. Si existiere actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero.

La doctrina ha formulado objeciones a esta forma de redacción del artículo porque no trata del querellante sino de la víctima y la noción y el alcance del término "víctima" es mucho más extensa que la del querellante, aunque es obvio que si en el proceso penal, existe querellante particular constituido en parte, deberá ser escuchado. Ahora, cual es el sentido y que efectos jurídicos tiene esta disposición procesal, ya que solo impone la obligación del tribunal de escuchar a la víctima remarcándose que su criterio no será vinculante. Sin perjuicio de esto, se entiende que, de resultar desfavorable a sus pretensiones la resolución que se dicte en juicio abreviado, el querellante particular podrá evaluar si la impugna en atención a las disposiciones supranacionales y criterios de la CSJN que se han mencionado antes.

Actuación del querellante en el juicio correccional

El juicio correccional en la Provincia de Mendoza, lo regula el art. 417 del CPP ley 6730, que a su vez remite a las normas del juicio común, con las salvedades que los términos del art. 371 serán de tres y quince días respectivamente y el último párrafo del art es el que más nos interesa. Dice: Nunca podrá el Juez Correccional condenar al imputado si el ministerio público no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida.

Esta disposición ha dejado totalmente de lado al ofendido penalmente por el delito si es parte querellante en el proceso, al punto tal que no lo habilita para impugnar la sentencia cuando fuere contraria con sus intereses. Por todo lo señalado con anterioridad, el avance de la jurisprudencia tanto de la CJN como de otros tribunales nacionales y la doctrina judicial que sus fallos han sentado, viene a poner en crisis esta norma, principalmente por el fallo Santillán, donde el máximo tribunal del país habilitó la acusación de la víctima a pesar de la inexistencia de ésta por parte del Ministerio Público Fiscal.

La Dra. María Belén Salido (obra citada) convalida esta crítica citando el fallo de la S.C.J.Mza in re Arraigada Álvarez, que en su parte pertinente dice: "*…esta situación procesal del querellante particular conlleva necesariamente a la conclusión, que éste tiene derecho a que sus pretensiones sean consideradas y resueltas por el Tribunal de mérito. Esto es así porque su calidad de sujeto procesal lo impone…*"

Actuación del querellante particular en el procedimiento de flagrancia

Este proceso especial está contemplado por los arts. 439 bis y siguientes del C.P.P. (Ley 6730)[30], que en su parte pertinente dice:

30 "En los casos en que se procediera a la aprehensión in fraganti del prevenido conforme regulan los artículos 287 y 288 de este Código, y siempre que se trate de delito doloso que no sea competencia de la Justicia Correccional y no supere la pena de quince (15) años de prisión o reclusión, o concurso de delitos que no

La instancia del querellante particular sólo podrá formularse ante el Fiscal de Instrucción, desde la iniciación de las actuaciones y hasta la finalización de la primera audiencia, y en caso de oposición se resolverá la misma en esta audiencia y con vista a las partes.

Como puede observarse, el tiempo que tiene disponible la víctima para constituirse en parte querellante, es sumamente corto, ya que podrá hacerlo en el primer día hábil después de la aprehensión in fraganti. Podrá admitirse su intervención cuando se presente la constitución de parte una vez iniciado el proceso, durante días inhábiles, antes del primer día hábil posterior a la aprehensión in fraganti, como es frecuente que ocurra en casos de personas aprehendidas un viernes por la noche y al lunes siguiente son presentadas ante el Juez de Garantías para que declare el caso de flagrancia. En esa oportunidad se resolverá la constitución del querellante y se existieran oposiciones también serán tratadas y resueltas en esa primera audiencia.

Para el caso que en dicha audiencia, luego de admitida la constitución de querellante el imputado optare por la aplicación del juicio abreviado inicial, se presenta evidente un problema con la re-

---

superen dicho monto, el Fiscal de Instrucción formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado frente al Juez de Garantías y con la presencia del defensor.

En dicha audiencia el Juez de Garantías declarará el caso como en flagrancia. Su resolución será irrecurrible. Quedará habilitada la acción civil ante el fuero correspondiente. *La instancia del querellante particular sólo podrá formularse ante el Fiscal de Instrucción, desde la iniciación de las actuaciones y hasta la finalización de la primera audiencia, y en caso de oposición se resolverá la misma en esta audiencia y con vista a las partes.*

Se efectuará la imputación formal (art. 271 y conc. del Código Procesal Penal) y se revisará con vista a las partes la condición de detención del imputado, conforme sus planillas de antecedentes agregadas. Para resolver la misma se tendrá en especial consideración la factibilidad de la realización de la próxima audiencia.

