



Aldo Rodríguez Salas

El derecho ambiental y la Ley General del Ambiente de Mendoza Ley N° 5.961



EDICIONES UNIVERSIDAD DE CONGRESO

**El derecho ambiental y la
Ley General del Ambiente de Mendoza
Ley N° 5.961**

Un especial agradecimiento a la colaboración realizada por Dr. Mauricio Pinto en la revisión y la incorporación de antecedentes, aportes e ideas en el comentario a la Ley 5.961.

A Ignacio y Ana.

Aldo Rodríguez Salas

**El derecho ambiental y la
Ley General del Ambiente de Mendoza
Ley N° 5.961**

EDICIONES UNIVERSIDAD DE CONGRESO

Aldo Rodríguez Salas
El derecho ambiental y la Ley General
Del Ambiente de Mendoza. Ley N° 5.961
1ª Edición. Ediciones Universidad de Congreso
ISBN 978-987-46441-0-7

©Aldo Rodríguez Salas. 2016.
©Ediciones Universidad de Congreso
Colón 90. Ciudad de Mendoza. CP 5500
Tel. 0054 261 4230630
ediuc@ucongreso.edu.ar
www.ucongreso.edu.ar

ISBN 978-987-46441-0-7

Hecho el depósito que
prevé la Ley 11.723

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio, ya sea digital, eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia sin permiso del editor.



Autoridades Universidad de Congreso

Rector

Lic. Francisco José Piñón

Vice Rector de Gestión Académica

Dr. Víctor Duplancic

Vice Rector de Administración

Mg. Emilio Berruti

Vice Rectora de Planeamiento

Arq. Karen Noval

Secretario General

Ing. Rubén Bresso

Índice

I. Estructura del derecho ambiental

I. El sistema jurídico ambiental 1. Introducción 2. Definiciones 3. Un derecho de incidencia colectiva 4. Bienes y valores colectivos 5. El “macro fin” del derecho ambiental 6. Los principios informadores 7. La función transversal 8. Relación con el derecho de los recursos naturales.

II. La normativa ambiental 1. Jurisdicción y competencia ambiental 2. Caracterización de los presupuestos mínimos (PMPA) 3. Análisis: PMPA sustanciales e instrumentales 4. La Ley 25.675 5. Leyes de presupuestos mínimos especiales 6. Las normas complementarias 7. Sustentabilidad y regulación.

III. El Sistema Ambiental Federal

IV. El daño ambiental 1. Introducción 2. Caracterización 3. Análisis 4. La prevención 5. El daño ambiental individual y el daño ambiental colectivo 6. Valoración y cuantificación.

V. El derecho administrativo ambiental 1. Actuación del derecho ambiental 2. Su carácter local 3. Funciones 4. Un fallo histórico.

II. Comentario a la Ley N° 5.961

Título I. Disposiciones Preliminares

Capítulo I. Del objeto y ámbito de aplicación

I. El mandato tutelar II. Interés provincial y orden público III. La Ley 5.961 como parte del sistema III. Jurisdicción y competencia municipal IV. El caso de servicios o establecimientos nacionales.

Capítulo II.

Declaración de interés provincial

I. Las acciones de interés provincial II. Los objetivos en la Ley 25.675

Capítulo III.

Definiciones Técnicas

I. El bien ambiente II. El ambiente en la Ley 25.675

Título II. Política y planificación ambiental

I. La función de la política ambiental II. Evolución de la institucionalidad ambiental mendocina III. Los principios de la política ambiental. A) en la Ley 5.961. B) en la Ley 25.675. IV. Jurisprudencia V. El plan ambiental VI. Ambiente y territorio VII. La Ley 8.051 de ordenamiento territorial y uso del suelo VIII. El informe ambiental

Título III. Disposiciones orgánicas

El Consejo Provincial del Ambiente

Título IV. De la defensa jurisdiccional del ambiente

I. Interpretación del Título IV de la Ley 5.961. II. El proceso colectivo ambiental. III. Evolución de la legitimación extraordinaria. IV. La legitimación colectiva. V. Las vías procesales. VI. Cuestiones procesales. VII. La sentencia colectiva. VIII. El rol de juez. XI. Esquema comparativo. IX. Sentencias colectivas de Mendoza. X. Sentencias colectivas CSJN. XI. La doctrina ambiental de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. XII. La denuncia ambiental y el Fiscal de Estado.

Título V. Del impacto ambiental

I. El Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. II. Regulación y secuencia. III. El Aviso de Proyecto. IV. Otros temas relacionados. V. La Declaración de Impacto Ambiental. VI. Jurisprudencia: el caso de la anulación de una DIA. VII. El control ambiental y las sanciones administrativas. VIII. El Informe de Partida. IX. Costos y ley impositiva. X. Complementariedad provincial.

Comentario al Anexo I de la Ley 5.961

I. Categorías y competencia. II. EIA provincial: categorías con regulación especial. III. Casos especiales de EIA. IV. EIAM: ordenanzas municipales de EIA. Esquemas.

Prólogo

Esta publicación, *El derecho ambiental en la Ley General del Ambiente de Mendoza, Ley N° 5961*, pretende interpretar la evolución de la principal ley ambiental de nuestra provincia. La misma vio la luz el mismo año en que la comunidad internacional, en la cumbre de Río de Janeiro del año 1992, reconocía al desarrollo sustentable como paradigma político y jurídico. Esa es la génesis e impronta de sus instituciones, pero las mismas no han permanecido estáticas. Con la reforma constitucional del año 1994 y el reconocimiento del derecho al ambiente como derecho humano fundamental, una enorme transformación en la comprensión y aplicación del derecho ambiental fue cimentándose a través de fallos trascendentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, fundamentalmente de la Ley Nacional de Política Ambiental N° 25.675.

Así, nuevos principios de derecho ambiental irradiaron todo el sistema jurídico argentino, remozando la Ley N° 5961. Frente a ello, el comentario no podía limitarse a una descripción originaria de la norma, sino que debía conformarse al ordenamiento jurídico vigente del que forma parte, identificando las relaciones relevantes en cada una de sus instituciones.

Entonces, se puede sintetizar, el comentario que se presenta trata de la preservación del derecho supraindividual que sobre el bien colectivo ambiente tienen todos los mendocinos.

El Autor

I. Estructura del derecho ambiental

I. El sistema jurídico ambiental. II. La competencia normativa ambiental. III. El Sistema Ambiental Federal. IV. El daño ambiental. V. El derecho administrativo ambiental. VI. Un fallo histórico

I. El sistema jurídico ambiental

1. Introducción

La política ambiental se expresa en decisiones y acciones destinadas a alcanzar el objetivo del desarrollo sustentable; para ello se vale de principios, reglas, instituciones y procedimientos que conforman el sistema jurídico específico del derecho ambiental.

El derecho ambiental, como instrumento normativo de aquella, se estructura en torno a conceptos esenciales: el derecho a un ambiente sano y equilibrado, cuya titularidad corresponde a la sociedad; los bienes y valores colectivos, como pertenencias materiales e inmateriales de esa comunidad, y la sustentabilidad, como principio que emana de aquel derecho humano fundamental y que incide en la formulación y modelación de todas sus instituciones en procura de la equidad intra e intergeneracional. Este principio tiene tal importancia que funda y explica la identidad, el alcance y el fin de este derecho.

Esta estructura jurídica tiene su raíz en los artículos 41 y 43 de la CN, y se completa por principios e instrumentos que le confieren dinamismo y conforman un sistema jurídico específico. Estos son diversos en su naturaleza: políticos, procesales, administrativos, económicos, entre otros, con una finalidad común, la protección jurídica del ambiente.

La comprensión y análisis de la Ley N° 5.961 debe realizarse en relación con el conjunto normativo, concebido como un sistema, dotado de completud, racionalidad, consistencia y coherencia entre sus normas; siendo la Constitución el parámetro relevante para la identificación del sistema en el que se inserta¹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: "... la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin,

1. HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteligencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto (Fallos 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitucionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor concierte y deje a todas con valor y efecto”².

En consecuencia, las regulaciones deben interpretarse armónicamente con los principios y normas constitucionales. El principio de sustentabilidad, el sistema federal de gobierno, las normas ambientales de presupuestos mínimos y complementarios, y las normas sobre el dominio de los recursos naturales, conforman un todo que incidirá en la comprensión y alcance de la norma ambiental.

2. Definiciones

Muchas son las definiciones que hay sobre el derecho ambiental, destacando cada una de ellas algún elemento diferencial.

Sobresale la definición de Guillermo Cano, concomitante al nacimiento del derecho ambiental como disciplina jurídica: “La norma ambiental, en sentido estricto, está orientada al entorno como un conjunto global, tomando en cuenta los ecosistemas integralmente. La comprensión del entorno originó la elaboración de principios científicos y de técnicas para el manejo integrado de los diversos elementos constituyentes del ambiente humano, en tanto conjunto y universalidad y no – como antes – solo en función de cada una de sus partes componentes o de los usos de estas. La aplicación de tales principios al orden físico y social originó la necesidad de trasladarlos al campo jurídico y la de adoptar o reformular normas legales y nuevas estructuras administrativas para posibilitar su implementación. Esas normas legales y la doctrina que les es correlativa, son las que constituyen el derecho ambiental”³.

Otras se centran en la relación de interdependencia que se da entre los elementos y funciones ecosistémicas y el hombre; así Amílcar Moyano expresa: “El fin del derecho ambiental es resguardar el equilibrio dinámico en el que naturaleza y la cultura existen. La nota característica de este derecho es la nueva visión de interdependencia con que se percibe y explica la vida, en un desarrollo sostenible sin comprometer el futuro y en consideración de las necesidades presentes”⁴. A partir de esta consideración sistémica, se concibe a lo ambiental como un todo complejo que requiere develar las interacciones entre sus elementos constitutivos: “Por un lado existe la cultura con su afán

2. CSJN, “Mill de Pereyra”, Fallos 324:3219, citado por STCórdoba en sentencia del 11/08/2015, en “Cemincor y Otra C/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”.

3. CANO, Guillermo, “Introducción al derecho ambiental argentino”, L.L. 11/12/1973.

4. MOYANO, Amílcar, *Acciones de preservación y desarrollo del patrimonio ambiental*, Idearium, Mendoza, 1991.

de progreso incesante. Por otro, la naturaleza con su mecanicismo incesante. Y por otro, el proceso de esta interacción inevitable entre naturaleza y cultura”⁵. Desde esta perspectiva, el entorno no es una sumatoria de diversos elementos y recursos, sino un sistema en el que los mismos se relacionan intrínsecamente en un equilibrio dinámico dando sustento a la vida en la tierra. Entonces, el derecho ambiental, inevitablemente, refleja la complejidad de su objeto. Por eso se sostiene que el derecho ambiental “es diferente de todos los demás, en cuanto su objeto es global y holístico”⁶.

Hay autores que limitan el derecho ambiental a resolver el problema de la contaminación, a fin de remediar las alteraciones ecosistémicas mediante la fijación de umbrales cuantificables⁷. Guillermo Cano en los albores del derecho ambiental rechazaba semejante encorsetamiento⁸. Este tipo de definiciones, si bien explican una de sus expresiones más valiosas, no comprenden otras funciones esenciales de este derecho, como las destinadas a atender la calidad de vida social.

Por ello, hay quienes ponen el acento en el hombre y su relación con el medio: “es el hombre el objeto principal de la protección, y esa protección se dirige a los elementos naturales, culturales y cultivados que componen el ambiente”⁹.

Se ha dicho al respecto: “En este marco, el derecho a vivir en un medio ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad humana. Sucede que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio. En fin, en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos. Por dicha razón el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre”¹⁰.

5. “Ello permite el análisis evolutivo de la conducta humana –individual y social– sobre los soportes básicos con que la naturaleza persiste en dinámico equilibrio”; Moyano, Amílcar, *Sistemas jurídicos sobre las aguas en Mendoza*, LLGran Cuyo2005 (julio), 625.

6. MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo, “*La Codificación del derecho ambiental*”, en *Revista del Derecho Industrial, derecho ambiental*, N° 41, Depalma, Bs As, 1992, 453.

7. MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Talvium, Madrid, 1991, vol. I., 89.

8. “*Introducción al derecho ambiental Argentino*”, L.L. 11/12/1973

9. PINTO, Mauricio y TORCHIA, Noelia, “*Áreas naturales protegidas, desarrollo y administración hídrica*”, Nota al fallo SCJ 73383 DGI c/Gobierno de Mendoza p/inconst., La Ley Gran Cuyo, 2005 (Diciembre), 1290.

10. SCJBA, Almada, “Hugo N. c. Copetro S. A. y otro”, citando a Morello y Stiglitz, “*Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*”.

En esta última línea de pensamiento se habla del derecho ambiental como una parte del derecho a la sostenibilidad¹¹. Mientras que aquel se limitaría a mantener las condiciones de la existencia, el derecho a la sostenibilidad tiene que ver con los aspectos sociales e institucionales: con la inclusión social, con evitar la marginalidad, con incorporar nuevos modelos del gobernanza, entre otros, y con los aspectos económicos que tienen que ver con el crecimiento y la distribución de la riqueza. Su objeto esencial es dignificar la vida. “La sostenibilidad nos dice que no basta con asegurar la subsistencia, sino que la condición humana exige asegurar las condiciones dignas de vida”¹². Este parece ser el sentido positivizado en el art. 41 CN, donde el derecho tutelado refiere a un ambiente sano y equilibrado, pero también apto para el desarrollo humano, en el que se puedan satisfacer las necesidades productivas tanto presentes como futuras¹³.

Finalmente, están las que rompen con el eje antropocéntrico y lo definen desde la naturaleza, a la que llegan a considerar sujeto de derecho, y respecto de la cual el hombre deviene en defensor¹⁴.

3. Un derecho de incidencia colectiva

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es un derecho humano fundamental del que emana el principio de sustentabilidad que ha sido reconocido expresamente en el primer párrafo art. 41 CN.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Halabi¹⁵ ha interpretado que el art. 43 de la CN, reconoce dos categorías más de “derechos”, al lado de los “individuales”: los “derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, como el ambiente” y los “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”. Esta clasificación, que ha sido receptada en el Código Civil y Comercial (CCyC), en sus artículos 14 y 240, gira en torno del bien objeto de protección, que en materia ambiental se refiere a aquellos bienes que por ser colectivos no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. Por lo que el derecho humano a un ambiente sano y equilibrado es un derecho de incidencia colectiva sobre el bien colectivo ambiente que titularizamos como conjunto social.

11. WALSH, Rodrigo y DI PAOLA, María Eugenia, *Ambiente Derecho y Sustentabilidad*, La Ley, Bs. As. 2000, 21.

12. REAL FERRER, Gabriel (2010), *El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad*, PNUMA, 47.

13. PINTO, Mauricio y ANDINO, Mónica Marcela, “El derecho humano al ambiente en Argentina y su relación con el sistema interamericano de derechos humanos”, en EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), *El derecho a un ambiente adecuado*, Lustel, Madrid, 2008, pp. 521–525.

14. Ampliar en Eugenio ZAFFARONI, *La Pachamama y lo humano*, Ediciones Colihue, Bs. As. , 2012.

15. Fallos: 332:111.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la causa *Leyes*¹⁶ al adoptar esta clasificación ofrece la siguiente fundamentación: “Todo este bagaje doctrinario y jurisprudencial inclina a los autores procesalistas a concluir que los derechos difusos no son algo enteramente distinto, sino una “variación”, del derecho subjetivo y que, por tanto, no operan como un debilitamiento de los derechos individuales, sino para su fortalecimiento; solo que en esta etapa la solidaridad es el valor principal que se pondera, así como la libertad lo fue para los derechos fundamentales del Estado liberal y la igualdad para los derechos socioeconómicos y culturales (conf. GOZAINI, Osvaldo Alfredo: “La legitimación procesal para obrar en la defensa de los llamados intereses difusos”, en Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (agosto), La Ley, p. 7; y en DCCyE 2012 (agosto), p. 119)”.

Desde la clásica categorización de los derechos humanos, se sostiene que el derecho a un ambiente sano y equilibrado corresponde a los derechos de tercera generación, que: “Son aquellos derechos públicos subjetivos cuyo titular es la sociedad o los sectores sociales que en su escala la integran. No se trata, en consecuencia, de una variable de los derechos individuales, sino de derechos públicos que la Constitución califica en forma expresa, de incidencia colectiva (art. 43 CN)”¹⁷.

4. Bienes y valores colectivos

a) Definición

El derecho ambiental está orientado al entorno como conjunto global, tomando en cuenta los ecosistemas integralmente, tal como predicaba Guillermo Cano. Su objeto es la protección jurídica de un bien colectivo, el ambiente.

Cafferatta precisa: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación ubica al derecho ambiental en la “esfera social” de los individuos, y sostiene que se trata de un derecho de pertenencia comunitaria o supraindividual, referido al bien colectivo ambiente, o a alguno de sus componentes. Al respecto se recuerda que los “bienes colectivos”, son los bienes comunes o indivisibles, y constituyen una categoría de bienes que, receptados por la Reforma de la Constitución de 1994, que reconoce los derechos de incidencia colectiva, en especial el derecho ambiental (artículos 41 y 43), son ahora recogidos en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N°26.944 (artículos 14, 240, 1737 y concordantes)”¹⁸.

16. SCJM, causa N° 106.125, “Leyes, Raúl Alberto C/ Municipalidad de Godoy Cruz S/ A.P.A.”

17. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, citado por ANDORNO, Luis, en “*Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la Unión Europea, el Mercosur y el ALC.A*”, JA-2002-III-901. En contra, MOYANO, Amílcar, “*Apostillas a la ley general del ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez*”, LLGran Cuyo 2007 (febrero), p. 1, quien sostiene que el derecho individual a un ambiente adecuado para la vida es anterior y jerárquicamente superior a las normas escritas de la Constitución argentina, dado que el art. 41 de 1994 solo enuncia algunas consecuencias de este derecho, que sigue siendo no enumerado y emergente del art. 33 de la CN.

18. CAFFERATTA, Néstor, “*Orden público en el derecho ambiental*”, La Ley 12/11/2015, 1; La Ley 2015-F, 819.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en *Halabi*, considera: “El bien colectivo pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. No existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”.

La patrimonialidad jurídica clásica, representada por el conjunto de derechos y cosas pertenecientes a una persona individual o estatal, se transforma cuando del ambiente se habla en una universalidad cuyo titular es la comunidad¹⁹.

b) Bien colectivo y recurso natural

Esta concepción tiene implicancias significativas al distinguir las normas propiamente ambientales de aquellas que regulan los recursos naturales en función de su uso y aprovechamiento. Las normas ambientales atienden a la protección del bien colectivo ambiente y de sus micros bienes, como el agua. Como expresa el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén en una sentencia del año 2004: “lo que identifica al bien colectivo es aquella aptitud específica de abastecer las necesidades de un conjunto de personas, independiente de la idea de dominio”²⁰. Estas consideraciones llevaron al Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, siguiendo a Morello, a señalar que: “El ambiente constituye un bien colectivo supremo”²¹.

Las normas sobre recursos naturales establecen las condiciones de acceso a su uso y aprovechamiento, regulando lo concerniente al ejercicio de los derechos individuales sobre ellos, el cual debe ser racional y equitativo. No obstante, estas regulaciones tienen como condición y límite: el uso sustentable del recurso. Por eso muchas normas sobre recursos naturales contienen condiciones ambientales, en cumplimiento del mandato de la sustentabilidad que impregna todo el ordenamiento jurídico.

c) En el Código Civil y Comercial

El CCyC, en el art. 14, reconocer: a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva; en el art. 240, regula los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, disponiendo que ese ejercicio: *Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.*

19. ANDORNO, Luis, “Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la Unión Europea, el Mercosur y el ALCA”, JA-2002-III-901.

20. STJ de Neuquén, causa “Lillio Segundo v. Contreras-Esucu-Burwart”, en Jurisprudencia Anotada, Revista del derecho ambiental, Bs. As. Enero/Marzo 2005, 209 y sgtes.

21. Sentencia del 11 de agosto de 2015, “Cemincor y Otra C/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”.

La sustentabilidad del bien colectivo, entonces, actúa como condición y límite al ejercicio de los derechos individuales. La norma civil procura ubicar al bien colectivo en una esfera distinta y superior de la que corresponde al dominio –sea público o privado– sobre los micro bienes que integran esa universalidad. En efecto, cuando el art. 240 establece que: *El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva*, separa sus ámbitos de regulación, jerarquizando estos últimos por su carácter transindividual, requiriendo que los derechos individuales deben acomodarse a aquellos. Siguiendo los postulados de la Corte Suprema, el CCyC enumera los bienes colectivos: *los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*. Respecto de estos bienes, como se explica en la sentencia Halabi, no existe un derecho de apropiación individual ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, se trata de bienes de pertenencia colectiva.

Esta especial naturaleza del bien a tutelar impele transformaciones jurídicas notables: en la legitimación procesal, ampliando los sujetos habilitados en su defensa; en los efectos de la sentencia, trascendiendo a las partes; en las facultades judiciales, ampliándolas considerablemente en tanto el proceso es un instrumento de protección de un interés público, transindividual; en el procedimiento administrativo, trasvasando el interés simple, dotándolo de eficacia operativa; en el ejercicio del poder de policía administrativo, superando la clásica regulación de las condiciones de acceso a su uso y aprovechamiento, empoderándolo para prevenir y precaver efectos negativos sobre el ambiente.

5. El “macro fin” del derecho ambiental

El derecho ambiental actual está imbuido por la sustentabilidad. Sus instituciones y principios se moldean a partir de la misma, constituyendo la directriz que define e impele la formación de este Derecho.

Pero también es un fin, tal como expresa Sabsay: “El art. 41 de la Constitución Nacional (CN), en su primer párrafo consagra el derecho al ambiente al que califica de “...sano, equilibrado,...”. Al mismo tiempo se fija un objetivo en el tiempo –la satisfacción de “las necesidades (...) de las generaciones futuras”– que pone de manifiesto la incorporación de la noción de desarrollo sustentable 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”²².

Walsh, con precisión, distingue en la sustentabilidad dos aspectos diferentes. En primer lugar, se refiere a aquello que es física o materialmente viable o posible sostener en el tiempo, mereciendo ser considerado como sustentable,

22. SABSAY, Daniel, “El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma”, Sup. Const. 2014 (octubre), 143 • LA LEY 2014-E, 1173

al menos en una interpretación estrecha del término, pero utilizada. La sustentabilidad como factibilidad ambiental, parte de una visión económica de la problemática ambiental, que tiene sus raíces en el pensamiento moderno, con la generación de una clara conciencia respecto del crecimiento de la civilización humana y las limitaciones materiales que este crecimiento impone al ecosistema tierra.

Existe otros aspecto, profundiza Walsh, que integra el concepto amplio de sustentabilidad, máxime cuando hemos incorporado dimensiones sociales, políticas y económicas, las cuales se interrelacionan con lo material o físico. Estos aspectos involucran un contenido *axiológico*, asociado a una concepción ética de la relación entre hombre y naturaleza, permitiendo incorporar al análisis de la sustentabilidad, la dimensión temporal de la equidad entre generaciones y entre miembros diversos de una generación coetánea. Este sentido permite abordar las cuestiones sociales con sus implicancias ambientales en forma integradora y transversal²³.

Conforme a su definición clásica, *el desarrollo sustentable es aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*²⁴.

En la misma destaca la equidad intergeneracional, como elemento esencial que expresa la relación entre nosotros y los que vendrán, considerando sus necesidades y oportunidades. Tiene presente lo inmediato, procurando la satisfacción de las necesidades actuales, pero lo hace considerando el porvenir como una referencia ineludible. Aquí está el fundamento de su vocación transformadora de las instituciones conocidas.

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es un derecho intergeneracional porque no solo debe satisfacer las necesidades de las generaciones actuales, sino también de las generaciones futuras²⁵. La Constitución Nacional, luego de reconocerlo, agrega: *y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras* (art.41, primer párrafo).

Es común definir la sustentabilidad como armonizador de la relación entre lo social, lo cultural, lo económico y lo ecológico. Pero la sustentabilidad, en la tarea de armonizar esas esas dimensiones, se realiza a través de lo que resulte equitativo intergeneracionalmente. Entonces, es el componente intergenera-

23. WALSH, Rodrigo y DI PAOLA, María Eugenia, *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, 21.

24. Los documentos *World Conservation Strategy* de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN), de 1980, y el informe de la Comisión Brundtland *Nuestro Futuro Común*, de 1987, provocaron su cristalización como principio universal en la Conferencia Mundial sobre medio ambiente y desarrollo de Río de Janeiro en 1992. El principio 3 de la Declaración de Río lo expresa así: “El derecho al desarrollo debe alcanzarse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. PIERRI, Naína (2005), “Historia del concepto de desarrollo sustentable”, en: Foladori, G. y Naína, P. *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Universidad Autónoma de Zacatecas–Porrúa, México.

25. SÁNCHEZ ITURBE, Mercedes, “*Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*”, LLNOA2009 (febrero), 38

cional su esencia última. Ninguna armonización sería posible sin esta escala de trascendencia temporal. Morello interpreta que el derecho ambiental encierra “derechos de cuarta generación, por su carácter intergeneracional – en favor de los que vendrán –, lo que conlleva el deber actual exigible: de conservación o preservación de los recursos naturales. La aplastante (no por voluminosa, sino, por realista, racional e innovadora) teorización *ius ambiental* de data reciente, ha honrado la protección ambiental para el futuro, para los del futuro, y esto es básico, pues sin la mirada al futuro, a los que vendrán, el derecho ambiental y su robusto contenido nada merecerían”²⁶.

En el mismo sentido, Daniel Sabsay expresa: “*El ethos ambiental* es todavía más paradigmático que aquellos comprendidos en los restantes intereses colectivos derivados de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva en general – como los denomina la C.N. (art. 43, 2do. párr.). Ello es así como consecuencia de uno de los elementos fundamentales del desarrollo sustentable –ligado a la protección ambiental–: nos referimos a la equidad intergeneracional”²⁷.

Finalmente, la expansividad de la sustentabilidad alcanza al Código Civil y Comercial, trasvasando lo público y lo privado; Cafferatta, al respecto, señala que: “Se introduce a través del artículo 240 en nuestra legislación civil y comercial, el concepto de ambiente y el macro fin del derecho ambiental, que no es otro que la sustentabilidad que demanda necesariamente una labor de articulación política jurídica”²⁸.

6. Los principios informadores

Explica Cafferatta que: “Los principios como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son ideas germinales. Son normas *prima facie* sin terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas. A su vez, los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica. Líneas fundamentales e informadoras de la organización. Las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”²⁹.

26. “*Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación*”, p. 947– ap. 284, en *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, Librería Editora Platense, 1998.

27. SABSAY, Daniel, “*Una nueva etapa en la defensa de los bienes ambientales*”, Revista La Ley, 19 de marzo de 2007.

28. Ampliar en CAFFERATTA, Néstor A., “*derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273.

29. CAFFERATTA, Néstor A., “Principios de derecho ambiental”, JA, 2006–II. Fascículo N° 11, 03. Cafferatta, Néstor (2010), Introducción al derecho ambiental, JA–II. Fascículo N° 11.

Inicialmente la política ambiental y su derecho se movieron en torno a la necesidad de detener la degradación de la naturaleza, expresándose a través de medidas de restauración, recuperación o resarcimiento. Pronto se advirtió que las características propias del daño ambiental –su expansividad en el espacio, su persistencia en el tiempo y, las más de las veces, su irreversibilidad– hacían necesario revisar los principios esenciales de la responsabilidad en esta materia. Así, la prevención cobró centralidad en la política ambiental al requerir evaluar la causa de los efectos de las acciones proyectadas, configurándose como un principio universal. La Suprema Corte de Mendoza ha dicho:

“Conforme las normas y principios que informan el derecho ambiental, se observa que el fin inmediato que deben perseguir las autoridades estatales, si no se quiere incurrir en desviación de poder, es la prevención y la reparación en especie del daño ambiental que pudiera haber ocurrido” Para agregar: “En concordante sentido con ello, la Ley Provincial N° 5.961 (B.O. 25.02.1993), de Preservación del Ambiente, en su artículo 19 establece: La reposición de las cosas al estado anterior tendrá lugar siempre que sea posible reparar en especie al menoscabo. En particular, consistirá en la adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos y otros bienes comunes a la colectividad perjudicada.”³⁰

Pero el conocimiento científico tiene una frontera, más allá de la cual las acciones humanas pueden irrogar riesgos imprevisibles capaces de causar graves daños, mucha veces irreversibles. La incertidumbre como ausencia de conocimiento o de información comenzó a ser reconocida; eventos catastróficos daban cuenta de que no todo podía ser previsto científicamente. La necesaria anticipación del daño ambiental dio lugar a un principio particular del derecho ambiental, el de precaución, que exige adoptar medidas cuando no se alcanzare la certeza científica requerida si se presumen graves efectos³¹.

Otros principios se suman, diversos en sus propósitos, pero enlazados al fin común de alcanzar la sustentabilidad. Todos ellos se explican y aplican a la luz del principio superior de sustentabilidad³².

30. CSJM, causa N° 102.365, caratulada: “Y.P.F. S.A. C/ D. G. IRRIGACIÓN S/ A.P.A.”

31. CAFFERATTA, Néstor A., “*El principio precautorio*”, RCyS2014–I, 5. Sobre la complementariedad y competitividad entre los principios del derecho ver PERETTI, Enrique “*La sentencia ambiental. Su eficacia*”, Revista de Derecho Público 2009–2, derecho ambiental, Ed. Rubinzal–Culzoni.2009, 336 y ss.

32. Por ejemplo, sobre el principio de no regresión, se puede ver: CAFFERATTA, Néstor, “*Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25.675 general del ambiente. Avances y novedades*”, Revista de derecho ambiental de Abeledo Perrot, 2012. BERROS, Valeria “*Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino*”, JA, 2011– IV, fasc. N. 13, p. 4. SOZZO, Gonzalo: “*El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río + 20*”, JA, 2011, IV, fascículo n. 13, p. 58. ESAIN, José A., “*El principio de progresividad en materia ambiental*”, JA, 2007–IV, fasc. N. 2, 11.

7. La función transversal

El carácter transversal u horizontal del derecho ambiental, que emana de la sustentabilidad, destaca la proyección del mismo sobre el ordenamiento jurídico y sus respectivos institutos, interfiriendo en la forma y el modo de su aplicación. Aída Kemelmajer expresa: “El derecho ambiental es horizontal; hace un corte transversal entre todas las disciplinas clásicas del derecho, entre las que se solapa y penetra. Es, por ello, un derecho invasor”³³.

Cafferatta resalta esta característica: “Nos gusta repetir lo dicho de modo brillante por Ricardo Luis Lorenzetti, que claramente señala que: El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante; se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características. El surgimiento de los problemas relativos al medio ambiente incide en la fase de las hipótesis, de planteamiento de los problemas jurídicos, suscitando un cambio profundo que avanza sobre el orden del Código, proponiendo uno distinto, sujeto a sus propias necesidades”³⁴.

Se explica que: “El derecho ambiental, como parte de los derechos humanos de la tercera generación, tiene un carácter transversal. Esto implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan el entero ordenamiento jurídico. Esto implica que su escala de valores llega a influir necesariamente en la totalidad de las ramas de las Ciencias Jurídicas.

Distribución de la competencia ambiental Función normativa y función ejecutiva



33. KEMELMAJER, Aída, “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)*”, Acad. Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año LI, 2 Época–n°44–p.12, La Ley, julio de 2006.

34. CAFFERATTA, Néstor A., “*Principios de derecho ambiental*”, JA, 2006–II. Fascículo N° 11, 03.

Los Derechos Reales, el Derecho Agrario, Derecho Urbanístico e incluso el Derecho de la Propiedad Intelectual, no escapan de tal estela de influencia. Institutos clásicos del Derecho como la propiedad, la posesión y las servidumbres han sido afectados de tal forma por la axiología ambiental, que hoy en día, se habla de la función ambiental de la propiedad, del instituto de la posesión ambiental y de un nuevo tipo de servidumbres denominadas ambientales³⁵. Así ha quedado plasmado en el art. 240 del CCyC.

Esta interferencia con el ordenamiento jurídico y sus disciplinas jurídicas comprende un amplio espectro de relaciones y funciones estatales. Liber Martín afirma que: “Los principios contenidos en el art. 41, CN, contribuyen a modular, conformar, delimitar y hasta modificar el contenido de otros derechos, tales como la propiedad privada, y deben ser armonizados con el resto de las normas constitucionales. ...No existe en adelante en la Argentina otro uso posible de los recursos naturales –públicos y privados– que el racional y sustentable...”³⁶.

Pero no debe haber confusiones en esto. El principio de sustentabilidad, como todos los principios del derecho ambiental, *se impone a las autoridades, según su propia competencia*. Es decir, fecunda cualitativamente todos los niveles del gobierno y sus expresiones jurídicas, debiendo esta interferencia ser interpretada armónicamente con los poderes reservados a las provincias y el sistema federal de gobierno. Así se desprende del art. 41, CN, 2do párrafo, cuando requiere a las autoridades, sin distinguir su nivel ni función, la obligación de proveer a la protección ambiental, y lo aclara el art. 5° de la Ley N°25.675, cuando dispone: *Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley*.

Así, en la función transversal de la sustentabilidad no median consideraciones relacionadas con la gradualidad ni la complementación normativa. Está vinculada a la incidencia que su fin superior tiene sobre el ordenamiento jurídico total, incluido el régimen de los recursos naturales, al cual se integra.

8. Relación con el derecho de los recursos naturales

Guillermo Cano, desde el origen mismo del derecho ambiental, identificaba las confusiones existentes entre “el derecho ambiental y el derecho de los recursos naturales, a pesar de que ambos no tienen los mismos objetos y contenidos, aunque en determinados campos se entrecruzan. El derecho de los recursos

35. PEÑA CHACÓN, Mario, La transversalidad del derecho ambiental y su influencia sobre el instituto de la propiedad y otros derechos reales, http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3444

36. MARTÍN, Liber, *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*, Abeledo Perrot, Bs. As. 2010, 39.

naturales se ocupa de la utilización humana de los mismos en miras a un desarrollo cualitativo y cuantitativo. También se extiende pero en forma limitada a su conservación. Solo en éste último campo es entrecruza con la disciplina ambiental³⁷.

Sin embargo, en la doctrina hay algunas interpretaciones que llevan a una indudable colisión entre normas constitucionales cuando se confunde sustentabilidad y regulación, afectando los órdenes competenciales correspondientes a los recursos naturales y al ambiente.

Así, Rosatti³⁸ sostiene que el art. 124 de la Constitución Nacional sobre el dominio originario provincial sobre los recursos naturales debe vincularse inexorablemente con el art. 41, pues se trata de normas complementarias. El art. 124 habla del dominio de los recursos naturales, el art. 41 habla de los criterios de utilización de esos recursos. Y en ambos se habla de la relación Nación–Provincias. Respecto de los criterios de utilización, el art. 41 incorpora los principios de uso racional y de sustentabilidad, por lo que, siguiendo su razonamiento, sería posible admitir que el dominio provincial sobre los recursos naturales no invalida la jurisdicción nacional en la materia por razones de planificación y como garantía de su uso racional y de la sustentabilidad ambiental.

Esta doctrina no es armónica con la CN. Confunde principios y obligaciones generales con reglas competenciales³⁹. La sustentabilidad anida en el primer párrafo del art. 41 CN como principio general que emana de un derecho humano fundamental (por eso cumple una función transversal respecto de las jurisdicciones estatales); en el segundo párrafo, con la misma naturaleza transversal, consagra un mandato tutelar consistente en la obligatoriedad de todas las autoridades de hacer un uso racional de los recursos naturales, sin interferir la competencia atribuida a las mismas, y, recién en el tercer párrafo, establece la regla competencial que atribuye a la Nación establecer los PMPA y a las provincias las normas complementarias.

Una posición diferente a la de Rosatti la expresada por Pardo: “En suma, cualquier interpretación que se haga sobre las facultades delegadas a la Nación en materia de protección ambiental, debe realizarse de manera restrictiva; caso contrario, se estarían reconociendo poderes implícitos del Gobierno Federal, en contraposición con la salvedad contenida en el mismo artículo 41 de la Constitución Nacional referente al respeto de las jurisdicciones locales,

37. CANO, Guillermo, citado por ESAIN, José Alberto (2010), *El concepto de medio ambiente*, ps. 65/96.

38. ROSATTI, Horacio, “*Dominio y aprovechamiento de los recursos naturales*”, en la Argentina, *Revista de Derecho Público, derecho ambiental* 2009–1, ed. Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 95 y ss.

39. ALEXIS, Robert (1988), “Sistema jurídico, principios Jurídicos y razón práctica”, ponencia presentada por el autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián en septiembre de 1988. <file:///C:/Users/aldo/Downloads/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0.pdf>

y en contradicción con el sistema federal adoptado por nuestra Constitución Nacional, en especial con lo preceptuado por el art. 121 ya citado⁴⁰”.

En consecuencia, la vinculación entre el art. 124 y el art. 41 CN existe, pero requiere una apreciación más precisa que se hará seguidamente, que distinga los distintos niveles regulatorios contenidos del art. 41 y su finalidad, sin provocar una contradicción normativa entre normas constitucionales, especialmente con el reconocimiento del dominio originario provincial.

II. La normativa ambiental

1. Jurisdicción y competencia ambiental

Se define a la jurisdicción territorial como un ámbito delimitado en el que el Estado ejerce sus funciones (competencias). Estas funciones pueden ser ejecutivas o regulatorias⁴¹.

La organización institucional de la Argentina se fundamenta en el régimen federal de Gobierno (Art. 1° CN), que distribuye las competencias en dos niveles: el nivel federal o nacional, por un lado, y el nivel provincial, por el otro. Hay un tercer nivel, el nivel municipal, que está previsto en la Constitución Nacional (art. 5° CN), como requisito para el reconocimiento de las autonomías provinciales, sin embargo, este nivel se atiene al régimen de distribución de competencia constitucional de cada provincia.

Conforme al art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional, en cuanto a la competencia ambiental, se debe distinguir la función regulatoria de la función ejecutiva.

a) Respecto de la función regulatoria:

- La competencia para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental corresponde a la Nación;
- La competencia de dictar las normas ambientales complementarias corresponde a las provincias.

b) Respecto a la función ejecutiva:

40. PARDO, María Clara, “Presupuestos mínimos ambientales”, LA LEY 07/04/2015, 6 • LA LEY 2015-B, 321. “Es dable afirmar que el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales lleva necesariamente a la jurisdicción —salvo expresa limitación—; mientras que la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio. Es que en el primer supuesto, la separación de los conceptos de dominio y jurisdicción debe ser siempre excepcional, dado que de lo contrario, el titular del dominio se vería desprovisto de potestades para decidir sobre las relaciones que afectan al objeto, tornando en ilusoria su capacidad de acción y disposición. En el caso bajo estudio, esa separación de los conceptos de dominio y jurisdicción está dada por lo preceptuado en el tercer párrafo del artículo 41, el cual —como hemos dicho— debe ser interpretado de manera restrictiva, a fin de no vaciar de contenido el concepto de dominio originario por parte de las provincias”.

41. ESAIN, José, *Competencias Ambientales*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008.

- Corresponde a las provincias aplicar en sus territorios tanto las normas de presupuestos mínimos como las normas complementarias (art. 41 tercer párrafo, in fine).

Completa el marco constitucional, el reconocimiento de que a las provincias corresponde el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art. 124 in fine CN). Luego, si la norma tiene por fin regular el uso y aprovechamiento de un recurso natural (por ej.: el agua), la competencia normativa y ejecutiva provincial es exclusiva.

2. Caracterización de los presupuestos mínimos (PMPA)

La Ley N° 25.675 adoptó una interpretación amplia sobre el concepto de “presupuestos mínimos” que se aparta sensiblemente de las discusiones acerca de si los presupuestos mínimos ambientales debían limitarse a un estándar cuantificable o una política, o a ambos⁴². Así, la ley los definió en su art. 6 como “toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental⁴³”, agregando que “En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener la capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”.

a) *Protección uniforme.* Las asimetrías institucionales existentes antes de la reforma constitucional en las diferentes jurisdicciones territoriales requería de una norma marco o básica. Hasta la reforma, había provincias que evolucionaban hacia la consolidación de un régimen legal ambiental consistente, pero otras no hacían lo mismo. La anomia, la fragmentación o la dispersión normativa era la situación predominante. La conformación del COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) respondía a la necesidad de contar con una política ambiental común previamente concertada. La distribución de la competencia ambiental establecida por el art. 41 tercer párrafo, apuntó a este objetivo esencial: los habitantes debían tener una de protección común en todo el territorio nacional.

B) *Protección mínima.* Los presupuestos mínimos no pueden tener cualquier contenido. No cumpliría la exigencia constitucional una norma que únicamente tuviera como atributo ser común a todos los habitantes. La Constitu-

42. Teorías restrictivas: BEC, Eugenia y FRANCO, Horacio (2010), *Presupuesto mínimos de protección ambiental*, Cátedra Jurídica, Bs. As.; MOYANO, Amilcar, “Apostillas a la ley general del ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez”, LLGran Cuyo 2007 (febrero), 1.

