

Don Benjamín, S.A. Demandado:

Ente Nacional de Regulación de la Electricidad

Acción de amparo. Impacto ambiental de una medida adoptada por el Estado

Cámara Federal de Bahía Blanca, 24 de febrero de 1999. –

Vista: esta causa Nº 56.617, caratulada Don Benjamín, S.A. c. Ente Nacional de Regulación de la Electricidad s/amparo, venida desde el Juzgado Federal Nº 1 de la sede, puesta al acuerdo para resolver el acuerdo de apelación interpuesto por Don Benjamín, S.A. -fs. 125/133 vta.-; del recurso de apelación deducido por el Sr. Fiscal Federal -fs. 135/137-; y del recurso de apelación planteado por vecinos del lugar (concedido por esta cámara con fecha 19/2/99, ante la queja presentada por recurso denegado), contra la resolución de primera instancia que rechaza la acción de amparo intentada -fs. 109/117 vta.-.

El señor juez de Cámara doctor Planes, dijo:

I. Que, el razonamiento del juez que rechaza el amparo estriba en: a) no hacer lugar a la legitimación activa reclamada por el Ministerio Público, ni a la intentada por los vecinos de la región. Ello así -sostiene el a quo-, conforme el carácter excepcional de la acción de amparo en los términos del art. 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional, que sólo otorga legitimación además de el afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa de los derechos de incidencia colectiva. En este sentido agrega -a la vez- que no cabe confundir -entonces-, estos derechos de incidencia colectiva, con los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN). Al mismo tiempo -manifiesta- tampoco corresponde la habilitación para accionar a los individuos como tales negándoles a ambos -en consecuencia- las intervenciones pretendidas; b) no hacer lugar a la acción de amparo entablada por Don Benjamín, S.A. toda vez que, la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate o prueba (art. 2º, inc. d, ley 16.986 [ED, 16-967]) y que la existencia de una causa -en trámite- Cía. Transener, S.A. c. Don Benjamín, S.A. s/servidumbre administrativa de electroducto de paso, (expte. Nº 8300/98) radicado en el Juzgado Federal Nº2, sec. 5º de la sede, impide el progreso de la acción propuesta atento lo prescripto por el art. 3º de la ley 16.986.

II. Que el apelante repele el razonamiento del a quo diciendo que la acción de amparo ha dejado de ser excepcional y de interpretación restrictiva, cuestionando -al mismo tiempo- el carácter dogmático del fallo en cuanto a que el juez de grado no señala cuál es la vía ordinaria más idónea para cesar con la arbitrariedad.

Que expresa a su vez, que no es cierto que el conflicto de marras exija un mayor debate o prueba atendiendo a que, un estudio de impacto ambiental comparativo sería efectuado en el término de cinco días hábiles aproximadamente -por un especialista o por U.N.S.-.

Que continúa su crítica apuntando a la legitimación desconocida, y afirma al respecto que Don Benjamín, S.A. se ha presentado en el proceso en su doble carácter: como propietario y como afectado y en defensa de los derechos de incidencia colectiva, y que los vecinos afectados lo han hecho adhiriendo a la presentación inicial. Que en este sentido el a quo se ha limitado a mencionar una publicación para rechazarla, no obstante que la posibilidad de actuar en defensa del medio ambiente fue reconocida, incluso antes de la reforma de la Constitución. Y

que -sigue el recurrente- los signatarios -en el sub examine- actúan en defensa del interés público, del patrimonio turístico y de los recursos naturales de la región; y que el art. 43 de la Constitución Nacional resulta con carácter operativo siendo que -además- sus mandantes accionan considerándose -directamente- afectados (término que -cuestiona- no es definido por el sentenciante).

Que sobre el recurso de amparo contra actos del Poder Jurisdiccional -surge claramente dice el quejoso- que se ataca una resolución administrativa y que -en la especie- no existe identidad entre personas, objeto y pretensión procesal. Que tampoco puede resultar óbice el amparo anterior intentado por la Sra. DOrtona.

Que -finalmente- solicita la apertura del proceso admitiéndose la presentación de sus mandantes a título individual revocando el rechazo in limine decretado por el juez de grado.

III. Que se agravia el Sr. Fiscal Federal en tanto considera que no puede enervarse el progreso de la acción de amparo (art. 43, CN) con cuestiones puramente procesales -mayor amplitud de debate o de prueba- (art. 2º, inc. d), ley 16.986 citado por el a quo en el decisorio recurrido), porque ello afectaría derechos y garantías constitucionales, destacando que -para el caso- existen constancias suficientes.

