

Poder de Policía Ambiental

Fabián O. Canda

1. Introducción [\[arriba\]](#)

Es una aspiración del Derecho administrativo del siglo XXI erigirse en una eficaz ciencia de dirección[1] abocada a la creación de estructuras reguladoras[2] que se asienten en las decisiones estructurales contenidas en la Constitución.[3] En ese marco, el “Fin social del Estado no es un simple precepto de carácter programático, sino Derecho inmediatamente aplicable”. [4]

Al profundizar en esta lógica, la cuestión ambiental implica un desafío ineludible para el Estado y para el derecho público, pues desde la Norma Fundamental, el constituyente ha incorporado el derecho al goce de un ambiente sano y ha emitido un mandato de cuidado a las autoridades de la Nación, lo que significa que todo órgano estatal -perteneciente a alguno de los poderes clásicos o extrapoder- tiene el deber de preservarlo.

El Derecho administrativo -como ciencia de dirección que procura dirigir eficazmente los procesos sociales- deberá asumir su responsabilidad en materia ambiental y garantizar a través de estructuras reguladoras, el derecho de incidencia colectiva de objeto indivisible a un medioambiente sano. A tal efecto, no podrá sino asentar aquellas regulaciones en las decisiones fundamentales contenidas en la Constitución, entre las cuales destaca -en lo que aquí interesa- la clara opción por la preservación del medioambiente efectuada en el art. 41 C.N.

Se trata, entonces, de verificar si en el marco de un poder de policía o técnica de ordenación ambiental, es posible postular la existencia de un modo de actuación de la administración (fundamentalmente a través de actos administrativos), que exija ciertos ajustes cuando su objeto recae sobre el bien jurídico “medioambiente”.

Desde esta mirada, se impone revisar el obrar de la administración en materia de policía u ordenación ambiental, visitando nuevamente la conocida categoría de “acto administrativo” como desafío ineludible de esta rama del derecho.

Ello es así, no solo porque expresamente la Constitución manda a las autoridades a tutelar y garantizar un ambiente sano, sino porque, además, hacer caso omiso de la cuestión ambiental es desentenderse de las necesidades de quienes más carecen.

2. El deber de preservar el ambiente como estándar básico de la función administrativa ambiental [\[arriba\]](#)

El art. 41 C.N. consagra el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano y, a la vez, el deber de estos de preservarlo. Ese deber recae, por cierto, también sobre el Estado, pues: “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación... de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales” (41 C.N., párr. 2°).

Cuando la Constitución alude a “las autoridades” de la Nación, se refiere a los tres poderes estatales, por lo cual el mandato de cuidado y preservación del

medioambiente alcanza a toda autoridad gubernamental en el ejercicio de las tres clásicas funciones estatales: legislativa, judicial y administrativa.

Este deber de preservar el medioambiente es el que impacta sobre el obrar administrativo, sobre su poder de policía y sobre la técnica predilecta de expresión, o sea, sobre el acto administrativo, pues todo acto cuyo objeto se vincule con la cuestión ambiental deberá tener presente, en primer lugar, el mandato constitucional de preservación del medioambiente en relación con las generaciones presentes y también con las futuras (art. 41 C.N., párrafo 1°).

Por cierto que el deber constitucional de velar por el medioambiente modula y condiciona el ejercicio de potestad estatal de dictar actos administrativos, ya que cada vez que una autoridad deba resolver una cuestión ambiental, ese deber de preservación no podrá ser soslayado; antes bien, será el faro rector de la decisión que se adopte, erigiéndose en el estándar básico de la función administrativa ambiental.

Por lo dicho, consideramos que cuando el poder de policía o técnica de ordenación tenga por objeto el bien de la vida medioambiente, habrá de ajustarse a las notas que seguidamente señalaremos.

En síntesis, cuando el poder de policía o la técnica de ordenación recaigan sobre el bien ambiental, el acto administrativo que se dicte habrá de ajustarse a la siguiente definición: “Toda declaración efectuada por un órgano o ente estatal o ente público no estatal, en ejercicio de la función administrativa ambiental, bajo un régimen jurídico exorbitante, que produce efectos directos e individuales respecto de terceros”. [5]

La nota de la función administrativa ambiental es la preservación del medioambiente. Esta decisión estructural constitucional implica que todo obrar estatal debe incardinarse a dicha preservación, por mandato expreso del constituyente.