43. El texto de la norma fue proyectado a partir de un artículo del autor del presente, y que fuera requerido por el equipo de redacción encabezado por la Diputada y luego Senadora Nacional Mabel Müller, autora e impulsora de la iniciativa: “Consideraciones sobre la vigencia de las nuevas normas ambientales”, Revista del Foro de Cuyo, DIKE, Mendoza, tomo 36 –1999.

ción es clara cuando especifica que se trata de presupuesto mínimos de “protección”. Por lo que en esta primera aproximación podrían definirse como aquellas normas que además de conceder una tutela ambiental uniforme o común (aspecto territorial nacional), tienen por objeto imponer un mínimo de protección ambiental⁴⁴. Este mínimo de protección ambiental en su contenido, *conforme a la Ley 25.675, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable*⁴⁵.

C) *Ambiente humano*. Como interpreta Quiroga Lavié, para la Constitución el “ambiente” no es solo naturaleza sino también cultura. El mismo autor con toda claridad expresa que de este modo la Constitución está definiendo el bien jurídico ambiental protegido por el ordenamiento jurídico”.

D) *Limite regulatorio*. Pero además estos presupuestos mínimos deben ser tales, es decir, permitir a las provincias incorporar exigencias de protección adecuadas a las particularidades de sus ecosistemas. La concurrencia entre la Nación y las provincias, en materia de competencia regulatoria, está delimitada. Los convencionales cuando usaron el término “mínimo”, dispusieron que no podía incorporarse regulaciones tan detalladas que estrecharan el margen de competencia complementaria provincial.

3. Análisis: PMPA sustanciales e instrumentales

a) *Distinción interpretativa*

Para profundizar el contenido de la norma nacional de PMPA y su dinámica en relación al ordenamiento jurídico en el territorio nacional, se desarrolla una interpretación a partir de la clasificación propuesta por Maiztegui y Walsh que distingue los PMPA en sustanciales e institucionales⁴⁶. Los primeros se refieren al bien ambiental objeto de protección; los segundos, se refieren a las formas o mecanismos para alcanzar esa protección, sean administrativos o procesales.

Los PMPA sustanciales comprenden un objeto amplio de protección, con dos posibles contenidos:

1. Proteger directamente el ecosistema o el ambiente o sus elementos, *en tanto bien colectivo*.

2. Definir las *condiciones necesarias* que deberán observar aquellas actividades antrópicas de mayor afectación o perjuicio al ambiente (regulación de conductas).

44. El autor español MUÑOZ MACHADO, citado por Ariel KAUFMAN, lo denomina “principio de la unidad jurídica y de la uniformidad de las condiciones de vida en todo el territorio”, en La Ley de Residuos Peligrosos frente a la Reforma de la Constitución Nacional, en Revista La Ley del 10/2/95.

45. PARDO, María Clara, “Presupuestos mínimos ambientales”, LA LEY 07/04/2015, 6; LA LEY 2015-B, 321.

46. Propuesta por MAIZTEGUI, Cristina, WALSH, Rodrigo, “El Paradigma de la Sustentabilidad y el nuevo derecho ambiental argentino”, RD Ambiental(2005).

Por su parte, *los PMPA instrumentales* (se modifica la denominación propuesta por los autores citados por considerar más adecuado asociarlos a la utilizada en el art. 8, Ley 25.675), se refieren a procedimientos administrativos o procesales directamente vinculados a la protección del bien ambiental.

Sin embargo, se requiere profundizar ambos conceptos.

b) PMPA sustanciales

Los PMPA sustanciales están ciertamente impregnados por la sustentabilidad. Su objeto o contenido es el bien colectivo ambiente a fin de protegerlo y mantenerlo. El art. 6 de la ley 25.675, cuando define los PMPA, destaca su sustantividad: *En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.*

Los PMPA sustanciales se caracterizan por imponer un mínimo de protección; y el mismo se define por *establecer las condiciones necesarias para proteger el bien colectivo ambiente y sus partes constitutivas*. Por lo que una norma de PMPA se integra por: el bien protegido y las condiciones necesarias para lograrlo. Este es el mínimo constitucional.

Una Ley de PMPA que no definiera el bien protegido y que no estableciera las condiciones necesarias para su protección sería inconstitucional, o una mera declaración.

El art. 240 del CCC refuerza esta interpretación.

c) PMPA instrumentales

Los *PMPA instrumentales* se conforman con institutos de gestión, administrativos y procesales, encaminados a asegurar el cumplimiento de los PMPA sustanciales. Son normas de implementación, por lo que siempre deben vincularse con los PMPA sustanciales, integrando las normas que establecen las condiciones necesarias para proteger el bien colectivo ambiente o sus componentes. Están atados al derecho de incidencia colectiva que se pretende garantizar.

El art. 8 de la Ley N°25.675 establece los PMPA instrumentales (EIA, Ordenamiento Territorial, etc.) a fin de asegurar los objetivos y principios que la misma ley establece.

En cuanto a lo procesal, esta relación de dependencia ha sido identificada por la SCJ Nación respecto al proceso colectivo cuando expresó: *“corresponde calificar en los términos de la causa “Halabi” (Fallos: 332:111) a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable”*⁴⁷.

47. CSJN, in re Kersich, CSJN 42/2013 (49-K) “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros amparo”. Fallo del 2 de diciembre de 2014.

El motivo de su dependencia en relación a lo sustancial de la norma, es que lo procesal o administrativo es de competencia local. Luego, su regulación federal mediante PMPA se justifica exclusivamente en la necesidad de dotar de eficacia a la norma sustancial⁴⁸.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido la justificación y el alcance de este tipo de regulación excepcional: “Que desde antiguo tiene dicho esta Corte que si bien las provincias tienen facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos que le incumbe dictar...”⁴⁹.

Vale recordar en este sentido, que se ha sostenido que dentro de las normas procesales existen algunas que resultan sustanciales, en cuanto hacen al nacimiento y extinción del derecho que debe regular las normas de fondo; y otras normas procesales que son meramente formales, y por ello no corresponde su regulación a la legislación sustancial que debe dictar el Congreso en razón de sus potestades, siendo un atributo propio de las provincias regular al respecto⁵⁰. Con igual razón, debe reconocerse la posibilidad que junto a contenidos sustanciales, las normas de PMPA incluyan los aspectos adjetivos básicos que aseguren la eficacia de los derechos que se protegen.

No sería compatibles con el sistema jurídico, entonces, leyes de PMPA exclusivamente procedimentales. Los mismos deben referirse a un bien colectivo cuya protección esencial justifica el instrumento a aplicar.

4. La Ley 25.675

La Ley General del Ambiente N°25.675 (LGA) (ADLA, Bol. 32/2002, p. 2) es la norma rectora del ordenamiento ambiental argentino. Objetivos, principios e instrumentos regulatorios conforman su contenido. La denominación de ley política ambiental es consustancial con su impronta, el desarrollo sustentable nacional. La tutela preventiva y reparadora, la participación ciudadana y la información ambiental, las normas procesales fundamentales, entre otros instrumentos, conforma el estatuto jurídico central del sistema

48. BEC, Eugenia y FRANCO, Horacio (2010), *Presupuesto mínimos de protección ambiental*, Cátedra Jurídica, Bs. As., 229.

49. CSJN in re Rattagán, Libro Vol 258–1964, 11 de mayo. También CSJN in re Defensor Oficial c/La Empresa del Ferrocarril de Santa Fe. Defensor General c/Ferrocarril de Santa Fe (Fallos 137:301); Bernabé, Correa en autos con Barros, Mariano R. (Fallos 138:157); Criminal c/Etcheverry, Servilano o Andrade Juan (Fallos 139:76); Netto, Ambrosio c/ Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos. Oficina Provincial del Trabajo c/ Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos (Fallos 141:254)

50. CATALANO, Edmundo F., *Código de Minería Comentado*, Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 33.

ambiental. Pero, es en cuanto a la forma y alcance de la norma ambiental, donde adopta una decisión política de trascendencia al instituir el Sistema Federal Ambiental, centrado en la adecuada vigencia y efectiva aplicación de las leyes de presupuestos mínimos y sus normas complementarias. Un conjunto de normas de PMPA sobre materia especiales se integran al sistema normativo con eje en esta ley⁵¹.

5. Leyes de presupuestos mínimos especiales

- A. Ley 25.612 Gestión Integral de Residuos Industriales (no operativa)⁵².
- B. Ley 25.670 para la eliminación de PCBs.
- C. Ley 25.688 Régimen Ambiental de Aguas⁵³.
- D. Ley 25.831 Régimen de Libre Acceso a la Información Ambiental.
- E. Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios.
- F. Ley 26.331 de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.
- G. Ley 26.562 de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema.
- H. Ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.
- I. Ley 26.815 Sistema Federal de Manejo del Fuego.

Se debe considerar comprendida la Ley 24.585 de Protección ambiental en la actividad minera⁵⁴.

6. Las normas complementarias

Quiroga Lavié dice que “... dictar bases no puede significar la regulación completa de la materia, sino los objetivos que el legislador quiere proteger (los fines y no los medios), el piso o el techo de algún tipo de producción de recursos, o alternativas válidas, entre las cuales puede el legislador provincial elegir la más conveniente a sus necesidades. Pero si el Congreso no dicta bases, sino una regulación completa de la materia, pues deberá impugnarse la constitucionalidad de la ley nacional, tanto como cuando sea la provincia la que se excede en el ejercicio de la complementación”⁵⁵.

51. Sobre la evolución legislativa puede verse en DI PAOLA, María Eugenia, “*La labor del Congreso y la sociedad civil desde la vuelta de la democracia en Argentina*”, Informe Ambiental Anual 2014 FARN.

52. RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, “*La implementación de las leyes de presupuestos mínimos. Necesidad de un nuevo Pacto Federal Ambiental*”, en Revista del Derecho Público, derecho ambiental I, 2009–1, Bs. As., Rubinzal –Culzoni Editores, 2009.

53. Esta norma es inconstitucional al no establece normas de presupuestos mínimos sino que las delega en el PEN, establece organismos de gestión de agua cuando la norma ambiental tiene como límite competencial nacional la protección ambiental de los recursos naturales como parte del ecosistema y no su gestión, que las provincias se han reservado (art. 124 CN). Ampliar en PINTO, Mauricio, “Consideraciones sobre la pretendida norma de presupuestos mínimos ambientales en materia hídrica. A propósito de la Ley 25.688”, La Ley, Suplemento de derecho ambiental, 29/04/2003,1.

54. SABSAY, Daniel, El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma, Sup. Const. 2014 (octubre), 143 • LA LEY 2014–E, 1173.

55. “*La protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional*”, Revista La Ley del 18/3/96.

Daniel Sabsay al analizar la distribución de competencias ambientales de la C.N., precisa: “También deben considerarse otros artículos que hacen a la cuestión federal y que han sido introducidos por la reforma. Todos ellos establecen de manera invariable el fortalecimiento del ámbito local. Así ocurre, en materia de establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30), de intervención federal (art. 75, inc. 31), de régimen financiero (art. 75, inc. 2), de autonomía municipal (art. 123), de nuevas potestades provinciales (art. 124, 1º parte), etc. Todas estas cuestiones conjuntamente con las consideraciones particulares en materia de desarrollo territorial del inc. 19 del art. 75 (“nueva cláusula del progreso”) nos están señalando un claro rumbo deseado por el constituyente de reforma, el que se sitúa en el camino de la recuperación del federalismo. En virtud de ello la determinación del alcance de las potestades nacionales derivadas de la expresión “presupuestos mínimos” debe hacerse con alcance restrictivo. De este modo se respetarán las ‘jurisdicciones locales’, las que el mismo constituyente ordena que no deben ser alteradas”⁵⁶.

Las provincias tienen la posibilidad de mejorar y perfeccionar las normas nacionales de presupuestos mínimos. En este mismo sentido, el Supremo Tribunal Constitucional de España, interpretando su norma constitucional, fuente de nuestro art. 41 tercer párrafo, ha expresado que “El sentido del texto constitucional es el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica, y es a esa posibilidad a la que hace referencia el precepto estatutario”⁵⁷.

La CSJN se ha pronunciado sobre el alcance de la competencia complementaria provincial:

- “En efecto, 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 llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, gríc. 3º, Constitución Nacional)” (SCJN, Roca, Magdalena c. Provincia de Buenos Aires, LA LEY 1996–B, 139).

56. SABSAY, Daniel, “El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación–Provincias”, *Doctrina Judicial*, Años III/Nº 28 (23/07/1997) Editorial La Ley, Buenos Aires, páginas 783–787.

57. DELGADO PIQUERAS, Francisco, “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”, *Revista Española del Derecho Constitucional*, Madrid, 1993, año 13, Nº38, pp. 49–80.

- “Ello es así, puesto que, según la etapa de la actividad de la que se trate, el poder de policía ambiental deberá ser ejercido por las distintas jurisdicciones en que éstas se concreten. Tal conclusión es la que debe extraerse de la propia Constitución Nacional, pues si bien el constituyente otorga poderes a la Nación para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente en primer término la potestad en materia de protección ambiental en cabeza de las autoridades provinciales (art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional y Fallos: 318:992 y 323:3859, entre otros)” (SCJN, Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ Amparo ambiental C. 284, L. XLVII Corte Suprema de Justicia de la Nación 17/04/2012).
- “En suma, del cotejo de las normas provinciales y nacionales invocadas no se advierte de qué modo y en qué medida la exigencia de la aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental exigido en los arts. 6 y 7 de la ley provincial 4.032 antes del inicio de las actividades, vendría a contradecir lo previsto por las leyes nacionales 24.585 y 25.675, dictadas con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional. Según dicho artículo, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada” (SCJN, Villivar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros. LA LEY 27/04/2007).
- “En el precedente de Fallos: 318:992 ya citado, el Tribunal dejó bien 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. Tal conclusión procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación ‘dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección’, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional; Fallos: 318:992, considerando 7º; 329:2280, entre muchos otros). Que las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio” (SCJN, Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo ambiental. Buenos Aires, 1 de noviembre de 2011).

7. Sustentabilidad y regulación

La sustentabilidad impregna a los PMPA, pero no se confunde con ellos, sino que los trasciende, abarcando la actividad estatal toda. Aquél es un principio que infunde de transversalidad al derecho ambiental, mientras que los PMPA son reglas competenciales que conforman una de sus expresiones, no excluyente de otras. Así, la gestión y regulación de los recursos naturales debe ajustarse al principio de sustentabilidad, correspondiendo a la autoridad local, en ejercicio de su competencia, proveer al uso racional y sustentable del recurso, conforme al mandato tutelar constitucional (art. 41, segundo párrafo).

En este sistema, entonces, corresponde a la Nación dictar los PMPA, como regla común y mínima de sustentabilidad, pero el dictado de normas que se dirigen al uso sustentable de los recursos naturales como tales (por ej.: normas sobre extracción de aguas subterráneas), es un acervo competencial provincial que no ha sido delegado a la autoridad nacional.

Pero cuando el recurso natural es regulado para su protección como bien colectivo (por ej.: los glaciares), como parte del ecosistema o del ambiente, se instala en el juego competencial del art. 41 tercer párrafo CN, correspondiendo a la Nación dictar los PMPA y a las provincias ejercer la competencia complementaria, la que no puede contrariar ni oponerse a la competencia nacional establecida en la leyes de PMPA.

III. El Sistema Ambiental Federal

Definir exactamente lo mínimo y lo complementario es una cuestión compleja. Pardo expresa que: “Tampoco debe perderse de vista que ‘el concepto de presupuesto mínimo es amplio y abarca una serie de cuestiones todas ellas fundacionales y fundamentales para el desarrollo sustentable y la tutela del medio ambiente en nuestro país...’; no siendo en consecuencia acertado considerar que los presupuestos mínimos se limitan a una enumeración de estándares, o límites de emisión, o guías de calidad; en suma, el concepto de presupuestos mínimos de protección ambiental no podría reducirse únicamente a estas condiciones”⁵⁸.

Sobre el particular, Sabsay y Di Paola, se plantean: “¿Cuál es la línea divisoria entre las potestades nacionales y provinciales? Este interrogante constituye la pregunta clave en este campo. Nos parece difícil el logro de una respuesta válida a ella si con anterioridad no se constituye un mínimo de consenso

58. PARDO, María Clara, “Presupuestos mínimos ambientales”, LA LEY 2015-B, 321.

entre niveles del gobierno. Esta necesidad nos parece auspiciosa en la medida que nos ubica dentro de un federalismo de ‘concertación’⁵⁹.

Más recientemente, Sabsay agrega: “La problemática ambiental encaminada al desarrollo sustentable requiere de una articulación particular entre niveles de gobierno. Desde el ámbito nacional resulta dificultoso dar cumplimiento al mandato constitucional derivado del párrafo 3° del art. 41. Parece fácil llegar a un planteo teórico de la cuestión, lo que luego se verá entorpecido cuando de lo que se trata es de transformar en normas el programa constitucional. ¿Cuál será la línea divisoria entre las potestades nacionales y las provinciales? Nos parece difícil su determinación si no existe con anterioridad una base consensuada de solución entre niveles de gobierno la que deberá luego institucionalizarse a través de modalidades propias de un federalismo de “concertación”. A poco de efectuada la reforma consideramos que la reglamentación del art. 41, CN, no podía concretarse en una única norma ya que no se trataba de una nueva materia a codificar. Este no ha sido el deseo del constituyente, de lo contrario, hubiese incluido a la materia ambiental entre los códigos del art. 75, inc. 12.”⁶⁰.

Por ello, uno de los aspectos salientes de la Ley N° 25.675 es haber ratificado los acuerdos federales ambientales – Acta Constitutiva del COFEMA y Pacto Federal Ambiental–, constituyendo el Sistema Federal Ambiental⁶¹, como eje para la adecuada vigencia y efectiva aplicación de las leyes de presupuestos mínimos y sus normas complementarias. Este sistema, de esencia política, modera la tensión ínsita en el federalismo entre poderes locales y el poder central, mediante un ámbito de concertación, el COFEMA, que se instala como eje instrumental del Sistema Ambiental Federal.

La ley nacional, en su artículo 24, establece un procedimiento destinado a asegurar la aplicación de la norma ambiental: “El Poder Ejecutivo pondrá a la Asamblea del Consejo Federal de Medio Ambiente el dictado de recomendaciones o de resoluciones, según corresponda, de conformidad con el Acta Constitutiva de ese organismo federal, para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones”. Esto permite sostener que la esencia del SFA es la implementación de la norma ambiental argentina.

59. SABSAY, Daniel A. y Di Paola, María Eugenia, “*El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente*”, p. 47–54, Anales de la Legislación Argentina, Boletín Informativo, año 2002, N° 32.

60. SABSAY, Daniel, “*El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma*”, Sup. Const. 2014 (octubre), 143; LA LEY 2014–E, 1173.

61. El entonces Diputado Nacional Arturo Lafalla presentó un proyecto de ley de constitución del Sistema Ambiental Federal, preparado por el autor de la presente, cuyas normas fueron tomadas para integrar la Ley 25.675.

Cuando habla de “adecuada vigencia y aplicación efectiva” alude a las particularidades del ordenamiento federal argentino que requiere una concertación permanente entre autoridades de múltiples jurisdicciones.

Del conjunto de normas ambientales sancionadas bajo el nuevo régimen puede extraerse una serie de conclusiones respecto al funcionamiento de este sistema y la problemática de su implementación que exceden esta introducción⁶².

IV. El daño ambiental

1. Introducción

El daño ambiental conforma la base del sistema jurídico ambiental, al establecer la responsabilidad respectiva a partir del cual se desarrollan los instrumentos regulatorios y económicos de la política ambiental.

Pablo Lorenzetti destaca que: *“En primer lugar, entonces y como dato no menor, el ambiental es el único daño que posee una referencia directa en la norma de mayor jerarquía de nuestro Estado de Derecho. Así, el artículo 41 del texto constitucional dispone, en su parte pertinente, que “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”*⁶³.

El art. 27 de la LGA 25.675 lo define como: *“toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos”*.

2. Caracterización

*“El daño ambiental tiene como característica ser expansivo en el espacio y persistente en el tiempo; es, la más de las veces, irreversible”*⁶⁴. *“Su continuidad es el rasgo predominante”*⁶⁵.

Mariana García Torres clasifica los casos de daño ambiental de la siguiente manera: *“1) donde hay un daño con una afectación presente, tangible y no continuada (de las menos comunes en materia ambiental); 2) donde hay un daño con una afectación presente, tangible y continuada; 3) donde hay un daño con una afectación difusa, poco tangible en el presente, continuada y, por ende, con potencialidad a futuro; 4) casos donde la afectación no es tangible en el presente pero científicamente previsible en el futuro; 5) casos donde la afectación es incierta, ya que la ciencia no se ha puesto de acuerdo sobre los resultados a futuro de determinadas acciones”*⁶⁶.

62. Ampliar en RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, *“El Federalismo Ambiental en el Bicentenario”*, en Informe Ambiental 2010, FARN, Bs. As., 2010, 81 y sigtes.

63. *“La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”*, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>

64. BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Daño Ambiental*, Hamurabi, Bs. As., 2005, 196–206.

65. VALLS, Claudia, *“La responsabilidad por daños y perjuicios ambientales”*, JA 2005–IV, Número especial, 30.

66. GARCÍA TORRES, Mariana, *“La cautelar ambiental”*, JA 2005–IV, Número especial, 14

En ocasiones, tampoco puede distinguirse en toda su magnitud el periodo en que efectivamente se provocará la modificación, alteración o degradación del ambiente, cualquiera sea el medio empleado a esos fines. Por ello, tiene especial relevancia para la aplicación del principio precautorio considerar los distintos supuestos de daño ambiental; entendiéndose que, en los casos en que a la condición habitual de continuidad del mismo concorra una “afectación incierta”, de carácter grave o irreversible, será procedente.

El máximo tribunal de Jujuy expresa en una sentencia: *“Así como ha ido evolucionando el papel del Juez y de la Justicia, el concepto de daño también se ha tornado más amplio, hasta abarcar por ejemplo aquellos que se llaman ‘daños generacionales’ es decir aquellos que por su magnitud no repercuten solo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras”*⁶⁷.

3. Análisis

Respecto al alcance del daño ambiental, la Ley 25.675 habla de *alteración*, expresión que denota que el daño supone una modificación, un cambio, una transformación de la situación preexistente. Pero la alteración debe ser negativa y relevante. Es relevante cuando altera la capacidad de carga del ecosistema o su sustentabilidad, la salud humana, el patrimonio cultural y la calidad de vida social.

“La modificación se debe producir en el ambiente, los recursos naturales (por ej., agua, aire, suelo, flora, fauna), o en bienes o valores colectivos, que en el derecho argentino, por mandato constitucional, comprenden, incluso, la herencia cultural (art. 41 de la CN). En este aspecto, cabe destacar que el concepto de la ley argentina es mucho más amplio que el de la directiva europea 2004/35, que comprende solo el daño a la flora, fauna, hábitats naturales, aguas y suelos”⁶⁸.

Sobre la relevancia, Kemelmajer explica que “un sector de la doctrina entiende que este calificativo implica que la lesión desorganiza el sistema, retardando el desarrollo humano y afirma que la acción lesiva es aquella que comporta una desorganización de las leyes de la naturaleza; dicho en otras palabras, el daño ambiental se relaciona con el principio organizativo del sistema ambiental y existe cuando esa afectación es apta para impactar sobre el equilibrio de ese sistema. Otros asocian el requisito de la relevancia a la gravedad de la lesión. En este sentido, antes de la sanción de la ley, la doctrina mayoritaria

67. Sentencia del 23 de febrero de 2010, Expte. N° 6706/09, STJJ, caratulado: “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° B– 193.302/08 (Tribunal Contencioso Administrativo) Medida Precautoria Innovativa: Leaño, Julia Rebeca; Leaño, Remo; Cruz de Mamaní, Victoriana; Licantica Dámaso; Valenzuela, Víctor Hugo; Moreau, Roger Lucein y otros c/ Estado Provincial”.

68. KEMELMAJER, Aída, “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 (L.G.A)*”, Acad. Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año LI,2 Época–n°44–p.12, La Ley, julio de 2006.

hacia mención a la necesidad de que el daño presentará cierta gravedad, en el sentido de poner en riesgo la calidad de vida en forma significativa. El carácter relevante indica, pues, que la lesión debe ser importante; en este aspecto, coincide con el artículo 2618⁶⁹ del código civil (que se refiere a la “normal tolerancia”); consecuentemente, existe un umbral de tolerabilidad debajo del cual el daño no es indemnizable. En definitiva, “normal tolerancia y razonabilidad configuran el norte con el que cabe interpretar la noción de daño ambiental”.

Es importante destacar que en el derecho norteamericano, la remediación o recomposición debe ser realizada hasta el punto de llevar los niveles de contaminación hacia los parámetros establecidos por las leyes específicas que regulen la presencia de los contaminantes en cuestión⁷⁰.

Respecto al carácter negativo de la alteración, se relaciona en principio con la capacidad de autorregeneración del ecosistema pero esto tiene que ser razonable, no se puede considerar comprendida una regeneración de cientos o miles de años. “La modificación negativa podría entonces vincularse a la alteración de la capacidad de mantener una calidad de vida aceptable y un equilibrio ecológico viable, excluyendo aquellos cambios que no tengan un efecto sustantivo”⁷¹.

El daño colectivo se rige por el principio de responsabilidad, que consagra la misma LGA: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”(art.4 y art.28).

El factor de atribución de esta responsabilidad es objetivo, así el art. 28 de la LGA establece: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”.

En cuanto a la existencia de más de un responsable, la LGA establece que “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”. Pero la ley extiende la responsabilidad que en el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación (art. 31 *in fine*).

El alcance de la recomposición es un tema central en esta materia, una interpretación simple de la ley nos lleva a considerar que “se trata en realidad,

69. Art. 1973 CCyC.

70. El seguro ambiental en la Argentina, FARN, 2010, http://www.farn.org.ar/docs/seguo_ambiental_doc_nov2010.pdf

71. SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, Anales de la Legislación Argentina, Boletín Informativo año 2003, N° 17, pp 1–9, La Ley.

de volver las cosas al estado que tenían antes de producirse el daño. Desde esta perspectiva, ambos vocablos (restablecimiento y recomposición) coinciden con la expresión usada en el art. 1083 del Código Civil (reposición de las cosas a su estado anterior). En definitiva, los vocablos implican recuperación, restauración, reconstitución⁷². Pero sabemos que en materia ambiental es casi imposible alcanzarla en plenitud. Luego, podría proceder una “recomposición que volviera las cosas *cuasi status quo ante*” y complementarlo con una indemnización pecuniaria. En todos los casos se impone una reparación integral.

En caso de que el daño ambiental no pueda ser recompuesto por no ser técnicamente factible, la ley impone la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, la que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que ella crea, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder (art. 28, LGA).

La exención de responsabilidad es limitada y solo tendrá lugar “acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (art. 29, LGA).

4. La prevención

Por estas características del daño ambiental, Tomás Hutchinson, con acierto, expresa que: “...esperar la concreción del hecho dañoso para que comience a funcionar la responsabilidad ambiental es a todas luces descabellado. En esta área, el no anticiparse a los hechos, el no prevenirlos, puede tener consecuencias sumamente graves. La responsabilidad por el riesgo mismo de la cosa o actividad riesgosa se traduce en responsabilidad por prevención, o sea, por el cumplimiento de medidas que disminuyan el riesgo, evitando el daño o atemperándolo. Así como ante el daño aparece la indemnización, ante el mínimo riesgo aparece la prevención...Al admitir este tipo de responsabilidad, favorecemos las medidas de seguridad o prevención (que tienden a evitar el daño, disminuyendo los riesgos) que deben tomar a su cargo los operadores⁷⁴.”

Lorenzetti, al respecto expresa: “En general, el legislador establece la precedencia de la tutela preventiva, es decir, primero prevenir, luego restituir y finalmente, si no quedan opciones, reparar el daño causado. Esta secuencia

72. KEMELMAJER, Aída, “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)”, Acad. Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año LI, 2 Época—nº 44—p.12, La Ley, julio de 2006.

73. SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, Anales de la Legislación Argentina, Boletín Informativo año 2003, Nº 17, pp 1–9, La Ley.

74. “Responsabilidad Pública Ambiental”, en Daño Ambiental, Tomo II, Rubinzal Culzoni, 1999, 276–277.

es imperativa, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los bienes individuales... Esta regla no solo obedece a una opción valorativa, sino también a una razón económica, ya que son de difícil apreciación económica. ...Debemos considerar que el dictado de una ley seguido de la sanción de la conducta infractora es insuficiente en esta materia, la responsabilidad civil y penal no son la respuesta que necesita una sociedad cuando se trata de los bienes colectivos, ya que el daño causado a los mismos es de difícil o muy costosa recomposición. Una conducta de cumplimiento, necesariamente preventiva, es la esencia del derecho ambiental”⁷⁵.

A ello hay que agregar que, esencialmente la prevención del daño ambiental es un imperativo constitucional, en la medida en que junto al derecho al ambiente, el art. 41 CN impone a todos los habitantes el deber de preservarlo, lo que implica necesariamente un actuar anticipatorio al daño⁷⁶.

El Código Civil y Comercial de la Nación adopta genéricamente este principio. Pablo Lorenzetti, comentándolo, expresa: *“Bajo este paradigma es que el Código, luego de exponer sobre cuáles serán las funciones específicas de la responsabilidad civil, desarrolla la función preventiva entre los artículos 1710 y 1713. El primero de los dispositivos citados aporta lo siguiente: ‘Deber de prevención del daño. Toda persona tiene 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 daño 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’. Este deber genérico de prevención del daño impuesto por el artículo transcrito enmarca de modo certero el principio de prevención contenido en el art. 4° de la ley 25.675 y torna exigible a toda persona, dentro del sistema de Derecho de Daños en general –y del Derecho de Daño Ambiental en particular–, una conducta consistente en la evitación de perjuicios”*.

Tiene relevancia en esta materia la introducción de la acción preventiva del CCyC, al igual que las acciones para la defensa jurisdiccional del ambiente que regula la Ley 5.961, las que se abordarán en la parte respectiva.

5. El daño ambiental individual y el daño ambiental colectivo

El menoscabo del bien colectivo afecta un interés colectivo o social y, al mismo tiempo, puede lesionar un interés jurídico individual⁷⁷.

75. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del derecho ambiental*, La Ley, Bs. As., 2008, 9–10 y 97–98.

76. PINTO, Mauricio, “Los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental argentino”, en GARCÍA PACHO, Ma. del Pilar y AMAYA NAVAS, Oscar Darío, *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, 309.

77. STJ de Neuquén, Lillio Segundo v. Contreras–Esuco–Burwart, en Jurisprudencia Anotada, Revista del derecho ambiental, Bs. As. Enero/Marzo 2005, 209 y ss.

En materia de daño ambiental hay que distinguir dos tipos de consecuencias dañosas, aunque sean causados por un único acontecimiento:

- A. Daño de incidencia colectiva, o ambiental propiamente dicho, y
- B. Daño individual (tradicionalmente regulado por el Código Civil).

El interés protegido, en consecuencia, tiene en sí mismo dos caras (es bifronte) por un lado el interés individual de quien se siente afectado, por otro el interés difuso que posee como miembro de la sociedad.

Entonces se distingue, por un lado, el daño ambiental puro o *per se* (supraindividual, colectivo, indivisible, inapropiable, irrenunciable) y, por otro, el daño ambiental colateral, *de rebote o par ricochet*, ocasionado mediante el ambiente en forma individual a cada persona o a su patrimonio.

Esto repercute en el régimen de reparación: el daño colectivo, conforme Ley 25.675 (LGA), requiere, en este orden, primero su recomposición, y luego, si no es técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que se destina al Fondo de Compensación Ambiental (art. 34, LGA).

La Suprema Corte provincial ha dicho:

“... la Ley Provincial N° 5.961 (B.O. 25.02.1993), de Preservación del Ambiente, en su artículo 19 establece: ‘La reposición de las cosas al estado anterior tendrá lugar siempre que sea posible reparar en especie al menoscabo. En particular, consistirá en la adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos y otros bienes comunes a la colectividad perjudicada’⁷⁸”

Cuando el daño es individual, se deja a “opción de la víctima” la recomposición o la indemnización y tiene por destino final el patrimonio de cada uno de los damnificados (Art. 1740 CCyC).

En la acción colectiva el destino del resarcimiento es un fondo de compensación, que la misma Ley 25.675 crea (art. 34), que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.

En las acciones de responsabilidad civil por daño ambiental individual, como se ha dicho, la indemnización tiene como destino el patrimonio de la víctima.

78. CSJM causa N° 102.365, caratulada: “Y.P.F. S.A. C/ D. G. IRRIGACIÓN S/ A.P.A.”

En cuanto a la legitimación para obrar, la acción colectiva regulada por la Ley 25.675 presenta una ampliación en cuanto a los sujetos habilitados en el régimen de amparo que establece el art. 43 CN (el afectado, el Defensor del Pueblo, los Estados, la ONGs, la persona directamente damnificada), y también una exclusión no aplicable en la responsabilidad civil: 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 (art. 30).

Sin embargo, con el nuevo Código Civil y Comercial, las diferencias se han estrechado, y corresponde acudir al mismo para interpretar tanto los factores de atribución como los eximentes de la responsabilidad.

6. Valoración y cuantificación

Es frente al daño ambiental y su recomposición o indemnización que cobra relevancia el estudio de la valoración económica de bienes no monetizables, ya que corresponde tasarlos para establecer mecanismos de recomposición justos, equitativos y proporcionados a la magnitud del daño causado a la comunidad⁷⁹.

Castañón Del Valle expresa: “Efectivamente, estamos malgastando un tiempo y unos recursos técnicos preciosos enfrascados en debates sobre qué sistema es el menos imperfecto para el resarcimiento de daños ambientales, sin caer en la cuenta que la valoración del daño ambiental debe ser la antesala de estudio, la principal e inicial meta a resolver dentro de la reparación de esta clase tan especial de daños”⁸⁰.

Si bien se reconoce que las cosas o bienes comunes son necesarios para la vida, una consecuencia de su aparente ilimitada disponibilidad era la de su escasa regulación de protección y el hecho de no asignarle un valor económico. El art. 28 de la LGA al establecer que el que cause un daño ambiental será objetivamente responsable del restablecimiento al estado anterior y, en el caso de no ser técnicamente posible, de la indemnización sustitutiva, impone la necesidad de la valoración de los mismos para la cuantificación del resarcimiento⁸¹.

La valoración es un elemento indispensable para que los magistrados judiciales adopten decisiones efectivas y conducentes para la recomposición o indemnización del daño ambiental.

79. CAFFERATTA, NÉSTOR, “*Cuantificación del Daño Ambiental*”, JA, 2007–IV–1166.

80. CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel, *Valoración del Daño Ambiental*, PNUMA, Ciudad de México, diciembre de 2006. http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/Valoracion_Dano_Ambiental.pdf

81. Ampliar en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M R, “*La cuantificación de daños un debate Inconcluso*”, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Ed Reus, España N4, 2007.

V. El derecho administrativo ambiental

1. Actuación del derecho ambiental

La ejecución de las políticas ambientales está genéricamente asignada a los órganos estatales que ejercen la función administrativa. Es en el marco de esas atribuciones que el Estado, en cumplimiento de sus finalidades públicas y de las leyes, ejecuta y administra los recursos naturales y gestiona el ambiente. Por lo que quedan a su cargo, la “actuación” de las disposiciones constitucionales y legales, por las que podrá autorizar, denegar, sancionar, conceder, asignar, limitar cuestiones ambientales. Gordillo precisa: “Al analizar el ejercicio de la función administrativa, se estudia no solo la actividad administrativa en sí misma, sino también quién la ejerce (organización administrativa, agentes públicos, entidades estatales, etc.), qué formas reviste (actos administrativos, reglamentos, contratos, etc.), de qué medios se sirve (dominio público y privado del Estado), en qué atribuciones se fundamenta (“poder de policía”, facultades regladas y discrecionales de la administración, etc.), y qué límites tiene (Recursos administrativos y judiciales, responsabilidad del Estado y de sus agentes)⁸².”

Los objetivos del derecho ambiental, entonces, se expresan a través de la función administrativa, impelida por el mandato constitucional impuesto a todas las autoridades por el art. 41, 2do párrafo CN, en cuanto a la protección del derecho al ambiente, 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.

Hutchinson lo expresa de la siguiente forma: “*al ser la disciplina administrativa una de las aplicaciones directas de la Constitución, y por tanto destinataria del mandato constitucional del art. 41, ha sido tradicionalmente el marco jurídico contenedor de los elementos que integran el ambiente*”⁸³.

La primera nota que caracteriza la acción de la Administración en defensa del medio ambiente es por tanto su carácter preventivo. En el desempeño de esta función de protección del medio ambiente, la Administración utiliza una enorme variedad de técnicas jurídicas, herederas en gran parte de instrumentos arbitrados, con anterioridad al surgimiento del derecho ambiental como valor autónomo, para la gestión de recursos naturales de especial valor para la vida social y económica (los montes, las aguas, las minas, la caza y la pesca), o para la protección de la salubridad e higiene (medidas de policía sanitaria en las ciudades), y procedentes en otros casos de instrumentos específicamente

82. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013 Capítulo III, El Derecho Administrativo.

83. HUTCHINSON, Tomás, “*Los daños al ambiente y el Derecho Administrativo*”, en *derecho ambiental-I*, Revista de derecho ambiental, Rubinzal Culzoni, 2009, 137–138.

ambientales, que son por lo general de origen estadounidense, como es el caso del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y sociocultural⁸⁴.

La Administración está sujeta también a las regulaciones ambientales cuando lleva a cabo cualquier actividad o proyecto potencialmente lesivo del entorno y sometido por ello a normas ambientales: obras públicas sometidas a evaluación de impacto, actividades clasificadas, vertidos, operaciones de producción y gestión de residuos, etc. Esta doble condición de la Administración, como defensora del bien jurídico situado bajo su tutela pero a la vez potencial agresora del mismo, constituye una singularidad del derecho ambiental. La ley N°5.961 impone el procedimiento de EIA a todo proyecto de obra o actividad sin distinguir si es de iniciativa pública o privada.

2. Su carácter local

Su carácter de derecho local emana de la Constitución cuando establece que: *Las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (art. 121 CN), se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas (art. 122) en forma acorde con los principios, declaraciones y garantías contenidos en la Constitución Nacional, comprometiéndose a asegurar su Administración de Justicia, régimen municipal y educación primaria (art. 5° y 123 CN)*⁸⁵.

Por ello, aunque la Nación dicte PMPA, la complementación de éstos y el régimen genérico de utilización de los bienes ambientales, es un acervo provincial que se materializa en el derecho público de cada jurisdicción. Y en ese marco legal, el mandato contenido en el segundo párrafo del art. 41 CN, es un deber que se impone a cada autoridad según su competencia, siendo las autoridades provinciales las principales responsables. Las normas de PMPA no alteran esta relación funcional, ya que la misma Constitución limita este tipo de norma en cuanto a que no alteren la jurisdicción local.

Excepcionalmente, los PMPA pueden incluir normas administrativas, que se han denominado en este trabajo PMPA *instrumentales*, esas normas son constitucionales si son inescindibles del derecho colectivo que se quiere amparar mediante presupuestos mínimos sustanciales.

3. Funciones

La norma jurídica administrativa es *norma de organización* al establecer las jerarquías o niveles de acciones y las relaciones entre dichos niveles, y es tam-

84. VILLEGAS MORENO, José Luis, *Aproximación a la configuración del derecho administrativo ambiental en Venezuela*, XIII Congreso Venezolano de derecho ambiental, Universidad Simón Bolívar, Valle de Sartenejas, 27–28 octubre de 2011.

85. BOTASSI, Carlos A, *La experiencia argentina en el control del medio ambiente como sustentabilidad del crecimiento*, IV° Encuentro Brasileiro para Capacitación de Controladores Internos y Externos (CONINTER 4)^o, Río de Janeiro, 16 al 18 de mayo de 2011.

bién *norma de comportamiento* en cuanto a la actuación o conducta de los sujetos en la protección del medio ambiente y el uso de los recursos naturales.

La organización administrativa, cuya sanción es reservada a las provincias por el art. 122 CN, se materializa a través de ministerios, secretarías, tribunales, agencias, y procura la mejor aplicación de las normas y principios ambientales.

La función administrativa en la regulación de conductas, desarrolla tres tipos de actividades: las de fomento, referidas a la promoción y estímulo de las actividades que de suyo son propias de los particulares; *las de servicios públicos*, atinentes a la satisfacción de las necesidades de la comunidad, y *las de intervención*, que comprenden la policía administrativa, el orden y la seguridad públicas.