El imputado, con asistencia de su defensor, deberá optar por la aplicación de los siguientes institutos:

1) Suspensión del Juicio a Prueba, de ser procedente. En el caso se correrá vista al Ministerio Público y sin más trámite se resolverá. El dictamen Fiscal tendrá carácter vinculante.

2) Juicio Abreviado Inicial, procediéndose en lo demás como regula el art. 359 y conc. del Código Procesal Penal.

3. Procedimiento directísimo".

gulación legal del art. 359, que no tiene prevista la intervención del querellante, sin embargo como en este caso es una derivación del procedimiento en flagrancia, el ofendido es parte procesal y podrá intervenir ejerciendo todos los derechos reconocidos por el CPP.

En el supuesto que el imputado optare por la suspensión del juicio a prueba, sin perjuicio que el dictamen del Fiscal tiene carácter vinculante, se presenta una cuestión controvertida referente al último párrafo del art. 106 (que le impide recurrir pero intervenir), ya que la suspensión del juicio a prueba se trata de un principio o criterio de oportunidad previsto por el art 26 de la ley 6730, en tanto que el art. 439 bis admite la participación del querellante. Es decir que para este supuesto, sus facultades estarían limitadas.

Querellante particular y proceso penal juvenil

El art. 103 del CPP ley 6730, establece que *Las personas mencionadas en el art. 10 podrán instar su participación en el proceso -salvo en el incoado contra menores- como querellante particular….* Por lo tanto queda en claro que el CPP prohíbe la participación del querellante particular en el proceso penal de menores previsto y regulado por la ley 6354 y modificatorias.

El asunto ha sido tratado por la doctrina en la voz de autores citados que han manifestado entre otras consideraciones que *no parece razonable la excepción que consagra esta norma: no desconocemos que el trámite referido a menores transita por reglas especiales que tienen por fin la formación de éstos mediante su protección integral, y que es el interés superior del menor el que se deberá atender, tampoco se desconocen el trato reservado que tienen las actuaciones referidas a él, pero ninguno de los derechos relativos a los menores y consagrados por la Convención de los Derechos del Niño se contrapone o resulta incompatible con los derechos que posea la víctima*[31]. Es que en realidad, si el derecho penal juvenil tiene como fin fundamental la readaptación y resocialización o educación e integración del niño, niña

31 Salido, Belén y otros, ob. cit., p. 170.

o adolescente, ello de ninguna manera se opone a que la víctima pueda intervenir en el proceso penal como querellante particular, es más, puede sostenerse todo lo contrario. La participación del ofendido puede ayudar a que el niño logre los fines del derecho penal juvenil con más facilidad y mejor control. En definitiva, esta disposición está teñida de aspectos que pueden originar severas críticas constitucionales.

Ya existen algunos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que se han pronunciado por declarar la inconstitucionalidad de disposiciones procesales que impiden el ingreso de la víctima, en carácter de querellante particular, en un proceso penal juvenil. Así lo ha sostenido el Juzgado de Menores de la Séptima Nominación de Córdoba, en auto interlocutorio número setenta y dos, de fecha tres de noviembre de dos mil seis, in re caratulados: **"Carpinello Franco Albano y ots. - p.s.a. Lesiones graves";** donde resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 91 del Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Córdoba, en tanto impide la constitución del querellante particular en el proceso incoado contra menores, por **violar la garantía de acceso a la jurisdicción consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional; art. 8 apartado 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada a la Constitución Nacional a su mismo nivel, art. 75, inc. 22**; 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y 31 de la Constitución Nacional y admitir la instancia de constitución de Querellante Particular. Cabe destacar que Dicha resolución fue confirmada por la Excma. Cámara de Acusación, mediante auto número doscientos veinte, de fecha 29 de octubre de 2007, donde se sostuvo, entre otros fundamentos de valor, que *teniendo en cuenta que la figura del querellante particular se limita a coadyuvar en la investigación con relación a la existencia del hecho delictivo y la participación en él del supuesto autor, no se vería afectado el interés del menor de autos, W. A. V., ya que* ***las medidas tutelares serían resueltas en definitiva por el Juez de Menores****, estando vedada para el querellante toda injerencia al respecto.*

"Privar a la víctima, por sí o a través de sus representantes, a intervenir como querellante particular en un proceso tramitado en contra de menores imputables no es otra cosa que privarla del acceso a la jurisdicción, consagrado implícitamente en el art. 18

de la C.N., en consonancia con lo que disponen los art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

"... la razón principal por la que el estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de " garantizar el derecho de la justicia de la víctimas ... " (Comisión I.D.H. Informe Nº 34/96, Casos 11.228 y otros, entendiendo a la persecución penal (cuando alguno de los derechos de estas haya sido violado), como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho , se identifique " a los representantes" (Comisión I.D.H. Informe Nº 5/96 Caso 10.970).