Que, ante la inadmisión de la calidad de parte -en el sub lite- del Ministerio Público, sostiene que corresponde atenerse a un criterio de legitimación amplio y que cuando se le corrió vista -oportunamente- (art. 25, ley 24.946 [EDLA, 1998-A-113]) lo fue porque le corresponde promover actuaciones ante la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Que respecto de los vecinos que adhirieron a la presentación inicial, ellos son mencionados, expresamente en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional (afectados), en tanto que el Ministerio Público lo es implícitamente.

IV. Que recurrida la decisión que deniega la calidad de parte a los vecinos de la región, el sentenciante de grado no concedió el recurso de apelación atento que -sostiene- la intervención de terceros deviene inapelable -fs. 134-. Y que, ante este decisorio los vecinos acuden en queja por recurso de apelación denegado, resolviendo esta Cámara -con fecha 19/2/99- hacer lugar a la misma concediendo los recursos denegados.

V. El señor Fiscal General -a su turno en vista conferida según art. 25 de la ley de Ministerio Público Fiscal- sostiene el recurso de su inferior, persiste en su calidad de legitimado activo, remarca los extremos fácticos y aporta documentación emanada del propio ENRE.

VI. Comienza por decir que el rechazo in limine de una acción de amparo (con todo lo que a ella es inherente) sólo corresponde ante una demanda objetivamente improponible, tal como desde hace años afamada doctrina lo enseñó, v. Morello, Berizonce, Peyrano -XI Congreso Nac. D. Procesal, JA, 1981-III-788/795.

Sobre esta primera base entonces cabe definir, dentro del estrecho margen recursivo: si nos encontramos ante una verdadera acción de amparo ambiental (pues no toda es ambiental), para luego analizar la decidida ausencia de legitimación de los presentantes.

a) La propietaria-accionante: Realmente con fino y profundo análisis la amparista -fs. 133- recurrente reclama la tutela del derecho que el art. 41 de la Constitución Nacional le concede

expresamente, y más allá de lo que se ventila en la causa (agregada por cuerda en fotocopia) de servidumbre de electroducto.

Lo que aparece primero -digo- es que resulta palmario que la pretensión no abarca el ser indemnizado del daño a padecer, sino que se evite el daño, que es un estadio anterior y más perfecto respecto de volver las cosas a su estado anterior (restitutio in integrum, art. 41, Constitución Nacional). Porque una cosa es el resarcimiento del daño producido por un electroducto que puede abarcar hasta el tema paisajístico (v. Marienhoff, Servidumbre de electroducto, ED, 173-1043) emergente de la ley (19.552 y su reforma) y otra muy distinta es analizar dentro de la órbita del amparo el daño ambiental evitable que además tiene rango constitucional (y no legal) -arts. 41 y 43, CN-.

No se me escapa que el amparo no es la vía para reemplazar a los jueces de la causa, (tal como enseña Palacio: en DPC-VII-152), pero ello recién ocurre cuando se pretende suplantar en la decisión que a aquel otro Magistrado le incumbe, y aquí lo actuado por el Juzgado Federal Nº 2 no alcanza a revestir el concepto de juicio de conocimiento.

En y como síntesis al respecto: ora porque la pretensión es distinta (incluso de distingo rango), ora porque no hay juicio de conocimiento, no correspondía cerrar esta vía excepcionalísima a la propietaria del fundo afectado por el proyectado electroducto.

b) Respecto de los demás amparistas cabe analizar si estamos -decía al principio- ante un amparo ambiental, ya que no se admite en nuestro régimen ni las acciones de clase (Class actions), ni la acción popular.

Dice Valls (Derecho Ambiental, 5ª ed., 1997, pág. 41) que el ambiente depende del destino que el hombre asigne a una superficie, v.gr. parque industrial, parque natural, zona rural, zona urbana, etc., de modo que conjugando este primer principio se debe analizar el pretense daño evitable al ambiente. Dice que -pág. 216 op. cit.- un electroducto acarrea peligro de electrocución, afeamiento del ambiente, interferencias radiotelefónicas y televisivas, luminosidad, sonido y el efecto corona que puede perjudicar a los seres vivos. Pero esta no es la única calificada opinión que nos puede ubicar en el tema, pues el propio ENRE prescribe la preservación del ambiente (v. anexo fs. 151/159).

Entonces, recién sobre la precisada idea del ambiente y sobre los efectos por parte de un electroducto -según lo citado- se observa a la luz de la tutela reclamada, que existe una base normativa que califica la zona de residencia de los amparistas, sin análisis subjetivos, a saber: la ley 11.750/96 de la Pcia. de Bs. As. y su exposición de motivos (fs. 40 y 44) ilustra sobre los intereses turísticos de la comarca, al igual que la decisión del Concejo Deliberante del Partido de Tornquist (fs. 144), que ubica al intérprete sobre el particular ambiente.