La policía administrativa se caracteriza por un conjunto de actividades en virtud de las cuales se regulan o reglamentan los derechos individuales, a fin de armonizar sus funciones con el interés general, actividades cuya particularidad es el ejercicio del imperio de la Administración para la protección de los bienes públicos. Es allí donde aparece “la policía ambiental” como medio para ejercer el control de las actividades que ejecutan los particulares, en las cuales se involucre el aprovechamiento de recursos naturales, de manera que estas se lleven a cabo dentro de los límites del interés general⁸⁶. Autorizaciones, prohibiciones, permisos y concesiones de uso, límites y restricciones al dominio y sanciones, son medidas típicas de esta función.

Ahora bien, para la ejecución o ejercicio de tales medios, resulta indispensable que la Administración adelante o lleve a cabo una serie o sucesión de actos, ordenados y concatenados, que permitan la consecución ordenada, sistemática, directa, inmediata y regulada de los fines propios de cada una de las medidas antes mencionadas. Nos referimos a los procedimientos administrativos, que se constituyen “en el conjunto de formas jurídicamente reguladas, cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función administrativa, con el fin de preparar la emisión de actos que satisfacen directa e inmediatamente el bien común”⁸⁷. El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental que la Ley N° 5.961 desarrolla en el Título V es su expresión más significativa en materia ambiental.

4. Un fallo histórico

La primera consideración del poder de policía ambiental como poder de policía de salubridad, se relaciona fundamentalmente con el concepto de con-

86. PÁEZ PÁEZ, Iván Andrés – RODRÍGUEZ, Gloria Amparo (2013), “*Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo*”, Opinión Jurídica, Vol. 12, N° 23, pp. 17–30 – ISSN 1692–2530 • Enero–Junio de 2013 / 212 p. Medellín, Colombia

87. COMADIRA, Julio, *Procedimiento Administrativo, Ley Nacional de Procedimientos administrativos, anotada y comentada*, La Ley 2002, Bs As.

taminación. Esta atribución estatal fue reconocida por la Corte Suprema de la Nación en un histórico fallo del año 1887 en el caso de los Saladeristas de Barracas.

1) El caso

Luego de sucesivas regulaciones dictadas para mejorar las deterioradas condiciones sanitarias, la legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la ley de 6 de setiembre de 1871 que dio origen a la demanda. Por esa ley se prohíbe absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, y sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. Se prohíbe también situarlos dentro de la línea determinada por la ley de 7 de junio de 1869, y se previene que ninguna persona podrá plantear tales establecimientos sin requerir previamente el permiso del Poder Ejecutivo, el cual, oído el dictamen del Consejo de Higiene Pública, y de la municipalidad respectiva, tomando en consideración el lugar elegido para la plantación, fijará en el decreto de concesión, las condiciones higiénicas a que deberá estar sometido el establecimiento.

2) El fallo

“Que por ellas no se acuerda a los demandantes ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan a reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas a que debe sujetarse, y aun suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida.

Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos”⁸⁸.

88. <http://falloscsn.blogspot.com.ar/2005/08/saladeristas-de-barracas-1887.html>

Comentario

Ley N° 5.961

Título I

Disposiciones Preliminares

Capítulo I

Del Objeto y Ámbito de Aplicación

Art. 1: La presente ley tiene por objeto la preservación del ambiente en todo el territorio de la provincia de Mendoza, a los fines de resguardar el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público.

I. El mandato tutelar. II. Interés provincial y orden público. III. La Ley 5.961 como parte del sistema jurídico ambiental. III. Jurisdicción y competencia municipal. IV. El caso de servicios o establecimientos nacionales.

I. El mandato tutelar

Expresa la SCJN: “La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente” (CSJN 5258/2014, ORIGINARIO, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/Santa Cruz, Provincia de y otros s/amparo ambiental”. Resolución del 26/04/2016).

El mandato a las autoridades públicas, contenido en el segundo párrafo del art. 41 CN, de proveer a la protección ambiental es un deber que se impone a cada autoridad según su competencia. Este mandato impone la realización de acciones positiva e impregna y compromete a todos los niveles estatales en el ejercicio de las funciones públicas.

La tutela constitucional comprende:

a) La tutela preventiva tendiente a evitar el daño ambiental y solo ante su producción procede la recomposición o la subsidiaria reparación económica.

b) La tutela reparadora, ocurrido el daño ambiental, conforme el artículo 41 de la CN, la obligación prioritaria es la de recomponer el ambiente.

El art. 1° de la Ley N° 5.961 ordena preservar el ambiente en todo el territorio provincial constituyendo una expresión legislativa de ese deber tutelar.

La Corte nacional, en su sentencia del 20 de junio de 2006, con una expresión memorable, fundamenta el deber de tutela: “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...”⁸⁹.

II. Interés provincial y orden público

1. Definiciones

La Ley N° 5.961 es una ley de orden público (art. 1) que declara de interés provincial las acciones y actividades destinadas a la preservación y conservación del ambiente (art. 2). También lo es la Ley General del Ambiente 25.675.

El término *orden público* aparece por primera vez en el derecho moderno de la mano del Código Civil francés de 1804 que, en su artículo 6° señala que “*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres*”.

Esta norma fue seguida por el art. 21 del CC de Vélez hoy derogado. Constituye un límite a la autonomía de la voluntad: las partes tienen libertad creadora —es decir una libertad positiva—, pero solo pueden ejercerla en el sector en que las leyes de orden público lo permitan. Esta concepción del orden público es la que se compatibiliza con la visión voluntarista e individualista de la autonomía de la voluntad; en ésta, la noción del orden público es formulada en forma negativa, en el sentido de que no impone contenidos ni obligaciones positivas.

El Código Civil y Comercial, en el art. 12, mantiene una definición coincidente con el Código de Vélez. Sin embargo, su armonización con otros artículos, entre ellos, los artículos 14 y 240, exige vincular el orden público

89. Sentencia del 20/06/06, Considerando 7°, en M. 1569. XL., competencia originaria, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”.

con los derechos de incidencia colectiva, evolucionando este concepto hacia una formulación positiva. Así, la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general y deben conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas.

No hay un concepto unívoco de orden público; en doctrina⁹⁰ se distinguen subcategorías, entre las que se mencionan:

a. El orden público de coordinación: integrado por el conjunto de normas imperativas que determina la licitud o ilicitud de los actos jurídicos.

b. El orden público de dirección: orientado a la regulación de las relaciones de mercado, de la organización económica de la sociedad.

c. El orden público de protección: destinado a la protección de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad jurídica, social, económica o cognoscitiva; estableciendo reglas y principios que permiten superar desigualdades estructurales.

“Se trata, pues, de un concepto de textura abierta”, dice Sozzo.

En el IX Encuentro de Abogados Civilistas llevado a cabo en la ciudad de Paraná (Entre Ríos) en el año 1995, la Comisión N° 1 se ocupó de la problemática del orden público, concluyendo que “El orden público es el conjunto de principios fundamentales del ordenamiento jurídico de un país en un momento determinado de su evolución histórica”, agregando que “El concepto es inmutable, no así su contenido, que puede variar al modificarse la legislación que contiene esos principios fundamentales”.

Sozzo profundiza: “La constitucionalización del Derecho Privado, si por un lado ha tenido el efecto de especificar aún más los contenidos del principio de orden público, fundamentalmente a través de las ideas de igualdad y solidaridad, también ha permitido comenzar a entrever que existe la necesidad de repensar la idea de orden público sobre la base de la existencia de bienes colectivos como la cultura y el ambiente. Desde mi perspectiva la presencia de conflictos entre bienes individuales y colectivos paulatinamente está llevando a redefinir la idea de orden público asignándole un contenido colectivo”. Enuncia entonces la “regla de precedencia del bien colectivo”, como regla de interpretación o principio de ponderación de los contratos con una cláusula oscura o ambigua, cuando una de cuyas interpretaciones amenaza un bien ambiental, debe estarse a la interpretación que sea más favorable al bien ambiental, verbigracia, ante cláusulas que establecen cargos que pueden sustraer el bien cultural o artístico del patrimonio cultural, la interpretación debe efectuarse en pro del bien cultural o ambiental”.

90. SOZZO, Gonzalo, “Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos (del orden público al principio cosmopolita en el Derecho Privado)”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007-3, 349-418.

En esta línea, la Suprema Corte de Mendoza ha entendido que la calificación como orden público de las normas ambientales —en el caso, la Ley 6.045 de Áreas Naturales Protegidas— hace que sus disposiciones indisponibles, en cuanto se imposibilita la invocación de derechos adquiridos en violación a esas leyes:

“Se trata de una norma de orden público que rige y modifica las normas anteriores sobre el objeto regulado y que se impone sobre las relaciones jurídicas [...]. El carácter señalado de orden público descarta también la posibilidad de planteos acerca de presuntos derechos adquiridos a continuar con explotaciones que esa normativa legal prohibiera expresamente, como es el caso concreto de la explotación de hidrocarburos dentro de las áreas naturales protegidas”⁹¹.

El interés público es un enunciado positivo. Íntimamente vinculado al orden público, que sustenta todo el obrar administrativo. Escola consideró, en su clásico ensayo, que el “bienestar general” al que se refiere no solo el Preámbulo de la CN, sino que se efectiviza en todo su articulado, hallaba su correlato jurídico en el “interés público”, entendido no solo como la suma de una serie de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también como el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen también, un interés propio y directo⁹².

En materia de concesiones de derechos individuales de uso de las aguas públicas, Pinto expresa: “En efecto, no obstante que la concesión o permiso de uso se otorga en beneficio directo o inmediato de los particulares, es de interés público la adecuada y eficiente utilización de los bienes pertenecientes al dominio público provincial y el desarrollo que ello implica. El otorgamiento de un uso especial o privativo implica un derecho diferenciado por parte del particular respecto a un bien público, estando de por medio también un beneficio común, que puede verse afectado ante el incumplimiento de la finalidad que tuvo en miras la Administración al otorgarla, es decir que se organice racional y eficientemente la utilización de las aguas en la producción y actividad a la que se destinan”⁹³.

2. Mediación y conciliación de intereses colectivos

Guillermo Cano⁹⁴, considera que el orden público ambiental implica que el interés público comprometido en la preservación del equilibrio ecológico puede y debe ser defendido por la autoridad administrativa, por los agentes

91. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, in re YPF Sociedad Anónima en J° 80866 Asociación Oikos Red ambiental c. Gob. de la Prov. de Mza. p/Acc. De amp. s/Inc. Cas, sentencia del 08/03/2005.

92. ESCOLA, Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Bs. As., 1989, ps 31–32.

93. PINTO, Mauricio, “*El interés público como fundamento de la concesión de aguas y la caducidad por no uso*”, LLGran Cuyo 2013 (julio), 608.

94. “*El orden público ambiental*”, La Ley, 1979–A, 224.

fiscales, de oficio por los jueces y por los ciudadanos. La nueva concepción sobre el rol de jueces en la protección del ambiente es tributaria de esta concepción señera.

Pinto y Torchia⁹⁵, analizan casos que vulnerarían el orden público ambiental. Comentan que en “los procesos ambientales muchas veces concluyen con un acuerdo de partes, sin que se atiendan especialmente –salvo escasas excepciones– que éstos respeten el cumplimiento de las normas ambientales o de los valores que ellas importan”. Agregan: “El interés colectivo, que abarca el derecho individual del accionante, pero que no termina ahí, queda así olvidado, si bien se logra una justicia parcial entre las partes del proceso, se degrada la justicia general entre las partes”.

Estos autores, en su investigación, comentan tres causas ambientales cuya conclusión eludió cumplir con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EIA): 1) el caso de un amparo fundado en la inaplicabilidad del procedimiento de EIA para la remodelación de una autopista y su conclusión mediante un acuerdo para evitar la tala de cinco eucaliptos, eludiéndose el fondo del asunto que trascendía los intereses de los vecinos; 2) Otro caso es el del amparo por el cual se solicita la nulidad de la autorización para la instalación de una estación de servicios sin cumplir con el procedimiento de EIA, las partes conciliaron ciertas medidas de mitigación pero nunca se cumplió con el procedimiento obligatorio de EIA; 3) finalmente citan el caso de un amparo contra una autorización administrativa de acopio de PCBs sin cumplir el referido procedimiento de EIA. También se concluyó acordando medidas de tipo sanitario.

No debe rechazarse la posibilidad de alcanzar acuerdos en los procesos colectivos, incluso propiciándose la intervención de mediadores especializados, pero siempre se debe tomar como premisa que los bienes amenazados o lesionados por su condición de colectivos son indisponibles e indivisibles por las partes de un conflicto, por lo que no se puede transar sobre esos bienes ni sobre las obligación de preservarlos. Por ello, en estos casos, deben seguirse las recomendaciones de Lorenzetti en relación a estos acuerdos, que en todo caso deben referirse a las modalidades de cumplimiento de las obligaciones, esto es, a sus plazos, cargo o condiciones⁹⁶.

3. Un caso de mediación

Un caso judicial en el que se alcanzó un acuerdo es el de “Cuyo Placas SAC/ Municipalidad de Las Heras s/ APA, expediente N°88.939 (Acción Procesal Administrativa)”, proceso que luego de un año de instrucción pre-

95. PINTO, Mauricio y TORCHIA, Noelia, “Seguridad Jurídica Ambiental. Apuntes sobre algunos casos en la Provincia de Mendoza”, Revista de derecho ambiental, N° 10, Lexis Nexis, abril–junio 2007, 239–257.

96. LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del derecho ambiental*, 2008, 156.

ventiva, llevó al tribunal a expedirse mediante auto del 14 de noviembre de 2.007 que, aplicando el principio precautorio, levantó la medida cautelar que suspendía la resolución municipal que ordenaba el traslado de la planta industrial de aglomerados por contaminación. La resolución judicial, no obstante, exhortó a las partes a alcanzar una solución transaccional. Lo dispuso considerando lo siguiente: “Por último, dado el conflicto existente entre los complejos intereses en juego (conservación de una importante fuente de trabajo versus posibles riesgos a la salud de la población), y no siendo atribución de esta Sala modificar el acto administrativo impugnado, se permite sugerir a las partes la conveniencia de un acuerdo transaccional mediante el cual se amplíe el plazo concedido por la Administración”.

El municipio aceptó la propuesta, pero para garantizar la objetividad de las tratativas solicitó la intervención del Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial. Este cuerpo desplegó su tarea con un alto nivel profesional mediante un procedimiento que aseguró el derecho de las partes del proceso. Las partes formalizaron un Acuerdo Total de Mediación para el traslado definitivo y total de la planta de fabricación de aglomerado, estableciendo el plazo para cumplir, ejecutar y finalizar ese traslado. También se acordaron medidas de control transitorio de la contaminación.

El 17 de setiembre de 2.008 el acuerdo fue homologado por la SCJMza., considerando:

“Que la mediación no versó sobre el derecho de fondo sino sobre la forma de ejecución de un acto administrativo cuya suspensión no dispuso este Tribunal, ver auto de fs.1895/1898 vta. que desestimó el pedido de suspensión del decreto comunal que disponía el traslado de sectores de la empresa. Atento ello, tiene particular relevancia que las partes en conflicto encontraron una adecuada solución para conciliar sus respectivos intereses y carecen de significación material las objeciones respecto al cómputo del plazo y de posibles sanciones formuladas a fs. 1968, máxime si se tiene presente la naturaleza que reviste la intervención Fiscalía de Estado. En cuanto a los informes técnicos que Fiscalía de Estado anuncia realizar, de ningún modo se ha acreditado ni invocado que se vean impedidos o dificultados por el convenio celebrado cuya homologación se pide. Atento lo expuesto, cumplidos los recaudos exigidos por los arts.67 del C.P.A., 83 y 84 del C.P.C., corresponde hacer lugar a la homologación del Acuerdo Total de Mediación agregado a fs.1943/1944”.

El acuerdo fue cumplido, no sin dificultades entre las partes. Se presentó por la empresa el aviso de proyecto respectivo, se recabaron los dictámenes sectoriales y técnicos, se convocó a audiencia pública y, finalmente, se autorizó el traslado de la planta a una nueva localización en el mismo municipio de Las Heras.

4. Un caso de intereses prevalentes en conflicto

Cuando la pugna se da entre dos intereses públicos prevalentes, otras consideraciones merecen especial atención. La Corte se vio ante esta situación en la causa n° 87.619⁹⁷, fallada el 20 de diciembre de 2006, en la que revisó los fallos de las instancias inferiores que paralizaron la construcción de dos barrios, casi terminados, destinados a habitantes de villas inestables. Las obras no habían cumplido con el procedimiento de EIA en la etapa del proyecto. Vecinos de los nuevos emplazamientos interpusieron amparo al considerar afectado su derecho colectivo.

Consideró el máximo tribunal que el procedimiento de EIA se aplicaba a los proyectos y no a las obras concluidas. Valoró los intereses ambientales de los amparistas y los sociales relacionados con el acceso a la vivienda. Para lo cual aplicó el principio de proporcionalidad, entendiendo que el mismo “impide que los recursos naturales, la fauna, la flora, el paisaje y otros restantes elementos de la naturaleza sean sacrificados en aras del progreso y, al mismo tiempo, que lo medioambiental sea lo único a merituar, olvidando otros aspectos de la obra pública”. Su decisión levantó la paralización de las obras, pero no eludió señalar la responsabilidad ambiental del municipio. Por lo que resolvió:

“1. Levantar la paralización de las obras, que podrán continuarse hasta su terminación y efectiva adjudicación a los beneficiarios. 2. Condenar a la Municipalidad a cumplir con el título V de la ley 5.961 en el término máximo de seis meses y, de resultar del procedimiento impuesto la necesidad de realizar medidas modificatorias o incluso reparadoras del ambiente, hacerlas efectivas, todo bajo apercibimiento de entender incursos a los responsables en el delito previsto en el art. 239 del Código Penal”.

III. La Ley 5.961 como parte del sistema jurídico ambiental

Corresponde analizar la situación de la Ley 5.961 frente al reparto establecido en el art. 41 de la CN., en tanto norma anterior al mismo.

La Ley 25.675 lo regula así:

Artículo 3: La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta.

En el art. 4, expresamente consagra el principio de congruencia y supremacía:

97. “Municipalidad de Guaymallén en j° 215.893/29.857 Calderón, Horacio Plácido del Valle y ot. C/ Municipalidad de Gllén. y ots. P/ acc. de amparo s/ inc. Cas.”.

La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

El art. 5 aplica también este criterio en relación a los principios de política ambiental.

En consecuencia, la Ley 5.961, en tanto no se opone a la normativa nacional y es adecuada a sus fines y principios, tiene plena vigencia.

Sin embargo, la interpretación de la Ley N° 5.961 no es estática. A medida que se han ido dictando las leyes nacionales de presupuestos mínimos, la Ley N° 5.961 y las demás normas ambientales locales se han ido enriqueciendo. Así, la Ley N° 25.675 incorporó expresamente el principio de precaución en el sistema jurídico argentino, luego las decisiones provinciales deben aplicarlo en las condiciones que establece la norma nacional. En este contexto regulatorio, la Ley 5.961 es una norma complementaria integrante del sistema ambiental.

IV. Jurisdicción y competencia municipal

Dentro del territorio provincial las jurisdicciones municipales tienen asignada una especial competencia constitucional. La Ley 5.961 es cuidadosa en asignar responsabilidades generales a ambos niveles del Estado, resguardando los límites establecidos por la Constitución Provincial, que asignan a los municipios la gestión de los problemas locales (artículo 197 C.P.). En consonancia con la legislación vigente, el poder de policía ambiental deberá ser ejercido por las distintas jurisdicciones que legalmente la tengan atribuida. La función municipal en materia ambiental constituye el eslabón más próximo a las necesidades ambientales.

Este tópico se verá más profundamente en la regulación correspondiente al procedimiento de EIA y en el comentario a su anexo.

El estándar aplicable a la relación Provincia –municipios lo encontramos en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza:

1. Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad del decreto–ley 9111 – 28/05/2002 – Fallos: 325:1249.

“El art. 123 de la Constitución Nacional no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno pues les reconoce autonomía en los órdenes “institucional, político, administrativo, económico y financiero” e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su “alcance y contenido”, admitiendo de este modo un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes

que estas conservan con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art. 123”.

2. Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (Edenor SA) c/ Municipalidad de Pilar p/ acción declarativa de inconstitucionalidad – 18/10/2011 – Fallos: 334:1113.

“Los principios que sirven para deslindar las competencias del Estado Nacional y de las provincias también se extienden a los municipios. En este sentido, el Tribunal ha señalado que: las prerrogativas de aquéllos (de los municipios) derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen, por aplicación de los principios que surgen de los arts. 50, 121 y 123 de la Constitución Nacional”.

3. Municipalidad de Maipú C/ Municipalidad de Luján de Cuyo S/ Conflicto. 2010–11–02. Ubicación: S419–216.

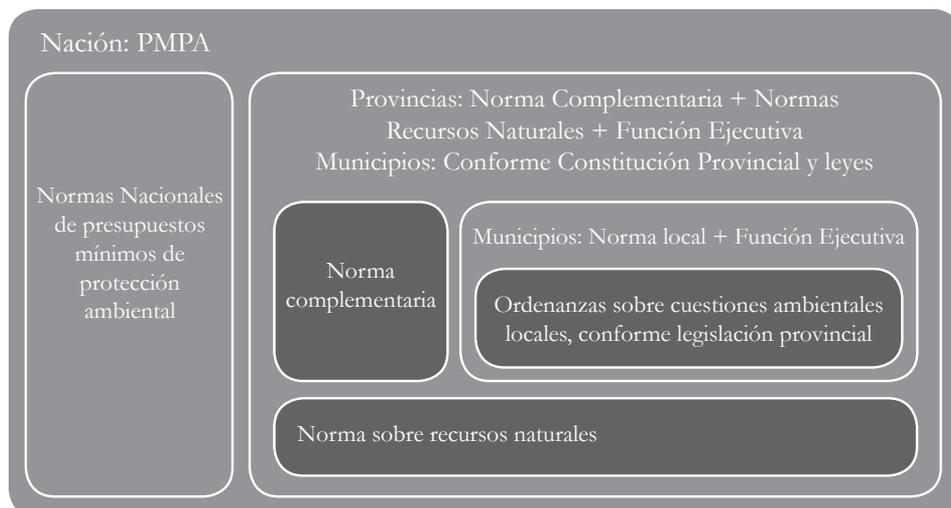
En el mismo sentido ha fallado la Suprema Corte de Justicia de Mendoza:

“Es la Constitución – art. 209 Const. Prov. – , quien distribuye la esfera de competencias entre el Gobierno Provincial y el Gobierno Municipal. En su caso, es la Legislatura quien confiere las atribuciones necesarias para que las municipalidades cumplan eficazmente la atención de los intereses y los servicios locales. Luego, ninguna autoridad provincial puede limitarle el poder, excepto la Legislatura”.

Distribución de la competencia ambiental:

Nación – Provincias – Municipios

Función normativa y función ejecutiva



V. El caso de servicios o establecimientos nacionales. El criterio de la no interferencia

La provincia de Mendoza ha sido demandada en tres oportunidades por el Estado Mayor del Ejército Argentino por la inconstitucionalidad de leyes de creación de áreas protegidas que afectarían el uso militar para defensa nacional de inmuebles del Estado Nacional⁹⁸.

Si bien estas causas no tienen sentencia a la fecha, una de ellas posee dictamen favorable de la Procuración General de la Nación a la posición provincial, considerando constitucional la ley de creación de las áreas naturales.

La Constitución Nacional establece el régimen de los establecimientos de utilidad nacional. El art. 75 inciso 30 establece que corresponde a la Nación: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

La modificación de este inciso por la Convención Constituyente de 1994 significó la adhesión constitucional a la tesis o teoría de las competencias concurrentes sobre los establecimientos de utilidad nacional, buscando superar así los conflictos que, como el de marras, se originaban en la interpretación de su anterior redacción en la que se sustentaba la tesis de la competencia única o excluyente.

La única restricción es la interferencia y sobre ella se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“... Es por dicha razón que el ejercicio de facultades provinciales no puede interferir en la satisfacción de un interés público nacional (Fallos: 263:437). El ejercicio por las autoridades locales de las facultades de poder de policía solo puede considerarse incompatible con las ejercidas por las autoridades nacionales cuando, entre ambas, medie una repugnancia efectiva, de modo que el conflicto devenga inconciliable (Fallos: 315:1013, entre otros)”. (SCJ Nación, Líneas de Transmisión del Litoral S.A. / LITSA v/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa – 18/11/1999– Fallos: 322:2862)

Las leyes de creación de áreas protegidas que comprenden terrenos del Ejército Argentino, mientras no disponga la expropiación de los mismos, no colisionan con esta norma constitucional, mucho menos con el principio de supremacía, ya que constituyen el ejercicio de la competencia complementa-

98. LAGUNA DEL DIAMANTE Autos N° E-85/2006, PARQUE ACONCAGUA Autos N° E-60/XLVI/2010-ORI y MANZANO- PORTILLO DE PIUQUENES Autos N° 198/2014 (50-E) ORIGINARIO”

ria provincial, destinadas a la protección del bien colectivo ambiente y de sus micro bienes, como el agua o la biodiversidad, independientemente de la idea de dominio. El art. 10 de la Ley 25.675 establece como prioritario: e) La conservación y protección de ecosistemas significativos. (Redacción concordante con el art. 2 de la Ley N° 6.045). Esta norma de PMPA es obligatoria para todos los niveles de gobierno, sin otorgar ningún privilegio a la Nación, por ello, la Ley N° 6.045 y sus normas especiales de creación de áreas protegidas, son normas ambientales complementarias de la norma nacional.

Capítulo II

Declaración de Interés Provincial

Art. 2: Decláranse de interés provincial, las acciones y actividades destinadas a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento de los ambientes urbanos, agropecuarios y naturales y todos sus elementos constitutivos.

Art. 3: La preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, a los efectos de esta ley, comprende:

a. El ordenamiento territorial y la planificación de los procesos de urbanización, poblamiento, industrialización, explotación minera y agrícola-ganadera y expansión de fronteras productivas, en función de los valores del ambiente;

b. La utilización racional del suelo, atmósfera, agua, flora, fauna, gea, paisaje, fuentes energéticas y demás recursos naturales en función de los valores del ambiente;

c. La creación, protección, defensa y mantenimiento de áreas y monumentos naturales, refugios de vida silvestre, reservas forestales, faunísticas y de uso múltiple, cuencas hídricas protegidas, áreas verdes de asentamiento humano y/o cualquier otro espacio que conteniendo suelos y/o masas de agua con flora y fauna nativas, seminativas o exóticas y/o estructuras geológicas, elementos culturales o paisajes, merezca ser sujeto a un régimen de especial gestión y administración;

d. La orientación, fomento y desarrollo de iniciativas públicas y privadas que estimulen la participación ciudadana en las cuestiones relacionadas con el ambiente;

e. La orientación, fomento y desarrollo de estudios e investigaciones ambientales;

f. El control, reducción o eliminación de factores, procesos, actividades o componentes del medio que ocasionen o puedan ocasionar perjuicios al ambiente, a la vida del hombre y a los demás seres vivos;

g. La coordinación de las obras y acciones de la administración pública y de los particulares en cuanto tengan vinculación con el ambiente;

h. La orientación, fomento y desarrollo de procesos educativos y culturales a fin de promover la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente;

i. Toda otra actividad que se considere necesaria para el logro de los objetivos fijados por esta ley.

I. Las acciones de interés provincial

Se vio en el comentario del art. 1 la cuestión del orden público y del interés ambiental. Se ha expresado también que el mandato a las autoridades públicas, establecido en el art. 41, segundo párrafo, es un mandato a realizar acciones positivas, fácticas y regulatorias.

En el art. 3 la Ley 5.961 enumera las acciones que las autoridades públicas provinciales deben cumplir para la protección del bien colectivo ambiente. Estos mandatos son genéricos, pero cobran intensidad regulatoria en cada instituto de la Ley. Otras normas completan el deber de tutela que corresponde al Estado. Destacamos algunas.

El inciso a) del art.3, aborda el ordenamiento territorial, el cual desde el año 2009 se encuentra regulado en la Ley 8.051. Esto es importante porque la Ley 5.961, como norma general, requiere siempre una interpretación integral y articulada con el resto del ordenamiento jurídico ambiental. Su función esencial es la gestión, pero los actos correlativos siempre deben estar en función de las normas de planificación que emanarán de los dispositivos de la Ley 8.051.

El inciso b) del artículo se vincula con el art. 5 inciso b) y se refiere a la utilización racional de los recursos naturales. Mandato que tiene concordancia con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 41 CN, que manda a todas las autoridades a proveer al uso racional de los recursos naturales y que requiere ahondar un conjunto de definiciones íntimamente relacionadas.

La *razonabilidad o la eficiencia* importan una utilización óptima del recurso natural. Lo racional refiere al uso científico –sometido a reglas técnicas y la eficiencia, al uso que maximice el rendimiento.

El uso será *equitativo* en orden a los intereses de otros Estados o usuarios, permitiendo satisfacer las necesidades sin causar perjuicio sustancial a otro.

Será *integral* cuando *promueva el manejo y desarrollo coordinado del agua, la tierra y los recursos relacionados*.

Será *sustentable* si protege el equilibrio del ecosistema y de sus bienes integrantes, en tanto bien colectivo, único, inapropiable y de pertenencia social.

Todos estos conceptos son combinables, pero la sustentabilidad es la base y el límite para la aplicación de aquellos. No habrá uso racional ni eficiente si

el mismo socava el equilibrio ecosistémico que integra el ambiente como bien tutelado constitucionalmente.

La ley en su inciso c) presta especial atención a la preservación tanto del patrimonio natural como cultural. La Ley 6.045 instrumenta ese objetivo estableciendo el sistema de áreas naturales protegidas de la Provincia, constituyendo una norma ambiental especial sobre protección del ambiente, en tanto tiene como fin conservar y promover lo más representativo y valioso del patrimonio natural de la Provincia. Decimos protección especial, porque mientras la Ley 5.961 impone su régimen en todo el territorio provincial, la Ley 6.045 lo hace específicamente en los espacios territoriales que sean declarados Áreas Naturales Protegidas.

El mismo inciso revela que su concepto de ambiente trasciende lo ecosistémico como un concepto físico biológico para introducir a los bienes culturales como merecedores de la protección ambiental. La Ley 5.961 no elude incluir al patrimonio cultural en sus instituciones como se puede apreciar en el título correspondiente a la protección jurisdiccional de los intereses difusos. La Ley 6.034 y sus reglamentaciones constituyen la regulación básica del patrimonio cultural como bien colectivo de los mendocinos.

Un conjunto de incisos considera que la participación, el fomento de las investigaciones y la educación ambiental integran los soportes estructurales de la política ambiental mendocina. La participación social constituye el eje a partir del cual la política y la gestión ambiental se articulan en la acción. En la provincia de Mendoza el máximo aporte de la Ley 5.961 ha sido reconocer la titularidad que el hombre tiene sobre el ambiente. Este reconocimiento se sustentó en un proceso histórico de tipo participativo que encuentra su fuente en la Ley de Aguas y sus remotos antecedentes. La evidencia de que la calidad de vida es un concepto integrado por consideraciones históricas, culturales y sociales propias de cada pueblo, exigió que en el diseño de las instituciones que se instrumentan en la ley se considere a las instancias participativas como esenciales para lograr su operatividad.

Respecto a las investigaciones y lo relacionado con la actividad científica, es una característica de la ley reconocer el sustrato científico que la norma ambiental tiene, y que requiere la incorporación del conocimiento para el logro de sus fines. Así, el Dictamen Técnico en el procedimiento de EIA constituye una aplicación concreta de esta lógica.

El inciso f) se centra en el control, reducción o eliminación de factores, procesos, actividades o componentes del medio que ocasionen o puedan ocasionar perjuicios al ambiente, a la vida del hombre y a los demás seres vivos.

La coordinación de las obras y acciones de la administración pública y de los particulares en cuanto tengan vinculación con el ambiente (inciso g), lleva a la necesidad de planificar las acciones futuras. Para ello, la Ley 5.961 consa-

gra el Plan Ambiental que, como veremos, recibe mediante la Ley 8.051 una especial regulación.

En el inciso h) la educación ambiental constituye la esencia de una política ambiental sostenible que logre a través de una conciencia social los cambios que la misma requiere. El Título VI de la Ley desarrollará este aspecto.

Finalmente, en inciso i) deja abierta las acciones, en una cláusula expansiva, hacia toda otra actividad que se considere necesaria para el logro de los objetivos fijados por esa ley.

III. Los objetivos en la ley 25.675

La Ley General del Ambiente de la Argentina, en su artículo 2° los establece:

ARTICULO 2° — La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;

b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria;

c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión;

d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;

e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos;

f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica;

g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;

h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal;

i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma;

j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional.

k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Se remite al comentario del art. 5.

Capítulo III

Definiciones Técnicas

Art. 4: A los fines de la presente ley se entiende por:

a. Ambiente, entorno o medio: El conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio y tiempo determinados; fragmentado o simplificado con fines operativos, el término designa entornos más circunscriptos, ambientales naturales, agropecuarios, urbanos y demás categorías intermedias;

b. Conservación: El uso y manejo racional del ambiente en tanto dicha utilización no lo degrade ni sea susceptible de degradarlo;

c. Preservación: El uso del ambiente sin uso extractivo ni consuntivo o con utilización recreativa y científica restringida;

d. Contaminación ambiental: El agregado de materiales y de energía residuales al entorno o cuando éstos, por su sola presencia o actividad, provocan directa o indirectamente una pérdida reversible o irreversible de la condición normal de los ecosistemas y de sus componentes en general, traducida en consecuencias sanitarias, estéticas, recreacionales y ecológicas negativas e indeseables;

e. Degradación: El deterioro de los ecosistemas y sus componentes en general; y del agua, el aire, el suelo, la flora, la fauna y el paisaje en particular, como resultado de las actividades que alteran o destruyen el ecosistema y/o sus componentes.

I. El bien ambiente. II. El ambiente en la Ley 25.675

I. El bien ambiente

Como señala Esain, “La delimitación del concepto de medio ambiente es fundamental pues a partir de él se sabrá cuáles son los bienes que lo integrarán, bienes colectivos acreedores de la protección constitucional en nuestro país dispensada por el artículo 41CN y del resto de la legislación ambiental existente”⁹⁹.

La Constitución Nacional establece las condiciones esenciales de lo ambiental, al expresar, en relación al derecho que reconoce, que el ambiente debe ser sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. También establece su objeto: 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. La Ley 25.675, en la definición de daño ambiental, explicita el objeto de esta materia. El art. 27 define al daño ambiental como: “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos”. “La modificación se debe producir en el ambiente, los recursos naturales (por ej., agua, aire, suelo, flora, fauna), o en bienes o valores colectivos, que en el derecho argentino, por mandato constitucional, comprenden, incluso, la herencia cultural (art. 41 de la CN)”.

Entonces, lo ambiental no se restringe a lo natural, sino que comprende lo cultural. El contenido abarca el ambiente en sí mismo, como un todo, los recursos naturales en tanto elementos de aquél, el equilibrio de los ecosistemas, la biodiversidad y los bienes y valores colectivos.

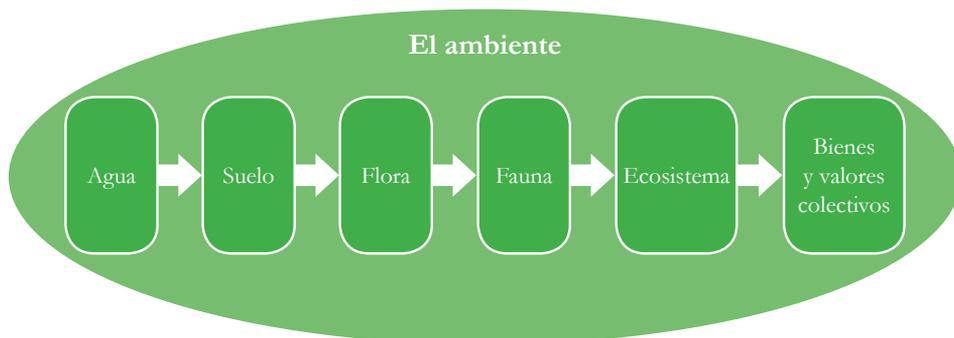
En la Ley 5.961, es en el título IV que encontramos la definición del bien colectivo ambiente. Cuando el artículo 16 establece el ámbito de protección jurisdiccional, incluye a todos los bienes colectivos que respondan en forma idéntica a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.

II.– El ambiente en la Ley 25.675

Se puede apreciar el amplio contenido de lo ambiental. Es en todo coincidente con lo dispuesto en el art. 240 del CCyC. De esta norma se desprende que los bienes colectivos tendrán la amplitud que las leyes especiales establezcan.

99. ESAIN, José Alberto, “El concepto de medio ambiente”, en *Ambiente Sustentable II*, Obra colectiva del bicentenario, Tomo I, Amancay Herrera (coordinadora), Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2010, 65/96.

El ambiente en el art. 27 de la LGA



En el fraccionamiento se puede apreciar a los micro bienes ambientales, comprendidos en el todo, el bien ambiente. Lo analítico o sectorial permite una identificación de sus componentes, incluso formulando normas ambientales sectoriales, pero su apreciación o regulación se realizará atendiendo a su interacción con el todo, como parte de un sistema. El bien, entonces, conforma una unidad jurídica con reglas y principios propios.

Se remite al comentario preliminar, daño ambiental.

Título II

Política y planificación ambiental

Art. 5: El Poder Ejecutivo y los municipios, garantizarán que en la ejecución de sus actos de gobierno y de la política económica y social, se observen los siguientes principios de política ambiental:

a. El uso y aprovechamiento del ambiente y de los recursos naturales debe ser realizado de forma tal de no producir consecuencias dañosas para las generaciones presentes y futuras;

b. Los ecosistemas y sus elementos integrantes deben ser utilizados de un modo integral, armónico y equilibrado teniendo en cuenta la interrelación e interdependencia de sus factores y asegurando un desarrollo óptimo y sustentable;

c. El ordenamiento normativo principal y municipal y los actos administrativos deberán ser aplicados con criterio ambientalista, conforme con los fines y objetivos de la presente ley;

d. Los organismos públicos deberán utilizar un enfoque científico inter y multidisciplinario al desarrollar actividades que, directa o indirectamente, puedan impactar al medio ambiente;

f. Los habitantes de la provincia de Mendoza tienen derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

I. La función de la política ambiental. II.– Evolución de la institucionalidad ambiental mendocina. III. Los principios de la política ambiental. A) en la Ley 5.961. B) Los principios en la ley 25.675. IV. Jurisprudencia. V. El Plan Ambiental. VI. Ambiente y territorio. VII. La Ley 8.051 de ordenamiento territorial y uso del suelo. VIII. El Informe Ambiental.

I. La función de la política ambiental

La Ley 5.961 en su art. 5, y muy especialmente en el inciso c) impone el mandato tutelar (art. 41, segundo párrafo CN) a nivel de la administración

pública, del que resulta que la sustentabilidad es responsabilidad de las autoridades provinciales y municipales. Mauricio Pinto, explica este artículo en la hermenéutica de la ley, expresando que: “En el convencimiento de que política y planificación son dos facetas de un mismo elemento –en cuanto no puede haber plan sin política y ninguna política se concreta sin la acción que debe racionalizar un plan, determinado el proceso para alcanzar los objetivos y fijando entre las eventuales alternativas, los instrumentos concretos para su desarrollo–, entendemos que la evaluación de impacto ambiental debe partir desde las previsiones normativas que imponen las políticas ambientales y su instrumentación planificada”¹⁰⁰.

II. Evolución de la institucionalidad ambiental mendocina

Es clásica la forma en que Guillermo Cano expone la evolución normativa de esta materia, señalando que una primera etapa comprende las normas dictadas en función de los usos de un recurso (riego, agua potable, navegación, etc.); luego encontramos la legislación en función de cada categoría o especies de recursos naturales, coordinando los distintos usos (aguas, minas, forestal, etc.); el paso siguiente lo constituye la legislación que regula sistemáticamente al conjunto de los recursos naturales. Finalmente están las normas orientadas al entorno como conjunto global tomando en cuenta los ecosistemas. Estas últimas son las normas ambientales en sentido estricto. Cano aclara que “Estas etapas en la evolución normativa, aunque sucesivas, no se excluyen unas de otras”¹⁰¹.

Es marcada la evolución del modelo ambiental provincial en Mendoza. Si bien en esta evolución, la etapa sobreviniente no excluye la precedente, la conciencia social cambia el significado político de las instituciones o del modelo heredado. Lo resignifica.

A la generación decimonónica corresponde el modelo precursor, en el cual la ocupación del suelo, o más precisamente su uso y explotación, está determinada por el principio de inherencia del derecho de aguas. Los derechos individuales de los usuarios del agua, al amparo de este principio y de la Ley de Aguas, desarrollaron los oasis irrigados.

Avanzado el siglo XX, el crecimiento de la población y de las actividades económicas aumentaron la demanda de agua y generaron impactos negativos que no podían ser atendidos en forma eficaz por el modelo imperante.

100. “La Evaluación de Impacto Ambiental en el régimen mendocino”, en PINTO y MARTÍN (dir), *La Evaluación de Impacto Ambiental y su régimen Jurídico*, Ed. Lajouane, Bs. As. 2012.