El concepto de “función administrativa” es central para el entendimiento del derecho administrativo y el de “función ambiental” también lo es para el Derecho ambiental. Se trata, pues, de armonizar estas herramientas dogmáticas.

En tal sentido, ¿a qué se denomina, en el ámbito de esta relativamente novel rama del saber jurídico, “función ambiental”?

Explica Benjamin que: “El surgimiento del bien ambiental ha redimensionado el ejercicio de los derechos subjetivos señalándoles un límite externo que denominamos función ambiental”. [6]

Desde el Derecho ambiental y haciéndose eco de la citada categoría, se ha postulado que en el régimen constitucional argentino la función ambiental surge del art. 41 y consta de los siguientes elementos:

- El derecho a un ambiente sano.
- El deber de no contaminar.

-La obligación de recomponer, resarcir y no comprometer a generaciones futuras.

Estas normas constituyen un “núcleo duro” que determinan un objetivo ambientalista, límites a la actuación social y a la producción jurídica.[7]

A resultas de ello, la función ambiental tiene jerarquía constitucional.

Y, como ya fuera anticipado, su tutela ha sido confiada a la totalidad de los poderes estatales, comprendiendo entonces el poder de policía o técnica de ordenación ambiental a cargo de la administración.

En concreto, la función ambiental constitucional repercute en la función administrativa en los siguientes aspectos:

-Establece la finalidad del acto administrativo ambiental, que será el cumplimiento del denominado “objetivo ambientalista” de tutela del derecho a un ambiente sano;

-Establece un mandato de regulación -a través de la ley y del reglamento- para la fijación de “límites a la actuación social”, cuyo cumplimiento habrá de ser controlado por la Administración;

-Establece incluso el contenido mínimo de ese deber regulatorio:

-Prohibiciones (no contaminar).

-Mandatos (preservar).

Podemos afirmar que a resultas de ser dictado en ejercicio de la función administrativa ambiental, todo acto de poder de policía vinculado con el “medioambiente” deberá:

-Incardinarse (finalidad) a la protección del ambiente;

-Su objeto (lo que el acto decide) será fijar límites a la actuación social cuando ésta represente un peligro o amenaza al bien jurídico tutelado medioambiente;

-La preservación que se busca es tanto para las generaciones presentes como para las futuras (art. 41 C.N. y L.G.A., art. 4, principio de equidad intergeneracional)[8], lo que impacta sobre el elemento causa del acto.

-Para proveer a la protección del derecho a un ambiente sano, se establece el cumplimiento de ciertas formalidades que tienen relevancia para el procedimiento administrativo.

3. Poder de policía ambiental y técnicas de ordenación, L.G.A. N° 25.675 y jurisprudencia de la CSJN [\[arriba\]](#)

En cumplimiento del art. 41 C.N., que establece que corresponde a la Nación dictar las normas de presupuestos mínimos de protección del medioambiente, el Congreso Nacional dictó la Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente.

Esta ley establece una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, con la finalidad de asegurar la protección ambiental (art. 6).

Una primera particularidad que muestra que el Derecho administrativo clásico no “detecta” la incidencia del Derecho Ambiental sobre nuestra materia, radica en que pese a que la L.G.A. prevé expresamente procedimientos administrativos ambientales (v.gr. “procedimientos de prevención y recomposición de daños”, art. 2 inc. k), “evaluación del impacto ambiental”, art. 8 incs. 2 y 11 a 13, “información ambiental”, arts. 16 a 18; “autogestión ambiental”, art. 26; “control sobre actividades antrópicas”, art. 8 inc. 3; de “participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales”, art. 2 inc. c), 19 a 21; de “educación ambiental”, art. 8 inc. 4 y 14 y 15, “fomento y promoción del desarrollo sustentable”, art. 8 inc. 6, etc.), la legislación administrativa no “registra” al procedimiento ambiental como un procedimiento especial^[9], carencia que debería ser superada mediante una ampliación de la nómina de los procedimientos especiales vigentes.

Para evaluar la incidencia que la L.G.A. tiene sobre nuestro objeto de estudio, será útil recordar que se trata de una ley de orden público que debe ser utilizada para interpretar y aplicar toda legislación ambiental (art. 3).

A tal efecto, el legislador se vale de una serie de Principios (art. 4), que informan toda la materia ambiental y, consecuentemente, también la función administrativa ambiental (dentro de la cual, se halla el poder de policía).

Entre los principios que guardan un indiscutible interés para el acto administrativo, cabe destacar:

“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 medioambiente”.