Algunos autores se han pronunciado con respecto a los fallos en comentario, e indicaron que no se advierte luego del estudio realizado, el fundamento que tuvo el legislador para impedir la constitución de la víctima en el proceso correccional de menores. *No desconocemos que el trámite referido a menores transita por reglas especiales que tienen por fin la formación de éstos mediante su protección integral, y que es el interés superior del menor el que se deberá atender, tampoco se desconoce el trato reservado que tienen las actuaciones referidas a él; pero ninguno de los derechos relativos a los menores y consagrados por la Convención de los Derechos del Niño se contrapone o resulta incompatible con los derechos que posee la víctima. Creemos que corresponde reformar la norma que impide a la víctima, en el proceso de menores, constituirse como querellante particular, o al menos se impone como necesaria la creación de una ley, que regule, como en el derecho español, la participación que le corresponde a la víctima, aunque se deban imponer limitaciones para que dicha intervención no perjudique de ninguna forma el interés supremo del menor...".*[32]

En la dirección indicada, entre las garantías constitucionales afectadas por el art. 103 del CPP de Mendoza (Ley 6730), pueden encontrarse el **debido proceso legal**, ya que al restringirse la

32 MARTÍNEZ, Félix A. ,"Derecho de menores". Algunas cuestiones procesales y constitucionales", Mediterránea, p. 102.

participación de la víctima, se impide que el proceso se desarrolle normalmente, por cuanto no se autoriza el ingreso del sujeto pasivo del delito (ofendido y/o víctima), lo que se resulta contrario a los derechos reconocidos por el mismo cuerpo legal (CPP ley 6730) en los arts. 108 y concordantes. La garantía del debido proceso legal pretende que se desarrolle con la intervención de quienes tengan un legítimo interés en participar, y la víctima lo es, por resultar ofendida además de haber sufrido los daños y consecuencias del delito.

También las garantías constitucionales de **tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción** o acceso a la justicia se afectan por el art. 103 primera parte de la ley 6730, previstas por los art. 25 y 8.1. de la C.A.D.H.; y art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, se compromete seriamente la **garantía constitucional de la igualdad ante la ley**, comprendida por el art. 16 de la C.N.: si todos los habitantes son iguales ante la ley, no ha mérito para impedir que la víctima de un delito causado por un menor de edad no pueda participar en el proceso penal juvenil, si las atribuciones de los magistrados que resolverán acerca de su eventual responsabilidad, los tratamientos tutelares y medidas socio educativas, serán plenamente imparciales e independientes para ello. Desde otra óptica, la intervención del ofendido ha de conferirle mayor transparencia al proceso.

Entre otras razones para sostener la restricción de esta garantía por parte del art. 103 primer párrafo de la ley 6730 (Mza), es la real e importante diferencia de trato que se le confiere a la víctima, al impedirle su ingreso al proceso penal juvenil. Como argumento para sostener la legitimidad del artículo cuestionado, podrá decirse que el interés superior del niño, la necesidad de establecer tratamiento y medidas adecuadas para que se integre familiar y socialmente, la imposición de medidas socio educativas, entre otros motivos, podrían ser planteados para resistirse a la participación de la víctima, e invocarse especialmente que el proceso penal juvenil no tiene por fin la punibilidad del niño, niña o adolescente infractor de la ley, aunque la misma esté prevista para casos excepcionales, luego de cumplidos los requisito legales vigentes. Sin embargo, estos argumentos carecen de la fuerza lógica necesaria para apartar al ofendido del proceso penal juvenil.

Una situación para destacar: si la víctima del delito cometido por el menor infractor también es un niño, acaso sus padres carecen del derecho a participar del proceso penal? Todos los niños deben ser tratados en igualdad de condiciones, tanto víctimas como autores de hechos delictivos. En estos casos que por cierto son muy frecuentes, la víctima menor de edad también debe contar con el derecho de participar en el proceso penal seguido respecto del infante que delinquió en su perjuicio, para que los progenitores del ofendido puedan representarlo y hacer los planteos conducentes para logar una tutela judicial efectiva del niño, niña o adolescente víctima.- Frente a este supuesto, la Convención Internacional de Derechos del Niño debe regir en igualdad de condiciones, tanto para niños víctimas como para los que tengan conflictos con la ley penal.

Se terminó de imprimir en Editorial Advocatus
Obispo Trejo 181, Córdoba
en el mes de octubre de 2015