101. CANO, Guillermo (1978), *Derecho, Política y Administración Ambientales*, Depalma, Bs.As, 1978, paginas 97–98.

La irrupción en la última década del siglo XX del objetivo político universal del desarrollo sustentable, incorporó en nuestra provincia la normativa ambiental. Esta normativa conforma un nuevo modelo institucional, que tiene como nota relevante considerar a los recursos naturales como bienes colectivos de los mendocinos. El agua no es solo un recurso de interés de los usuarios, es un bien de la sociedad mendocina, que debe ser preservado para las generaciones futuras. La Ley 5.961, expresión distintiva de esta etapa, consagra la protección del bien colectivo ambiente y de sus micro bienes, conjugando una conjunto de instituciones para su gestión. La obligación de someter todo proyecto de obra o actividad –pública o privada– al procedimiento de EIA es su distintivo. El principio participativo se ve fortalecido por el carácter del bien a tutelar, desbordando el derecho administrativo y el derecho procesal clásico, incorporando a los habitantes interesados en el proceso mismo de toma de decisiones a través de la Audiencia Pública obligatoria y ampliando la legitimación de obrar para accionar en forma colectiva.

La participación científica es básica en la construcción de este modelo. Los instrumentos de la política ambiental requieren fundamentar la razonabilidad de sus decisiones en el conocimiento de las complejas relaciones ecosistémicas. No es casual en este contexto que la Ley 5.961 fulmine como nula la DIA que se emita sin audiencia pública ni dictamen técnico interdisciplinario. Como indicador, la mayoría de las universidades de Mendoza han lanzado carreras de grado y posgrado vinculadas a las ciencias y a la gestión ambiental.

Ya en el siglo XXI, la Ley de Ordenamiento Territorial 8.051 fortalece la búsqueda del desarrollo sustentable incorporando la planificación como su instrumento sustantivo a partir de la adopción de una visión estratégica compartida por múltiples actores sociales. La participación se fortalece con nuevos institutos, en el que la integración en organismos de asesoramiento y de gestión, como el acceso a la información ambiental y territorial, son centrales. Es sabido que en el corto plazo la preponderancia del factor económico es determinante y que únicamente una visión de futuro puede equilibrar los intereses ambientales, sociales y económicos. Entonces, ahora, es el suelo (irrigado y no irrigado), su gestión armónica con los demás recursos naturales y culturales, el ecosistema y la perspectiva del necesario desarrollo humano, el objeto sustancial de las políticas ambientales y territoriales.

III. Los principios de política ambiental

Los principios generales del derecho tienen una doble función: por una parte son generadores de reglas y, por la otra, constituyen preceptos operativos capaces de regular directamente una actividad determinada. En este último aspecto son, incluso, elementos que integran la juridicidad del acto.

El derecho ambiental se integra con principios que procuran realizar el derecho a un ambiente sano y equilibrado, generando instituciones jurídicas o modulando las existentes, atendiendo a las particularidades del bien colectivo que conforman su objeto. La sustentabilidad, entonces, se vale de múltiples principios que procuran realizarla. La precaución, la prevención, la gradualidad, entre otros, son directrices destinadas a realizarla por sí o a través de reglas jurídicas.

Una adecuada interpretación del juego normativo del art. 41 requiere partir de una distinción entre principios y reglas. Según Alexis: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente”¹⁰².

Con acierto, Bibiloni ha dicho que: “la particularidad de la problemática ambiental obliga, tal vez con singular exigencia, al mayor cuidado interpretativo dentro del marco de plenitud del ordenamiento jurídico, entendido este como el conjunto de principios y normas armoniosamente estructurados que constituyen un verdadero sistema coactivo destinado a regular conductas, y por ende relaciones jurídicas de diversas índole”¹⁰³.

A) Los principios en la Ley 5.961

1. De equidad intergeneracional (art. 5, inciso a)

Este principio fundamental del derecho ambiental requiere conjugar las tres dimensiones del desarrollo sustentable –la social, la económica y la ambiental– en consideración al bienestar actual y el de las generaciones futuras; lo justo en materia ambiental implica actuar (gobernar, gestionar) de tal manera de satisfacer el crecimiento económico y las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer los recursos y capacidades de las generaciones futuras, como señalara el informe Nuestro Futuro Común, de 1987.

102. ALEXIS, Robert (1988), “*Sistema jurídico, principios Jurídicos y razón práctica*”, ponencia presentada por el autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián en septiembre de 1988. file:///C:/Users/aldo/Downloads/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0.pdf.

103. BIBILONI, Homero, “*Los principios ambientales y la interpretación*”, en *Jurisprudencia Argentina*, número especial, derecho ambiental (Primera Parte), Bs As, marzo de 2001, pág.14.

El art. 4 de la Ley 2567 lo define así:

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.

Es parte de la revolución jurídica que entraña el derecho ambiental, que nos exige una doble solidaridad: actual, respecto de nuestros contemporáneos, con los que compartimos el aquí y ahora, y futura, en relación a los que están “por venir”. Se remite a lo expuesto en el comentario preliminar.

2. Principio de gestión integral (art. 5, inciso b)

El principio promueve la gestión y el desarrollo coordinados del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar social y económico resultante de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales. Este principio encuentra en nuestra provincia su máximo interés en relación a los recursos hídricos.

El art. 4 de la ley 25.675 lo define en los siguientes términos:

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Desde la perspectiva hídrica, este concepto general ha sido especificado en la Gestión Integrada de Recursos Hídricos, que es definida por GWP (2000) como “un proceso que promueve el manejo y desarrollo coordinado del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar social y económico resultante de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales”¹⁰⁴.

La última expresión coloca la sustentabilidad como condición y límite. Por eso, Martín expresa que la gestión integrada (GIRH) entronca con el principio del desarrollo sostenible, que se traduce en alcanzar la eficiencia y el crecimiento económico, con equidad social y protección ambiental¹⁰⁵.

3. Congruencia y razonabilidad (art. 5, inciso c)

El inciso c) es un principio distintivo que debe vincularse con el art. 41, segundo párrafo, CN. Establece que el ordenamiento normativo principal y municipal y los actos administrativos deberán ser aplicados con criterio ambientalista, conforme con los fines y objetivos de la ley; luego se impone que las normas secundarias a esta ley se articulen con la norma general, sin alterarla ni excepcionarla injustificadamente en cuanto a sus fines y objetivos.

El art. 4 de la ley 25.675, lo contiene:

104. GLOBAL WATER PARTNERSHIP, GWP (2000), *Manejo integrado de recursos hídricos*, Estocolmo, Suecia.

105. MARTÍN, Liber (2010), *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*, Abeledo Perrot, Bs. As., página 43.

Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Se ha dicho:

“Conforme al derecho instituido por el art. 41 de la C.N., se sostiene que la materia ambiental debe regirse, en principio, por la ley 25.675 en virtud de la cual ‘la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga’, y por el marco normativo provincial que compuesto por la Ley General de Ambiente N° 5.961 y las normas de contenido particular para situaciones especiales”¹⁰⁶.

4. El enfoque científico (art. 5, inciso d)

El inciso d) expresa que los organismos públicos deberán utilizar un enfoque científico inter y multidisciplinario al desarrollar actividades que, directa e indirectamente, puedan impactar al medio ambiente. Es un elemento identificado por Ramón Martín Mateo como distintivo del derecho ambiental respecto de otras ramas jurídicas¹⁰⁷. El mismo exige el fundamento científico de las decisiones públicas. Se verá más adelante que el Dictamen Técnico en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental es una aplicación de este principio.

5. Prevención y precaución

El principio de prevención inspira toda la Ley 5.961. Sin embargo, la misma no contiene de manera expresa el principio precautorio. Pero surge implícitamente del enfoque científico que se exige a las decisiones (art. 5, inciso d), en tanto, a *contrario sensu*, en caso de incertidumbre científica le corresponde a las autoridades un actuar consecuente. También se ha sostenido que el principio contenido en el art. 5 inc. c) de la ley, en tanto exige que las decisiones gubernativas se adopten ceñidas a un “criterio ambientalista”, encierra en la legislación local una regulación de los principios de prevención y precaución en la función administrativa mendocina¹⁰⁸.

El principio precautorio, más allá de todo ello, es explícitamente aplicable a partir de su incorporación en la Ley 25.675 y la Ley provincial 8.051¹⁰⁹.

106. Expte. N°80.866.—Asociación Oikos Red Ambiental C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Amparo. Fallo de primera instancia (31/07/2003, 15 Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza).

107. MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Talvium, Madrid, 1991, vol. I. pág. 89.

108. PINTO, Mauricio, “La Evaluación de Impacto Ambiental en el régimen mendocino”, en PINTO, Mauricio y MARTÍN, Liber (dir), *La Evaluación de Impacto Ambiental y su régimen jurídico*, Lajouane, Bs. As. 2012, p. 106

109. La Resolución HTA del Departamento General de Irrigación 778/96, fue la primera norma mendocina que lo reconoció expresamente. La Ley N° 8195 de bosques nativos, la Ley N° 8.051 de ordenamiento territorial y uso del suelo, y muchas otras disposiciones lo contienen.

El art. 4 de la Ley 25.675, los define del siguiente modo:

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.*

Ambos principios se basan en el deber de tutelar el medio ambiente para las generaciones futuras. Estos principios tienen una característica que los aproxima: ambos operan *antes* del daño. Esta característica o condición anticipatoria se proyecta en el proceso de toma de decisiones, imponiendo al decisor que, una vez agotado el análisis preventivo de la situación, considere si existe o queda una esfera de incertidumbre en cuanto a las consecuencias de la acción, en tal caso, deberá analizar la magnitud del riesgo y evaluar la procedencia de la tutela precautoria.

Sin embargo, estos principios son diferentes y tienen esferas de actuación en distintos planos¹¹⁰. Néstor Cafferatta expresa que: “Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre. No debe confundirse este principio con el de prevención. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución – por el contrario – enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos”¹¹¹.

La incertidumbre puede presentarse de tres maneras:

- A. La incertidumbre en cuanto a la inexistencia de información o datos. Son raros los casos en los que existe información consistente a lo largo de un periodo lo suficientemente extenso como para revestir utilidad en la predicción de consecuencias ambientales. Se suele suplir con modelizaciones.
- B. La incertidumbre como ignorancia. Se trata de hipótesis no comprobadas.
- C. La incertidumbre como indeterminación. La falta de datos o la ignorancia son mucho mayores que en las situaciones anteriores y se desconoce el alcance de muchas interrelaciones ecológicas básicas¹¹².

110. VERA ESQUIVEL, Germán, *El Derecho Internacional del Medio Ambiente, el principio precautorio y la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre ensayos nucleares en el pacífico Sur*, en *Derecho y Ambiente*, Perú, 1997, 440–446.

111. *El Principio de Prevención*, Primer Congreso Internacional de derecho ambiental, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, Argentina, 21, 22 y 23 de Abril de 2004.

112. WALSH, Juan Rodrigo y María Eugenia Di Paola, *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, La Ley, Bs. As. 2000, 49–50

El Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Desarrollo Sostenible contempla el principio precautorio en estos términos: “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 o irreversible, la falta de una certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación del medio ambiente”.

El Principio 15 de la Declaración de Río alude a la falta de certeza científica *absoluta*, mientras que la Ley 25.675 alude a ausencia de información o certeza científica. Sobre esta diferencia, Estrada Oyuela, entiende que la legislación argentina ha excluido el análisis de riesgo, pero que: “la diferencia debe tenerse por inoficiosa y construir a partir del texto de la Declaración de Río que requiere la existencia de información y el análisis de riesgo”¹¹³. Esta observación contiene una importante connotación: se condiciona su aplicación a la acreditación del riesgo mediante un procedimiento científico, el análisis de riesgo. Es decir, para este autor, la *falta de certeza científica debe ser absoluta*, siendo una condición esencial para la aplicación de este principio. No se comparte en toda su extensión este condicionamiento. Abordar esta falta de certeza es un desafío valorativo del operador jurídico, en tanto “la incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario ella la refuerza al crear un deber de prudencia”¹¹⁴.

Estos principios ambientales son de derecho sustancial, por eso la CSJN ha dicho: “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... El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego” (Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable C/ Comisión Nacional de Energía Atómica Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de mayo de 2010).

6. El derecho a un ambiente sano y equilibrado

El inciso f) expresa que los habitantes de la provincia de Mendoza tienen derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

113. “*El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente*”, Revista La Ley, del 22 de setiembre de 2003. RODRIGUEZ SALAS, Aldo, “*El principio precautorio en el derecho ambiental argentino*”, Revista del Foro, Mendoza, 2006, N° 68.

114. FACCIANO, Luis, citado por CAFFERATTA, Néstor, “*El Principio Precautorio y el derecho ambiental*”, Revista La Ley del 3 de diciembre de 2003. Un antecedente de jurisprudencia en esta materia es el resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba en el año 2003, en el marco de un proceso de amparo, iniciado por Carlos Castellani y otros, contra la Municipalidad de la ciudad de Oncativo por instalación de antenas de telefonía móvil- LLC 2003 (octubre), 1097, con nota de Néstor A. Cafferatta.

Es el derecho fundamental del que emanan los principios e instituciones jurídicas ambientales. Su ubicación en el texto, se explica porque siendo la Ley N° 5.961 anterior a la reforma de 1994, se creyó oportuno colocar este reconocimiento en este artículo de política ambiental. *Se remite al comentario preliminar.*

La Corte nacional ha destacado la relación entre el deber de tutela y el derecho:

“La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”¹¹⁵.

B) Los principios en la Ley 25.675¹¹⁶

1. Definición legal y función

El artículo 4 de la Ley N° 25.675 es expresivo en cuanto a la función que en el ordenamiento jurídico ambiental cumplen los principios: la interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental está sujeta a ellos. Así, la norma ambiental queda sujeta a ellos en su elaboración, interpretación e implementación. Son diversos en su enunciado, pero guardan una relación intrínseca con el principio fundamental del desarrollo sustentable.

ARTÍCULO 4° — 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 congruencia: *La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.*

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 ambiente¹¹⁷.*

115. SCJN, causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional”.

116. Ampliar en CAFFERATTA, Néstor A. “Principios de derecho ambiental”, JA, 2006–II. Fascículo N° 11, p. 03.

117. Ver muy especialmente: UNESCO, Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio precautorio. World Comisión on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology, febrero de 2005.

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.

Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias 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.

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta¹¹⁸.

El art. 5 de la ley 25.675 establece la incardinación de los mismos en el proceso decisorio:

Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley.

En esto la coincidencia con lo preceptuado en el art. 5 inciso c) y art. 6 inciso a) de la Ley 5.961 es absoluta. Se remite al comentario preliminar sobre su función en el derecho ambiental.

2. Progresividad y no regresión

Néstor Cafferatta analiza el principio de progresividad del cual desprende,

118. RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, "La convención Ramsar y el federalismo", en *Restauración de un sistema ecológico compartido—Estudio del sitio Ramsar Laguna de Llanquanelo, Desaguadero y del Beberdero*, Universidad de Congreso, Ed. Dunken, 2015.

en su actual concepción, el principio de no regresión¹¹⁹. Para ello indaga la doctrina sobre el mismo. Cita a José A. Esain, quien apunta que existen dos caras de la misma moneda. “Por un lado, la progresividad, que implica la obligación de adoptar soluciones graduales, y dejar de lado cortes drásticos en favor de la protección del entorno. Y agrega, “hemos visto que la protección del ambiente tiene como contrapartida la limitación de derechos individuales, y ella puede comportar una restricción de derechos individuales. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación del derecho individual”. Por el otro, “como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la sazón de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos” (Artículo 2.1 PIDES-YC, que conforma el bloque de constitucionalidad luego de la reforma 1994, Artículo 75 inciso 22 CN).

Luego expresa que “Prieur enseña que la ‘no regresión’ se justifica: 1) por el carácter finalista del derecho ambiental; 2) por esencia teleológica del mismo, con valores vinculados al ser humano; 3) en defensa de las generaciones futuras.

Cita también a Rebecca Cook quien dice que “el principio de no regresión está implícito en los acuerdos sobre los derechos humanos; dicho principio, es una obligación negativa inherente a cualquier obligación positiva que acompaña a un derecho fundamental. Se trata de mejorar el ejercicio real de un derecho confiriéndole eficacia, lo que obliga al Parlamento a dar en todo momento a la legislación un ‘efecto ascendente’, según la expresión de D. Rousseau. Y que el retroceso de un derecho no puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión”.

3. La participación

Como sostiene Sabsay: “La Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) (ADLA, Bol. 32/2002, p. 2) contempla una serie de instrumentos para la obtención de los objetivos que establece, ellos de manera directa o indirecta hacen a la implementación de una democracia participativa. De esta manera se completan los cometidos establecidos para las autoridades por el constituyente de reforma en el art. 41, 2º párr. En adelante “todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se

119. “Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la Ley 25.675 general del ambiente. Avances y novedades”, Revista de derecho ambiental de Abeledo Perrot, 2012. BERROS, Valeria “Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino”, JA, 2011– IV, fasc. N. 13, p. 4. SOZZO, Gonzalo: “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río + 20”, JA, 2011, IV, fascículo n. 13, p. 58. ESAIN, José A., “El principio de progresividad en materia ambiental”, JA, 2007–IV, fasc. N. 2, 11.

encuentre contemplada legalmente como reservada” (art. 16, 2º párr., LGA); el párrafo anterior les reconoce este derecho a “las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas”. Asimismo, el art. 19 en el capítulo titulado: “Participación ciudadana” establece que “toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionan con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”. En otras de las disposiciones se impone la necesidad de acudir a estos procedimientos de “consultas o audiencias públicas” para autorizar actividades que “puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente”. También deberán asegurarse estas instancias, según el legislador, “en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio”. En suma, una oportunidad estupenda para que a nivel nacional se ponga en marcha un modelo participativo muy avanzado”¹²⁰.

IV. Jurisprudencia

1. Aguas Danone de Argentina S A C/ Depromin S A, Expediente N° 153299 (Acción de Amparo) – Sentencia 11º Juzgado Civil de Mendoza (prevención y precaución).

“En principio, cabe señalar que la palabra riesgo alude a la posibilidad que se produzcan daños y para que exista esa posibilidad debe haber algo que pueda causarlos (peligro) y algo que pueda ser dañado (el objeto vulnerable). En definitiva, el riesgo estará siempre asociado a dos factores concretos, la peligrosidad y la vulnerabilidad”.

“El derecho ambiental se nutre con dos principios reconocidos internacionalmente, que es necesario diferenciar. Por un lado está el principio de prevención que conduce a un accionar destinado a evitar o disminuir riesgos ciertos y, por el otro, el principio precautorio que, en cambio, se aplica a riesgos inciertos”.

“En el primer caso (prevención) tengo identificado al eventual causante del daño (el peligro) y las cosas que pueden ser dañadas (las cosas vulnerables). La prevención nos debe llevar, en consecuencia, a una gestión del riesgo que apunte a evitar el daño, actuando sobre el peligro, anulándolo o disminuyéndolo, y sobre la vulnerabilidad, también anulándola o disminuyéndola. En el caso de la precaución, no estoy actuando sobre riesgos ciertos/existentes, sino sobre riesgos inciertos. Estamos en un ámbito en el que domina la incertidumbre. No se sabe con certeza si algo puede causar daño y consecuentemente se sabe si algo puede ser dañado. La diferencia esencial entre ambos principios radica en la certeza o falta de certeza científica ante la producción del daño”.

120. SABSAY, Daniel, El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma, Sup. Const. 2014 (octubre), 143
• LA LEY 2014-E, 1173.

“Luego de analizar la copiosa prueba obrante en la presente llego a la conclusión que la demandada no ha logrado demostrar que la recarga del acuífero no se encuentra en el inmueble y en razón de ello existe un grado de duda razonable con respecto a que es probable que la actividad minera pueda ocasionar daño al agua y a los restantes recursos naturales existentes en el lugar, por lo que la aplicación del principio precautorio en este caso obliga a suspender los trabajos hasta tanto se resuelva la nulidad de la DIA planteada en sede administrativa”. Juez: Alejandra Orbelli.

2. Cámara de la Industria Pesquera Argentina c/S.A.G.y P. y otros/Amparo”, Expediente N°42.013, Juzgado Federal N°4, Secretaría actuante N°3, Mar del Plata (proporcionalidad).

“Reitero entonces que la viabilización del principio precautorio, no debe verse como una imposición a la cristalización de políticas detentadas por la Administración Pública en procura de la tutela ambiental, sino más bien una elástica modalidad de compatibilidad entre esa tutela y la realización de la sostenibilidad ambiental. No olvido que su operativización ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reduciéndolo a un nivel aceptable. En este caso, es claro que el obrar de la Administración compatibilizó tales reglas y la amparista actuó primordialmente en vista a sus intereses particulares.”

3. Cuyo Placas S A C/ Municipalidad de Las Heras s/ APA, expediente N° 88.939 (Acción Procesal Administrativa) – Auto– SCJ Mendoza. (Precaución).

“En definitiva, el adelantamiento de la prueba peticionado por la empresa acogida favorablemente por el tribunal, que ha tomado algo más de 10 meses no obstante el empeño puesto en la dirección del proceso, ha dejado pendiente, por el momento, un cierto grado de incerteza científica. Precisamente, es esta incerteza la que impide hacer lugar a la cautelar solicitada desde que el acto administrativo atacado se funda en el principio de precaución, recogido en el art. 4° de la ley 25.675, que dice: ‘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 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’.

4. Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica, Expediente N° 115.712 26/05/2010. C. S. J. Nación (precaución, principio sustancial).

“La aplicación de principio precautorio no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa. El primero es un principio jurídico de derecho

sustantivo, mientras que la segunda es una regla de derecho procesal. El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea 'contra legem'. Para la acción meramente declarativa se requiere, como se dijo, la demostración de una falta de certeza jurídica que pudiera producir un perjuicio a quien demanda, lo que no puede confundirse con la falta de certeza científica a que alude el principio precautorio. En efecto, esta última no es sobre la relación jurídica, sino sobre el curso de eventos próximos a suceder y si estos causarán un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo”.

5. Salas, Dino y otros v. Provincia de Salta y otro amparo, S. 1144. XLIV, 26 de marzo de 2009, C. S. J. Nación (Equidad intergeneracional).

“Se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio”.

Art. 6: El Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda y en coordinación con los municipios, elaborará un Plan Ambiental, el que contendrá, como mínimo:

- a. Aplicación de los principios de política ambiental fijados por esta ley;
- b. Ordenamiento ecológico del territorio provincial, de acuerdo con:
 1. Características ambientales de cada ecosistema;
 2. Grado de degradación y desequilibrio ecológico por efecto de las actividades humanas y naturales;
 3. Vocación en razón de los recursos naturales existentes, asentamientos humanos y actividades económicas desarrolladas;
 4. Potencial impacto ambiental por desarrollo de nuevas actividades productivas.
- c. Programas de estudio e investigación científica y educativa a desarrollarse en el ámbito de la Administración Pública o mediante convenios con entidades nacionales o extranjeras, públicas o privadas, estatales o no;

d. Diseño de pautas dirigidas al aprovechamiento de los recursos naturales, conforme a un uso integral, armónico y coordinado de los mismos;

e. Implementación de un banco de datos y de un sistema de información y vigilancia permanente de los ecosistemas, los elementos que lo integran y su equilibrio, actualizado en forma permanente;

f. Elaboración de programas de censo, recuperación y preservación de especies animales y vegetales en peligro de extinción;

g. Elaboración de programas de lucha contra la contaminación y degradación del ambiente y de los distintos recursos naturales.

Art. 7: El Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda y en coordinación con los organismos pertinentes, deberá elevar anualmente a la H. Legislatura un Informe Ambiental, el cual contendrá los siguientes aspectos, entre otros:

a. Estado general de los ecosistemas, ambientes naturales, agropecuarios y urbanos y su equilibrio ecológico;

b. Situación de los recursos naturales, renovables o no, potencialidad productiva, grado de degradación o contaminación y perspectivas futuras;

c. Desarrollo del Plan Ambiental y de los distintos programas en ejecución;

d. Evaluación crítica de lo actuado, enmiendas a efectuar y propuestas de solución.

Art. 8: El informe ambiental deberá ser difundido y publicado para conocimiento de la opinión pública.

f. Los habitantes de la provincia de Mendoza tienen derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

V. El Plan Ambiental

El Plan Ambiental contenido en la Ley N° 5.961 recién se cumplió en el año 2008, con la denominación de *Plan de Gestión Ambiental*. Se expresó como un ordenamiento de las acciones del área ambiental provincial, instrumento valioso en cuanto a la previsibilidad de las acciones a cumplir pero que distaba de alcanzar los cometidos de un real proceso de planificación.

El artículo 35 requiere que, previo a la emisión de la D.I.A., la autoridad de aplicación deberá considerar en los análisis de los resultados producidos en las distintas etapas del procedimiento, los siguientes criterios: a) el ordenamiento ecológico provincial, con sus subsistemas e interacciones. La Ley 25.675, en su art. 8, establece como instrumentos de política y gestión ambiental, el ordenamiento ambiental del territorio.

El Plan Ambiental tuvo un antecedente de reglamentación a través del Decreto 266/95 que establecía que la elaboración del mismo será fruto de acuerdos que se alcancen en el ámbito del Consejo Provincial del Ambiente (art. 7º). Asimismo vinculó el Plan Ambiental al compromiso asumido en Río de Janeiro por la Nación Argentina, en el Programa 21, de elaborar programas locales por cada Estado o provincia (cap. 28, punto 28.1 part. III). Sin embargo, el procedimiento establecido en este decreto no se cumplió.

Es con la Ley N° 8.051 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo que se consagra a la planificación como instrumento esencial de la política provincial y se dota a la Administración de los instrumentos para su formulación y gestión. Por lo que la ley N° 8.051 constituye ejercicio de la competencia complementaria provincial (art. 41, tercer párrafo CN).

VI.— Ambiente y territorio

1. La causa “Leyes” (2014)¹²¹

En la causa Leyes (2014), la SCJ de Mendoza expone la vinculación entre ambiente y territorio.

“Existe una fuerte y sostenida corriente tanto doctrinaria como jurisprudencial y legislativa que viene señalando las íntimas vinculaciones que existen entre las leyes de ordenamiento territorial y las regulaciones sobre el planeamiento urbano, con el derecho reconocido por el art. 41 de la C.N. a todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, y apto para el desarrollo humano sostenible”.

“En efecto, ha tenido cierto impacto en el ámbito del derecho ambiental vernáculo las opiniones de la profesora francesa Jaqueline MORAND DEVILLER, para quien el ambiente no se limita a la protección de la naturaleza ni el derecho del urbanismo está restringido al espacio urbano. El ambiente es un todo (urbano y natural) y no se gestiona de manera fraccionada —afirma la citada autora— del mismo modo que el derecho del urbanismo no se aplica sólo a las ciudades (“Los ‘grandes principios’ del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo”, public. En RDA, n° 14, Lexis—Nexis, 2002, p. 483, traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci)”.

121. SCJ Mza. Causa N° 106.125, caratulada: “Leyes, Raúl Alberto C/ Municipalidad de Godoy Cruz S/ A.P.A.”

“En el orden nacional autores como Juan Rodrigo WALSH destacan el cambio de perspectiva a la que induce la reforma constitucional de 1994. Así, el art. 41 de la C.N. constituye un nuevo fundamento para la instrumentación de una concepción integradora de la regulación en materia de uso del suelo y ordenamiento del territorio, tanto en lo urbano como en lo rural, entendido como una herramienta clave para el desarrollo sustentable (“El ordenamiento territorial como presupuesto mínimo de protección ambiental”, en LL 2005–D, p. 1085). En el mismo sentido Adriana TALLER adhiere la opinión conforme la cual el medio ambiente o entorno protegido por la Constitución Nacional comprende tanto al ambiente natural como al ambiente inducido o cultivado (“Urbanismo y medio ambiente”, public. En Rev. De derecho público: derecho ambiental – III; Rubinzal Culzoni, 2010, n° 1, p. 93). Asimismo, Juan ERBIN sostiene que el ambiente urbano forma parte del bien jurídicamente tutelado por el derecho a un ambiente sano referido por nuestra Constitución Nacional en el art. 41 (“Tutela del medio ambiente urbano, diseño y urbanización sin planificación. El rol del Estado en la preservación del ambiente y la creación del patrimonio histórico cultural de las urbes”, en La Ley, Supl. Act. Del 8–2–2011, p. 1)”.

2. El derecho a un urbanismo saludable y sostenible

Sobre este soporte doctrinario, el máximo tribunal en la misma causa procede a concluir lo siguiente:

“Esto conduce a afirmar que los habitantes tienen derecho a un urbanismo saludable y sostenible. Lo cual implica que el conjunto normativo que dicten las autoridades públicas en materia de planificación y ordenamiento territorial, al igual que en materia de edificación, debe respetar tanto los límites al poder de policía (razonabilidad, igualdad, legalidad, proporcionalidad), como también, de manera uniforme, las específicas exigencias de la legislación nacional y provincial en materia ambiental. Todas estas elaboraciones son contestes con el contenido de la Ley Provincial 8.051 de ordenamiento territorial, especialmente con las definiciones expresadas en el Anexo 1 y los criterios formulados en el Anexo 2”.

“La conformación de este “urbanismo ambientalizado” –conforme las ilustradoras expresiones de Morand Deviller– traduce el paso del derecho “de la ciudad” a un derecho “a la ciudad”, este último configurado por el deber de las colectividades (o autoridades) públicas de asegurar al conjunto de los habitantes de las ciudades las condiciones de vida y de hábitat que favorezcan la cohesión social y permitan la lucha contra la segregación y la exclusión”.

“En la misma línea, el citado trabajo de J. Erbin concluye afirmando que la tutela del ambiente urbano debe alcanzar el control sobre el desarrollo inmobiliario de modo tal que no se afecten –ni por acción ni por omisión de las autoridades públicas– las líneas arquitectónicas de los distintos barrios, ciudades y/o localidades”.

VII. La Ley 8.051 de ordenamiento territorial y uso del suelo (LOT)

1. El instrumento básico del desarrollo sustentable

La Ley N° 8.051 consagra al ordenamiento territorial como Política de Estado para el Gobierno Provincial, para lo cual define, en su artículo primero, a la planificación como instrumento básico para conciliar el proceso de desarrollo económico, social y ambiental con formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial.

La ley asigna al Plan Provincial de Ordenamiento Territorial constituir el marco de referencia sistémico y específico para la formulación y gestión de las acciones públicas y privadas (art. 21). Si vemos sus contenidos básicos, resulta que el mismo es la norma esencial del ordenamiento territorial.

El ordenamiento territorial tiene múltiples instrumentos pero, a fin de resguardar la congruencia, la ley impone jerarquías y un encadenamiento lógico: luego de enunciado el Plan Provincial de Desarrollo Estratégico y aprobado el Plan Provincial de Ordenamiento Territorial, se engarzan los Planes Municipales de Ordenamiento Territorial, el Plan Ambiental Provincial, el Plan de Gestión de Riesgos y Manejo de Emergencias Provincial, el Plan de Ordenamiento Territorial Metropolitano para el Gran Mendoza, los Planes de Ordenamiento Territorial de Áreas Especiales y los Planes Sectoriales o Intersectoriales actuales y futuros.

Entre los instrumentos complementarios se destaca la introducción de la Evaluación Ambiental Estratégica, que contribuirá a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas generales, distinguiéndose de la EIA en cuanto esta está reservada a la evaluación de proyectos específicos. La incidencia de aquella no será menor en cuanto a la DIA y la actividad evaluatoria previa.

2. Los sujetos del ordenamiento territorial y las autoridades de aplicación

La precisa atribución de competencias para el cumplimiento de las funciones legales constituye la piedra angular de un sistema jurídico eficaz. Corresponde distinguir las modalidades de estas funciones.

Erige como autoridad de aplicación de la Ley a la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial y los municipios en sus respectivas jurisdicciones, asignándoles una función política territorial básica: *definir los objetivos esenciales del Ordenamiento Territorial en el ámbito de su competencia, perfeccionar la articulación territorial dentro de la Provincia impulsando y fomentando la coordinación entre el estado provincial y los municipios en el trazado de las políticas de desarrollo territorial, garantizando la participación de los ciudadanos y de las organizaciones intermedias mediante la información, la preservación del derecho de iniciativa y propiciando la solución concertada de diferencias y conflictos* (art. 39).

Una vez formulado y aprobado los respectivos planes el artículo 36 define a los sujetos del ordenamiento territorial responsables de su cumplimiento: las reparticiones y organismos provinciales, centralizados y descentralizados y los municipios con competencia en los contenidos aprobados en los planes de ordenamiento territorial.

Es decir, hay unidad en la formulación y en la aprobación de la norma planificadora y diversidad de responsables de su cumplimiento y aplicación. A nivel municipal la norma es análoga, incorporando el encadenamiento con el plan provincial (art. 22).

3. Relación con la Ley 5.961

Hay una estrecha vinculación entre la Ley N° 5.961 y la Ley N° 8.051. Una regula la gestión; la otra planifica la misma. La finalidad de ambas es la sustentabilidad del desarrollo provincial.

La Ley N° 8.051 considera la necesidad de una interpretación armónica, así el artículo 29 establece que: “Las disposiciones del Plan Ambiental expresado en el artículo 6° de la Ley 5.961 y el Plan de Ordenamiento Territorial Provincial, deberán ser complementarios y compatibles entre sí, pero no podrá argumentarse la falta de aprobación de uno para proceder la aprobación del otro”.

En el mismo sentido, respecto al procedimiento de EIA, exige que comprenda la identificación, interpretación y valuación de las consecuencias geográficas, sociales y económico–financieras que puedan causar las acciones o proyectos públicos o privados en el equilibrio territorial, la equidad social y el desarrollo sustentable (Art. 33). Incluso ordena al Poder Ejecutivo que incorpore en la reglamentación el estudio de los aspectos territoriales correspondientes (Art. 34).

El artículo 49 de la Ley N°8.051 adopta expresamente este criterio interpretativo: “Articulación con la Ley 5.961. “El régimen de las audiencias públicas establecido para el Ordenamiento Territorial complementa pero no reemplaza el régimen de audiencias para la Evaluación de Impacto Ambiental previsto por la Ley 5.961, a fin de otorgar celeridad, eficacia y eficiencia a los procedimientos”.

4. Organización

Para el cumplimiento de estas funciones políticas, la Ley N° 8.051 establece la siguiente organización:

- 1) Consejo Provincial de Ordenamiento Territorial (CPOT);
- 2) Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial (APOT).

Estos organismos entrelazan sus funciones en el proceso de elaboración de las normas de planificación y de implementación, que culminan en la Autoridad de Aplicación (Ministerio de Ambiente), como responsable de su resolución. Pero, el cumplimiento definitivo le corresponde a un universo de organismos provinciales y municipales.

El CPOT es un organismo consultor y asesor, de composición ampliamente representativa, que tiene la función de producir los consensos imprescindibles para la toma de decisiones relacionadas con los planes y programas¹²². Le corresponde en particular: *dictaminar* los informes finales de los proyectos, programas o planes de ordenamiento territorial provincial, elaborados por la Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial y los eleva a la Secretaría de Ambiente, *dictaminar* los procedimientos de la Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial, *aprobar* los informes de auditoría y *establecer* las recomendaciones respectivas, *proponer* directivas e instrucciones de ordenamiento territorial, para reparticiones y organismos públicos provinciales y municipales y *emitir* dictamen obligatorio en los procedimientos de planificación.

A la APOT, como organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo provincial, estará integrada por un Comité Ejecutivo, compuesto por un (1) presidente y seis (6) vocales. El Presidente durará cinco (5) años en sus funciones, no pudiendo ser reelegido en el período siguiente. Los vocales serán designados: uno (1) por el Poder Ejecutivo, tres (3) a propuesta de los sectores científico, técnico y universidades y dos (2) por los municipios integrantes del Consejo Provincial de Ordenamiento Territorial. Sus cargos tendrán jerarquía directiva y deliberarán en forma colegiada.

Le corresponde la elaboración de los proyectos de los planes de ordenamiento territorial, promover la participación social y ciudadana en los procesos de planificación, la instrumentación de la evaluación ambiental estratégica, la promoción de la formulación, ejecución, financiamiento y control de la ejecución de programas y proyectos enmarcados en los Planes Provinciales de Ordenamiento Territorial, poner en marcha el Sistema de Información Territorial, proponer y establecer procedimientos de controles cruzados para hacer más transparentes las decisiones, proponer a través del organismo que determine la reglamentación, las sanciones y medidas de seguridad que correspondan, así como aplicar las medidas y procedimientos coactivos necesarios para el cumplimiento de la ley.

Su especialización técnica, constituye la esencia para la operatividad del sistema. Por ello, la ley dispone que la Agencia deberá contar con equipos técnicos los que serán organizados por el Comité Ejecutivo.

5. Orden e interés público en la Ley 8.051

ARTICULO 5°. PROHIBICIÓN DE EXCEPCIONES – Se establece la prohibición de excepciones toda vez que se encuentre en consideración de los organismos competentes alguna decisión respecto de cualquier proyecto, obra o actividad económica que implique contradecir lo dispuesto por la presente ley y las demás que

122. Decreto N° 1.795/2010, B.O.M.: 14/10/2010

regulan la materia, sin posibilidad de ser salvada por el interesado. No podrá emitirse decisión fundada en excepción, bajo pena de nulidad o inexistencia por violar expresamente esta ley y, en consecuencia, constituir un vicio grave o grosero, de acuerdo a lo definido por los artículos 52° inciso a), 72°, 75° y 76° de la Ley N° 3.909.

Una gran preocupación del legislador fue que los diferentes sujetos del ordenamiento territorial no distorsionaran las disposiciones legales con excepciones a las mismas. El cumplimiento del principio de congruencia exigía una decisión específica en materia de ordenamiento territorial.

La palabra excepción, se utiliza para designar un apartamiento a la norma general. Pero la Ley 8.051, en materia de ordenamiento territorial, las prohíbe. Esta prohibición comprende toda *decisión sobre un caso concreto que contraría la norma general vigente*. La decisión a la que alude son normas de contenido particular y comprende a todos los sujetos del ordenamiento territorial. Los actos alcanzados por la prohibición son actos administrativos que confieren derechos a los administrados: *un permiso o una habilitación, que implique contradecir lo dispuesto por la ley 8.051 y las demás que regulan la materia*¹²³.

Tales actos son nulos o inexistentes¹²⁴. La última parte del artículo revela que se refiere a actos que confieren algún derecho subjetivo a un administrado; actos que no sería procedente conforme el ordenamiento jurídico vigente.

Una aplicación de esta norma tuvo lugar por parte de la Municipalidad de Luján de Cuyo que, mediante Decreto N° 241/2016 ratificado por Ordenanza N° 12.526-2016, dispuso la declaración del estado de emergencia ambiental en los distritos de Chacras de Coria, La Puntilla, Vistalba y Mayor Drummond del Departamento de Luján de Cuyo, con la paralización de toda obra, construcción y/o fraccionamiento, como la suspensión del inicio y/o trámite administrativo de todos aquellos proyectos donde se hubiere obtenido la factibilidad de uso de suelo mediante excepción del Honorable Concejo Deliberante u obtenidos de manera irregular. Todo ello bajo apercibimiento de la aplicación de las sanciones correspondientes, llegando incluso a la demolición de aquéllas construcciones que violen lo dispuesto.

6. Jerarquía y congruencia

Los planes, proyectos y programas deben adecuarse al nivel superior, y deben ser compatibles.

Se ha sostenido así que, aunque no se expresa en la Ley 8.051, debe existir una sumisión de los restantes instrumentos de planificación territorial que

123. Se aclara que las ordenanzas que confieren derechos subjetivos, son actos administrativos, en tanto producen efectos jurídicos inmediatos y directos.

124. La Ley 3.909 de procedimientos administrativos establece: Art. 52. – El vicio es grave o grosero según la importancia que en los casos concretos asuma la transgresión, si el objeto: a) Transgrede una prohibición del orden jurídico o normas constitucionales, legales o sentencias judiciales;

contempla el art. 7 de esa norma (incluyendo el Plan Ambiental) a la planificación estratégica que dispone la misma ley; en cambio, entre los restantes instrumentos –planes sectoriales, ambientales y territoriales– no existe un orden de prelación, sino más bien una necesidad de coordinación integradora recíproca¹²⁵.

Sin embargo, específicamente respecto al nivel municipal, no hay en la ley una limitación o prohibición a los municipios para regular (en forma general) su territorio (una especie de media de no innovar) antes de la aprobación del PPOT. Recién con la aprobación del PPOT comienza el plazo para que ellos dicten sus propios planes de OT, adecuados al mismo.

Para todas las esferas jurisdicciones rige la siguiente norma, que es una aplicación del principio de congruencia legal:

Los planes, los proyectos y programas de ordenamiento territorial, serán formulados teniendo en cuenta los distintos niveles de aplicación, jurisdicción y competencia de los organismos nacionales, provinciales y municipales, debiendo respetarse los lineamientos generales que contenga el nivel superior que corresponda, en tanto los mismos sean compatibles, asegurando la coordinación necesaria entre los sujetos del ordenamiento territorial (art. 7, penúltimo párrafo).