Por cierto, estas disposiciones están dirigidas, en lo que aquí interesa, a las autoridades estatales, entre ellas, la Administración.

Más allá de las interesantes disquisiciones existentes en el derecho ambiental para diferenciar ambos principios, puede sostenerse la existencia de cierto consenso entre los ambientalistas en punto a que la prevención juega ante la existencia de certeza (peligro concreto de daño futuro pero cierto) acerca de la producción de un daño ambiental, mientras que la precaución juega ante un peligro abstracto, potencial, hipotético e incierto.

Tal como lo postula Bestani, el principio de precaución tiene como notas esenciales: a) la incertidumbre científica (siendo esta la característica fundamental que lo diferencia del de precaución -que exige certeza-) y b) la gravedad y/o irreversibilidad del daño.^[10]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a ellos (“Cruz, Felipa”; 23-2-16) como “principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles”.

Estos principios apuntan a constituir a las medidas cautelares en “medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 C.N.”.

De lo que se desprende que, en la economía del fallo citado, las decisiones de prevención y precaución del daño ambiental se expresan a través de medidas cautelares que deben resultar idóneas para garantizar el derecho a un ambiente sano e impedir la degradación del ambiente. Tales medidas tienen que ser adoptadas por las “autoridades” estatales (la administración y el juez, cada uno en su esfera), siendo que el juez las puede disponer “de oficio” (es decir, sin pedido de parte) y sin escuchar a la demandada (inaudita parte).[11]

Cuadra destacar el tipo de tutela reforzada en pos del medio ambiente que se desprende de estas reglas, pues las aludidas notas se apartan tanto de las previsiones de la ley de medidas cautelares N° 26.854 (que no contempla la posibilidad de medidas precautorias adoptadas por el juez de oficio ni tampoco -como principio- sin el informe previo) como del 230 C.P.C.C.N. (que no permite el dictado de medidas cautelares sin pedido de parte).

En tal sentido, la CSJN se ha ocupado de destacar que la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y que la propia Corte ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho.[12]

En lo que a la Administración atañe, estos principios vienen a dar inusitado empuje al poder de policía ambiental trasuntado en el acto administrativo preventivo o precautorio, dictado en tutela del interés colectivo a la conservación del medio ambiente sano. Va de suyo que las posibilidades de este acto precautorio no se limitan a la tutela cautelar en resguardo del interés público, hasta ahora confinada a la suspensión de oficio del acto administrativo, art. 12 LNPA (única medida precautoria contemplada en la ley nacional de procedimientos), sino que se extienden a cualquier otra modalidad cautelar de naturaleza positiva o no innovativa necesaria para asegurar la preservación del ambiente querida por el constituyente

Conforme la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, el poder de policía ambiental habrá de guiarse por los siguientes estándares:

-“En cuestiones de medio ambiente...Tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro”.[13]

-El principio precautorio “produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público”.[14]

-Para decidir, la Administración debe “obtener previamente la suficiente información a fines de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios”, pues no hay “oposición con la tutela del ambiente y desarrollo sino complementariedad”.[15]

-La falta de certeza científica que requiere el principio precautorio recae “sobre el curso de eventos próximos a suceder y si estos causarán un daño grave e irreversible...al ambiente como bien colectivo”. [16]

4. Incidencia del bien jurídico “preservación del medioambiente” en el poder de policía ambiental [\[arriba\]](#)

Del cúmulo de características que se derivan de la C.N., la L.G.A. y la jurisprudencia de la CS, es dable postular una serie de particularidades en los elementos esenciales del acto administrativo dictado en ejercicio del poder de policía ambiental.

En este plano, predicamos que la competencia -comprobada la necesidad de prevención o precaución- habrá de ser un deber de la administración, pues hay una “obligación de previsión extendida y anticipatoria” en cabeza de esta y tiene “prioridad absoluta la prevención del daño futuro”. Existe, en consecuencia, un deber de actuar, aunque luego la norma otorgue discrecionalidad en lo atinente al elenco de soluciones justas posibles que la Administración pueda escoger para preservar el ambiente.

La L.G.A. establece el Principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado nacional, a través de la administración pública, “tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales” (art. 4). Esta disposición se orienta a destacar que el deber de preservación es primaria y primordialmente responsabilidad de los particulares y que el Estado colabora y participa complementariamente en ese afán (v.gr. mediante medidas de promoción y fomento para aquellos que cumplan con el objetivo ambientalista; etc.).