Sobre esta base ambiental calificada nos encontramos ante una acción de amparo colectiva (v. Sagüés, El amparo, ed. 1995, pág. 670 y sigtes., Bustamante Alsina, Derecho Ambiental, ed. 1995, págs. 68/78).

Considero que la mayoría de calificada doctrina y sobre estas precisiones no dudan de la existencia de los intereses difusos, porque como dice Bidart Campos: de lo contrario lo que es de varios y de todos vendría a ser de nadie y de ninguno con cita de ejemplar jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España (ED, 166-860).

Son los intereses difusos los que nos informan sobre el carácter de afectado (art. 43, Const. Nac.) v. Morello en Sagüés, op. cit., pág. 357; Sagüés y la legitimación más amplia de la que

divulga, en pág. 674; (Rivas, El amparo, pág. 243) distinguiendo entre intereses colectivos y difusos; Ekmekdjian (en Tratado de Derecho Constitucional, t. IV, pág. 67) señalando la amplitud que otorga el art. 43 de la Constitución Nacional, con cita a Dromi-Menem La Constitución reformada - 1994, pág. 163 y a de Santis, La protección Constitucional del ambiente en LL, 23-8-95; a Quiroga Lavié, Los derechos humanos y su defensa ante la justicia, pág. 421; para volver a Morello, El amparo después de la reforma constitucional, pág. 240; Gozaíni, El derecho de amparo, 1995, pág. 76 y ED, 165-214 con cita de Jurisprudencia de Capital Federal.

A la luz de esa doctrina, que los pretensos afectados residentes en Sierra de la Ventana y su contigua Saldungaray resultan legitimados para acciones en tutela de su interés propio y colectivo (porque no son todos, ni tienen un derecho excluyente). Que por esta característica de comunitario, colectivo, general y a juzgar por los arts. 120 de la Constitución Nacional, 25 y 41 de la ley 24.946, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para promover este juicio -art. 90, inc. 2º, CPCC-, todo lo que avala el pedido recursivo de revocación del auto que no los tiene por parte (cuando anteriormente ya los había tenido -fs. 34, fs. 39, fs. 106, art. 34, inc. 4º, CPCC) correspondiendo -por ende- sea dado traslado al ENRE en los términos de la ley 16.986 (arts. 41 y 43, CN) del amparo interpuesto por : Don Benjamín, S.A., y los Sres. Miguel Angel Breti, Matías González Sáenz, Jorge Pablo Ichaso, Hugo Bertellys, Anabel Youglard, José Manuel del Río Salerno, Sebastián Fontana, Guillermo Cabezas, Antonio Wienberg, Gastón Pablo Lladó. Así lo voto.

El señor juez de cámara, doctor Fernández, dijo:

1º Comparto, en principio, la calificación de la acción como amparo ambiental , provisoriamente y con prescindencia de la fundabilidad de la pretensión articulada, y sin tomar partido en cuanto a la denominación de los intereses presuntamente afectados (colectivos, de incidencia colectiva o difusos).

Pienso que las personas de existencia visible que han suscripto la demanda o adherido a ella se encuentran, en tanto tales, legitimadas para interponer el presente amparo de acuerdo con el art. 43 de la Constitución Nacional, para reclamar la protección del ambiente; y también provisoriamente la firma Don Benjamín, S.A. (con domicilio denunciado en la ciudad de Buenos Aires), a pesar de no ser habitante como se afirma en la demanda (las sociedades tienen domicilio, art. 90, inc. 3º, cód. civil, y no morada), datum sed non concessum que puede revestir hipotéticamente el carácter de afectada (art. 43, 2ª parte, Const. Nac.).

Pero advierto que para que el proceso continúe útilmente, deberán los gestores cumplir antes del dictado de la resolución que ponga fin al mismo en primera instancia (dado el carácter sumarísimo del amparo y la brevedad de los plazos) con la carga procesal establecida en el art. 48 del CPCCN y bajo el apercibimiento allí dispuesto.

2º En cuanto al Fiscal Federal, a quien se dio vista a los fines de la competencia y en función del art. 25 de la ley 24.946, pienso que la solución debe ser otra que la propuesta en el voto precedente.

Dice el Fiscal General en su escrito de fs. 174/187 y vta. que desconocer la legitimación activa al Ministerio Público cuando toda persona ...tiene la posibilidad jurídica de interponer una acción de amparo se convierte en una afirmación carente del menor sentido (fs. 177).