7. Obras o actividades modificadoras de los planes de OT

Una vez establecido los planes de OT, otra norma será de aplicación:

ARTÍCULO 28: MODIFICACIONES A LOS PLANES DE ORDENAMIENTO – Todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente a los Planes de Ordenamiento Territorial Provincial y Municipales deberán obtener previamente una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), expedida por la autoridad de aplicación y por las municipalidades correspondientes, conforme determine la reglamentación y según la categorización de los proyectos que establezca dicha reglamentación.

Esta norma viabiliza la posibilidad de establecer una excepción a la regulación territorial general, la cual es sometida a una condición: el cumplimiento del procedimiento de EIA y la obtención de la correspondiente DIA, conforme Ley N° 5.961 y reglamentaciones.

8. Gestión hídrica y ordenamiento territorial

Observa Pinto¹²⁶ en relación a la institucionalidad de la política y gestión hídrica de Mendoza que titulariza el Departamento General de Irrigación, que esta especial configuración institucional, que ha procurado que los asuntos referidos a las aguas en Mendoza se gestionen fuera del ámbito ejecutivo

125. ESCOBAR BLANCO, Luis Gabriel, “Coordinación de una futura Ley de Medio Ambiente con la Ley de Ordenamiento Territorial”, en “Revista del Foro”, N° 111, Dike, 2010, 78. PINTO, Mauricio, “Coordinación sistémica de las regulaciones ambientales y territoriales”, Revista de derecho ambiental, n° 32, octubre–diciembre 2012, 358.

126. PINTO, Mauricio, “Coordinación entre la nueva Ley de Ordenamiento Territorial y el régimen hídrico mendocino”, RDAMB. Nro. 23, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

central del Gobierno, resultará trascendente a los fines del tema que consideramos (el ordenamiento territorial), ya que numerosas funciones de notoria incidencia territorial recaen en este organismo autárquico por habilitación constitucional, lo que a la vez impide su sustracción legislativa y exige la coordinación administrativa entre las autoridades del agua y las del territorio.

Puntualiza las siguientes:

- El régimen constitucional mendocino establece que el derecho subjetivo a utilizar de manera exclusiva las aguas exige un trámite concesional con la necesaria intervención del Departamento General de Irrigación a los efectos de la meritación técnica de la posibilidad de otorgamiento, restringiendo la posibilidad de nuevos derechos a utilizar el agua en las propiedades que integran el territorio en el caso de que el recurso no resulte suficiente.
- Una vez adquirido mediante concesión el derecho a usar el agua, tal prerrogativa resulta inherente al predio concedido. El llamado “principio de la inherencia del agua al predio”, es una máxima instaurada por el art. 186 de la Constitución de Mendoza, y algunas otras normas infraconstitucionales.
- El uso de agua en nuevas áreas territoriales requiere un estudio técnico específico de la autoridad del agua. El artículo 195 de la Constitución de Mendoza establece que “Una vez practicado el aforo de los ríos y arroyos, así como cada vez que se construyan obras de embalse que permitan un mayor aprovechamiento del agua, el Departamento de Irrigación, previo los estudios del caso, determinará las zonas en que convenga ampliar los cultivos, remitiendo los antecedentes a la Legislatura, para que ésta resuelva por el voto de la mitad más uno de sus miembros que componen cada Cámara, si se autoriza o no la extensión de los cultivos”.

“El interrogante que ello genera, –continúa– es en cuanto al eventual predominio normativo del nuevo régimen territorial, y la función de integración estratégica general que el mismo brinda a la autoridad en tal materia. Sin embargo, la supremacía constitucional del régimen hídrico referido impone *ab initio* descartar cualquier posibilidad de que la autoridad gubernamental general, con fundamento en una norma infraconstitucional, imponga la solución de aspectos que son ejercidos por la autoridad hídrica por directa habilitación constitucional”.

Propone, para superar la eventual interferencia colisionante, considerar la jurisprudencia de la Suprema Corte Provincial, que muestra con claridad que existe una necesaria coordinación entre las competencias conexas a la gestión del agua –como son la ambiental, la propia de los servicios públicos de potabilización o energía, lo que extendemos a la competencia territorial que analizamos– y la gestión del agua propiamente dicha. “Sin embargo –afirma– es de destacarse que tal coordinación no debe importar una sustracción

de competencias propias de cada esfera de poder. Entendemos que de igual manera, el marco autárquico de la autoridad hídrica exige que la coordinación entre los planes territoriales e hídricos, cuando las necesidades del caso superen la mera “adhesión” de aquellos a éstos que considera el artículo 21 LOT, debe producirse de manera convencional, concertándose las discrecionalidades propias de cada esfera de gobierno involucrada”.

9. Participación

Un aspecto relevante de la Ley N° 8.051 es la incorporación de la participación pública en el proceso de planificación, es decir en las decisiones de futuro. La integración del Consejo Provincial de Ordenamiento Territorial y de la Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial la expresan cabalmente. Se trata de un paso más en relación a la institucionalidad ambiental, ya que la inserta en un proceso calificado como política de estado.

Para el proceso de planificación la LOT también se recurre a las normas de la Ley N° 5.961 y sus reglamentaciones.

*ARTÍCULO 42 – OBJETIVO DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL
– La autoridad de aplicación deberá asegurar las condiciones para que los ciudadanos participen y contribuyan al cumplimiento del bien común e interactúen y sean partícipes proactivos y responsables mediante la opinión informada y fundada en todas las etapas del ordenamiento territorial de la Provincia.*

Sin perjuicio de lo establecido por la Ley N° 5.961, su Decreto Reglamentario N° 2109/94 y la Resolución 109/96 de audiencias públicas y los mecanismos de información, integración, educación y participación previstos por esta ley, podrán generarse otros que permitan la intervención de los sectores y actores involucrados.

10. Perspectiva

Gabriel Escobar Blanco, en un profundo análisis¹²⁷, indaga las relaciones entre la ley N° 8.051 y la Ley N° 5.961, sosteniendo la necesidad de la actualización de esta última, a la que reconoce fortaleza operativa con el fin de lograr la adecuada complementación y coordinación entre ambas.

VIII. El informe ambiental

1. Obligación y contenido

La Ley en su artículo 7 ha previsto la forma de revisar y supervisar la marcha de la política ambiental y del Plan Ambiental mediante el Informe Ambiental

127. “Coordinación de una futura ley de medio ambiente con la ley de ordenamiento territorial”, Revista del Foro, N° 111, Dík, Mendoza, 2011, 69–89.

Anual. Así, el Poder Ejecutivo, por intermedio del área de ambiente y en coordinación con los organismos pertinentes, debe elevar anualmente a la Legislatura un informe ambiental. En el mismo debe consignar a) estado general de los ecosistemas, ambientes naturales, agropecuarios y urbanos y su equilibrio ecológico; b) situación de los recursos naturales, renovables o no, potencialidad productiva, grado de degradación o contaminación y perspectivas futuras; c) desarrollo del plan ambiental y de los distintos programas en ejecución; d) evaluación crítica de lo actuado, enmiendas a efectuar y propuestas de solución.

El artículo 8 dispone que el informe ambiental debe ser difundido y publicitado para conocimiento de la opinión pública.

Respecto al cumplimiento de estas disposiciones, se destaca que la normativa correspondiente al Informe Ambiental fue cumplida por primera vez en el año 1997, habiendo algunos informes posteriores, para luego cobrar regularidad hasta el año 2011.

La Ley N° 25.675 regula el derecho de información pública, disponiendo como parte del mismo, en el artículo 18, que:

Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas.

El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional.

Debe distinguirse que el primer párrafo constituye una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental, obligatoria para todas las autoridades; mientras que el segundo, es una norma federal local que pesa sobre el Poder Ejecutivo Nacional.

2. El acceso a la información pública ambiental

Alejandro Rossi afirma: “A esta altura de los acontecimientos, nadie duda acerca de la importancia de la información como condicionante de una protección ambiental efectiva. Sin embargo, como es habitual, las dudas y controversias se plantean a la hora de ‘actuar’ un derecho mucho más ‘filoso’ de lo que puede suponerse a través de una mera inquietud por la obtención de datos. Es que, a partir de la información, y muy especialmente en materia ambiental, se desenvuelve todo el espectro de derechos y garantías que dependen, naturalmente, de lo conocido o desconocido de una determinada materia”¹²⁸.

128. “El derecho a la información ambiental. Breves nociones conceptuales en torno al más importante de los derechos al ambiente”, en *Conflictos socio-ambientales y gobernabilidad pública*, SCCONE, Ana y SOSA, Eduardo (compiladores), Oikos, Mendoza, 2005, 47 y sgtes.

El Principio 10 de la Declaración de Río del año 1992 establece que: “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 ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar de 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”.

Guillermo Hernández expresa: “El derecho al acceso a la información ambiental como el derecho a la participación ciudadana, son absolutamente correlativos y están expresamente incluidos uno dentro del otro. Como señala Canosa Usera, “... La Información Ambiental está estrechamente ligada con la participación. Como se ha señalado, varios de los mecanismos participativos existentes sirven para que cualquiera pueda solicitar información ambiental...”¹²⁹.

La Ley N° 5.961 centra la información pública en el procedimiento de EIA cuando establece que las autoridades competentes deberán establecer: *un sistema de información pública absolutamente abierto, a fin de dar a publicidad las manifestaciones de impacto ambiental que le sean elevadas, como así también las opiniones públicas y dictámenes técnicos que se produzcan durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental* (art.33).

El derecho de acceso a la información ambiental que se esboza en la Ley N° 25.675 (arts.16/18) , se desarrolla ampliamente en la Ley N° 25.831 que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas. Define la información ambiental como 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.

El acceso a la información será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes

129. HERNÁNDEZ, Guillermo, “Acceso a la información ambiental y participación ciudadana. Marco jurídico en la Nación y en la provincia de Mendoza”, Revista del Foro de Cuyo, N° 109, Dike, Mendoza, 2010, 43–62.

residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad. En ningún caso el monto que se establezca para solventar los gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada podrá implicar menoscabo alguno al ejercicio del derecho conferido por esta ley.

El artículo 5 dispone que las autoridades competentes nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, concertarán en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) los criterios para establecer los procedimientos de acceso a la información ambiental en cada jurisdicción.

Título III

Disposiciones orgánicas

Art. 9: Créase el Consejo Provincial del Ambiente, como órgano asesor del Poder Ejecutivo el cual funcionará en el ámbito del Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda.

Art. 10: El Consejo Provincial del Ambiente estará integrado por un (1) representante del Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda y un (1) representante por cada una de las organizaciones constituidas legalmente, públicas o privadas, estatales o no, que tengan entre sus objetivos el estudio, la investigación y/o la preservación del ambiente y los recursos naturales.

Asimismo, por invitación del Consejo o del Poder Ejecutivo podrán integrarlo aquellas entidades que por su accionar demuestren preocupación por la problemática ambiental.

Art. 11: El representante del Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda, estará encargado en forma permanente de la Secretaría Administrativa del Consejo.

Art. 12: Los miembros integrantes del Consejo Provincial del Ambiente, a excepción del secretario administrativo, desempeñarán sus funciones ad-honorem.

Art. 13: El Consejo Provincial del Ambiente tendrá las siguientes funciones:

- a. Dictar su reglamento interno;
- b. Emitir opinión sobre los problemas del ambiente;
- c. Asesorar al Poder Ejecutivo, al Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o a cualquier otro organismo público o privado, estatal o no, cuando así se lo requiera;
- d. Conformar comisiones para la elaboración de propuestas o tratamiento de temas específicos;
- e. Incentivar y desarrollar la investigación y la difusión de los conocimientos sobre el medio ambiente.

Art. 14: El Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda procederá en el plazo de quince (15) días de la san-

ción de la presente ley, a constituir el Consejo Provincial del Ambiente, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 6.

Art. 15: Todos los funcionarios de la Administración Pública provincial, en ejercicio de sus funciones, deberán prestar la colaboración requerida por el Consejo Provincial del Ambiente.

El Consejo Provincial del Ambiente

1. Creado originariamente por Decreto N° 2.357/90, es incorporado textualmente a la Ley N° 5.961 en su título III. El consejo es un órgano asesor del Poder Ejecutivo y funciona en el ámbito de la autoridad ambiental provincial. Es el espacio de articulación entre la gestión pública y las demandas sociales¹³⁰.
2. Se caracteriza fundamentalmente por estar integrado por instituciones privadas o públicas no dependientes del ministerio respectivo. Las instituciones estatales que lo forman son aquellas eminentemente académicas o científicas. Cuando resulta necesario para el esclarecimiento de algún tema se convoca al área gubernamental correspondiente. El resultado es que las instituciones sociales desarrollan su actividad asesora libre de cualquier influencia o presión institucional pero en un clima de cooperación.
 - a. Organización. El reglamento interno aprobado por las propias instituciones interesadas en formar parte del C.P.A., le dan la siguiente organización administrativa: una asamblea general, un comité coordinador, comisiones especiales y una secretaría administrativa. La Asamblea General es el máximo órgano del Consejo y se compone por los delegados de todas las instituciones miembros, siendo sus funciones aprobar y modificar el reglamento interno y aprobar o rechazar los informes o dictámenes que eleve el Comité Coordinador. La Secretaría Administrativa la ejerce el titular de la autoridad ambiental provincial que, en su concepción ampliamente participativa, tiene voz pero no voto en las deliberaciones. El Comité Coordinador es el órgano permanente de trabajo, está conformado por ocho sectores sociales representados por dos instituciones cada uno. Los sectores son: cooperativo, empresario y gremial, organizaciones ambientalistas, ciencia y técnica, universitario, vecinalista, educativo y consejos profesionales. Los representantes son

130. El presente comentario se sustenta en la experiencia personal vivida en los años iniciales de su funcionamiento y que se plasmó en el artículo *"Informe sobre la defensa ciudadana del ambiente"*, Voces Jurídicas—Gran Cuyo, Revista La Ley, junio de 1998. Hoy se está muy lejos de los objetivos de esta institución.

- elegidos por el mismo sector al que pertenecen en forma democrática, de conformidad con el reglamento electoral. Delibera quincenalmente.
- b. Funciones. Sus funciones son asesorar al Poder Ejecutivo, a la autoridad ambiental provincial o a las autoridades que lo requieran, emitir opinión sobre los problemas del medio ambiente, conformar comisiones para la elaboración de propuestas o tratamiento de temas específicos, incentivar y desarrollar la investigación y la difusión de los conocimientos sobre el medio ambiente.
 - c. Otras funciones. Integra el sub-comité comunitario del Ente Provincial del Agua y del Saneamiento (E.P.A.S., Decreto 911/95); la Ley N° 8.051 le da un lugar en el Consejo Provincial de Ordenamiento Territorial.
3. Su fundamento es la gobernabilidad. Como expresa Eduardo Sosa¹³¹: “Luego viene la cuestión de la gobernabilidad, de la que tanto se habla últimamente. Es tentador pensar que la gobernabilidad, en tanto ‘estado colectivo de conciencia facilitador’ de los procesos democráticos, queda exclusivamente a cargo de los gobiernos, de otros poderes corporativos como las empresas, los partidos políticos mayoritarios, los sindicatos y otros, y que el resto de los actores deben, en el mejor de los casos, limitarse al monitoreo y la observancia de tales procesos. La gobernabilidad, como ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa en la gestión de un territorio en todos los planos, requiere para su correcto funcionamiento de la participación del sector empresario tanto como del llamado sector social, que con su accionar avalan tal ejercicio democrático, participan plenamente de las decisiones y comparten equitativamente sus consecuencias. Por ello, no hay gobernabilidad si no hay involucramiento de toda la sociedad. Así, es de vital importancia que quienes asumen roles protagónicos en este proceso, entiendan lo que significa este concepto para el buen gobierno de una unidad territorial. No existe la gobernabilidad democrática si no participamos todos en las escalas de decisión correspondientes, en los momentos adecuados, y en un proceso integrador antes que excluyente, abarcativo antes que reduccionista, y proactivo antes que reactivo. Bajo estas premisas de trabajo, los futuros gobiernos encontrarán escenarios cambiantes, nuevos actores y nuevos fenómenos con los cuales lidiar, en el proceso de ejecutar una política ambiental que nos lleve a la sustentabilidad”.

131. “¿Crisis de gobernabilidad en la gestión ambiental?: los desafíos de la institucionalidad pública ambiental para los próximos años”, en *Conflictos socio-ambientales y gobernabilidad pública*, SCCONE, Ana y SOSA, Eduardo (compiladores), Oikos, Mendoza, 2005, 360–361. <http://www.oikosredambiental.org/documentos/conflictos.pdf>

Título IV

De la defensa jurisdiccional del ambiente

Art. 16: La presente ley se aplicará para la defensa jurisdiccional:

a. De los intereses difusos y los derechos colectivos, brindando protección a esos fines al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos;

b. De cualesquiera otros bienes que respondan en forma idéntica a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.

Art. 17: Cuando por causa de hechos u omisiones se genere 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 ante 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.

Art. 18: Sin perjuicio de cualquier otro supuesto que corresponda en los términos del inciso a. del artículo anterior, las acciones de protección de los intereses difusos y derechos colectivos procederán, en particular, a los fines de paralizar los procesos de emanación o desechos de elementos contaminantes del medio o cualesquiera otras consecuencias de un hecho, acto u omisión que vulneren el equilibrio ecológico, lesionen, perturben o amenacen valores estéticos, históricos, artísticos, arqueológicos, paisajísticos y otros bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de grupos o categorías de personas.

Art. 19: La reposición de las cosas al estado anterior tendrá lugar siempre que sea posible reparar en especie al menoscabo. En particular, consistirá en la adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos y otros bienes comunes a la colectividad perjudicada.

Art. 20: Las autoridades provinciales o municipales, en especial el Fiscal de Estado, y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, con una antigüedad no menor de un (1) año y adecuadamente representativos del grupo o categorías de interesados, están legitimados indistinta y conjuntamente para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley.

Art. 21: 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 contracautela 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.

Art. 22: Aún cuando el juez considere que el accionante carece de legitimación activa para la interposición de las acciones previstas, podrá ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público, cuando la acción interpuesta esté verosímelmente fundada.

I. Interpretación del Título IV de la Ley 5.961. II. El proceso colectivo ambiental. III. Evolución de la legitimación extraordinaria. IV. La legitimación colectiva. V. Las vías procesales. VI. Cuestiones procesales. VII. La sentencia colectiva. VIII. El rol de juez. XI. Esquema comparativo. IX. Sentencias colectiva de Mendoza. X. Sentencias colectivas CSJN. XI. La doctrina ambiental de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

I. Interpretación del Título IV de la Ley 5.961

1. Antecedentes

Una correcta interpretación del Título IV de la Ley N° 5.961 exige integrar sus disposiciones a la legislación nacional de presupuestos mínimos y, fundamentalmente, la doctrina jurisprudencial de nuestro máximo tribunal nacional, que ha diseñado el proceso colectivo tal cual se lo reconoce en la actualidad.

El Título IV de la Ley N° 5.961 reconoce como antecedente los trabajos doctrinarios de Augusto Mario Morello y Gabriel Stiglitz¹³² y el anteproyecto de ley elaborado por estos juristas¹³³. Esto explica el notable adelantamiento de sus disposiciones en relación con el derecho ambiental entonces vigente.

Hasta esa época, la protección procesal del ambiente se circunscribía a las acciones civiles con sustento en los arts. 1071, 1112, 1113, 1119, 2499 y 2618 del Código Civil anterior¹³⁴, generando una voluminosa e importante jurisprudencia. Jurisprudencia que, no obstante, sobre la base de preceptos constitucionales, avanzaba paso a paso en la integración del proceso colectivo.

2. Principales disposiciones

El art. 16 de la Ley N° 5.961 establece los bienes y valores colectivos merecedores de protección jurisdiccional, constituyendo un hito por la época de la definición legal. El antecedente de este artículo es el artículo 1 del anteproyecto Morello–Stiglitz.

La doctrina diferencia el interés difuso del colectivo¹³⁵. Desde una perspectiva formal, el interés colectivo no sería más que un interés difuso reconocido por la ley. En este sentido, la evolución actual de la protección del medio ambiente ha traspasado el límite del interés difuso para tratarse siempre de un interés colectivo.

El art. 17 establece los requisitos de admisión y las vías procesales de protección.

Su antecedente es el artículo 2 del anteproyecto Morello–Stiglitz: “La acción de protección traduce en sentido lato la significación y objetivos del instituto del amparo”. El artículo 25, como norma supletoria, indica la vía procesal que corresponde aplicar: “en los demás aspectos no regulados por

132. Entre otros: MORELLO, Augusto Mario, “*La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal*”, JA–1978–III–321; MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, “*La defensa de los intereses difusos*”, JA–1982–IV–700.

133. Jurisprudencia Argentina, año 1985, tomo IV, páginas 651 y siguientes.

134. En “*Almada, Hugo N. v. Copetro SA*” se reconoce la legitimación individual de los actores en virtud del art. 2618 del Código Civil para el reclamo individual de cese de la contaminación, y para volver las cosas a su anterior estado los arts. 1083 y 1113, párr. 2º, parte 2a del mismo cuerpo legal (hecho de las cosas que el empresario tiene bajo su dominio y guarda).

135. LAMBERTI, Alicia Morales, *derecho ambiental*, Alveroni Ediciones, Bs As, 1999, págs. 76/77.

el presente título, serán aplicables las disposiciones del régimen general de amparo”. Pero el magistrado conserva las suficientes facultades para dar el trámite que corresponda a la complejidad de la causa.

Es interesante cuando el artículo alude a la causa misma de la protección: 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, definiendo con amplitud el bien colectivo ambiente.

El art. 18 establece el principal objeto de la acción de protección o prevención.

El antecedente es el art. 4 inciso a) anteproyecto Morello–Stiglitz: “Se destacan de modo ejemplificativo algunas manifestaciones dañosas, sin pretensión de cubrir lo que constituye una serie inagotable alimentada por la evolución de la sociedad y cuyas variantes siempre quedarán amparadas por el concepto válvula que contiene al artículo 1” (art. 16 de la ley 5.961).

La CN establece un claro orden frente al daño ambiental producido, privilegiando su recomposición; la Ley 5.961 lo dispone así:

Art. 19: La reposición de las cosas al estado anterior tendrá lugar siempre que sea posible reparar en especie al menoscabo. En particular, consistirá en la adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos y otros bienes comunes a la colectividad perjudicada.

El antecedente es el Art. 5 del anteproyecto Morello–Stiglitz. La ley no establece vías de reparación pecuniaria, ya que en tal caso se consideraba aplicable las normas de responsabilidad civil; pero además, con la Ley 25.675, están expeditas las vías que la misma establece para el resarcimiento del daño ambiental.

3. Los legitimados

El antecedente es el art. 7 del anteproyecto de Morello–Stiglitz. En esta propuesta, la legitimación se limitaba al Ministerio Público y a las agrupaciones privadas legalmente reconocidas

El art. 20 estableció la legitimación extraordinaria o anómala, invistiendo de la misma a las autoridades provinciales o municipales, el Fiscal de Estado y a las agrupaciones privadas, legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos.

Art. 20: Las autoridades provinciales o municipales, en especial el Fiscal de Estado, y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, con una antigüedad no menor de un (1) año y adecuadamente representativos del grupo o categorías de interesados, están legitimados indistinta y conjuntamente para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley.

La norma no incluía al afectado, a quien solo le daba la facultad de efectuar la denuncia ambiental ante el Fiscal de Estado. La reforma constitucional al incluir el amparo colectivo (art. 43 CN), amplía sustancialmente esta legitimación, comprendiéndolo. Debe entenderse que la Ley 5.961 en este punto ha sido reformada y que no se debe incurrir en ninguna confusión al respecto, tal como señala Guillermo Hernández en un comentario crítico a un confuso fallo¹³⁶.

Sin embargo, corresponde introducir una interpretación más amplia sostenida por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en una causa iniciada por vecinos¹³⁷:

“Independientemente del art. 43 de la CN, la legitimación de los actores no puede ser discutida en estos autos. Explicaré por qué: Como dije en el punto anterior, hay acuerdo en que la cuestión planteada se rige por la ley 5.961. Pues bien, el art. 17 de ese ordenamiento dispone: “Cuando por causa de hechos u omisiones se genere 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 ante 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.....” Además, el art. 18 dice: “Sin perjuicio de cualquier otro supuesto que corresponda en los términos del inciso a) del artículo anterior, las acciones de protección de los intereses difusos y derechos colectivos procederán, en particular, a los fines de paralizar los procesos de emanación o desechos de elementos contaminantes del medio o cualesquiera otras consecuencias de un hecho, acto u omisión que vulneren el equilibrio ecológico, lesionen, perturben o amenacen valores estéticos, históricos, artísticos, arqueológicos, paisajísticos y otros bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de grupos o categorías de personas”.

“Al demandar, aunque en forma genérica, los amparistas invocaron intereses difusos del tipo de los mencionados en el citado ordenamiento desde que sostuvieron ser vecinos de la zona y que la construcción de los dos barrios afectan aspectos eminentemente urbanísticos, como es la insuficiencia de servicios. La recurrente sostiene que los amparistas no han probado ser vecinos, pero no logra conmover las argumentaciones dadas por los jueces de grado desde que las constancias de fs. 3/4 de los principales acreditan, prima facie, esa calidad”.

Las organizaciones no gubernamentales, conforme a la ley mendocina, deben tener una antigüedad no menor a un año y ser adecuadamente representativas del grupo o categoría de interesados. Su legitimación legal no hace más que reconocer y ordenar el protagonismo comunitario en la defensa del

136. HERNÁNDEZ, Víctor Guillermo, “Retroceso jurisprudencial en materia de amparo ambiental”, Revista de derecho ambiental n° 34, Abeledo Perrot, abril-junio 2013,302-306.

137. Causa N° 87.619, caratulada “Municipalidad de Guaymallén en J° 215.893/29.857 Calderón, Horacio Plácido Del Valle Y Ot. C/ Municipalidad de Gllén. y Ots. p/ Acc. de Amparo s/ Inc. Cas.”

ambiente. Aquí la ley se ajusta al proyecto de Morello – Stiglitz. La Constitución Nacional exige el requisito del registro no previstos en la legislación mendocina. No obstante, hasta tanto no se reglamente no puede ser considerado como condición de admisibilidad de esta acción.

También se prevé el caso de que el accionante carezca de legitimación activa para la interposición de las acciones previstas en la ley, pero que la misma, en relación a su objeto, aparezca debidamente fundada, podrá ordenarse el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público (art. 22), detentando este la legitimación extraordinaria respectiva. En el art. 7 del anteproyecto Morello – Stiglitz, esa función del Ministerio Público ocurría en caso de abandono o desistimiento de la acción.

Finalmente, la ley 5.961, en el artículo 22, se resuelve el supuesto en el que ningún peticionante de la tutela ambiental reúna las condiciones para ser legitimado, disponiendo:

“Aun cuando el juez considere que el accionante carece de legitimación activa para la interposición de las acciones previstas, podrá ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público, cuando la acción interpuesta este verosímelmente fundada”.

Este artículo tiene como antecedente el art. 19 del proyecto Morello– Stiglitz.

Sobre la legitimación del Fiscal de Estado, ver comentario al artículo siguiente.

El artículo 21 confiere un rol renovado del juez en estos procesos, dispone que antes de la notificación de la demanda, 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 esta 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.

El antecedente de los dos primeros párrafos de este artículo es el artículo 16 del proyecto Morello– Stiglitz. El tercer párrafo corresponden a los redactores de la ley.

II. El proceso colectivo ambiental

1. El derecho procesal ambiental

Carlos Aníbal Rodríguez¹³⁸, luego de recordar el art. 41 tercer párrafo, expresa que: “Dentro de esos presupuestos mínimos están incluidas las normas

138. RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, “El derecho procesal ambiental”, DJ 13/07/2005, 777.

procesales necesarias para la protección de dichos derechos. Abrir la legitimación a la defensa de intereses ambientales es una magnífica manera de permitir la interpretación de la legislación infraconstitucional a la luz de la normativa constitucional. Esta es la interpretación conforme a la Constitución que nos interesa. En especial, la del derecho procesal que permita la defensa de pretensiones subjetivas medioambientales, sería el primer y decisivo paso para, *favor libertatis*, permitir la posterior interpretación del derecho sustantivo. Porque la interpretación conforme no lo es solo de las normas sustantivas, también debe serlo de las normas procesales. Esta, además de conectarse con el derecho a la tutela judicial efectiva y con las garantías constitucionales sustantivas, susceptibles de generar pretensiones procesales concretas”.

Concluye su razonamiento: “De manera que partiendo de dichos presupuestos podemos hablar de un ‘derecho procesal ambiental’, con características propias y diferenciadas a las otras ramas del derecho procesal (derecho procesal civil y comercial; derecho procesal penal; derecho procesal administrativo o contencioso administrativo; derecho procesal constitucional, etc.)”.

Esto importa porque en el sistema de distribución de competencia legislativa, establecido en el artículo 75 inciso 12 de la CN, las leyes procesales son de competencia provincial, de modo que la tutela de los derechos colectivos podría canalizarse con alguna variante por las legislaturas u órganos legislativos de cada provincia y por el Congreso nacional para el ámbito federal¹³⁹. Sin embargo, esto en principio, ya que tal como señala Rodríguez, también puede hacerse por leyes de presupuestos mínimos, como lo hizo la Ley 25.675¹⁴⁰.

En efecto, se recuerda que debe distinguirse entre presupuestos mínimos sustanciales e instrumentales (ver comentario Título I cap. I.), aclarando respecto a estos últimos, dado que inciden sobre competencias constitucionales locales (administrativas o procesales), que siempre deben vincularse con los PMPA sustanciales, integrando las normas que establecen las condiciones necesarias para proteger el bien colectivo ambiente o sus componentes. Las normas procesales de presupuestos mínimos deben estar irremediadamente unidas al derecho de incidencia colectiva que se pretende garantizar.

2. Definición

Peyrano explica que: “Los denominados derechos de tercera generación, entre ellos, el de gozar de un medio ambiente digno y apto para la condición humana han encontrado en el proceso un formidable instrumento para su efectiva y real consagración.... esto ha llevado al proceso judicial al sitio que

139. SBDAR, Claudia, “Tutela efectiva del ambiente”, LA LEY 2009-A, 1043.

140. RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, “El derecho procesal ambiental”, DJ 13/07/2005, 777.

en la actualidad ocupa, como herramienta indispensables para proveer a la tutela ambiental”¹⁴¹.

Al respecto hay diversas acepciones: acciones colectivas, procesos colectivos, *class actions*, acción pública, acción popular, etc. En nuestro derecho, según Lorenzetti, es más precisa la noción de “colectivo” porque incluye tanto los intereses individuales homogéneos (acción de clase) como los bienes colectivos (el ambiente, la discriminación, etc.). La noción precisa es la de proceso, que comprende la acción, la excepción, defensa y toda otra etapa procesal. Lo colectivo es lo opuesto a lo individual, y refiere a la discusión sobre bienes transindividuales o grandes grupos de sujetos¹⁴².

Néstor Cafferatta, ensaya la siguiente definición: “se trata de acciones judiciales, parafraseando doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaída en fallo “Halabí, Ernesto c/ Estado Nacional”, 24/02/09, que son portadoras de “dos elementos de calificación que resultan prevalentes: 1. La petición debe tener por objeto la tutela del bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admite exclusión alguna”, en el caso “el ambiente, es de naturaleza colectiva, no pertenece a la esfera individual, sino social y no es divisible en modo alguno”. 2. La pretensión debe estar focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular u resulta concurrente con la primera”¹⁴³.

Para Claudia Sbdar¹⁴⁴ se trata de un proceso caracterizado por un amplio acceso a la jurisdicción, fundado en una legitimación generosa; un juez activo, protagónico, protector, interesado, autorizado a adoptar medidas de oficio, sean ordenatorias, cautelares y probatorias; que da cabida a los procesos urgentes, medidas anticipatorias y también cautelares, que aplica las cargas dinámicas y un procedimiento valorativo de la prueba integral de todo el cuadro probatorio, cobrando relevancia el dictamen pericial emitido por técnicos o científicos, los informes proporcionados por organismos del Estado y las presunciones, la flexibilidad recursiva y los efectos expansivos de la sentencia a todos lo que se encuentran en idéntica situación que los actores.

La distinción con la acción popular está dada porque en esta, una persona puede reclamar ante la justicia por cualquier acto o norma ilegítima o antijurídica con independencia de haber sufrido alguna afectación efectiva o derivada

141. PEYRANO, Guillermo, “Medios Procesales para la tutela ambiental”, Jurisprudencia Argentina, Número especial Suplemento Ambiental (segunda parte) marzo 21 de 2001.

142. LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, Rubinzal–Culzoni, Bs. As., 2010, p. 11 y sgtes.

143. CAFFERATTA, Néstor, “Régimen Jurídico del Daño Ambiental”, RCyS 2010–VIII,9.

144. SBDAR, Claudia, “Proceso colectivo ambiental”, LA LEY2009–A, 922

del mismo, teniendo los efectos de la sentencia carácter *erga omnes*. Es una vía de control de constitucionalidad, que no ha sido regulada por la Constitución Nacional, pero que ha sido receptada por algunas constituciones provinciales¹⁴⁵.

En definitiva el proceso colectivo ambiental se caracteriza por reconocer una legitimación extensa para tutelar el bien colectivo ambiente, que se considera afectado o amenazado, habilitando tanto al afectado, como anómalamente a otros entes vinculados a los intereses en juego.

III. Evolución de la legitimación extraordinaria

1. Irrupción

El amparo individual requería invocar por parte del interesados un derecho subjetivo o interés legítimo para su ejercicio, esto es, una especial afectación a su persona o patrimonio. Solución jurídica basada en la trilogía de Jellinek del derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple¹⁴⁶. Esta división fue vista inicialmente como un obstáculo para aquellos intereses que trascendían la órbita individual.

A partir de trabajos doctrinarios anticipatorios, relevantes casos jurisprudenciales abrieron el camino al reconocimiento de los intereses difusos o colectivos, intereses que aparecían “fragmentados a veces en cientos, miles o millones de pseudos—legitimados activos, los que a la par gozan de una “difusa” actitud para activar el engranaje de la justicia”¹⁴⁷.

Es con el caso “Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo” sobre el pedido de anulación de un permiso para capturar toninas overas¹⁴⁸, que hace su aparición el amparo colectivo en nuestro país. El juez Oscar Garzón Funes dio un giro al derecho argentino al reconocer una amplia legitimación para la defensa del derecho a un ambiente sano y equilibrado. El magistrado actuó inspirado en conceptos que, si bien hoy han sido plenamente asimilados por el derecho vigente, en su época constituían una verdadera avanzada.

145. LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 2010, p. 87 y sgtes.

146. LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “*El Amparo Colectivo y la Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*”, Revista El Derecho del 11/2/93.

147. MORELLO, Augusto; HITTERS, Juan y BERIZANCE, Roberto, “*La Defensa de los Interés Difusos*”, J.A., 1982 – IV– 700.

148. La sentencia dictada 10/05/1983, publicada en La Ley, T°1983–D, p. 576, anuló el permiso otorgado por la Secretaría de Intereses Marítimos para la captura de toninas overas del mar argentino. La legitimación del actor fue reconocida previamente en ese proceso mediante un resolutivo del Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 2, in re “Kattan, A. E. y otro c. Gobierno nacional –Poder Ejecutivo”, resolución del 22/03/1983, publicada en La Ley, T° 1983–D, p. 568, con nota de CANO, Guillermo J., “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”.

Define en su sentencia el afectado y el bien colectivo: “Considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye –ya lo adelanté– un derecho subjetivo. Si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el *afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados*. Si la biosfera se modifica, cada persona verá alterada su forma de vivir, su existencia estará amenazada o reducida; no se trata de necesidades o conveniencias públicas, se trata de cada vida afectada y de quienes dependen de esta persona.”

El siguiente considerando revela la visión del magistrado:

“La ley 22.421 declara de interés público a la fauna silvestre, así como su protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional. Todos los habitantes de la Nación tienen el deber de proteger la fauna silvestre conforme a los reglamentos que para su conservación y manejo dicten las autoridades de aplicación. La norma principal está dada en que “todos los habitantes... tienen el deber de proteger la fauna silvestre”. La reglamentación que el precepto menciona debe instrumentar tal finalidad para favorecerla y nunca para impedirlo. El art. 20 del texto legal citado prevé, para el caso de que una especie de la fauna silvestre autóctona se encuentre en peligro de extinción, que el Poder Ejecutivo Nacional adopte las medidas de emergencia necesarias para asegurar su repoblación y perpetuación. Así el Gobierno central puede regular el sistema, con fundamento en el art. 67 incs. 16 y 28 de la Constitución Nacional; según este precepto el problema que apareja la extinción de una especie hace al interés nacional. No caben aquí discusiones o diferencias fundadas en la preeminencia de la jurisdicción provincial porque la cuestión se transforma en un problema nacional”.

Sin norma positiva que lo impusiera, entiende que el permiso requería como condición de validez el estudio de impacto ambiental, que la carga de la prueba correspondía a la autoridad otorgante y pondera los informes científicos incorporados. Un enorme cambio en el proceso judicial en casos ambientales tenía inicio.

En el mismo año 1983 tenemos otra acción interpuesta por Alberto Kattan pidiendo la prohibición de la venta del herbicida 2.4.5–I, conocido en la guerra de Vietnam como el “agente naranja”, de efectos tóxicos para la salud humana y el ecosistema. El juez admite la legitimación de Kattan siguiendo las enseñanzas de Morello, para quien los intereses en la protección de la salud de la población y del ambiente son derechos que atañen a todos los que conviven en una comunidad.

Así, inspirado en la doctrina y encarnado en estas primeras decisiones judiciales, el reconocimiento de los intereses colectivos inicia una nueva etapa para la defensa del bien ambiental como compromiso social de la justicia: “La problemática de los intereses difusos y colectivos no es un divertimento

doctrinal, una excentricidad que busca romper la monotonía de una situación consolidada y satisfactoria”¹⁴⁹.

2. Un debate magistral

El fallo de las toninas overas provocó un debate doctrinal histórico entre juristas de enorme talla, un administrativista y un ambientalista, que interpretaron de diversas maneras el devenir jurídico de este derecho.

Miguel Marienhoff publicó una nota crítica sobre el auto del 10/05/1983 que reconoció la legitimación en el caso¹⁵⁰, objetando el reconocimiento de la acción popular, en tanto la misma, como expresión de un interés simple de los accionistas, no tenía lugar en nuestro ordenamiento jurídico.

Guillermo Cano, contesta con “Un hito en la historia del derecho ambiental”¹⁵¹, donde sostiene que los accionantes actuaron en ejercicio de un derecho humano protegido por el art. 14 bis de la CN. No lo hicieron como administrados, superando los límites del derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple, como barrera para acceder al control judicial. Reitera su tesis del orden público ambiental del año 1979 como deber que pesa sobre toda autoridad. Elogia la consagración jurisprudencial de la obligatoriedad del estudio de impacto ambiental.

Marienhoff replica con “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”¹⁵², donde, luego de calificar la crítica de Cano como poco amistosa, sostiene que los intereses difusos no constituyen una categoría específica en el derecho argentino. A lo sumo pueden titularizar un interés simple que alcanza para peticionar a las autoridades pero no concede acción judicial alguna, salvo el supuesto de agravio a una garantía constitucional.

Guillermo Cano finalmente reafirma su posición en un nuevo artículo: “Acerca de la Acción Popular y otros temas de derecho ambiental”¹⁵³.

La polémica gira en torno a la sumisión o no de la legitimación procesal para obrar a las categorías de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Esta partición habilitaba a la jurisdicción únicamente a quien demostrara la existencia de una afectación personal o patrimonial directa (limitada al derecho subjetivo o interés legítimo). Los negacionistas de la protección ambiental consideraban que el afectado difuso detenta únicamente un interés simple, general, común a toda la sociedad, carente de esa habilitación proce-

149. Voto del Dr. Schiffrin, Cám. Fed. La Plata, sala 3°, 8/8/1988, JA 1988–III–97, con nota de MORELLO, Augusto M., y de STIGLITZ, Gabriel, Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia.

150. MARIENHOF, Miguel, “*Delfines o toninas y acción popular*”, El Derecho, 23/08/1983.

151. CANO, Guillermo J., “*Un hito en la historia del derecho ambiental argentino*”, La Ley, T° 1983–D, p. 568,

152. El Derecho, T° 1984 (106), p. 922

153. El Derecho, T° 107–876.

sal. Para Cano, se está ante el ejercicio de un derecho humano sustantivo, de fuente constitucional, merecedor de protección judicial.

Así, antes de la reforma constitucional, se fueron construyendo los cimientos de una nueva concepción jurídica para la tutela de los derechos colectivos.