Ahora bien, el Estado es el titular del Poder de Policía ambiental (o de las denominadas “técnicas de ordenamiento” en materia ambiental), por lo cual, desde ese rol y atento al irrenunciable mandato constitucional (“Las autoridades proveerán a la protección de ese derecho...”; “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección..”, art. 41 C.N.) es su deber primario ejercer las competencias que hagan posible la preservación ambiental, entre las cuales se cuenta, ciertamente, el ejercicio de la policía ambiental a través del dictado de normas reglamentarias y de la aplicación del ordenamiento jurídico ambiental, con su secuencia de control y sanciones, en aras de la ya aludida “prioridad absoluta” de tutela.

En cuanto al objeto (lo que la medida decide), también se ve influenciado por la “obligación de previsión extendida y anticipatoria” y la “prioridad absoluta de prevención del daño futuro”. Claramente, el objeto del acto administrativo ambiental será vicarial de la finalidad de preservación del ambiente constitucionalmente querida, por lo que la decisión en concreto adoptada deberá ser idónea y razonable para la satisfacción del bien jurídico medioambiente cuidando, a la vez, restringir de la menor forma posible los derechos individuales en juego. [17]

La L.G.A. ratifica y precisa la finalidad de tutela ambiental del art. 41 C.N., al fijar como primer “objetivo” el de “Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales...” (art. 2 inc. a), de modo

que toda decisión administrativa concreta que se adopte habrá de tener por objeto primario dicha tutela.

Para aprobar o desaprobar un proceso, producto o actividad con potencial de incidencia sobre el medioambiente, el emisor del acto debe procurar alcanzar algún grado de certeza científica, de modo que en muchas oportunidades el acto tendrá un contenido técnico, sin que ello incida en su naturaleza jurídica, pues como tiene dicho la Procuración del Tesoro, una decisión técnica será un acto administrativo cuyo objeto es de naturaleza igualmente técnica.[18]

Asimismo, el objeto del acto deberá conformarse a los objetivos ambientales previstos en el principio de progresividad (art. 4 L.G.A.), de modo que todo acto administrativo particular debe propender al logro gradual de los objetivos de preservación ambiental, sin que pueda contradecir o retrotraer las “metas interinas y finales” fijadas en el “cronograma temporal” mencionado en la ley general del ambiente.[19]

La ley regula ciertos actos administrativos ambientales, como es el caso de la denominada “declaración de impacto ambiental”, a través de la cual se aprueban o rechazan los estudios de impacto ambiental presentados por quienes estén interesados en obras o actividades con posible incidencia sobre el ambiente (art. 12).

Dos cuestiones cabe aclarar al respecto. En primer lugar, si bien la ley alude a una “declaración de impacto ambiental” (DIA) y, en sentido técnico el sintagma “declaración” parecería aludir a un efecto meramente “declarativo” (valga la redundancia) de ese acto, es el propio legislador el que aclara que mediante aquella declaración “se manifiesta la aprobación o rechazo de los estudios presentados”. Esto significa que la declaración tiene carácter decisorio, por lo que postulamos que al producir efectos jurídicos directos respecto de terceros, la DIA es un acto administrativo

En segundo lugar, debe decirse que la CSJN interpretó que el objeto de la DIA se encuentra reglado por la L.G.A., de modo que la Administración tiene, ante los estudios de impacto ambiental que se presentan para su evaluación, dos únicas soluciones posibles: los aprueba o los desaprueba. Bajo tales premisas, considero ilegítima una DIA que aprobaba condicionalmente (sujeta al posterior cumplimiento de ciertos recaudos) una actividad.[20]

Los principios y postulados del Derecho ambiental tienen notoria influencia sobre el elemento causa del acto administrativo que fuera dictado en ejercicio del poder de policía ambiental.

En efecto, el acto administrativo precautorio procederá cuando haya “peligro de daño grave o irreversible” y exista “ausencia de información o certeza científica”. Dados estos extremos, la Administración debe adoptar “medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación” (art. 4 L.G.A., principio precautorio), lo cual implica un formidable esfuerzo en la determinación de las razones de hecho y de derecho que justificarían, o no, la adopción de medidas y, en caso positivo, la determinación de cuáles medidas en concreto deberán ser dispuestas.