3º En efecto, sabido es que los órganos del Estado tienen sólo las atribuciones o facultades reconocidas expresamente por el ordenamiento jurídico. Sus competencias son limitadas, pueden ejercer sus facultades sólo en la medida en que están permitidas. Por el contrario, las personas tienen todos los derechos y sólo les está vedado el ejercicio de los prohibidos normativamente situación que surge de la interpretación de los arts. 14, 15, 19, 28, 37, 38, 42, 43 y 75, incs. 17, 22 y 23 de la Constitución (cf. Dromi-Menem, La Constitución reformada, ed. Ciudad Argentina, 1994, pág. 49).

4º Así pues, cuando el art. 43 se refiere a toda persona, se entiende sin esfuerzo que alude a las mencionadas en el art. 30 del código civil, pero no a los órganos del estado, que no lo son.

Sólo están legitimados para interponer la acción de amparo para la protección del ambiente el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines (art. 43, 2ª parte). En cambio, el Ministerio Público debe desempeñar su función en coordinación con las demás autoridades (art. 120, Const. Nac.).

Adviértase, además, la diferente técnica legislativa empleada en la ley 24.946 para delimitar las funciones e los fiscales de primera instancia. El art. 39 dispone que deberán intervenir en los procesos de amparo en los casos y formas establecidos por esta ley y su reglamentación.

En cambio, el art. 41 establece entre sus deberes y atribuciones hacerse parte en todas las causas o trámites en que el interés público lo requiera y para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse... al medio ambiente... en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan (sean éstas preexistentes o sancionadas con posterioridad).

Pero hacerse parte no significa que pueda demandar en representación de un número indeterminado de particulares, porque esa legitimación le ha sido conferida al Defensor del Pueblo para representar promiscuamente a los afectados colectivamente (art. 86 y 43, 2ª parte, Const. Nac.); y el Fiscal Federal carece de legitimación para intentar solitariamente la acción. El deber del Ministerio Público es velar por la seguridad jurídica (cf. op. cit., pág. 68 y art. 25, ley 24.946), su función se ejerce en coordinación con las demás autoridades (art. 120, Const. Nac.) y su legitimación -de origen constitucional- tiene los límites señalados en su ley orgánica que ya he señalado supra (cfr., además, art. 25, inc. d], ley 24.946).

Por lo expuesto, considero que no puede continuar la intervención en el caso del Fiscal Federal como portador de una acción idéntica a la intentada por los particulares afectados, debiendo limitarse su actuación a lo establecido en el art. 25 de la ley 24.946, inc. a), en los términos de su art. 41 y del art. 21 de la ley de hábeas corpus 23.098 (por analogía). Así voto.

El señor juez de Cámara, doctor Argañaraz, dijo:

1º Respecto de la reducción del plazo de la gestión (art. 48, CPCC) para compatibilizarlo con el carácter sumarísimo del amparo y la brevedad de los plazos, considero que el mismo no es hacedero, toda vez que de acuerdo al art. 17 de la ley 16.986 corresponde acudir al art. 48 CPCC que establece el plazo de cuarenta días hábiles.

2º En punto a la objeción del 2º voto acerca de que el Ministerio Público no puede demandar en representación de un número indeterminado de particulares, o intentar solitariamente la acción, adhiero a su reparo.

Me convence el argumento el art. 43 de la Constitución Nacional, que es norma de jerarquía superior a la ley 24.946. En efecto, el art. 43 de la Constitución Nacional, enuncia (en forma taxativa) que podrán interponer la acción en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, etc., el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

No obstante, es mi parecer que no mengua en nada las facultades del Ministerio Público Fiscal según lo dispuesto en el art. 41 de la ley 24.946 el tema en cuestión, pues sus magistrados pueden hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera, etc.; e interpreto que las facultades del Ministerio Público Fiscal en esta materia deben entenderse como en la ley de hábeas corpus 23.098, esto es que el mencionado Ministerio Público tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella (ley 23.098, art. 21).

A mérito de la votación que instruyere al presente Acuerdo se resuelve: Revocar la resolución de fs. 109/117 y vta. y tener por parte a los presenantes de fs. 18/33, 37/38 y 100/101, mandando sustanciar la acción interpuesta; y tener al Ministerio Público por parte, en los términos de los arts. 41 de la ley 24.946 y 21 de la ley de hábeas corpus 23.098. Con noticia al Sr. Juez Federal nro. 2. Notifíquese, regístrese y devuélvase. - Augusto Enrique Fernández.- Angel Alberto Argañaraz. - Ricardo Emilio Planes (según su voto) (Sec.: Daniel Jose Labastia).