3. Llancanelo, la primera defensa (1985/1986)

En nuestra provincia el proceso colectivo irrumpió en el año 1985. El Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza dictó un decreto, el N° 986 del año 1985, que levantó la veda deportiva en la Laguna de Llancanelo, es decir, autorizó la caza a pesar de que la laguna ya había sido declarada reserva natural por decreto N° 9 del año 1980. Dos habitantes de la ciudad de Mendoza, interpusieron un amparo invocando su derecho a un ambiente sano y equilibrado y la necesidad de tutelar aquel banco genético de importancia vital para el ambiente. La causa caratulada “Morales, Víctor Hugo y José Julio Rinaldi c/ Provincia de Mendoza por Amparo”¹⁵⁴, culminó con el fallo dictado el 2 de octubre de 1986, por el Juez Balducci, que consideró:

“Es que el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es un atributo fundamental de los individuos. Toda agresión al medio ambiente se traduce en una amenaza a la vida misma” (Lo encuadra entre los derechos no enumerados del art. 33 CN).

“Así como en un primer momento se receptó pretorianamente (por los jueces) la acción de amparo en pos de la real operatividad de los derechos constitucionalizados, es posible ahora, acudir a esta vía para brindar efectiva protección a los intereses colectivos e impedir que la acción u omisión del Estado o de los particulares haga ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales”.

“La ley nacional de fauna 22.421, adherida por ley provincial 4.602, ha puesto en cabeza de cada habitante el deber jurídico de proteger la fauna, parece incongruente imponer a cada individuo aquella obligación fundada en razones de interés público y negar el acceso a la justicia a quien pretenda observarlo”.

La jurisprudencia a lo largo del país siguió acumulado causas en las cuales se receptaba el reconocimiento de esta legitimación amplia y la viabilidad de su ejercicio procesal.

4. La definición del proceso colectivo: Halabi

Si bien la construcción de los procesos colectivos reconoce varios hitos en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular en la causa Mendoza, es en la causa Halabi (sentencia del año 2009), que define

154. Víctor Hugo Morales merece un reconocimiento especial. Fue un ecologista pionero en la defensa del ambiente de Mendoza. Si bien ejerció cargos públicos, lo suyo fue ejercer un entusiasta y abnegado compromiso social.

el diseño del proceso colectivo en la Argentina. A pesar de no encontrarse regulación secundaria de las acciones colectivas, la Corte Suprema consideró que la disposición constitucional en la que se encuentran previstas (art. 43) es claramente operativa y que es obligación de los jueces darle eficacia, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer, aunque el remedio sea desconocido.

Así, en *Halabi*, señala que el artículo 43 de la Constitución Nacional protege tres tipos de derechos diferentes: 1. Derechos divisibles no homogéneos sobre bienes jurídicos individuales, 2. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto proteger bienes colectivos y 3. Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Los derechos de incidencia colectiva son los que requieren de este especial remedio procesal.

En materia ambiental, conforme a *Halabi*, el proceso colectivo requiere reunir las siguientes condiciones:

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa pendiente, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

IV. La legitimación colectiva

1. La legitimación en la reforma de la Constitución Nacional

“Un gran paso ha dado el texto constitucional de 1994 cuando reconoció los derechos de incidencia colectiva, sin embargo ello no habría sido alcanzado sin la correspondiente ampliación de la legitimación para promover su tutela. La confiere al afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que

propendan a la protección de los derechos comprometidos, registradas conforme a la ley. Precisamente, no puede interpretarse como un recurso efectivo en caso de afectaciones colectivas de derechos fundamentales, en los términos del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV–B, 1250), si no se reconocen nuevos legitimados, distintos al personal y directamente afectado¹⁵⁵.

Sobre las consecuencias de este derecho fundamental sobre las funciones y la tutela procesal, se ha expresado: “Se trata de un Nuevo Derecho, un Derecho de Incidencia Colectiva, que produce una suerte de insurgencia del proceso civil clásico, el cual resulta modificado por la especial naturaleza preventiva que presenta este derecho¹⁵⁶”.

Así, el modelo tradicional tripartito, que distinguía entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples, entró en crisis. Todo lo cual quedó plasmado con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994. El art. 43 estableció la siguiente garantía:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo... 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.

2. El afectado y el perjuicio diferenciado

Determinar quién es el afectado legitimado por el art. 43 CN, motiva una discusión doctrinaria sobre los alcances del mismo. Cafferatta¹⁵⁷ la sistematiza así:

Corriente amplísima: Jiménez, Zannoni, Botassí, Mosset Iturraspe, sostienen una postura amplísima, relativa a la cuestión. Interpretan que el afectado es sinónimo de habitante.

Corriente amplia: Bidart Campos, Rodrigo Walsh, Morello, Gelli, Zavala De González, Gozáini, Ekmekdjian, Bustamante Alsina, Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, Sabsay, Andorno, Gordillo, De Santis, Carattini, Dromi–Menem, Rivas, Spota, Saux Toricelli, Basterra, que sostiene que con la palabra “afectado” se cubre la legitimación para amparar “intereses difusos”. Basta con acreditar un mínimo interés razonable y suficiente con figuras similares del derecho anglosajón, para constituirse en defensor de derechos de incidencia colectiva.

155. SBDAR, Claudia, “Tutela efectiva del ambiente”, LA LEY2009–A, 1043.

156. SÁNCHEZ ITURBE, Mercedes, “Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente”, LLNOA2009 (febrero), 38.

157. CAFFERATTA, Néstor, *Introducción al derecho ambiental*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México, Instituto Nacional de Ecología de México, y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, edición septiembre 2004.

Corriente restringida: Cassagne, Barra, Beltrán Gambier, Daniel Lago, Palacio Caeiro, Daneri Conte Grand; que asimila “afectado” con el titular de un derecho subjetivo y que por lo tanto persigue la satisfacción de un interés legítimo. Así, en materia de legitimación, afectado es de acuerdo a esta corriente doctrinaria, el agraviado concreto en un derecho o interés propio.

Esta última posición no ha prevalecido en la jurisprudencia.

Compartimos del autor citado la siguiente reflexión: “Será la doctrina y los jueces – lo ponía de resalto Carnelutti en los años ´40 – quienes en su benedictina labor de hermenéutica irán puliendo sus arrugas: el afectado directo, el indirecto, el que lo es por reflejo, por implicancia. Quien radicado en el contexto de una situación común, envolvente, experimenta las amenazas y las lesiones que otros – también afectados más directos y principales – sufren en una escala de mayor intensidad”.

Entre los recaudos exigidos, el afectado debe invocar un perjuicio diferenciado, susceptible de tratamiento judicial, entendiéndose que quien invoca la legitimación debe señalar un móvil distinto del mero interés en el cumplimiento de la ley. “De lo contrario caemos en la acción popular o en instancias de mera denuncia, o participación ciudadana indiferenciada basada en el mero interés de la legalidad objetiva”¹⁵⁸.

3. El Defensor del Pueblo

Está dotado de una legitimación anómala que se caracteriza por la particularidad de que el derecho de acción será ejercido en nombre propio pero a efectos de defender un derecho, garantía o interés cuya titularidad es ajena al actor. Luego de analizar una serie de casos, Lorenzetti sintetiza la procedencia de la legitimación limitada del Defensor del Pueblo: 1) En relación a la naturaleza de la cuestión: no cabe respecto de reclamos patrimoniales, pues ellos pueden ser asumidos por sus titulares; 2) El carácter adhesivo respecto a un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en art. 43, 2° párrafo de la CN; y 3) Los límites legales de la jurisdicción cuando se trata de Defensores del Pueblo Provinciales o municipales. Es decir, en cada caso debe examinarse la ley de creación de estos órganos y la atribución que otorga a los mismos¹⁵⁹.

158. LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 2010, 141. Esain tiene una concepción de la acción popular más amplia: “Vale la pena recordar que existen tres fórmulas legitimatorias, la del derecho subjetivo de primera generación, donde el ciudadano solo puede solicitar ante la justicia por derechos de pertenencia propia, exclusiva y excluyente, la de la acción de clase, que legitima al representante de la clase, y la de la acción popular que legitima a cualquier ciudadano en representación de la colectividad”, en *“El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”*, Revista Doctrina Judicial, en el año XXII, nro. 18, fechada el 3.5.06, pp. 1.

159. CSJN 31–10–2006 D. 859. XXXVI. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones – resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986. Más recientemente: CSJN “FLP 1319/2016/CS1 Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986”. Sentencia del 6 de septiembre de 2016.

4. Las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental

Las asociaciones requieren: 1) los objetivos o fines de la misma, 2) la registración y 3) la organización (forma y requisitos). Con el primero se busca garantizar la legitimidad de la agrupación y que el objeto de protección litigiosa coincida o se ensamble con sus metas institucionales. La registración será útil para viabilizar el control respecto a la capacidad, seriedad, idoneidad y representatividad. Los mismo, la organización permite conocer su estructura a fin de lograr su objetivos estatutarios.

Pero la ley que pide la Constitución no se ha dictado. Esto ha llevado a requerirles demostrar que su finalidad sea acorde con el objeto demandado y un esquema mínimo de organización, preferentemente, con existencia de un estatuto social. Al igual que en el caso del Defensor del Pueblo, no procede la legitimación colectiva para defender intereses patrimoniales, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponda a cada uno de los potenciales afectados.

5. Ampliación de la legitimación en la Ley 25.675

Cafferatta¹⁶⁰ destaca que la Ley N° 25.675 produce tres aperturas legitimatorias del proceso:

1. Para la acción de recomposición del daño ambiental colectivo; 2. Instituye una acción popular para la cesación de las actividades de daño ambiental colectivo; 3. Prohíbe toda clase o especie de restricción para el Acceso Jurisdiccional en Defensa del Medio Ambiente. Esto último repercute sobre la legitimación de obrar, la que allana, o salta como valla u obstáculo de ingreso a la prestación del servicio de justicia, y las exigencias económicas de la tasa de justicia, como asimismo de la contra cautela, para la adopción de medidas cautelares.

Como se advierte, la Ley N° 25.675 legitima para obrar activamente, en ejercicio de la acción de recomposición ambiental a cinco sujetos claramente diferenciados: 1) el afectado; 2) el Defensor del Pueblo; 3) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, 4) persona directamente damnificada; 5) el Estado Nacional, provincial o municipal. Este último se ha dicho, “debe tener legitimación toda vez que representa a la comunidad políticamente organizada, tal como lo reconoce la ley federal brasileña 7347”.

La ley distingue el afectado de la persona directamente damnificada. El primero lo es en función de la afectación del bien colectivo, el segundo lo es en cuanto esa afectación colectiva irroga además una afectación individual.

Respecto al Estado Nacional, provincial y municipal, la Corte ha rechazado la legitimación colectiva para la defensa de los intereses individuales homogé-

160.CAFFERATTA, Néstor, *“Amparo colectivo ambiental y derecho constitucional”*, Colegio de Magistrados y Funcionarios 28 de la Provincia de Buenos Aires, 69.

neos de las provincias por no estar comprendida entre los sujetos del art. 43, 2° párrafo de la CN¹⁶¹. Pero la Ley 25.675, art. 30, expresamente los legitima para las acciones que ella misma prevé, sin perjuicio de que el ordenamiento legal provincial tenga una norma procesal especial que legitime al respectivo Estado o a sus autoridades para ejercerla. Es el caso de la Ley 5.961.

6. Ley 5.961 y la ampliación de la legitimación extraordinaria

El art. 20 de la ley estableció la legitimación extraordinaria, invistiendo de la misma a las autoridades provinciales o municipales, al Fiscal de Estado y a las agrupaciones privadas, legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos. Sin embargo, como consecuencia de la reforma constitucional posterior y la interpretación del art. 43 CN, se debe hacer especial énfasis en que el derecho procesal ambiental provincial recibe la impronta de las normas constitucionales y de las leyes nacionales de presupuestos mínimos, por lo que la legitimación en nuestra provincia debe ser entendida en todos los casos con la amplitud resultante¹⁶².

Se remite al desarrollo realizado en I.3)

V.—Las vías procesales

1. Los medios procesales aptos

Ha dicho el máximo tribunal nacional que: *“En 1º lugar, frente a la invocación de una amenaza al bien ambiental, no puede soslayarse la existencia de diversos medios procesales aptos, como la acción de amparo, prevista en el artículo 43 CN y las acciones de la Ley 25.675 General del Ambiente”*¹⁶³.

Esain, con un estilo destacable, distingue: “Cada una de las formas procesales jurisdiccionales de protección del ambiente se presentan como diferentes en cuanto a la inmediatez de la tutela. Ello es así porque frente a una violación de dificultosa probanza, será necesaria una “batería” de actividades probatorias para lograr dilucidar la causalidad necesaria para responsabilizar por la conducta lesiva al demandado. Allí la única solución será un proceso ordinario por daño ambiental en el que la tutela se dará pero de manera más mediata, menos expedita y urgente. Será un proceso más complejo y más largo pero adecuado para ese tipo de pretensión. En cambio cuando la violación es manifiesta, y además necesita de una urgente solución para restablecer la

161. Causa Río Negro c /Estado Nacional s/amparo; también fallos: 325:2143

162. HERNÁNDEZ, Víctor Guillermo, “*Retroceso jurisprudencial en materia de amparo ambiental*”, Revista de derecho ambiental n° 34, Abeledo Perrot, abril–junio 2013, pp. 302–306.

163. “Asociación multisectorial del sur en defensa del desarrollo sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica” Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de mayo de 2010.

indemnidad del ambiente dañado, el proceso más adecuado será el de naturaleza constitucional. Allí es donde aparece el proceso de amparo como medio de protección inmediato y eficaz del derecho de naturaleza constitucional que aparece evidentemente violado. Luego habrá tiempo para incoar la pretensión por recomposición en la vía ordinaria posterior¹⁶⁴.

2. El amparo colectivo

El amparo colectivo configura una garantía constitucional procesal—instrumental, que participa de la definición del amparo general contemplado en el primer párrafo de la norma constitucional citada. Sus particularidades, provienen del objeto de la tutela: *Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto proteger bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (doctrina Halabi)*.

Consecuente con lo expresado, los presupuestos que la CN establece para la procedencia del amparo individual —arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, actualidad o inminencia de la lesión y certeza del derecho comprometido— deben verificarse en el amparo colectivo, pero su observancia habrá de juzgarse desde una perspectiva compatible con la peculiar naturaleza de la tutela colectiva, la que se origina en la expansión propia del daño. No es posible siempre exigir al actor de este proceso, como al de un amparo individual, un pormenorizado relato de los hechos y una precisa descripción de los daños toda vez que, en algunos casos, puede no manejar suficientemente la información técnica del caso. Respecto de la admisión de las pruebas, el temperamento ha de ser amplio y, también, en cuanto a la valoración de los hechos y las pruebas por la complejidad que, muchas veces, ofrece la acreditación, sobre todo cuando los elementos de prueba se encuentran en poder de la parte demandada. En síntesis la reglamentación procesal del amparo del segundo párrafo del art. 43 de la CN debe contemplar los rasgos configurativos de la tutela colectiva¹⁶⁵.

3. El objeto del amparo colectivo. ¿Cesación y/o recomposición?

Kemelmajer aborda este tema: “Con criterio similar se ha dicho que el amparo es la vía para petitionar la cesación de las actividades generadoras del daño ambiental colectivo; en cambio, cuando se trata de acciones de recomposición o de indemnización sustitutiva el legislador no ha impuesto un procedimiento específico, dejando librada la cuestión al criterio del juez y de las partes. Esta línea demarcatoria entre las acciones (recomposición, indemnización, amparo para la cesación) no es demasiado firme en la jurisprudencia”.

164. ESAIN, José, “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, Revista Doctrina Judicial, en el año XXII, nro. 18, fechada el 3.5.06, 1.

165. SBDAR, Claudia B., “Tutela efectiva del ambiente”, La Ley 2009–A, 1043 – La Ley 2009–A, 1043.

Aporta un caso en el cual se resolvió que: “Es procedente la acción de amparo promovida por un vecino para hacer cesar la contaminación ambiental que afecta a su comuna, producto de desechos de la red cloacal domiciliaria, vertidos sin tratamiento...”. “Ahora bien, la acción de amparo deducida también sirvió de acción de recomposición, pues se condenó al Municipio “a tomar todas las medidas y recaudos necesarios, de planificación, proyección y ejecución para hacer cesar la contaminación ambiental que produce el desvío o conexión de los desechos cloacales a los canales pluviales y al tratamiento de aquellos previo a su desagote al Río Luján, dentro del plazo razonable de un año a contar del momento en que quede firme o ejecutoriada la presente sentencia”¹⁶⁶.

Conforme lo que se analiza en el siguiente punto, la recomposición como petición estará sujeta a las condiciones del amparo si la prueba es simple para su análisis. En este caso no hay obstáculo para que la sentencia contenga el mandato de recomposición.

4. Cuando el amparo deviene en proceso ordinario

Normalmente los procesos colectivos se vehiculizan a través del amparo del segundo párrafo del art. 43 de la CN. Sin embargo, muchas veces ese proceso abreviado resultará insuficiente para abordar cuestiones ambientales complejas.

En la causa *Asociación de Superficiarios de la Patagonia v. YPF y otros* (13/7/2004) y en la causa *Palazzani, Miguel Ángel v. Mendoza, Provincia de y otros* (4/02/20143), la Corte Federal decidió que el trámite que ha de imprimirse no puede ser el del amparo, pues las medidas probatorias que deberán llevarse a cabo exigen un marco procesal de conocimiento más amplio, de modo que resulta adecuada la aplicación del régimen ordinario.

Esta conversión del amparo se funda más que nada en las características complejas de este tipo de proceso en tanto las medidas probatorias exigen un marco procesal más extenso. Parece, pues —dice Kemelmajer— que si este escollo probatorio no existe (situación poco probable) y se cumplen los otros recaudos, aunque en situaciones excepcionales, se podría acudir al amparo también para las acciones de recomposición.

En *Kersich*¹⁶⁷, la Corte federal consideró: “Tratándose de un caso ambiental los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida

166. “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)*”, Acad. Nac. de Derecho, La Ley.

167. CSJ 42/2013 (49-K) “Kersich, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo”, 2 de diciembre de 2014.

satisfacción en materia de prevención. El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión (Fallos: 333: 748; “Mendoza, Beatriz Silvia”, Fallos: 329:3445)”.

5. Cuando el amparo individual deviene en colectivo

Cuando se interpone un amparo para la defensa de un derecho individual puede suceder que el mismo trascienda la esfera de derechos del accionante, en tal caso el juez debe evaluar si corresponde convertir el amparo en colectivo.

Un caso de conversión es el amparo interpuesto por una cooperativa de servicios de agua potable se agravia de la restricción impuesta para el uso de agua de una perforación respecto de la cual no tiene ningún derecho concedido, pero que en su presentación revela que la población atendida carece del servicio de agua potable¹⁶⁸.

No hay duda que la misma carece de legitimación colectiva ya que no integra el elenco de los legitimados extraordinarios del art. 43 CN, pero el juzgador centró su atención en la incidencia colectiva de los derechos prevalentes comprometidos. La representación legal del Poder Ejecutivo señaló que la causa, en tal caso, debía continuar en cabeza del Ministerio Público, conforme el art. 22 de la Ley 5.961. El juez consideró, erróneamente, que el cuestionamiento a la legitimación de los actores lo resolvería con posterioridad. En lo demás, su razonamiento es adecuado:

“Entrando en el análisis del tal planteo, juzgo oportuno rememorar que el necesario punto de partida para otorgar encuadre procesal a la acción ejercida por la parte actora radica en la clasificación tripartita de derechos en individuales, colectivos, e individuales homogéneos (S.C.J.N. in re causa Halabi). Dicha tipificación, concibe tres clases de derechos: individuales; derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (o derechos colectivos, trasindividuales o supraindividuales); y derechos de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos (o derechos individuales homogéneos o pluriindividuales homogéneos).

“En lo que concierne al asunto debatido en esta causa, estimo corresponde categorizar inicialmente el derecho humano al agua potable y saneamiento que reclama la actora (los que —obvio es destacarlo— se relacionan en forma inseparable con el derecho a un ambiente sano, derecho a la vida, la salud y el medio ambiente) como integrante de la segunda categoría definida por la Corte Federal. Esta, pues, se refiere a los “derechos de incidencia colectiva” que tienen por objeto bienes colectivos que se subdividen en: difusos, colectivos o públicos. Y esta sub-clasificación, por cierto, atiende a si los derechos son referidos a un grupo indeterminado o de difícil determinación (difusos), a un grupo determinado (colectivos), o a los ciudadanos (públicos).”

168. Trib. G.J.A. N° 2, autos N° 255.311, caratulados: “Aguas del Challao Cooperativa de Servicios Ltda C/ Poder Ejecutivo de Mendoza y otros P/ Acc. Amparo”.

“En los derechos colectivos, la tutela recae sobre un bien colectivo y en la acción instaurada lo que prevalece es lo atinente a la incidencia colectiva (y no a los aspectos individuales) del derecho. En estos derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos es de suma importancia caracterizar el “objeto de la tutela”, cuya nota esencial radica en su carácter “no distributivo”. Un bien es colectivo cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Los bienes colectivos se singularizan por la “indivisibilidad” de los beneficios derivados de su utilización, fruto de la titularidad común de los sujetos que los comparten.”

“En consecuencia, del razonamiento que antecede, atento los términos en que se ha deducido la acción de amparo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional, los lineamientos suministrados por la Corte Suprema en el fallo “Halabi” y por la Segunda Cámara Civil en el caso “Pollini” (LA122-028), y las facultades ordenatorias previstas por el art. 46 del C.P.C., corresponde imprimirle a los presentes obrados el trámite de amparo colectivo, reordenando el proceso, a fin de garantizar el derecho de defensa de los posibles interesados, esto es, los habitantes del Distrito El Challao del departamento de Las Heras.”

“RESUELVO: I.– Calificar la acción ejercida como amparo colectivo. II. Imprimase al presente el trámite de amparo colectivo y, en consecuencia, publíquese edictos en el Boletín Oficial y Diario Uno por una vez, a fin de citar a todos los integrantes de la clase por la que se ejerció la acción colectiva (habitantes del Distrito Challao del Departamento de Las Heras) y los posibles interesados y/o afectados a comparecer al proceso en un plazo de TRES DÍAS a partir de la última notificación, debiendo informar el objeto de la pretensión ejercida, con transcripción del punto II de fs. 81. III.– Dése intervención oportunamente al Ministerio Fiscal. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.– Fdo: Dr. Carlos DALLA MORA – Juez”.

Al respecto, la Ley 5.961 en el art. 17, comprende la prevención y la cesación del daño ambiental y la recomposición. Esta última se debe integrar con lo regulado en la Ley 25.675.

6. El amparo territorial en la Ley 8.051

Un amparo creado legalmente en nuestra provincia emana de la Ley 8.051 de Ordenamiento Territorial. El art. 50 dice así:

“– ACCIÓN DE AMPARO – En caso de denunciarse o verificarse trasgresión o incumplimiento a lo establecido en la presente ley o en los Planes de Ordenamiento Territorial de cualquier nivel, el interesado podrá interponer Acción de Amparo o denuncia por ante la Fiscalía de Estado, conforme lo establecen los Art. 16 al 25 de la Ley N° 5.961 y preceptúa el Art. 43° de la Constitución Nacional”.

La norma reenvía para su aplicación a la Ley 5.961 y al art. 43 de la C.N. El problema es si el interesado comprende a los legitimados del art. 43 o a toda persona en el cumplimiento de la ley, lo que sería un amparo popular

en sentido estricto. La remisión indicaría que el interesado debería reunir las condiciones del afectado, esto es, invocar un perjuicio colectivo, un móvil distinto del mero interés en el cumplimiento de la ley.

También quedan comprendidas las asociaciones que propendan a esos fines en tanto pueden resultar interesadas.

La norma completa su vinculación con la Ley 5.961, al remitir al interesado al procedimiento de la denuncia ambiental ante la Fiscalía de Estado. Ver comentario artículo siguiente.

7. Tipos de procesos colectivos en la Ley 25.675

Esain¹⁶⁹ al comentar el art. 30 de la Ley 25.675 expresa: “La norma no dice, como sí lo hacen muchas de las leyes complementarias provinciales que todas estas acciones tramitan por el proceso de amparo: solo lo hace en el último párrafo. Esto implica que la legitimación amplísima (“toda persona”) es resguardada para la pretensión de cese, incoada mediante proceso de amparo (ni siquiera habla de proceso sumarísimo) dejando la mención “afectado” para el proceso de recomposición ambiental del primer párrafo al que no le designa carril procesal. Esto es perfectamente justificable porque en el amparo la violación o agravio y su arbitrariedad, deben presentarse de manera manifiesta, lo que nos conduce a un proceso muy diferente del que tendrá por objeto probar un daño ambiental por contaminación, donde se debe llevar adelante una serie de baterías probatorias y un debate mucho más profundo que en el mencionado proceso constitucional. En consecuencia, podemos inferir que el legislador ha meritado que si la arbitrariedad en la lesión del ambiente es manifiesta –la urgencia en la detención se desprende de la naturaleza del bien jurídico protegido– el proceso idóneo será el amparo, y la legitimación será amplísima: *popular* (tercer párrafo del art. 30 LGA). Si la violación no resulta ser manifiesta, es evidente que necesitará de demoradas y profundas probanzas las que justificarán un trámite procesal ordinario o sumario donde el legitimado no será otro que el habitante del lugar donde se produjo el daño ambiental relevante (art. 27, 28 y primer párrafo del art. 30 LGA)”.

Se recuerda que para otros autores, la legitimación del amparo del art. 30 no califica de popular en sentido estricto, en tanto se debe, en todo caso, fundamentar la lesión o amenaza de lesión sobre el bien colectivo.

Esain agrega respecto de las acciones de recomposición: “De todas maneras esto no es impedimento –porque la norma no lo aclara– para que la petición por recomposición del primer párrafo del artículo 30 LGA tramite en un proceso de amparo, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de este proceso constitucional. En este sentido será fundamental que el agravio

169. ESAIN, José, “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, Revista Doctrina Judicial, en el año XXII, nro. 18, fechada el 3.5.06, pp. 1.

y la forma de recomposición se encuentren casi probados en tiempo previo al inicio de la demanda a efectos de que la vía sea la idónea y no se vea desplazada por el proceso ordinario”.

8. El amparo popular “sui generis”

Sbdar, citando a Bidart Campos, sostiene que nunca alcanzamos el nivel de la acción popular, no porque la desestimemos, ni porque renunciemos a proponerla, pero para ello es menester la habilitación normativa de la legislación (porque no creemos que la Constitución — que ni la acoge ni la prohíbe— impida al legislador articularla), al modo como para algunos supuestos la hallamos en el constitucionalismo provincial, sin ninguna contradicción con la constitución federal, que guarda silencio sobre la acción popular¹⁷⁰.

La Ley General del Ambiente 25.675, en el art. 30 introduce el amparo popular por cesación del daño ambiental en estos términos: “Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Este amparo creado legalmente no debe confundirse con el amparo del art. 43 de la C.N., cuyos legitimados están determinados, aunque en forma amplia, y que comprende eventualmente la recomposición.

Este amparo popular, calificado de *sui generis*¹⁷¹, por su fin específico, legitima a *toda persona*¹⁷² para solicitar la cesación del daño ambiental, pero no comprende ni la recomposición ni la indemnización sustitutiva. Esain, interpreta esta legitimación como *amplísima*: “Pues bien, el legislador ha reglado en el artículo 30 de la ley 25.675 una legitimación diferente según la pretensión, dando derecho a accionar a “toda persona” en los procesos de amparo ambiental (acción de cese) y no solo al “afectado”. Sabemos que allí donde el legislador ha hecho una diferencia (por un lado se habla de “afectado” y por el otro de “toda persona”) el intérprete no está llamado a igualar. La expresa separación hecha por el legislador implica un nivel diferente de legitimación según la pretensión incoada”¹⁷³.

Sin embargo, un precedente introduce limitaciones discutibles. La Universidad Nacional de Rosario promovió acción de amparo, en los términos de los artículos 41° de la Constitución Nacional y 30, tercer párrafo, de la Ley

170. SBDAR, Claudia, “*Tutela efectiva del ambiente*”, LA LEY 2009–A, 1043.

171. LORENZETTI, Ricardo L., *Justicia Colectiva*, 2010, 87–94.

172. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, in re “Cosimi, María del Carmen c. Dirección Provincial de Energía de Corrientes”, sentencia del 05/10/2005, JA 30/11/2005, p. 90. “A mayor abundamiento cualquier persona puede interponer acción de amparo cuando exista peligro de daño ambiental para la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo (art. 30, Ley 25.675) – (conf. Carlos Aníbal Rodríguez, *derecho ambiental Argentino*, Ed. Moglia, Corrientes, 2005)”.

173. ESAIN, José, “*El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva*”, Revista Doctrina Judicial, en el año XXII, nro. 18, fechada el 3.5.06, 1.

25.675, contra la Provincia de Entre Ríos, a fin de que se ordene el cese de las quemas de pastizales que —según sostenía— se practicaban de manera reiterada y sistemática en las islas del ecosistema del humedal del Alto Delta del Río Paraná. La Corte Suprema rechazó la legitimación:

“En ese marco, la legitimación para accionar que pretende arrogarse la Universidad actora, excede las facultades propias de esa entidad autónoma, pues las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad (conf. causa CSJ 11/2008 (44–U) “Universidad Nacional de Salta c/ Salta, Provincia de (Secretaría de Medio Ambiente) s/ acción de amparo”, sentencia del 6 de agosto de 2013). En efecto, la Universidad Nacional de Rosario no puede fundar su legitimación en el caso en la previsión contenida en la parte final del citado artículo 30 de la ley 25.675, que dispone que “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo”, dado que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Tal conclusión no se ve alterada por la autonomía universitaria, desde que ésta no implica su aislamiento respecto del entramado institucional; está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del Estado de derecho (conf. causa CSJ 67/2010 (46–U) “Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Córdoba, Provincia de y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 20 de mayo de 2014, y sus citas)”.

Carlos Aníbal Rodríguez está en desacuerdo con esta solución. Expresa: “Si cualquier persona, sea argentina o extranjera, domiciliada o no en el lugar donde se produce el daño ambiental, tiene acción para interponer la acción popular ambiental que establece la última parte del Art. 30° de la LGA, y sin lugar a dudas la Universidad es una persona con autonomía y autarquía de la Administración Pública Nacional (que tiene como obligación prestar asistencia científica y técnica al Estado – Presidenta/e y sus organismos dependiente), como parte del Estado —que dicho sea de paso es otra cosa mayor—, no comprendo, la falta de legitimación para reclamar el cese del daño ambiental como se ha resuelto en el fallo que comentamos. Los derechos ambientales son derechos humanos constitucionalizados, pero anteriores a la Constitución misma, como bien la recalcó la CSJN “in re” Mendoza, Beatriz, están en juego no solamente las normas de la Constitución Nacional tanto de fondo como procesales. Y esos Derechos Humanos deben tener un efecto expansivo y progresivo. La pregunta que me hago es sencilla: ¿Se puede, invocando una cuestión procesal, violar el derecho de acceso a la Justicia consagrado en los arts. 8° y 25° del

Pacto de San José de Costa Rica? Y la consecuente protección de las generaciones presentes y futura”¹⁷⁴.

9. La acción preventiva del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial amplía la responsabilidad por daños, incorporando la obligación de prevenirlo:

ARTÍCULO 1710 – Deber de prevención del daño. Toda persona tiene 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 daño 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.

Bestani entiende que la adopción de medidas razonables “está ligada a la eficacia del resultado y se vincula con la proporcionalidad. El obligado no cumplirá con su deber si, pese a adoptar medidas de prevención, éstas no son proporcionales a la entidad de la amenaza del daño, a la magnitud del daño o a las posibilidades de agravamiento, cuando razonablemente debió haber advertido esa falta de proporcionalidad obrando de buena fe y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Como contracara, tampoco puede requerirse diligencias que sean muy difíciles, extraordinarias o heroicas, lo que se deriva también de esta exigencia de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas”¹⁷⁵.

Luego de este “deber genérico de evitación”, el Código avanza un poco más e incluye una serie de dispositivos procesales (artículos 1711 a 1713) que regulan el ejercicio y la tramitación de la denominada “acción preventiva” que nace frente a un hecho u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño. Bien dice Pablo Lorenzetti que: “Si de derecho ambiental se trata, claro está, el dispositivo debe ser releído bajo los preceptos procesales contenidos en la normativa microsistémica. La única condición que exige el Código radica en la acreditación de un ‘interés razonable’ –en nuestro caso– respecto a la prevención de daños ambientales. Este concepto jurídico in-

174. RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, “Legitimación activa en un amparo ambiental”, LA LEY 06/02/2015,5; MORALES LAMBERTI, Alicia, “Las universidades nacionales no son legitimados extraordinarios para actuar en defensa del ambiente: ¿una regresión en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema?”, en Revista de derecho ambiental, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2014.

175. BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y “omisión precautoria” en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCCyC 2015 (noviembre), 111.

determinado debiera ser interpretado, ante la duda, del modo en que mejor favorezca la tutela del bien colectivo ambiental y, aplicando la máxima del ‘in dubio pro naturaleza’, propendiendo siempre a la apertura legitimatoria como puerta de entrada al proceso judicial en defensa de los derechos fundamentales, principal garantía del acceso a la justicia”¹⁷⁶.

Bestani señala: “El Código Civil y Comercial prevé, así, una acción específica, sustancial, cuya finalidad es únicamente la prevención. Ésta podrá ejercerse de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio. Con ello, recoge los desarrollos de la doctrina sobre la tutela inhibitoria. Esto, porque la tutela inhibitoria requería también la alegada antijuridicidad (valorada en forma sustancial y no puramente formal), la amenaza de daño y que la actividad antijurídica haga previsible, según las reglas de la causalidad adecuada, la existencia de un perjuicio o su continuación. No se requiere factor de atribución y ello es razonable ‘ya que no es posible valorar anticipadamente los elementos subjetivos de un comportamiento previsible’. (19) Puede añadirse que resulta de necesaria lógica que la prevención sea posible, tanto material (v.gr: la acción no debe estar consumada o debe ser posible el cese —no lo sería, v.gr., si el daño está hecho, se agota en sí mismo y es irreversible—) como jurídicamente (debe poder aplicarse la medida preventiva sin obstáculos normativos, v.gr: eventual censura previa —arts. 14 y 32 CN—).¹⁷⁷”

Por último, dentro del articulado dedicado a la función preventiva, el Código dispone que “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisorio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” (artículo 1.713). En materia ambiental, la última de las facultades mencionadas posee su correlato en lo normado por el artículo 32 de la Ley 25.675, según el cual se otorga la posibilidad a los jueces para que, en pos de la tutela del bien colectivo, adopten “las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”. Se trata del “activismo judicial” predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercitado por cada uno de los jueces que a lo largo y a lo ancho de nuestro país han debido enfrentarse a casos vinculados a la tutela del ambiente¹⁷⁸.

176. LORENZETTI, Pablo, “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>

177. BESTANI, Adriana, Acción preventiva y “omisión precautoria” en el nuevo Código Civil y Comercial, RCCyC 2015 (noviembre), 111.

178. LORENZETTI, Pablo, “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.

VI. Cuestiones procesales

1. La admisión formal

En *Halabi* la Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad: (i) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; (ii) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; (iii) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; (iv) la adopción en cada caso de un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte, y (v) la implementación de medidas adecuadas de publicidad, orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre puntos idénticos (consid. 20°, ver también Acordada CSJN 12/2016 Reglamento de procesos colectivos).

2. La controversia colectiva

En las acciones colectivas sobre bienes colectivos “existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos.(...) En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera (...) En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular” (Fallo Halabi, consid. 11° y Acordada CSJN 12/2016 Reglamento de actuación en procesos colectivos).

3. El llamamiento a los interesados y el derecho de *opt out*

La Corte requiere la adopción en cada caso de un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

En este aspecto, se trata de la simplemente a la convocatoria de los interesados en el resultado del litigio, a los fines de que puedan ejercer el derecho de exclusión denominado *opt out*¹⁷⁹ o de comparecer en él como parte o contraparte. Asimismo, y durante el período de llamamiento de los interesados, el proceso podría suspenderse en forma breve, y transitoria, a los fines de integrar adecuadamente la litis.

En Kersich, sin embargo, la Corte observa que el ejercicio de esta obligación debe ser razonable en relación al objeto del proceso urgente:

“Por ello, en el caso, los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores al amparo colectivo ambiental, sino que debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco del presente proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones”.

4. El *onus probandi*

Es ejemplificativo lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Jujuy, que revocó un fallo del Tribunal Contencioso Administrativo que había rechazado un amparo presentado por vecinos del departamento de Tilcara contra la exploración y explotación minera a cielo abierto¹⁸⁰. El TCA había entendido que ni de la prueba instrumental ofrecida por la actora, ni de la agregada por la demandada, surgía la mera posibilidad de daño.

El juez Héctor Eduardo Tizón en su voto dijo que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo:

“...no constituye derivación razonada del derecho vigente y aplicable ni se ajusta a las constancias de la causa”. “Esto así, sin perjuicio, claro está, de lo expresado anteriormente respecto a la carga de la prueba o al onus probandi, pretendidamente invertido en el caso que tratamos, y que —reitero— más allá de las cargas probatorias dinámicas, la obligación está impuesta a quien pretende efectuar o realizar explotaciones

179. JUNYENT BAS Francisco y GARZINO, M. Constanza, *“Apostillas en torno a los procesos colectivos. A propósito de las condiciones de ejercicio de la acción colectiva”*, Revista de la Facultad, Vol. III N° 2 Nueva Serie II (2012) 67–95.

180. Sentencia del 23 de febrero de 2010, Expte. N° 6706/09, STJJ, caratulado: “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° B– 193.302/08 (Tribunal Contencioso Administrativo) Medida Precautoria Innovativa: Leño, Julia Rebeca; Leño, Remo; Cruz de Mamani, Victoriana; Licantica Dámaso; Valenzuela, Víctor Hugo; Moreau, Roger Luccin y otros c/ Estado Provincial”.

o actividades con potencial capacidad dañina, e instrumentadas tan luego no solo por normas internas sino además internacionales, de las cuales solo se han mencionado algunas. De las constancias de la causa y sus agregados, surge evidente e irrefutable que a la fecha de la interposición de la demanda, de su contestación, de la sentencia y, es de suponer, hasta la fecha —ya que con posterioridad no se presentó manifestación o informe alguno en contrario— ni existía ni se mandó producir prueba a través de estudio técnico alguno que demuestre fehaciente y preventivamente con el grado de certeza necesario, la ausencia de probabilidad de contaminación o bien, directamente, la inexistencia de daño cierto y actual a la época de la tramitación de la autorización u otorgamiento de los permisos para las prácticas de cateos y/ o exploraciones y explotaciones. En consecuencia, no se dio cumplimiento con los requisitos imprescindibles e ineludibles previos a cualquier actividad con aptitud para provocar toxicidad, contaminación, etcétera, y con ello, en su caso, daño ambiental, dejando de lado así lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 25.675, en especial incisos a), d), e) g) y k)”.

Agregó que “... Es decir, que era de cargo de la parte demandada la prueba positiva del resguardo del medio ambiente en territorio que, como también lo dije, tan luego fue declarado Patrimonio Natural y Cultural de la Humanidad”.

“Entiendo que, contrariamente a lo resuelto, no habiéndose arrojado dicha prueba ni ofrecido tampoco probar que la denuncia efectuada por los amparistas carece de sustento, es que cabe presumir, hasta tanto se demuestre lo contrario, que por lo menos existe la posibilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en la zona produzcan contaminación y conlleven daño ambiental”. En consecuencia, “es deber de los jueces como fue solicitado por la parte actora, proveer de inmediato al resguardo, y hacer efectiva la tutela judicial o protección de los intereses colectivos, tratándose de un derecho humano fundamental tanto de quienes allí habitan como de todos los habitantes, a un medio ambiente sano y sin contaminación, efectuando lo que fuera menester para evitarla”.

5. Las medidas cautelares

La Ley N° 5.961, establece en el artículo 21 que:

“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.

El antecedente es el art. 16 del proyecto Morello–Stiglitz. Se consagra la medida cautelar innovativa con carácter provisorio y urgente y decretable con anterioridad a la notificación de la demanda.

Las medidas cautelares son los instrumentos procesales con mayor idoneidad específica para proveer una tutela preventiva o anticipatoria¹⁸¹.

181. GARCÍA TORRES, Mariana, “La cautelar ambiental”, JA 2005–IV, Número especial, pág. 14.

La prohibición de innovar¹⁸², por la cual se puede obtener la paralización de un emprendimiento cuando se considere puede derivar posibles daños o afectaciones, constituye una medida efectiva para detener un proceso contaminante.

La cautelar innovativa, impone una conducta positiva a las partes para que modifiquen el estado de cosas existentes¹⁸³, sujetando la continuación o realización del emprendimiento a determinadas condiciones. “La medida cautelar innovativa, a diferencia de lo que ocurre en la específica medida de no innovar, no trata meramente de conservar (inmovilizar) una situación de hecho para impedir los cambios de la misma que puedan frustrar después el resultado práctico del proceso principal, sino que dispone un determinado cambio en el estado de hecho y, por ello, se presenta como una modificación de una situación jurídica, en salvaguarda de los principios de la igualdad de las partes en el proceso y de la buena fe”¹⁸⁴.