Esta apreciación de los hechos no solo deberá tener en cuenta a estos como “antecedentes” (art. 7 inc. c) de la L.N.P.A.), sino que deberá valorar la incidencia

de los hechos “próximos a suceder”[21] sobre los que hubiera incerteza científica, pues la tutela de las generaciones futuras en lo que atañe al medioambiente y al desarrollo sustentable (principios de equidad intergeneracional y de sustentabilidad, art. 4 L.G.A.) proyecta también la “causa” a la razonable previsión del futuro.

El esfuerzo en la determinación de la causa se verá, con todo, favorecido por el deber que pesa sobre quien pretende la aprobación de una obra, actividad o proceso susceptible de degradar el ambiente de formular una DD.JJ. acerca de tal afectación y la presentación de un estudio de impacto ambiental. Es lo que se conoce como inversión de la carga de la prueba o carácter dinámico de la misma, que exige que quien está en mejor posición para acreditar un hecho tenga a su cargo hacerlo.

Se agudiza así el principio de búsqueda de la verdad jurídica objetiva, aunque de antemano se acepta su grave dificultad por el carácter incierto casi consustancial a la cuestión ambiental.

La información que permite decidir (actuar o no actuar; en caso de hacerlo, qué medidas concretas tomar) debe luego ser adecuadamente exteriorizada, lo que potencia el elemento “motivación” como explicitación de la causa y del fin perseguido.

De igual modo, el procedimiento seguido en materia de poder de policía ambiental deberá ajustarse a ciertas premisas.

Así, toda obra o actividad pasible de degradar el ambiente “estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental” (art. 11). El interesado debe presentar un estudio de impacto ambiental y la autoridad administrativa deberá evaluarlo y emitir una “declaración de impacto ambiental (DIA) en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados” (art. 12 L.G.A.).

La DIA es un acto administrativo que debe estar precedido del mentado estudio y su consecuente evaluación. La falta de estos “trámites esenciales” (art. 7 inc. d) de la L.N.P.A.) constituye un vicio grave que da lugar a la nulidad absoluta del acto. Es impensable -en atención al bien jurídico tutelado- que tal grave falencia pueda resultar subsanada (teoría de la subsanación).

Ya se puntualizó que en un reciente caso en el que se aprobó un estudio de impacto ambiental condicionado a que se cumpla con las observaciones formuladas por la propia Administración, la CS descalificó la DIA aprobatoria porque la norma establece reglamentariamente (art. 12 L.G.A.) que el estudio debe ser aprobado o rechazado, sin contemplar la posibilidad de una aprobación condicionada.[22]

Otros aspectos de la cuestión ambiental donde se manifiesta la importancia del procedimiento administrativo son los que se vinculan con la necesidad de participación ciudadana.

En este orden de ideas, la L.G.A. establece como objetivo de la política ambiental “Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión” (art. 2 inc. c) L.G.A.).

En particular, la L.G.A. prevé procedimientos de participación social en las decisiones fundamentales de desarrollo sustentable (art. 10); en todo lo relativo a la preservación del ambiente (art. 19), así como el deber estatal de establecer

procedimientos de “consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente” (20 L.G.A.). De modo tal que, al tratarse de un procedimiento esencial, si falta la audiencia o las consultas, la consecuencia será la nulidad absoluta e insanable del acto.

Celebrada la audiencia puede decidirse en contra de lo opinado por los participantes (pues aquella no es vinculante), pero las autoridades deberán “fundamentar” la resolución y hacerla pública (art. 20 párrafo final). Dado que en nuestro derecho todo acto administrativo debe ser motivado, la previsión puede interpretarse como que establece un plus de motivación para este tipo de actos, en los cuales se decide de modo contrario a lo opinado en la audiencia.

Por su importancia, la ley establece que la participación ciudadana debe ser asegurada en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes de ordenamiento territorial (art. 21).[23]

Particular énfasis hace el legislador sobre los procedimientos de información ambiental (arts. 16 a 18 L.G.A.) que involucran el deber de las personas de proveer información ambiental sobre la actividad que desarrollan y el deber de las autoridades de brindar información ambiental a todo habitante que lo solicite.

Va de suyo que el acceso a la información ambiental deviene en condición de posibilidad para la participación ciudadana en la materia.

El carácter protectorio del medioambiente que informa a la legislación constitucional e infraconstitucional incide radicalmente en el elemento finalidad del acto, pues es evidente que el acto administrativo ambiental individual debe satisfacer la finalidad de preservación, sin perseguir de modo manifiesto ni encubierto la satisfacción de otros fines. De hacerlo (v.gr. denegatoria de una autorización con fundamento en la afección al medioambiente cuando -en realidad- se procura perjudicar a un competidor en una determinada actividad) se incurrirá en el vicio de desviación de poder.

5. El ejercicio del poder de policía ambiental y el acceso a la jurisdicción [\[arriba\]](#)

Es sabido que una de las más importantes prerrogativas estatales en materia procesal es la acreditación de la denominada “habilitación de la instancia”, compuesta - esencialmente- de dos requisitos: el agotamiento de la vía administrativa y el cumplimiento de breves plazos de caducidad para el inicio de la acción.

Frente a esta clásica prerrogativa del Derecho administrativo, la legislación ambiental prevé que: “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie” (art. 32 L.G.A.).

En suma, siempre será necesario un caso, entendido como causa o controversia idónea para impulsar la jurisdicción, pero las exigencias formales de habilitación ceden en razón del bien jurídico tutelado.

El proceso judicial ambiental se aproxima así al procedimiento administrativo, en el sentido de relativizarse las exigencias formales y privilegiarse la búsqueda de la verdad jurídica objetiva por sobre la verdad presentada por las partes.

En este orden de ideas, la legislación prevé que: “El juez... podrá disponer todas las medidas necesarias para probar los hechos dañosos...a fin de proteger efectivamente el interés general” (art. 32).

Como ya fuera mencionado, con fundamento en estas previsiones el juez puede inclusive disponer medidas cautelares urgentes de oficio e inaudita parte.[24]

6. Conclusiones [\[arriba\]](#)

El poder de policía o técnica de ordenación ambiental se implementa mediante actos administrativos dictados en ejercicio de la función ambiental y tiene como finalidad prioritaria la preservación del medio ambiente.

Así lo determina el constituyente al establecer el derecho al ambiente sano y el correlativo deber de preservarlo tanto por los habitantes como por las autoridades, a las que se les da un mandato expreso en tal sentido.

La finalidad de preservación del medioambiente prevista por la Constitución y reglamentada por la L.G.A. y demás normativa ambiental, repercute sobre el elemento homónimo del acto administrativo, pues para que este requisito se cumpla será necesario que la tésis perseguida en el acto administrativo resulte coincidente con la tenida por el legislador emisor de la norma.

El fin primordial de todo acto administrativo dictado en ejercicio del poder de policía ambiental será, pues, la preservación de este bien. Si persigue otra finalidad pública o privada distinta a esta incurrirá en desviación de poder.

El objeto del acto ambiental (lo que el acto decide) deberá ser acorde también con dicha finalidad y se verá incidido por los principios fundamentales que rigen la interpretación y aplicación de la legislación ambiental de base.

En tal sentido, el legislador implementó una serie de principios rectores (art. 4 L.G.A.), entre los cuales descuellan los de prevención (ante la certeza) y de precaución (ante la incertidumbre científica y peligro de daño grave o irreversible) que obligan a la administración a valorar la necesidad de actuar y, en caso afirmativo, adoptar medidas (actos administrativos).

La aplicación de estos principios a través de actos preventivos y/o precautorios exige una reformulación del concepto de causa. Los antiguos “antecedentes de hecho y de derecho”, en estos casos, se integran con la “colaboración” del interesado en la aprobación de su obra, proceso o actividad eventualmente dañosa y exigen de la Administración una actividad proactiva de reunión de información y opiniones idóneas de modo de reducir la incertidumbre inicial.

Integra la causa del acto la valoración de hechos próximos futuros que podrían generar un daño, así como la valoración de los efectos de la actividad para las generaciones futuras. Es la hipertrofia del elemento causa. Y consecuentemente, de la motivación.

El acto que aprueba o desaprueba una actividad, proceso o bien sometido a la autorización estatal deberá ser particularmente motivado, pues ni la ausencia de información ni la falta de certeza científica serán excusas para no actuar cuando exista peligro de daño grave o irreversible para el medio ambiente (art. 4 L.G.A.,

principio precautorio). En suma, tanto para autorizar como para rechazar una actividad, proceso o bien por comprometer al medioambiente de modo grave, la Administración deberá efectuar un esfuerzo de motivación, es decir, de explicitación de la causa (en el que, además, deberá contemplar la posible afectación a las generaciones futuras).

También, incidido por la naturaleza del poder se policía, el procedimiento ambiental deberá ser cumplido y respetado, pues ciertos trámites previos a la emisión del acto administrativo ambiental resultarán de cumplimiento esencial para la validez de este.

Entre dichos procedimientos, el de estudio, evaluación y declaración de impacto ambiental destaca por la amplitud de su ámbito de aplicación (procede de modo previo a toda obra o actividad susceptible de degradar el ambiente en forma significativa, art. 11 L.G.A.) y por el carácter reglado de la decisión a adoptar: aprobación o rechazo del estudio, sin posibilidades intermedias.[25]

El bien jurídico tutelado (medioambiente) relaja inclusive las prerrogativas estatales de corte procesal, pues cuando el objeto de la acción sea la preservación ecológica el acceso a la jurisdicción no admitirá restricciones de ninguna especie (art. 32 L.G.A.), con lo cual esta categoría de actos administrativos queda excluida del cumplimiento de los requisitos procesales de habilitación de la instancia.

La preservación del bien ambiental justifica también el rol proactivo del juez, al punto de poder dictar medidas, inclusive precautorias, de oficio e inaudita parte, sin que sea necesario cumplir, en consecuencia, con los requisitos de requerimiento de parte interesada e intervención previa del Estado contemplados, como regla, en la Ley N° 26.854.[26]

Como se predica en “Laudato si’”, es una función impostergable del Estado establecer a través del derecho las reglas “para las conductas admitidas a la luz del bien común. Los límites que debe imponer una sociedad sana, madura y soberana se asocian con: previsión y precaución,...e intervención oportuna ante riesgos inciertos o potenciales”.

Entre las herramientas de las que ha de valerse el Estado, destaca el “principio precautorio” que, siempre en términos de la luminosa encíclica, “permite la protección de los más débiles, que disponen de pocos medios para defenderse y para aportar pruebas irrefutables. Si la información objetiva lleva a prever un daño grave e irreversible, aunque no haya una comprobación indiscutible, cualquier proyecto debería detenerse o modificarse. Así, se invierte el peso de la prueba, ya que en estos casos hay que aportar una demostración objetiva y contundente de que la actividad propuesta no va a generar daños graves al ambiente o a quienes lo habitan”. [27]

En suma, es un desafío para la administración el cabal ejercicio del poder de policía ambiental con norte en la tutela oportuna del medioambiente, de modo de expresar, como lo propiciaba Julio Comadira, una visión servicial de la prerrogativa administrativa y una visión solidaria de la garantía individual.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Se entiende por ciencia de dirección a aquella que aspira a guiar con eficacia los procesos sociales. Por cierto, el derecho no representa el único medio de dirección de esos procesos ni la calificación de ciencia de dirección que se propicia para el derecho administrativo implica una ruptura con todo lo conocido hasta ahora. Antes bien, supone el desafío de integrar instrumentos muy conocidos (v.gr. los propios de la política regulatoria, tales como los mandatos, prohibiciones, autorizaciones, etc.) que conservan un irrenunciable diseño de acto administrativo unilateral con otros tales como el uso de la información con objetivos regulatorios específicos (cfr. Schmidt Assmann, Eberhard; “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Javier Barnes, Editor, 2ª ed. renovada y ampliada, Sevilla, 2012, INAP-Global Law Press, págs. 43 y ss., en especial págs. 44/47).

[2] Schmidt Assmann utiliza el concepto de estructura reguladora para poner en un contexto jurídico la descriptiva -pero un tanto inasible- noción de gobernanza proveniente de las ciencias sociales. Explica que a través de esta última noción “se pretende llamar la atención sobre el hecho de que el Estado no es el único actor en la arena política y de que, con frecuencia, no es ni siquiera el actor dominante o principal”, pues coexiste con otras instancias soberanas que actúan en un sistema multinivel (C.E.) y con otros poderosos actores (empresas transnacionales, asociaciones, grupos de interés, otros representantes de la sociedad civil, etc.)” (cfr. Schmidt Assmann, Eberhard; “Cuestiones fundamentales...”, cit. págs. 48/49).

[3] “Cuando nos enfrentamos a las cuestiones de base y fundamentales del sistema del Derecho Administrativo, a aquellas que poseen efecto multiplicador, es preciso contar con las decisiones estructurales que la Constitución contiene” (cfr. Schmidt Assmann, Eberhard; “Cuestiones fundamentales...”, cit. pág. 57).

[4] Schmidt Assmann, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, España, 2003, pág. 173.

[5] El concepto de acto administrativo está inspirado en la conocida definición propiciada por el profesor y maestro Julio R. Comadira (cfr. Comadira, Julio R.; *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2º Ed. Actualizada y Ampliada; 2003, pág. 4).

[6] Benjamin, Antonio; *Funcao Ambiental, en Dano Ambiental. Prevencao, reparacao e repressao*, Ed. Rev. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, pág. 49, cit. por Lorenzetti, *Teoría del Derecho Ambiental*, cit., pág. 42.

[7] Lorenzetti, Ricardo; *Teoría del Derecho Ambiental*, cit., pág. 43.

[8] Art. 4º, Ley N° 25.675: “Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”.

[9] En efecto, al enunciar los procedimientos administrativos especiales que continuarán vigentes, el Decreto N° 722/96 no menciona a los procedimientos en materia ambiental.

[10] BESTANI, Adriana, *Principio de precaución*, Buenos Aires, Astrea, 2015, págs. 29 y ss.

[11] Cfr. art. 32 LGA y CSJN, “Cruz, Felipa”, Fallos, 339:142, 23-2-16.

[12] “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/Santa Cruz Provincia de y Otro s/Amparo ambiental”, Fallos, 339:515, 26/04/2016.

[13] CSJN, “Mendoza”, Fallos, 329:2316 -2009-, criterio reiterado recientemente en “Martínez, Sergio Raúl c/Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y Otros s/Acción de amparo”, Fallos, 339:201, Sentencia del

02/03/2016).

[14] CSJN, "Salas, Dino", Fallos, 332:663, 23/3/2009.

[15] CSJN, "Salas", cit.

[16] CSJN, "Asoc. Multisectorial del Sur", Fallos, 333:748, 26-5-2010, voto del juez Lorenzetti.

[17] Lo cual obligará a "ponderar" entre la preservación del medio ambiente y el derecho de quien, por ejemplo, solicita autorización para prestar una determinada actividad, servicio o proceso de producción con posible incidencia sobre aquel bien de la vida (lo cual nos remite a la necesidad de manejar categorías de la teoría general del derecho y la filosofía jurídica aplicadas a nuestra rama del saber. Sobre esta cuestión, ver el interesante estudio de Juan G. Corvalán, Derecho Administrativo en transición, Buenos Aires, Astrea, 2016, Cap. VI.).

[18] PTN, Dictámenes 228:114.

[19] Principio de progresividad (art. 4 LGA). La SCBA ha interpretado este principio de la L.G.A. -que en su texto preceptúa que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual- con un criterio amplio, entendiendo que el principio de progresividad encierra en sí el de no regresión y descalificando, en consecuencia, una ordenanza municipal por esta última causal. Dice el supremo tribunal bonaerense que: "Las normas y medidas que establecían un determinado marco de protección para los habitantes del Partido de General Pueyrredón frente al uso de productos agroquímicos han sido reemplazados por un régimen que brinda un marco de protección inferior o más estrecho, circunstancia que puede constatarse mediante la simple comparación entre el texto de una y otra ordenanza". En otro párrafo, afirma que: "Desentenderse de los efectos que sobre la población pueda provocar la iniciativa de reformas normativas como la aquí analizada, se exhibe, al menos en esta instancia inicial, reñido con el principio de progresividad vigente en la materia...que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces" (esta interpretación amplia del principio de progresividad excede la letra del art. 4 L.G.A., cfr. Moreira, Alberto; La evaluación de impacto ambiental para la actividad legislativa. Reflexiones a partir del caso "Picorelli" de la SCBA, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales-N° 22-diciembre 2016; IJ-CCLI-455).

[20] Sostuvo la CSJN que al disponer la normativa aplicable en forma expresa que la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, se trataba de facultades regladas, que no incluían la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional ("Martínez, Sergio Raúl", Fallos, 339:201, Sentencia del 02/03/2016, cit.)

[21] CSJN, "Asoc. Multisectorial del Sur", voto del juez Lorenzetti, cit.

[22] CSJN, "Martínez, Sergio", cit.

[23] Son mencionados, asimismo, los PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN Y RECOMPOSICIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL (art. 2 inc. k) L.G.A.) y los de EDUCACION AMBIENTAL (ARTS. 14 Y 15 L.G.A.).

[24] L.G.A., art. 32 in fine; CSJN, "Cruz, Felipa", cit.

[25] CSJN, "Martínez, Sergio", cit.

[26] L.G.A., art. 32 in fine, CSJN, "Cruz, Felipa", cit.

[27] "Laudato Si", sobre el cuidado de la casa común" (http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html).