Pero el elenco cautelar predispuesto puede resultar insuficiente, en tal caso debe recurrirse al poder cautelar residual de la judicatura, para lograr soluciones efectivas, provee una amplia posibilidad en la cual puede concurrir un mix de prohibiciones y órdenes, pudiendo categorizarse como cautelar inominadas, que permiten encuadrar en su seno la enorme variedad de hechos y situaciones que pueden presentarse en la realidad del proceso judicial¹⁸⁵.

Son muy interesantes las consideraciones contenidas en el auto que suspendió una audiencia pública:

“Según Calamandrei, las medidas conservativas procuran conservar el estado de hecho existente, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos. Las medidas innovativas apuntan a operar en vía provisoria o anticipada los efectos constitutivos e innovativos de la providencia final, los que diferidos podrían resultar ineficaces o inaplicables. (Calamandrei, Piero, Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.945, p. 48).

La finalidad de la anticipación de tutela en el proceso colectivo radica en anticipar ésta en las hipótesis de urgencia, para evitar la consumación del daño colectivo que podrías derivar del retardo en el dictado de la sentencia.

182. La medida de no innovar es la precatoria dictada por un órgano judicial intimando a cualquiera de las partes a que se abstenga de alterar, mientras dura el pleito, el estado de cosas sobre que versa o versará la litis, existente en el momento de notificarse dicha medida. Por tanto la misma no puede tener efectos retroactivos a esta última oportunidad, ni tiene que deshacer lo hecho.

Expediente: 66152, Carátula: DAHER, JULIO / MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE MENDOZA, Fecha: 03/03/1994, Tipo: Interlocutorio, Tribunal: Tercera Cámara Civil, Ubicación: A073-216.

183. MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Bs As, 1990, pág. 120.

184. Expediente: 16297, Carátula: Martínez, Silvio / COMENSA S.A., Fecha: 10/10/1986, Tipo: Interlocutorio, Tribunal: Cuarta Cámara Civil, Ubicación: A110-475.

185. El artículo 115 del CPC de Mendoza lo posibilita y, más específicamente, el artículo 21 de la Ley 5.961.

Debe tenerse en cuenta en este tipo de proceso que los intereses y derechos en juego trascienden la órbita de lo individual, posicionándose en lo transindividual.

Por ello el proveimiento anticipatorio debe encontrarse precedido de una fuerte dosis de prudencia por parte de la judicatura, pues debe sopesarse y armonizarse el interés colectivo con las consecuencias del dictado de la medida. El límite es estrecho y delicado, debiéndose tener como Norte los derechos supralegales reglamentados en los artículos 41 y 43 CN, considerando que también suelen estar en tensión el derecho de propiedad, el de trabajar y ejercer el comercio”¹⁸⁶.

En este proceso se dispuso como medida cautelar innovativa la orden al Gobierno de la Provincia de Mendoza, como autoridad de aplicación, y a la Comisión Nacional de Energía Atómica, que se abstengan de llevar a cabo la Audiencia Pública convocada.

Se puede distinguir modalidades en los mandatos dirigidos a los particulares y a la administración. En este último supuesto, en la causa Cosimini.

En la causa Cosimini¹⁸⁷, la resolución admite parcialmente las cautelares solicitadas y dispone una serie de mandatos:

“1º) hacer lugar parcialmente a las medidas precautorias solicitadas por la parte actora y en su consecuencia, disponer que en el plazo de noventa (90) días de notificada la presente deberá la Dirección Provincial de Energía de Corrientes (DPEC) y si ya no lo hubiera realizado con anterioridad, con relación a los transformadores ubicados en las calles Rivadavia y Roca, y Belgrano y Perú y los otros transformadores, pertenecientes a dicha empresa, ubicados en el Barrio Libertad de esta ciudad: I) Inscribir los mismos en el Registro Nacional creado por Res. N° 313/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación y en el Instituto Correntino del Agua y del Ambiente en su calidad de delegado del COFEMA (art. 3º, Ley 25.670); II) Deberá presentar ante la autoridad de aplicación un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo que antes del año 2010 no queden equipos conteniendo PCBs (art. 15º Ley 25.670); III) Deberá rotular con la leyenda “APARATO DESCONTAMINADO QUE HA CONTENIDO PCBs”, según el caso, conforme lo establece el art. 16º de la Ley 25.670; IV) Deberá identificar claramente los equipos y recipientes que contengan PCBs y PCBs usados, expresando número y ubicación de los mismos, o indicando los lugares de almacenamiento (arts. 17 y 24 de la Ley 25.670); V) Deberá tomar todas las medidas correctivas y preventivas para evitar explosiones y/o incendios de transformadores, escapes, fugas o pérdidas de PCBs, en cualquier equipo o instalación perteneciente a la empresa. 2º) Rechazar la medida solicitada en el punto 2) del petitorio en relación a la contratación de un seguro de responsabilidad civil por

186. CSJN autos N° 115.712, caratulados “Asociación multisectorial del sur contra Gobierno de la Provincia de Mendoza por Acción de Amparo”.

187. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, in re “Cosimi, María del Carmen c. Dirección Provincial de Energía de Corrientes”, sentencia del 05/10/2005, JA 30/11/2005, p. 90.

parte de la DPEC. 3º) Todo ello bajo caución personal que deberá prestar la actora ante este Tribunal. 4º) Disponer de oficio que la Dirección Provincial de Energía de Corrientes en el perentorio plazo de treinta (30) días de notificada realice todas las reparaciones que sean necesarias y/o cambios de transformadores, a efectos de evitar fugas de líquidos de los transformadores ubicados en las calles Rivadavia y Roca, y Belgrano y Perú de esta ciudad”.

Las medidas son amplias comprendiendo todo el elenco que considere pertinentes para hacer cesar el daño ambiental o su amenaza.

6. Las audiencias en el proceso colectivo

A) La Suprema Corte de Justicia de la Nación las reguló mediante la Acordada N° 30/2007.

Se funda “en la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal (dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Penjerek”, al que remite la sentencia de esta Corte del 14 de noviembre de 1963, Fallos 257:134)”.

Conforme la Acordada, las audiencias serán de tres tipos: I) Informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; II) Conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; III) Ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.

La finalidad de la audiencia (informativa, conciliatoria, ordenatoria) será especificada en el acto de su convocatoria.

Las audiencias serán públicas. Para la asistencia se otorgará prioridad a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal, según sea necesario en cada caso. Podrá asistir el público en general, hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto.

En las audiencias informativas cada parte podrá designar un abogado para que haga un alegato cuya duración no podrá exceder de veinte minutos. El abogado deberá presentar un resumen escrito de su exposición con cuarenta y ocho horas de anticipación. Los amigos del Tribunal podrán ser citados para que presenten alegatos orales.

Para las audiencias conciliatorias cada parte deberá llevar a cabo un resumen por escrito de sus pretensiones y defensas actualizadas al momento de la celebración de la audiencia, que será presentado con cuarenta y ocho horas de anticipación.

En las audiencias ordenatorias, cada parte deberá presentar por escrito un

resumen de su opinión sobre los puntos establecidos por el Tribunal en el acto de la convocatoria, a los fines de ordenar el procedimiento.

Los jueces interrogarán libremente a los abogados sin que ello implique prejuizgamiento.

El Tribunal decidirá en cada caso la participación en las audiencias de los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa por ante esta Corte.

Las audiencias serán filmadas y grabadas siendo ello suficiente medio de prueba, sin perjuicio de que se realice transcripción taquigráfica. Las actas de las audiencias serán públicas y accesibles.

B) En Mendoza, están reguladas mediante Acordada N° 25.325 del 5 de noviembre de 2.013, que dispone la convocatoria para Audiencias de carácter Público en aquellas causas que posean trascendencia institucional o que excedan, en cuanto a la decisión jurisdiccional, el interés individual de las partes intervinientes en el proceso. Esta acordada ordena que la convocatoria sea realizada por acuerdo de por lo menos tres Ministros.

La misma fue reglamentada por Acordada N° 25.526 del 11 de febrero de 2014. Sigue en general la regulación nacional.

Las audiencias son de tres tipos: a) informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; b) conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales y c) ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.

En cuanto a la participación, la reglamentación establece en el artículo 9:

Para la asistencia a las audiencias se dará prioridad a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal, según sea necesario en cada caso. Podrá asistir el público en general, hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto. En el artículo 10 dispone: En las audiencias informativas, si así se precise en la convocatoria, cada parte podrá designar un abogado para que haga un alegato cuya duración no podría exceder de veinte minutos. El abogado deberá presentar un resumen escrito de su exposición con cuarenta y ocho horas de anticipación. Los amigos del Tribunal podrán ser citados para que presenten alegatos orales, en las mismas condiciones que las partes.

Respecto a la convocatoria, el artículo 8 de la reglamentación dispone:

La convocatoria a audiencia pública será publicada con una antelación no menor de quince días hábiles a la fecha fijada para su realización, en el Boletín Oficial, en por lo menos un diario de circulación en la provincia y en la página de Internet del Poder Judicial. Las publicaciones podrán ampliarse a otros medios si la temática a tratar así lo exigiese.

C) En el caso “Cuyo Placas S A C/Municipalidad de Las Heras S/ instrucción preventiva (Acción Procesal Administrativa)” se aplicó el régimen de

audiencias con finalidad ordenatoria e informativa. Las partes fueron citadas primero para fijar la prueba a producir ya que conforme a lo solicitado por la actora, la Corte suspendió a la ejecución del decreto municipal de traslado y dispuso, como prueba anticipada, una instrucción preventiva para realizar una pericia técnica. Las partes propusieron sus peritos. Luego se fijó una audiencia para la exposición de los mismos. El auto de fecha 14 de noviembre de 2007 considera este antecedente: “se realizó una audiencia oral y pública en la que expusieron los peritos Lic. Paván, Dr. Tarela y Dra. López, quienes fueron interrogados por el tribunal y por los asistentes. La audiencia fue videograbada y los peritos intervinientes acompañaron sus presentaciones en documentos power point, que se incorporaron en estos autos”.

D) Distinto fue el criterio del máximo tribunal mendocino en la causa sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 7.722.

En las causas en las que se planteó la inconstitucionalidad de la Ley N° 7.722, ante el pedido del Procurador de la Corte de convocar a Audiencia Pública, la mayoría del tribunal rechazó la petición¹⁸⁸ considerando que:

“el Tribunal está llamado a ejercer una específica función jurisdiccional, tendiente a dilucidar la avenencia de la norma impugnada con el orden constitucional. Se trata pues, de una cuestión de estricto contenido normativo constitucional, en cuyo ámbito no se advierte la necesidad, utilidad y/o pertinencia –en el estadio procesal en que se encuentra la causa y en función de los elementos ya incorporados a la misma–, de la realización de la audiencia pública propuesta”. En efecto, las causas luego de ocho años de trámite se encontraban en estado de resolución. Agrega: “Nos encontramos ante el cuestionamiento a una norma elaborada en el seno del Poder Legislativo, que fue objeto de debate dentro del mismo y respecto de la cual el Tribunal se limitará –en su oportunidad–, a expedirse en el marco de la acción intentada y dentro de sus específicas incumbencias, sin hallarse habilitado a ingresar en materia propia de otros poderes del Estado, ni a suplir las eventuales deficiencias que pudieran haber acaecido en orden a la participación, control y/o diálogo con la sociedad en forma previa a la emisión de la norma jurídica cuestionada en su sede”.

Este pronunciamiento fue dictado con el disenso de tres ministros de la Corte, quienes requerían su convocatoria, lo cual motivó un recurso interpuesto por Fiscalía de Estado, fundado en la Acordada N° 25.325 que exige como suficiente ese número de ministros para ordenarla. Sin embargo, en un nuevo pronunciamiento se rechaza pero modificándose el número de vocales contrarios a la convocatoria, quedando reducido a dos los ministros que la requerían.

188. SCJM, Causa N° 90589, caratulada: “Minera del Oeste Srl y Ot. c/ Gbno. de la Provincia P/ Acción Inconstitucionalidad”, resolución del 4 de agosto de 2015.

7. Preferencia temporal (art. 30, Ley 25.675)

La preferencia temporal en la promoción de una acción colectiva por daño ambiental, supone que una vez deducida por algún legitimado (el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, el Estado Nacional, provincial o municipal, el damnificado) se impide ser parte en el proceso a los restantes legitimados, aunque no obsta su derecho a intervenir como terceros.

El art. 30 de la Ley 25.675 la establece restringiendo por razones temporales la legitimación de obrar cuando dispone que:

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.

La intervención del tercero puede asumir dos modalidades: la voluntaria y la obligada. La primera comprende dos situaciones posibles: a) intervención adhesiva simple y b) intervención adhesiva litis consorcial¹⁸⁹.

Esta regla se aparta de la solución del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica en el que la legitimación es concurrente y autónoma, admitiendo el litisconsorcio de los colegitimados.

En las acciones de clase, el derecho estadounidense no privilegia al primero en el tiempo. Solo acepta al que invista una calidad tal que asegure claramente la representación de todos los integrantes de la clase¹⁹⁰.

8. La litispendencia

“La litispendencia se verifica –como regla general– si coexisten dos pretensiones cuyos elementos son idénticos; fundándose como impedimento procesal en la posibilidad jurídica de que una única situación de hecho o de derecho sea juzgada en dos procesos distintos; lo cual desvirtúa la función judicial y la naturaleza misma del derecho positivo” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial causa “Adepro SCA c/ Abal Laura Elena s/ ordinario).

En la causa Mendoza encontramos pronunciamiento sobre esta cuestión:

a) Pronunciamiento de fecha 08/07/2008 – Fallos: 331:1622

– El objeto de la recomposición y la prevención de la contaminación ambiental, mediante un plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza–Riachuelo, debe ser complementado instrumentalmente, ordenándose la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan por ante el juez encargado, y declarándose que el proceso produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes el legitimado activo y la causa petendi.

189. LLORET, Juan Sebastián y GARROS MARTÍNEZ María Cristina, *Perspectivas Sobre derecho ambiental y de la Sustentabilidad*, Universidad Católica de Salta, Eucasa, 2007,73.

190. RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, “Procesos por daño ambiental colectivo. Intervención de terceros y cuestiones de competencia”, LA LEY 16/10/2013, 7.

Que, por último, las altas razones en que hacen pie las decisiones precedentes deben ser complementadas instrumentalmente, ordenando la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan por ante el juez encargado de la ejecución, y declarando que este proceso produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes el legitimado activo y la causa petendi.

b) Pronunciamiento de fecha 10/11/2009 – Fallos: 332: 2522

– La declaración de litispendencia y la consecuente radicación de las causas ante el juzgado Federal de Quilmes se limita rigurosamente 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, tratándose, pues, únicamente de aquellos casos en que los derechos cuya tutela se persigue corresponden a un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y alcanzará inclusive a las cuestiones que, pese a haber sido introducidas (bajo cualquier nomen juris) en procesos que por su objeto principal quedan excluidos de su radicación ante el juzgado de Quilmes, exhiben un contenido que está (expresa o virtualmente) comprendido dentro de los mandatos impuestos a la autoridad de cuenca en la mencionada sentencia 08/07/2008.

9. El registro de acciones colectivas

Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 32/2014, creó el Registro Público de Procesos Colectivos. Esta decisión fue consecuencia de la sentencia el 23 de septiembre de 2014 en autos “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo” (causa M.1145.XILX en la que sostuvo que “durante el último tiempo este Tribunal ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país. Esta circunstancia genera, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva– favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente” (considerando 7° del voto de la mayoría, replicado por el considerando 10° del voto concurrente de Highton de Nolasco).

Por dichas razones, y “en atención a que los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional”, el Tribunal estimó “necesaria” la creación por medio de Acordada de un “Registro de Acciones Colectivas en el que deban inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país”. Este Registro, en palabras de la propia Corte, “Tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lo-

grar la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el Registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios” (considerando 10° del voto de la mayoría).

La medida sigue la línea iniciada por Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) que en fecha 21 de Agosto de 2013 dictó la Acordada N° 3660/13 por medio de la cual dispuso la creación del Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva, en el cual quedará subsumido a partir de ahora el Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva previsto en la Ley N° 13.928.

La acordada nacional invita con la Corte a los superiores tribunales de justicia de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con esta Corte, según lo establecido en el considerando 4° (que permitan compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos).

10. Reglamento de actuación en procesos colectivos

Completando su actividad ordenadora de los procesos colectivos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 12/2016 reglamentó para los tribunales nacionales y federales, en el marco de los procesos comprendidos en la Acordada 32/2014, que en las causas que se inicien a partir del primer día hábil del mes de octubre de 2016, los tribunales y las partes deberán adecuar su actuación al procedimiento previsto en esa reglamentación. Regula los requisitos de la demanda colectiva y el intercambio de información entre los juzgados y el registro. Invita a los superiores tribunales de justicia de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con ella.

11. Flexibilización de la congruencia procesal

Peyrano¹⁹¹ explica que: “Al concepto castizo de congruencia —que se remonta a la Partida III— lo hemos descripto como una exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima. Se trata, de un subprincipio procesal derivado del principio dispositivo, fuertemente relacionado con garantías constitucionales; especialmente con la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, que cuando se flexibiliza la congruencia actúan de manera sinérgica. La flexibilización de la congruencia —que cuenta con el apoyo expreso de importantes voces— ha logrado, entonces, acuñar una fórmula (la

191. PEYRANO, Jorge W., “La flexibilización de la congruencia”, LA LEY 05/09/2013, 1.

del resultado práctico equivalente) muy expresiva acerca del principal (no único) condicionante que reclama la ductilización de la congruencia”.

En ese sentido, como lo señalara la CSN en el caso “Beatriz Mendoza”, tratándose de la tutela del medio ambiente, que constituye un bien colectivo perteneciente a la esfera social y transindividual, los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad, están obligados a tomar un rol activo y a desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de los derechos fundamentales. De ahí que en tales conflictos las reglas procesales deben interpretarse con un criterio amplio que ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, en el contexto de una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, en aras de evitar la frustración de los intereses superiores en juego.

Berizonce¹⁹² entiende que la reconfiguración de los principios procesales en los conflictos sobre derechos fundamentales de tutela diferenciada, no implica la derogación o sustitución de los mismos en su versión ortodoxa sino, en todo caso, su flexibilización o atemperamiento en vía de interpretación judicial. La colisión de principios o valores debe dirimirse mediante un análisis de capacidad argumentativa, el denominado “juicio de ponderación”, que puede sintetizarse en una premisa: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Al respecto Berizonce comentando un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹⁹³, expresa que: “En la instancia anterior se sostuvo que en atención a la naturaleza del bien jurídico colectivo que se tiende a proteger, que está tutelado por preceptos constitucionales de orden público, y por ende, no disponibles para las partes, la gravedad de la contaminación acreditada en la causa exigía adoptar todas las medidas conducentes a la afectiva protección del ambiente y de la salubridad pública, no bastando disponer una mera tutela limitada al cese de la actividad generadora del daño colectivo. De ahí que se ordenara, además, diversas medidas tendientes a la recomposición o resanación del ambiente dañado, bajo la coordinación y ejecución de las autoridades públicas competentes, cuyos costos se pusieron a cargo de Diacrom S.A.”.

Agrega que: “La empresa responsable, sin cuestionar la plataforma práctica —la acción contaminadora que se le imputaba— se limitó, en lo que aquí nos interesa, a alegar la violación del principio de congruencia, en tanto se le impusiera el cumplimiento de una serie de ‘medidas pro activas’ relacionadas con la remediación ambiental, y que debería solventar, que no había sido objeto de la

192. BERIZONCE, Roberto O., “Conflictos ambientales de interés público y principios procesales”, DJ 14/09/2011, 13.

193. 2010–12–28, “Fundación Ecosur Ecología Cultural y Educación de los Pueblos del Sur c. Municipalidad de Vicente López y otro”.

pretensión actora en el amparo; máxime que tales medidas no habían integrado el decisorio de primera instancia, por lo que la Alzada habría incurrido en demasía decisoria; todo lo cual configura la violación de la garantía del debido proceso legal. Por lo demás, afirma, las potestades judiciales se ejercieron en el amparo, sin amplitud de debate”.

“El Alto Tribunal bonaerense, siguiendo el meduloso voto ponente del Dr. de Lazzari, rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido. Partiendo de la imputación a la empresa de la responsabilidad en los términos del art. 27 LGA, por el daño ambiental producido, expresamente reconocido por aquella, sostuvo que la Cámara ejerció su actividad jurisdiccional en el marco de los poderes—deberes que le son inherentes, en atención a los postulados y reglas que informan la materia ambiental comprometida en el litigio (art. 4°, LGA). La participación activa de la judicatura en materia ambiental se traduce en un obrar preventivo con sustento en el interés público, por lo que en definitiva, las medidas ordenadas encuentran sustento suficiente en el principio de prevención del art. 4°, 3er. párrafo, LGA; más aún cuando la misma ley habilita “que se adopten las medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”. Es que el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41, CN; 28, C Prov. Bs. As.), cuyo goce reclama la actora, no se garantiza en forma efectiva si no se adoptan medidas eficaces y urgentes para evitar los efectos dañosos que se derivan de su actividad; y la obligatoriedad de recomponer el daño ambiental causado, que el texto constitucional jerarquiza con rango supremo, no configura una mera expresión de buenos propósitos supeditada en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos (CSN, Fallos, 329:2372); que, por otra parte, constituye una obligación insoslayable a tenor del art. 4°, párrafo séptimo y 28 de la LGA. Por lo demás, concluye, tampoco puede ser atendida la crítica que se apoya en la vulneración del derecho de defensa que generaría la orden ‘proactiva’ dispuesta, desde que no se indican los medios de defensa de que vio privado”.

Otro fallo relevante en el mismo sentido fue pronunciado por el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén, el 30 de diciembre de 2004, en la causa Lillio, Segundo v. Contreras—Esuco—Burwart¹⁹⁴, justifica la flexibilización en el art. 41 segundo párrafo de la constitución, en cuanto interpreta que el mandato dirigido a la autoridades de proveer a la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado alcanza a los magistrados, “*de manera tal que, si en la demanda solo se hace referencia a los reclamos individuales por perjuicios padecidos y nada se dice del daño comunitario que está en curso y del cual deriva la causa del reclamo, el juez no puede cerrar los ojos frente a la realidad que llega dentro de la investigación del expediente escudándose en los estrictos límites clásicos del principio de congruencia*”.

194. STJ de Neuquén, “Lillio Segundo v. Contreras—Esuco—Burwart”, en Jurisprudencia Anotada, Revista del derecho ambiental, Bs. As. Enero/Marzo 2005, páginas 209 y sgtes. Con nota de Augusto Morello.

12. Límite a la flexibilización de la congruencia procesal

En Mendoza, en el fallo plenario sobre la constitucionalidad de la Ley N° 7.722¹⁹⁵, en el voto en disidencia del Ministro Adaro, se propone extender la prohibición legal del empleo de las sustancias tóxicas que identifica expresamente la ley a todas las actividades que la utilizan, esto es, más allá de lo que la ley establece. Fundamenta su posición así:

“Es decir, la aplicación de los principios de prevención y precautorio rodean la extensión de la medida de garantía determinada en el artículo 1 de la Ley 7.722. Es en base al principio de preservación del medio ambiente que las medidas adoptadas no pueden restringirse a una mera tutela nominal, sino que detectado el riesgo o el peligro ambiental, dada la toxicidad que emana el uso de las sustancias químicas, cianuro, mercurio y ácido sulfúrico, conforme lo ha estipulado el legislador, la medida tiene que ser extendida con el objeto de prevenir daños potencialmente colectivos, que la sociedad no puede correr el riesgo que acontezcan si jurídicamente son y pueden ser evitados”. Agrega: “Hoy, la tutela jurisdiccional efectiva, exige una nueva mirada del “iura novit curia”, en función del rol que compete al juez en la protección jurisdiccional de todos los derechos, en especial, y en este caso, el del ambiente, el agua y la salud de la población”. “En consecuencia, atento que las sustancias químicas tóxicas, su peligrosidad es inmanente no solo en el uso que le da la actividad minera metalífera como ha dispuesto el legislador, sino en todas aquellas actividades en la que se utilicen; a los efectos de prevenir consecuencias negativas sobre el medio ambiente, la seguridad y salud de las personas, y conforme las razones de orden público ambiental de índole preventiva es que considero que el uso del cianuro, mercurio y ácido sulfúrico debe ser prohibido en todas las actividades e industrias que operan en el territorio de la Provincia de Mendoza. Esto es, petroquímicas, industria de alimentos, farmacéutica, metalúrgica, plástica, vitivinícola, etc.; entre otras”. Para proponer: “Extender la prohibición del uso de las tres sustancias químicas mencionadas en el apartado anterior, a todas las actividades que las utilicen, en el territorio de la Provincia de Mendoza. Ello hasta tanto se acredite que las mismas no son contaminantes para el medio ambiente, los recursos naturales, en especial el recurso hídrico; y que no afectan la salud y calidad de vida de los habitantes de la Provincia de Mendoza y/ o se establezcan rangos de valores límites permisibles que no afecten la calidad de vida de la población”.

Sin embargo, la flexibilización procesal y el activismo judicial tienen un límite en la división de poderes y el debido proceso, en tanto estos principios no ceden en los procesos colectivos. En consecuencia debe observarse la solución propuesta por el magistrado, sobreentendiendo que la ampliación de la prohibición de la ley a otras actividades afectaría los derechos de sujetos que nunca fueron citados ni representados en el proceso, por lo que como única alternativa correspondía la exhortación al poder legislativo requiriendo su eventual

195. STJ de Neuquén, “Lillio Segundo v. Contreras–Esuco–Burwart”, en Jurisprudencia Anotada, Revista del derecho ambiental, Bs. As. Enero/Marzo 2005, páginas 209 y sgtes. Con nota de Augusto Morello.

implementación. Como indica Lorenzetti, el exhorto al poder legislativo “no consagra una obligación jurídica determinada, sino indeterminada y de valor político. No hay un derecho a exigir el cumplimiento y su finalidad es llamar la atención fortaleciendo el debate sobre un tema” (Justicia Colectiva, 2010, 178).

13. *Amicus curiae*

Nuestra Suprema Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este instituto, en la causa 83.665, caratulada: “Curel, Gastón Oscar y ots. en j° 30.554/114.678 Mancilla Cuello, Enrique Ariel y ots. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/ ac. de amp. s/ inc.”, sobre el pedido de nulidad de la ordenanza que prohibía trabajar a limpiavidrios y cuidacohes.

En esta causa comparecieron, invocando calidad de *amicus curiae*, un conjunto de entidades y sujetos interesados en la causa, incluso una abogada del Reino Unido.

Por el análisis que realiza sobre el instituto, es ilustrativo recurrir al mismo:

“En una concepción amplia, el amicus curiae es la persona que interviene en un proceso para asistir al tribunal dando información sobre cuestiones de hecho o de derecho (Montoya, Mario D., “Amicus curiae. Amigo de la Corte y casos”, test, LL 1992–D–1225); se trata de un medio procesal adecuado para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de juicio para dictar una sentencia justa”.

“Cueto Rúa enseña que en el mundo anglosajón, donde la figura ha tenido gran desarrollo, la práctica actual tiene un significado distinto al tradicional. Ya no se trata de ilustrar el juez como amigo del tribunal sino de auspiciar, apoyar o promover la causa de uno de los litigantes. En la actualidad no se le exige neutralidad. Sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso, sobre su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, aún a sabiendas de que el amicus es el amicus del actor o del demandado (Cueto Rúa, Julio C., “Acerca del amicus curiae”, LL 1988–D–721; conf. Bazán, Víctor, “El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad”, JA 2003–II–997; del mismo autor, “A propósito de la viabilidad del amicus curiae pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure”, Rev. de D. Administrativo, año 15, 2003, pág. 215; Pagés Lloveras, Roberto, “El amicus curiae”, JA 2004–I–803)”.

“La Corte Federal ha aceptado la figura mediante acordada n° 28 del 14/7/2004 que regula “la intervención de amigos del tribunal”. Según esta reglamentación pretoriana, los amigos del tribunal deben ostentar “reconocida competencia sobre la cuestión debatida”, fundamentar su interés en participar de la causa, informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso y constituir domicilio. La presentación tiene por única finalidad expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio” (art. 1), proceso en el que debe existir un interés público, o una cuestión institucional relevante (art. 2). En definitiva, su participación tiene sentido en tanto la opinión o la sugerencia tienen por objeto ilustrar

a la Corte Suprema, proporcionarle datos, información, observaciones, dictámenes sobre el contexto social, etc. (Bazán, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un importante respaldo institucional la figura del amicus curiae”, JA 2004–III–1249; del mismo autor, “La Corte Suprema de Justicia abre paso a los amici curiae”, LL 2004–E–1192; Mazzocchi, Augusto, “El amigo del tribunal ha llegado. Démosle la bienvenida”, LL 2004–E–371; Pagés Lloveras, Roberto, “El amicus curiae en la Corte Suprema” JA 2004–III–1253)”.

“Por mi parte, pienso que el amicus curiae puede ser útil para el tribunal en todos aquellos casos en los que, como el planteado en este expediente, el tema constitucional planteado excede el mero interés de las partes y configura materia socialmente sensible (Sola, Juan V., “Control judicial de constitucionalidad”, Bs. As., ed. A. Perrot, 2001, pág. 304)”.

14. Caducidad

Conforme el art. 13 del dec. Ley 2589/75 que regula el amparo en Mendoza, la acción debe articularse dentro de los diez días a partir de la fecha en que el afectado tomó conocimiento del hecho, acto u omisión que reputé violatorio de sus derechos constitucionales, aclarando el artículo 16 que aquel plazo se computa por días corridos, ¿es aplicable esta disposición correspondiente al amparo individual?

En la causa Llancanelo del año 2003, se opuso esta defensa considerando que la acción fue interpuesta en forma extemporánea. En primera instancia se consideró:

“Con relación al tema de la extemporaneidad en la iniciación de la acción, afirma que la función preventiva que caracteriza al sistema de protección del medio ambiente y de resarcibilidad de los daños supraindividuales (colectivos o difusos), no permiten considerar punto de partida para contar el plazo del art. 13 de la ley 2589/75, a una actuación que solo compromete individualmente a quien luego se hace cargo de reclamar por intereses difusos; es decir, que trascienden la individualidad. Por ende, se entiende que el tiempo transcurrido entre el conocimiento que tomó la Asociación OIKOS de la resolución atacada y la iniciación de la acción es trascendente al momento de evaluar las exigencias formales, pues no se está frente a un debate de intereses privados, sino que se trata de encausar el respeto a derechos de la comunidad, debiendo el aspecto temporal concebirse con idea de pluralidad y multiplicidad de intereses. Por ello, ‘mientras exista la posibilidad de impedir el daño potencialmente colectivo, existirá plazo legal para acceder al amparo que se ejerce, por autorización constitucional (art. 43 C.N.), en representación de personas indeterminadas’”¹⁹⁶.

La Corte provincial, en la resolución de los recursos extraordinarios, expresó:

“En cuanto al argumento de que la acción de amparo habría sido interpuesta en

196. Expte. N°80.866, “Asociación Oikos Red Ambiental C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Amparo”. Fallo de primera instancia (31/07/2003, 15 Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza)

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)”¹⁹⁷.

VII. La sentencia colectiva

1. Trascendencia

“El aspecto más relevante de la sentencia colectiva es que, al tener efectos normativos *erga omnes*, obliga al juez a pensar como un legislador o un administrador gubernamental”¹⁹⁸. La “pretensión colectiva” se caracteriza por el hecho de que lleva por fin la obtención de una sentencia que provoque el restablecimiento del derecho plurindividual vulnerado, en toda su expansión subjetiva. Así, la “pretensión colectiva” tiende a la declaración del derecho en términos que aproveche a toda la categoría o clase de sujetos que integran el polo plural de la relación procesal¹⁹⁹.

Si se trata de un derecho supraindividual o de incidencia colectiva, pueden resultar afectados por una sentencia dictada en un proceso en el que no participaron, aquellos que integran el grupo, clase, categoría o sector de la comunidad y, por ende, la cosa juzgada será abierta a todos los que se encuentren comprendidos en la situación que dio origen al proceso. Está en la naturaleza misma de esta categoría de derechos, la extensión de los efectos de la sentencia favorable. La excepción, la constituye la resolución desestimatoria de la pretensión por insuficiencia o ausencia de prueba, toda vez que el miembro del grupo, legitimado, que no participó del proceso podrá promover una nueva acción con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba²⁰⁰.

Lorenzetti introduce a un conjunto de preguntas de enorme proyección: ¿Cuál es el fundamento para obligar a sujetos individuales que no participaron en el proceso? ¿Qué tipo de decisiones procesales puede adoptar un juez

197. SCJM causa: “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.”. Un comentario especial sobre este tema en: GASCÓN, Santiago José, “Acción de amparo y derecho ambiental. “Oikos” y las generaciones futuras”, LLGran Cuyo 2008 (diciembre) , 1025

198. Lorenzetti, Ricardo, *Justicia colectiva*, 2010,170.

199. Francisco Junyent Bas y M. Constanza Garzino, “Apostillas en torno a los procesos colectivos. A propósito de las condiciones de ejercicio de la acción colectiva”, Revista de la Facultad, Vol. III N° 2 Nueva Serie II (2012) 67–95.

200. SBDAR, Claudia, “Proceso colectivo ambiental”, LA LEY2009–A, 922.

cuando debe resolver un caso sobre un bien colectivo? Respecto a su implementación: ¿cómo hacer que ese tipo de sentencias no sean meramente declarativas? ¿Cómo se puede lograr la efectividad considerando que la capacidad institucional del poder judicial es limitada? Todo esto lo lleva a discurrir sobre ¿hasta qué punto el activismo judicial en las decisiones generales es constitucionalmente defendible en un sistema de división de poderes?

2. Contenido e implementación

En la sentencia colectiva se debe distinguir dos contenidos, que incluso pueden estar representados en dos sentencias sucesivas según corresponda a la complejidad de la causa: 1) el declarativo: que está referida al conflicto inicial conforme surge de la relación jurídico procesal y 2) el de ejecución, que está referido a la implementación de la solución. Si bien la parte declarativa produce cosa juzgada, las segundas son provisorias, porque las medidas que se dictan son, generalmente, temporales y adaptativas. Una medida posterior puede dejar sin efecto la anterior.²⁰¹

Si bien Lorenzetti indica esta división entre sentencias, reiteramos que nada dificulta que en ciertos procesos, según sus características, pueda en la misma sentencia incluirse ambos contenidos.

La sentencia colectiva en su fase de ejecución puede tener un amplio espectro de mandatos y exhortos.

Los mandatos están dirigidos a las partes, y entre estas, si interviene, al Estado.

El mandato puede contener una permisión, una prohibición o una obligación de hacer.

Cuando involucra al Estado, el tribunal declara el derecho, dicta una condena y ordena a otro poder del Estado la implementación. En este último caso puede hacerlo según un modelo orientado a los resultados, o bien a los procedimientos:

- *Orden orientada hacia un resultado.* El caso es el del Riachuelo. Se ordena que se logre un objetivo pero sin decir cómo. Se reconoce la discrecionalidad administrativa y se respeta la frontera constitucional al no avanzar en la definición de los procedimientos. Por ejemplo, se ordena que se haga un plan de limpieza, se establece un plazo de ejecución y se requiere que se presenten informes ante el tribunal. El tribunal puede asumir un rol de control de cumplimiento, por sí mismo o delegándolo en otro tribunal.
- *Orden orientada hacia los procedimientos.* Aquí el tribunal avanza mucho más. No solo define los objetivos sino los medios. Si el medio está regulado, puede requerir por ejemplo, la aplicación del procedimiento de Evaluación

201. LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 2010, 178.

de Impacto Ambiental y la respectiva DIA²⁰², a fin de adoptar las medidas correspondientes. En esto hay que ser muy cuidadoso para no interferir la competencia constitucional de otros poderes del Estado.

Sbdar profundiza esto: “se ha observado que en cierto tipo de procesos colectivos ambientales la implementación de la sentencia requiere que el Poder Judicial avance sobre el accionar de determinadas áreas e instituciones de otras ramas del poder público”. Es lo que se denomina “litigios de reforma estructural”, cuya aparición en el derecho argentino es reciente y que en la tradición del movimiento de los derechos civiles y sociales estadounidenses se denomina ‘litigio complejo’ (complex litigation) o ‘litigio de reforma estructural’ (structural reform), empleado en áreas tales como la segregación racial en el sistema educativo, la reforma de instituciones psiquiátricas y penitenciarias, las acciones para combatir la discriminación estructural de género, el cumplimiento del mandato de accesibilidad a edificios y servicios previamente accesibles para personas con discapacidad”. Concluye que: “En los conflictos colectivos, tanto sobre bienes colectivos como aquellos que se plantean respecto de intereses individuales homogéneos que producen efectos regulatorios generales, la sentencia que contiene un mandato para el Poder Ejecutivo o el Legislativo de que implementen el desarrollo de un derecho constitucional no debe avanzar en aquello que es propio de los poderes políticos del Estado, esto es, en el diseño y ejecución de las políticas públicas”. Señala Basch que “una cosa es que el juez ‘se aventure’ en la elaboración de políticas y otra que tome intervención en protección de los derechos que la Constitución ha puesto bajo su jurisdicción”. Esa fue la interpretación adoptada por la Corte en el caso “Verbitsky”, cuando advirtió que “a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”²⁰³.

La sentencia exhortativa evita la interferencia cuando se trata de políticas íntimamente relacionadas con la cuestión resuelta, en tanto contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes del Estado, y una exhortación para que lo haga efectivo²⁰⁴. No se consagra una obligación jurídica determinada, sino indeterminada y de valor político. No hay un derecho a exigir el cumplimiento y su finalidad es llamar la atención fortaleciendo el debate sobre un tema.

202. En el régimen mendocino, el decreto 2109/94 ha regulado el Informe de Partida como desarrollo procedimental de la EIA para subsanar las consecuencias ambientales de actividades ya producidas.

203. Sbdar, Claudia B., Procesos colectivos y políticas públicas, LA LEY 15/03/2016, 15/03/2016, 1

204. CSJN, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, Sent. de 03/5/2005, LA?LEY, 2005–E, 39.

Corresponde aludir a otra modalidad de aseguramiento del cumplimiento de la sentencia colectiva que es la aplicación de *astreintes*, como hizo la Corte nacional en la sentencia “Mendoza”. Se pueden aplicar al Estado mismo o en forma personal al funcionario competente. En nuestra Provincia, en la causa Panasiti, se impuso a la Municipalidad de la ciudad de Mendoza el deber de presentar un plan de trabajo que contenga pautas concretas para efectivizar el saneamiento y prevención de los emplazamientos de basurales en las áreas de conflicto, bajo apercibimiento de condenarla a pagar *astreintes* en favor de los amparistas²⁰⁵.

No menos importante es establecer un sistema de monitoreo y control, sin obviar la participación de ONG.

Una elevada complejidad de la causa puede justificar conformar un sistema micro institucional, como se dispuso en la causa “Mendoza”.

3. La cosa juzgada

“Un sistema de protección de derechos de incidencia colectiva se apoya en dos pilares estructurales: la legitimación y el alcance de la cosa juzgada”, siendo una característica esencial de las acciones colectivas que la sentencia vincule a todo el grupo, y no sea necesario iniciar acciones individuales por cada uno de los afectados. Una sentencia que solo se limite a las partes presentes en el juicio destruye la esencia del proceso colectivo. Por esta razón, los intereses de los miembros ausentes siempre están en juego en una acción colectiva, y deberán ser protegidos, para no vulnerar sus derechos. “El pronunciamiento del juez debe ser claro, preciso, calificar el bien en discusión como ‘bien colectivo’, y enfocar la pretensión en la incidencia colectiva del derecho, de modo tal que la decisión siempre tendrá efectos expansivos hacia todo el grupo, clase o colectivo involucrado”²⁰⁶.

De tal modo, la sentencia tiene efectos *erga omnes*, sin que de ello se derive agravio alguno a los derechos constitucionales, pues, quienes no quisieran intervenir pudieron excluirse mediante el derecho llamado “*opt out*”, que se vio precedentemente.

“En esta inteligencia, el efecto expansivo de la sentencia se proyecta a todos los que integran el grupo, conjunto o categoría de personas, que se verán afectados por la decisión que juzgue el caso, aun cuando no hayan intervenido efectivamente en su sustanciación, configurándose entonces “la secuela del efecto ultra partes”²⁰⁷.

205. Expte. 118.085, caratulada “Panasiti, Enrique Alberto y Ots. c/ Gobierno de Mendoza y, Munic. de la Cdad. de Mza. S/ Acción de Amparo”, auto interlocutorio del 26 de noviembre de 2014.

206. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Estela, “La cosa juzgada en los procesos colectivos”, LLNOA2012 (abril), 233

207. JUNYENT Bas, Francisco A. GARZINO, María Constanza, “Apostillas en torno a los procesos colectivos. A propósito de las condiciones de ejercicio de la acción colectiva”, DCCyE 2012 (junio), 01/06/2012, 107 – Revista de la Facultad –UNC– 2012–2, 01/11/2012, 67.

El artículo 33 de la ley 25.675 establece que *la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.*

En este tipo de procesos si la sentencia hubiera sido desestimada por falta o deficiencia de prueba, no impedirá que otro legitimado inicie y gane un nuevo proceso por la misma causa. De lo que surge que la eficacia *erga omnes* lo es para beneficiar si se tiene éxito, pero no para perjudicar a los demás en el caso de que exista una negligencia probatoria, esto es lo que se conoce como la opción *secundum eventum litis*.

VIII. El rol de juez

Dice Lorenzetti: “La demanda social acumulada y la ineficacia de la administración para satisfacer lleva a los ciudadanos a recurrir a los jueces”. Afirmación de enorme repercusión para quienes ejercen la administración ambiental.

Ya se vio que el art. 21 de la Ley 5.961 aborda el activismo judicial en estas causas. La Ley General del Ambiente N° 25.675, dispone en su artículo 32:

“La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. 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. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas sin petición de parte.”

Néstor Cafferatta expresa: “Es que a partir de la emersión de los intereses difusos, se registran en el proceso civil por daño ambiental, mutaciones copernicanas. Notables adaptaciones. De un encuadramiento clásico de la carga de la prueba a un carga de la prueba dinámica, de efectiva colaboración. De una valoración de la prueba atomística, atomizadora, insular, aislada, balcánica, a una apreciación de la prueba integral, comprensiva, globalizante, totalizadora, en la que reviste especial importancia la prueba indirecta de presunciones. El esquema clásico jurisdiccional concibe la figura del juez neutral, pasivo, quieto, legalista. Las nuevas manifestaciones del accionar judicial, asoma la figura del juez comprometido socialmente, acorde con el Movimiento de Acceso a la Justicia, de Mauro Cappelletti, de la justicia de acompañamiento, de protección”.

Por eso se ha dicho:

*“El juez actúa así perfectamente: reparó la lesión presente y dispuso las provisiones útiles de acuerdo a las circunstancias, destinadas a evitar que se siguieran produciendo en el futuro. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de competencia y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que reviste fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar de urgencia e inciden, por consiguiente, en el objeto, cosa o bien de la vida o contenido del litigio determinante. Y no solo valen inter partes sino que con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta de una causa productora de daños. Que ni el juez, ni la sociedad deben correr el riesgo que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados”*²⁰⁸.

Estas causas convocan a los magistrados a asumir un rol crucial:

*“La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”*²⁰⁹.

Así, la CSJ de la Nación ha dicho:

*“En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego”*²¹⁰.

En la causa “Leyes”²¹¹ la Suprema Corte de Justicia de Mendoza dijo:

“El cambio de visión al que conduce la vigencia del art. 41 de la C.N. se refleja también en el protagonismo que le cabe a la Justicia en la revisión de las decisiones administrativas en materia de uso del suelo, incluyendo el control de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, particularmente en aquellos casos donde pueden ser afectados los derechos de incidencia colectiva, tal como el derecho a gozar

208. Citado por Cafferatta: Del voto del Juez Hitters, en la causa “Almada, Hugo v. Copetro SA”, en fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19/05/1998.

209. CSJN, M. 1569. XL.ORIGINARIO, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo”.

210. CSJN, “ASSUPA c/ YPF Y OTROS”, 29 de agosto de 2006.

211. SCJMza. Causa N° 106.125, caratulada: “Leyes, Raúl Alberto C/ Municipalidad de Godoy Cruz S/ A.P.A.”

de un ambiente sano (conf. WALSH, Juan Rodrigo: “El ordenamiento territorial...”, cit., con referencia a los precedentes judiciales “Rusconi, Oscar c. Municipalidad de La Plata”, S.C.J.B.A., 4–7–95, ED 164, p. 501; y “Dodero, Marta c. Ciudad de Buenos Aires”, Jgdo. Cont. Adm. n° 1 de la CABA, 13–7–01, LL 2001–F, p. 914)”.

IX. Esquema comparativo entre el proceso clásico y el proceso colectivo

Transcribimos por su interés el esquema elaborado por Néstor Cafferatta y Augusto Morello²¹².

Esquema clásico jurisdiccional del accionar judicial	Nuevas manifestaciones del accionar judicial
Proceso dispositivo.	Proceso de garantías reales de resultados valiosos. De tutela efectiva, donde priva el interés público y la dimensión social.
Legitimación concreta, que habilita para obrar al titular de un derecho, diferenciado, propio, personal, subjetivo, o cuanto menos de un interés legítimo. Acotada, estática y constante.	Legitimación abierta, grupal, de clase, dinámica, susceptible aperturas sucesivas.
Juez neutral, pasivo, legalista.	Juez comprometido socialmente, activo, Justicia de protección acompañamiento.
Medidas cautelares para asegurar el resultado del proceso judicial.	Tutela inmediata, anticipada de cautela material, urgente para satisfacción actual, no futura.
Carga de la prueba de encuadre clásico: viejo adagio “quien alega debe probar”.	Carga de la prueba de efectiva colaboración de todos afectados y del órgano judicial.
Valoración de la prueba: atomística, insular, balcánica. Los elementos recolectados juegan en solitario. Reglas de la sana crítica.	Valoración de la prueba: comprensiva, integral, con especial relevancia prueba Indirecta, de presunciones. Prueba pericial técnica científica. Reglas sana crítica flexibles, de otra altura cultural.

212. MORELLO, Augusto M.– CAFFERATTA, Néstor A. “Procesos colectivos en la ley general del ambiente 25.675”, DJ, 2005–2–1265. CAFFERATTA, Néstor, “Amparo colectivo ambiental y derecho constitucional”, Colegio de Magistrados y Funcionarios 28 de la Provincia de Buenos Aires, 56–57. http://www.cmfbas.org.ar/archivos/10_RP3-05-Amparo%20Colec%20Amb.pdf

Cosa juzgada ceñida a las partes, inmutable, cerrada absolutamente sentencia estimatoria de efectos inmodificables.	Por razones de política que hacen a la economía o seguridad jurídica, los efectos de la sentencia (no de la cosa juzgada) por ley, pueden tener efectos generales, para en las condiciones que ella establezca, beneficiar al conjunto que está en la misma situación. Variable a tenor de las circunstancias.
Fase de ejecución de la sentencia, a estímulo del vencedor.	Satisfacción oficiosa por el órgano jurisdiccional, ejecutor del cumplimiento del mandato judicial, que asegure el interés general (el medio ambiente físico o ético).
Vías de impugnación de control o revisión de 2ª instancia sujetas a estricto principio de congruencia tantum appellatum quantum agravios.	Vías de impugnación flexibles.
Cuestión federal en disfavor a la procedencia recurso extraordinario por ser de derecho común.	Cuestión federal trascendente. Ofrecen “interés institucional suficiente” hechos de gravedad institucional económico– social que afectan el interés de la colectividad (medio sano, lucha contra la corrupción).
Amparo excepcional, heroico.	Amparo alternativo, que para el caso de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, reviste carácter de acción popular.

X. Sentencias colectiva de Mendoza

1. Causa número 126.317, caratulada “PRODELCO c/ Municipalidad de Maipú por amparo”, originario del 14 Juzgado Civil (2000)

Su fecha denota un gran adelantamiento en el derecho procesal colectivo. En esta sentencia se distinguen la condena y las medidas de solución, que son de dos clases. Sus considerandos destacados son:

“Medida a adoptar. Del análisis del fenómeno a atacar se deriva una primera conclusión, cual es que el problema presenta la necesidad de dar una solución inmediata, consistente en el control de la posible plaga de moscas que en la próxima temporada de primavera–verano se despliegue en la zona afectada y otra a mediata, cual es la solución definitiva de la afectación del ambiente.

La primera debe ser encarada a la brevedad, con la presentación de un plan de control de los insectos, el que deberá ser puesto a disposición del Tribunal en el plazo de 10 días, término que se entiende razonable atento al conocimiento que se tiene del problema y a los ensayos que anteriormente ha efectuado el municipio con miras a solucionarlo.

En el segundo de los aspectos señalados más arriba— solución definitiva del problema— estimo asimismo atinada la petición de la accionante en punto a la necesidad de efectuar un estudio de impacto ambiental y de la salud pública que deberá llevara a cabo el municipio demandado relacionado a la problemática y presentarlo al tribunal en el término de treinta días , a los efectos de adoptar las medidas posteriores necesarias de restablecimiento del equilibrio ecológico, en función de la compatibilidad o incompatibilidad de las actividades de Brugnoli SA y los barrios circundantes conforme a las facultades—deberes del Municipio.

En consecuencia resuelve: *acoger la acción de amparo de PRODELCO y ordenar a la demandada (Municipalidad):*

A) La presentación de un plan de control de plagas de moscas que afecta a los barrios circundantes a la granja avícola perteneciente a Brugnoli SA , que deberá ser puesto a disposición del tribunal en el plazo 10 días, y contener indicación de objetivos, metas, plazos , medios y acciones a fin de lograr el control de plagas de moscas, no contaminante ni tóxico para la población, como parte de un plan a mediano y largo plazo tendiente a restablecer el equilibrio del ecosistema, asegurar la salud pública y evitar la extensión del daño ambiental producido en la zona hasta ahora afectada

B) Dar publicidad al plan a desarrollar por los medios masivos de información gráficos de Mendoza a los efectos de mantener informada a la población, con la debida puntualización de las acciones a desarrollar.

C) Con el fin de mantener el control del desarrollo del plan y sus resultados, informar al Tribunal con una periodicidad de 15 días las acciones desplegadas lo que será sometido al control del profesional que acompañará al tribunal en esta tarea, designándose en el control , supervisión (SIC) y participación—si lo estima necesario— en el plan mismo como en su desarrollos y resultados, en representación de la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas de la Provincia de Mendoza, al Ing. Justo Enrique Saldi.

D) Efectuar un estudio de impacto ambiental y de la salud pública relacionado a la problemática y presentarlo al Tribunal en el término de 30 días a los efectos de adoptar medidas posteriores de restablecimiento del equilibrio ecológico , en función de la compatibilidad o incompatibilidad de las actividades de Brugnoli SA y los barrios circundantes conforme surja del estudio ordenado y las facultades—deberes del Municipio en estos aspectos, todo bajo la supervisión del profesional designado o la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia”.

2. SCJMza Causa N° 87.619, caratulada “Municipalidad de Guaymallén en J° 215.893/29.857 Calderón, Horacio Plácido Del Valle Y Ot. C/ Municipalidad de Gllén. y Ots. p/ Acc. de Amparo s/ Inc. Cas.” (2006)

Es una sentencia de enorme importancia para nuestra materia. En la misma se resuelve sobre la suspensión de una obra en ejecución dispuesta por las instancias inferiores con motivo de un amparo colectivo por no cumplir con el procedimiento de EIA. Al respecto la Corte si bien comparte la infracción a la Ley 5.961, considera necesario aplicar su doctrina en base al principio de proporcionalidad, que junto a otros, aplicó en el caso del establecimiento Penitenciario Almafuerte²¹³. Distingue entre obras en proyecto y obras en ejecución, y la gravedad del daño comprobada, considerando que para este último supuesto se requiere considerar los otros intereses públicos en juego. Como consecuencia, dado el avanzado estado de la obra de construcción de viviendas y el interés de la familias carencias, dispone levantar la suspensión y ordenar al municipio (mandato hacia la administración) cumplir con el procedimiento de EIA y “*de resultar del procedimiento impuesto la necesidad de realizar medidas modificatorias o incluso reparadoras del ambiente, hacerlas efectivas, todo bajo apercibimiento de entender incursos a los responsables en el delito previsto en el art. 239 del Código Penal*”.

Algunos párrafos relevantes del fallo:

“Independientemente del art. 43 de la CN, la legitimación de los actores no puede ser discutida en estos autos. Al demandar, aunque en forma genérica, los amparistas invocaron intereses difusos del tipo de los mencionados en el citado ordenamiento desde que sostuvieron ser vecinos de la zona y que la construcción de los dos barrios afecta aspectos eminentemente urbanísticos, como es la insuficiencia de servicios.

Coincido con los jueces de las instancias inferiores en lo relativo al incumplimiento de la ley 5.961 y su decreto reglamentario (ni Informe de partida ni Aviso de proyecto conforme decreto reglamentario de Ley 5.961).

Está claro que los “Avisos de proyectos” obrantes en el expediente administrativo que se dice omitido no reúnen los requisitos previstos en la reglamentación.

El principio de proporcionalidad y las decisiones de grado.

Ante el incumplimiento de las disposiciones legales, los jueces de grado han decidido paralizar las obras. Tengo el convencimiento de que esta solución contraría el principio de proporcionalidad, no favorece la paz social y, consecuentemente, no se adecua a las reglas que dominan este tipo de procesos, tal como he reseñado en transcribir parcialmente los precedentes de esta Corte. Explicaré por qué (menciona casos de amparo que paralizan obras).

213.S.C.J.Mza. Causa N° 80.295, caratulada “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”.www.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/.

b) Como es fácil advertir, en todos los casos reseñados, las obras no estaban concluidas o, si así era, se había comprobado un daño ambiental serio, grave, que se estaba produciendo (contaminación de aguas, destrucción de árboles, etc.).

En cambio, cuando se trata de construcción de barrios en estado avanzado, los tribunales han sido más cautelosos; no disponen la suspensión de las obras, sino que se condena al Estado a acompañar al tribunal la prueba que acredite que los estudios se están realizando.

En efecto, la paralización de las obras puede llevar al incumplimiento de otras obligaciones a cargo del Estado.

Sin embargo, el juez no puede cerrar los ojos a una realidad incontrastable, cual es, que lo resuelto implica dilatar por largos meses la posibilidad de que familias carenciadas accedan a viviendas dignas. Esa dilación no tiene justificación desde que si la construcción del barrio efectivamente genera problemas ambientales, se deberán tomar las medidas reparadoras que correspondan, pero las casas no serán destruidas pues tal “solución” sería totalmente contraria al principio de proporcionalidad y agudizaría el conflicto social.

RESUELVE:

1. Levantar la paralización de las obras, que podrán continuarse hasta su terminación y efectiva adjudicación a los beneficiarios.

2. Condenar a la Municipalidad a cumplir con el título V de la ley 5.961 en el término máximo de seis meses y, de resultar del procedimiento impuesto la necesidad de realizar medidas modificatorias o incluso reparadoras del ambiente, hacerlas efectivas, todo bajo apercibimiento de entender incursos a los responsables en el delito previsto en el art. 239 del Código Penal.

3. Panasiti, Enrique Alberto y Ots. c/ Gobierno de Mendoza y, Munic. de la Cdad. de Mza. S/ Acción de Amparo

Los actores, invocando ser poseedores por más de veinte años de los puestos El Polloval y La Marita, respectivamente, y además su calidad de ciudadanos y vecinos de la Ciudad de Mendoza interpusieron acción de amparo contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza y la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza a fin de que impidan y dispongan el cese de la instalación y radicación de villas de emergencia en calle acceso 3, en sus laterales norte y sur respectivamente del piedemonte capitalino e inmediatamente al oeste del anfiteatro Frank Romero Day. También se pide el desalojo y traslado de las ya instaladas, se interrumpa e impida el depósito de basura y se proceda a la limpieza del piedemonte.

En primera instancia se rechazó por extemporánea e improcedente. En la segunda instancia se resolvió hacer lugar parcialmente a la acción de amparo:

I.— Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de fs.393 contra la sentencia de fs. 382/386 la que se revoca y quedará redactada del siguiente modo: 1— Hacer lugar parcialmente a la acción interpuesta por los señores Enrique Panasiti y Raúl

García Laprida y ordenar a la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza a fin de que en un plazo de diez días hábiles presente un plan de trabajo a cumplir en treinta días siguientes tendiente a la limpieza de los sectores individualizados en el plano y sobre el acceso a calle nro 3 (fs. 356) que deberá incluir la toma de medidas concretas a fin de que se retire el material contaminante que surge del informe de fs.350/356 y se dispongan las acciones necesarias para que cese el aporte de materiales contaminantes y basura en los esos sectores. A su vez deberá la Municipalidad abstenerse de arrojar residuos en la zona. Cumplido el plazo deberá efectuarse constatación por Oficial de Justicia a fin de informar el estado del sector.

Algunos considerandos destacables:

“Mientras la legitimación se agiganta a partir del reformado art. 43 y de su posterior reconocimiento jurisprudencial, también crecen, en el mismo sentido, las posibilidades de los ciudadanos de “participar” en la defensa de valores públicos, y de esta forma, cumplir el anhelo de los constituyentes del 94 que hablaron de una “Democracia Participativa”. Una sociedad civil que reclama poder ser “partícipe” de los asuntos públicos en lo que refiere a la tutela de los bienes colectivos, como el ambiente, los derechos del consumidor, la intimidad, la libertad de publicar sus ideas, de transitar libremente, todos ellos derechos reconocidos por la Constitución Nacional (Las acciones de clase y la reforma judicial. Requisitos procesales de procedencia Ernesto Halabi y Adriano P. Díaz Cisneros EL DIAL EXPRESS 29-05-2013).

Ello así, del informe emitido por un área del municipio surge la existencia de daño al medio ambiente por la existencia de escombros y basura.

Efectivamente, ante la prueba del detrimento que se está produciendo en la zona, prevalece la apertura de la legitimación procesal acorde con los derechos atacados que pueden incluir a las presentes y futuras generaciones.

Es más, según lo dicho por el Ministerio Fiscal a fs. 380, aún cuando el Juez considere que el accionante carece de legitimación activa, podrá ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público cuando la acción sea..” verosímelmente fundada”.

Paralelamente los hechos que dan lugar a estos basurales son lógicamente de desarrollo continuado por lo que sí se justifica la inaplicabilidad del plazo de caducidad. Ello sumado a la gravedad de los hechos puestos en evidencia en el informe da como resultado que la pretensión pueda prosperar en forma parcial respecto del tratamiento de las zonas donde se ha detectado la presencia de materiales contaminantes (fs.355/356) y basurales.

Ello así, y siendo el Municipio el encargado del mantenimiento de calles y la salubridad deberá otorgarse un plazo de diez días hábiles para que presente un plan de trabajo a cumplir en treinta días siguientes tendientes a la limpieza de los sectores individualizados en el plano y sobre el acceso a calle nro 3 (fs. 356) que deberá incluir la toma de medidas concretas a fin de que cese el aporte de materiales contaminantes y basura en los esos sectores. A su vez deberá la Municipalidad abstenerse de arrojar residuos en la zona”.

XI. Sentencias colectivas de la CSJN

1. Las mega causas ambientales²¹⁴

Cuando el bien colectivo amenazado o dañado afecta un gran número de habitantes y su alteración es significativa o severa, y no se verifican medidas administrativas o legislativas eficaces, podemos asistir a un proceso que adquiere una complejidad procesal tal que las ha llevado a recibir la denominación de mega causa ambiental. Estas causas se caracterizan por conformar un proceso atípico, con varias sentencias, con medidas de ejecución continuadas, con múltiples audiencias de las partes, la participación de interesados mediante la figura del *amicus curiae*, etc.

2. La causa “Mendoza”

El ejemplo paradigmático de este tipo de proceso está en la causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo).

Como se ha visto, estos procesos son adaptativos, con varios fallos, que en la causa Mendoza comprenden los dictados el 20 de junio de 2006 y el 8 de julio de 2008²¹⁵.

En el primer fallo se señala la naturaleza jurídica del ambiente, al que entiende como un bien colectivo, de uso común e indivisible. La Corte establece su competencia originaria por tratarse “de la contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales y ser partes el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires”.

En este pronunciamiento encontramos uno de los considerandos más trascendentes del derecho ambiental actual:

“El reconocimiento del status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental, no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...”
(CSJN, Sentencia del 20/06/06, Considerando 7º, en M. 1569. XL).

Distingue entre daño ambiental individual y daño colectivo y establece su competencia al daño ambiental colectivo. En cambio, respecto de la reclamación por el resarcimiento de los daños a bienes individuales, es decir las lesiones personales y patrimoniales sufridas por los demandantes “como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente”, el Tribunal se declaró incompetente.

214. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *derecho ambiental*. – 1a ed. – 2012.

215. Se puede profundizar en el excelente comentario de Néstor CAFFERATTA, “Sentencia Colectiva Ambiental en el Caso Riachuelo”, Revista de derecho ambiental, publicación del Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, publicada en el Newsletter, 17/07/08, Editorial Abeledo– Perrot. También en JA, Fascículo 8, 2008–III, p. 68, Buenos Aires, 20/08/08.

La sentencia del año 2008:

“La condena que se dicta (de recomposición y prevención) consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados”.

Establece de esta forma, de manera flexible y pragmática:

1º.– Mandatos dirigidos a la administración, orientados hacia un resultado.

2º.– Garantías de implementación, creando un sistema microinstitucional.

Entre estas últimas ordena un programa de recomposición.

A efectos de lograr los objetivos, la Corte Suprema impone a la Autoridad de Cuenca la ejecución de un programa del que se derivan diversas obligaciones, tanto atinentes a la prevención de daños como a la recomposición: Contaminación industrial.–Saneamiento de basurales. Limpieza de márgenes de río. Expansión de la red de agua potable. Desagües pluviales. Saneamiento cloacal. Plan Sanitario de emergencia.

Sanciones. La Corte Suprema, en cada uno de los puntos del programa que establece que “el incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca”.

Medición del éxito del programa. Para medir el nivel de cumplimiento de los objetivos del programa, la Corte le ordena a la Autoridad de Cuenca adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles.

Información pública ambiental.

Información pública. También impone a la autoridad de cuenca organizar en un plazo de treinta días hábiles, un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos actualizados.

Microsistema institucional. En este sentido, como lo sostiene Cafferatta, el Alto Tribunal organiza un microsistema institucional, mediante un reparto de competencias y atribuciones para el control del cumplimiento, a cargo de autoridades pertenecientes a la administración pública y al poder judicial federal, en concurrencia con la participación del Defensor del Pueblo y organizaciones no gubernamentales. Conforman entonces ese microsistema institucional de control los siguientes órganos:

- El Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes. Está encargado del proceso de ejecución y del efectivo contralor jurisdiccional.
- La Auditoría General de la Nación. A fin de garantizar “la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública”, tendrá a su cargo el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria del Plan Integral de Saneamiento.
- Un cuerpo colegiado coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación y conformado por representantes de las organizaciones que in-

tervinieron en la causa en carácter de terceros interesados (Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Fundación Greenpeace Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales, Asociación Vecinos de La Boca y Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos).

3. Talas indiscriminadas de los bosques nativos, causa Dino Salas²¹⁶

Distintas personas, comunidades y asociaciones promovieron acción de amparo contra la provincia de Salta y el Estado Nacional ante la Corte Suprema a fin de que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en diferentes departamentos de la provincia mencionada.

Asimismo solicitaron se declare la inconstitucionalidad y nulidad de las autorizaciones otorgadas a esos efectos y se prohíba otorgarlas en el futuro; que se imponga el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en caso que no fuera posible, se fije una indemnización sustitutiva.

a) Pronunciamiento del 29/12/2008.

La Corte resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia. Para esto consideró que mediaba suficiente verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicios inminentes e irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del CPCCN, y resultaba aplicable al caso el principio precautorio previsto en el art. 4° de la ley 25.675.

Convocó a una audiencia y estimó que las partes deberían expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre la situación que se denunciaba; también ordenó al Estado provincial que informe al Tribunal todas las personas físicas o jurídicas que solicitaron y obtuvieron autorizaciones de desmonte y tala de los bosques.

b) Pronunciamiento del 26/03/2009 – Fallos: 332:663

– Cabe rechazar el planteo de dejar sin efecto la medida cautelar adoptada por la Corte Suprema a través de la cual se ordenó —de manera provisional— el cese de los desmontes y la tala de bosques autorizados por la provincia, toda vez que se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte, tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones lo que configura una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima de la región afectando tanto a los habitantes actuales como a las generaciones futuras, perjuicio que de producirse sería irreversible.

216. Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *derecho ambiental*. – 1a ed. – Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012, 203 y ss.

Corresponde suspender la autorización de tala y desmonte y su ejecución hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos toda vez que el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios, pues la aplicación de aquel principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

Requirió a la provincia que en plazo de 90 días realice un estudio de impacto ambiental con determinadas especificaciones y postergó provisoriamente la decisión sobre la competencia del Tribunal.

c) Pronunciamiento del 13 de diciembre de 2011

Tal como fue ordenado, el estudio referido fue realizado por la Provincia de Salta en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, y con la participación de las comunidades que habitan la zona indicada.

El Estado provincial en ejercicio de la jurisdicción local en la materia y del dominio originario de sus recursos naturales (artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de los bosques nativos existentes en su territorio. En tal sentido cabe destacar la sanción de la ley 7.543 (B.O., 26/1/2009) que establece las normas de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos de la Provincia de Salta, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 6° de la ley 26.331, con la finalidad de promover el aprovechamiento racional, la conservación, el manejo sostenible y el desarrollo sustentable de los bosques nativos.

Corresponde poner de resalto la sanción del decreto provincial 2789/2009, mediante el que se dispuso que la delimitación definitiva y la categorización final de las áreas boscosas que ocupan o utilizan las comunidades indígenas se decidirá una vez realizado el relevamiento técnico-jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras (artículo 2°), tarea que de acuerdo al artículo 3° de la ley nacional 26.160, se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas; y que, mientras tanto, dichas áreas serán consideradas de manera precautoria en la Categoría II (amarillo), conforme el artículo 5° de la ley local 7.543, prohibiéndose la ejecución de las autorizaciones de desmonte pendientes de realización en aquellas propiedades incluidas en esa categoría y que se encuentren sometidas a un reclamo formal por parte de tales comunidades (artículo 1°). En consecuencia, al no subsistir las circunstancias que determinaron el dictado de la medida cautelar dispuesta a fs. 313/315, corresponde levantar la suspensión allí ordenada, pues ha desaparecido el peligro de

daño irreversible que determinó aquella decisión (artículo 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Los titulares de los permisos que se encontraban alcanzados por aquella suspensión, otorgados por las autoridades locales con anterioridad a la vigencia de la ley 7.543, deberán adecuarse a las prohibiciones y limitaciones emergentes de esa norma, de su decreto reglamentario 2785/2009 y de las demás disposiciones complementarias, de acuerdo a la categoría de conservación (color rojo, amarillo o verde) que le corresponda a la zona en la que se encuentren ubicados los proyectos autorizados.

Esta Corte considera que se han alcanzado los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito y, consecuentemente, el Tribunal debe desprenderse del conocimiento en la causa, en la medida en que no corresponde a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

Que las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio (causa “ASSUPA c/ San Juan, Provincia de y otros”, Fallos: 330:4234, entre otros).

XI. La doctrina ambiental de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza

Se desprende de una serie de fallos de la CSJ de Mendoza una línea doctrinaria para la resolución de las causas ambientales. Es interesante para el intérprete identificar en las mismas cómo el derecho ambiental adquiere identidad en Mendoza.

1. Adopción de un criterio general de interpretación

FALLO: Causa N° 87.619, caratulada “Municipalidad de Guaymallén en J° 215.893/29.857 Calderón, Horacio Plácido Del Valle Y Ot. C/ Municipalidad de Gillén. y Ots. p/ Acc. de Amparo s/ Inc. Cas.”

FALLO: Causa N° 80.295, caratulada “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”.

Estos fallos se caracterizan por contener una comprensión integral de la problemática ambiental y de su derecho, aquí destacamos los criterios que se identifican como esenciales para la resolución de un conflicto ambiental.

A) Dificultad y necesidad de conseguir la paz social en el caso a resolver.

“Generalmente, los procesos ambientales ingresan en la categoría que la doctrina ha llamado litigio complejo”. “...para resolver el problema, el juez debe tener por meta “conseguir la paz social que permita la convivencia en un Estado organiza-

do” (Peyrano, Jorge, “Perfil deseable del juez en el siglo XXI”, en *Procedimiento civil y comercial I, conflictos procesales*, Rosario, *Iuris*, 2002, t. I, pág. 83 y en JA 2001–IV–863).

B) La decisión final estará dominada por todos los principios generales que regulan el derecho ambiental, pero selecciona los siguientes como criterios de resolución:

a) El principio de proporcionalidad

*“Un sector de la doctrina, a la que adhiero – voto de Kemelmajer– sostiene que el principio de proporcionalidad también rige en las políticas ambientales. Su tratamiento es fundamental porque, frecuentemente, cualquier obra de cierta envergadura genera conflictos intersectoriales debido a los distintos valores y percepciones que los distintos grupos sociales tienen sobre cada uno de los aspectos implicados (Bustamante Alsina, Jorge, “Prevención del daño ambiental”, JA 1998–IV–922 y ss). Este principio impide que los recursos naturales, la fauna, la flora, el paisaje y otros restantes elementos de la naturaleza sean sacrificados en aras del progreso y, al mismo tiempo, que lo medioambiental sea lo único a merituar, olvidando otros aspectos de la obra pública. También sirve para establecer distinciones y jerarquías entre los elementos o bienes que componen el medio ambiente para, de este modo, marcar una graduación respecto de aquellos que facilitan las condiciones de vida, como son el aire, el agua o la naturaleza, que aseguran la herencia de la humanidad para las generaciones futuras. En otros términos, la proporcionalidad es el resultado ideal de una ponderación de intereses (Montoro Chiner, María Jesús, “Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de las infraestructuras públicas”, en *Rev. española de Derecho Administrativo*, Madrid, *Civitas*, 2001, n° 109, pág. 178)”*

b) El principio de compensación

“El principio de compensación es el resultado de aplicar medidas de conservación al interés que en un momento concreto pueda resultar más débil o más necesitado de protección. Compensar significa restituir aquello que ha podido ser dañado; en materia medio ambiental implica que los efectos negativos han de ser compensados mediante acciones positivas y, para ello está concebida la evaluación de impacto ambiental: para restituir todos aquellos efectos negativos que recaigan bajo la calificación de compensables.”

2. Otros criterios interpretativos

Otros fallos de nuestro máximo tribunal abordan temas estructurales del derecho ambiental.

A) El derecho ambiental es predominantemente derecho público

FALLO: Causa: “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.”²¹⁷:

“La Ley 6.045 es una ley que se inscribe dentro de lo que denominamos el ‘derecho ambiental’ que tiene, como veremos, implicaciones y manifestaciones de derecho

217.LA LEY 2005–D, 552.

privado, pero su meollo es fundamentalmente público, se impone directamente por el Estado, en cuanto que regula las relaciones del hombre con su entorno y no de los sujetos privados entre sí”.

B) EIA y orden público

FALLO: Causa N° 89.799, caratulada: “Roldán, Eduardo Aurelio En J° 163.597/9.879 Asociación Oikos Red Ambiental C/ Pcia. de Mendoza P/ Acción de Amparo S/ Cas.”, sentencia del 31/10/2007.

“La Ley 5.961 se declara de orden público; siguiendo la política internacional sobre derecho ambiental impone a los Estados, entre otras obligaciones generales, la realización de estudios de evaluación de impacto ambiental sobre los recursos. El art. 27 dispone que: ‘Todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial deberán obtener una declaración de impacto ambiental (DIA) expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o por las municipalidades de la provincia quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley, según la categorización de los proyectos que establezca la reglamentación y de conformidad con el Anexo I que forma parte de la presente ley”.

C) Competencia provincial en materia minera

FALLO: Causa N° 66.095 “Minera Pappalardo C/ Municipalidad de Las Heras por APA”

“¿El art. 41 de la CN – que distribuye competencias– rige también cuando el derecho al ambiente sano entra en conflicto con la actividad minera? El voto de la Dra. Aída Kemelmajer expresa: “... las provincias delegaron en la Nación el dictado del Código de Minería, del mismo modo que delegaron la sanción del Código Civil, de Comercio, del Trabajo y la Seguridad Social. Esto no significa que le hayan dado un cheque en blanco para que la Nación introduzca en estos códigos toda la materia que pueda tener alguna vinculación, por escasa que sea, con la materia a tratar. Me explico: el Código Civil regla las restricciones al dominio, pero sabiamente, el art. 2311 dispone “a las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”, la ley de contrato de trabajo regula la relación laboral, pero las provincias no son neutrales frente a las condiciones de insalubridad en el trabajo, etc. Consecuentemente la remisión del art. 282 del Código de Minería al art. 41 de la Constitución Nacional, nada tiene de inconstitucional, más aún podría llegar a ser inconstitucional una interpretación del Código de Minería que conlleve a negar a las provincias todo poder de contralor, por residual que fuese, en materias que, aunque conexas a la actividad minera, impactan en otras áreas que corresponde a materia no delegada”.

FALLO: Causa N° 90589, caratulada: “Minera del Oeste Srl y Ot. c/ Gbno. de la Provincia P/ Acción Inconstitucionalidad” (Ley 7.722):

“En igual sentido, el Código de Minería reconoce dicha distribución de competencias en su artículo 233 al disponer que la actividad minera debe sujetarse a la normativa que se dicte como consecuencia de lo establecido en el artículo 41 de la CN.”

“Desde una interpretación sistemática y jerárquica, no encuentro contradicción entre el marco dado por los arts. 41 y 124 de la CN, que referencian y sustentan a las leyes de protección del medio ambiente, al Código de Minería y las leyes locales provinciales”.

“Por lo expuesto y bajo el principio de razonabilidad, no se plantea incompatibilidad entre las leyes nacionales y la consagración de principios tales como el precautorio, de prevención y sustentabilidad con el Código de Minería y las leyes locales, máxime a partir del pronunciamiento del Superior Tribunal Federal en la causa “Villivar”.

D) Requiere de una interpretación sistemática

FALLO: Causa N° 80.295, “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”:

“Se ha dicho que las normas ambientales tienen por rasgo distintivo su dimensión anfibológica, o doble naturaleza, desde que siempre se encuentran incardinadas, además del derecho ambiental, en otra rama jurídica (Loperena Rota, Demetrio, Los principios del derecho ambiental, Madrid, Civitas, 1998, pág. 25; conf. con esa naturaleza, Esain, José, De la prevención ambiental, los estudios de impacto ambiental y las medidas autosatisfactivas en el derecho ambiental provincial, La Ley Bs. As., 2003–148). Siendo así, estas normas, como tantas otras, requieren una interpretación sistemática no solo del articulado de la ley donde están inmersas sino del resto del ordenamiento al que se vinculan”.

E) Principio precautorio

FALLO: Causa N° 89.799, caratulada: “Roldán, Eduardo Aurelio En J° 163.597/9.879 Asociación Oikos Red Ambiental c/ Pcia. de Mendoza P/ Acción de Amparo S/ CAS.”²¹⁸:

“Otro principio es el precautorio establecido en el art. 4 de la ley 25.675 y en el art. 15 de la Declaración de Río. La incertidumbre científica sobre lo que puede o no ocurrir con una actividad o tecnología determinada afecta a la decisión del poder administrador. Es obvio que este principio debe ser utilizado conjuntamente con el de proporcionalidad”.

FALLO: Causa N° 90589, caratulada: “Minera del Oeste Srl y Ot. c/ Gbno. de la Provincia P/ Acción Inconstitucionalidad” (Ley 7.722):

“La protección del recurso hídrico se enmarca en un pilar del derecho ambiental como lo es el principio precautorio. La aplicación del principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 41 de la Ley 25.675). La falta de certeza científica a que alude el principio no es sobre la relación jurídica, sino sobre el curso de eventos próximos a suceder y si

218. También aplicado en Cuyo Placas S A C/ Municipalidad de Las Heras s/ APA, expediente N° 88.939 (Acción Procesal Administrativa) – Auto– SCJ Mendoza.

éstos causarán un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo. (1032. XLII CSJN 333–748 26/05/2010– “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica. –Recurso de Hecho”) (En igual sentido Principio 15 de la Declaración de Río de 1992)” (Voto Dr. Jorge H. Nanclares).

“La precaución tiene como efecto la inversión de la carga de la prueba: es quien genera el riesgo de daño grave e irreversible a la salud humana o al medio ambiente quien debe demostrar la inocuidad o seguridad de su actividad, o de la sustancia o producto que pone en el mercado. Sin dudas, un principio de prudencia” (Voto Dr. Jorge H. Nanclares).

“El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (Voto Dr. Jorge H. Nanclares).

“Sin embargo, cabe aclarar que el principio de precaución no se aplica a cualquier situación de riesgo, sino solo donde existe un contexto de incertidumbre científica y los daños eventuales pueden ser graves e irreparables para bienes de máxima importancia como la salud, la vida y los recursos naturales. Esa incertidumbre no es absoluta, sino que supone que se han detectado aspectos que tornan potencialmente peligrosa a la actividad, aunque se desconoce la dimensión real de ese riesgo. A su vez, las medidas de precaución deben ser proporcionales a los costes que se pretende evitar, teniendo en cuenta la tecnología disponible. En la medida en que el principio de precaución pretende tener incidencia en un momento que está temporalmente muy alejado de la afectación del bien que intenta proteger, supone la encarnación del paradigma de la máxima anticipación posible. Así, en una sociedad que tiene aversión por el riesgo, el recurso al principio de precaución aparece como un «contraproyecto normativo» frente a la denominada sociedad del riesgo” (Voto Dr. Omar Palermo).

F) Derechos de incidencia colectiva en el proceso administrativo y derecho a un urbanismo sustentable.

FALLO: Causa N° 106.125, caratulada: “Leyes, Raúl Alberto C/ Municipalidad de Godoy Cruz S/ A.P.A.”:

“De consumo con esta posición, en el específico campo del derecho procesal administrativo se ha expresado que, al lado de la legitimación normal u ordinaria (reconocida al afectado que actúa en nombre y en defensa de un derecho subjetivo o interés legítimo propio), de los arts. 41, 42, 43, 86 y 120 de la C.N. surge una legitimación anómala o extraordinaria conferida para obrar en nombre propio pero en defensa de intereses de otros o de todos. Esta legitimación anómala atañe a intereses que el ordenamiento jurídico quiere proteger de un modo especial, en tanto admite que puedan formular pretensiones procesales personas privadas o públicas, u organismos estatales que, aunque actúen en nombre propio, lo hagan en defensa de intereses de otros, o de intereses generales o atinentes al orden público o social. Es por ello que la defensa de estos “derechos de incidencia colectiva o de interés comunitario”

es admisible no solo mediante la acción de amparo (vía de excepción, conf. L.S.: 180–030; 385–163 y 422–157) sino también en otro tipo de procesos, cuando ellos sean más idóneos (conf. JEANNERET DE PÉREZ CORTEZ, María, “La legitimación”, en la obra colectiva “Tratado de derecho procesal administrativo”, T. I, cit., p. 547/549; a mayor abundamiento ver el estudio de Andrea A. MEROI: “Procesos colectivos. Recepción y problemas”, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2008, p. 68/74)”.

“La conformación de este ‘urbanismo ambientalizado’ –conforme las ilustradoras expresiones de MORAND DEVILLER– traduce el paso del derecho ‘de la ciudad’ a un derecho ‘a la ciudad’, este último configurado por el deber de las colectividades (o autoridades) públicas de asegurar al conjunto de los habitantes de las ciudades las condiciones de vida y de hábitat que favorezcan la cohesión social y permitan la lucha contra la segregación y la exclusión”.

“El cambio de visión al que conduce la vigencia del art. 41 de la C.N. se refleja también en el protagonismo que le cabe a la Justicia en la revisión de las decisiones administrativas en materia de uso del suelo, incluyendo el control de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, particularmente en aquellos casos donde pueden ser afectados los derechos de incidencia colectiva, tal como el derecho a gozar de un ambiente sano (conf. WALSH, Juan Rodrigo: “El ordenamiento territorial...”, cit., con referencia a los precedentes judiciales “Rusconi, Oscar c. Municipalidad de La Plata”, S.C.J.B.A., 4–7–95, ED 164, p. 501; y “Dodero, Marta c. Ciudad de Buenos Aires”, Jgdo. Cont. Adm. n° 1 de la CABA, 13–7–01, LL 2001–F, p. 914)”.

G) Extemporaneidad (caducidad)

En la causa Oikos, en primera instancia los demandados solicitan la vigencia e interpretación estricta del art. 13 de la ley provincial de amparo, considerando la fecha en que la accionante tomó conocimiento de la resolución. La amparista sostiene que el plazo debe computarse desde que tomó conocimientos de todos los antecedentes.

La Corte, ante este planteo expresó:

“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)”²¹⁹.

219. SCJM causa: “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.”

Art. 23: Las personas físicas podrán denunciar los hechos, actos u omisiones que lesionen su derecho a la preservación del ambiente por ante la Fiscalía de Estado, la cual dará intervención al Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, o quien lo suceda, para que en un plazo improrrogable de diez (10) días remita un informe detallado de las actividades denunciadas y la evaluación de su impacto real y/o potencial sobre el ambiente».

Art. 24: Una vez recibido el informe a que hace referencia el artículo anterior, Fiscalía de Estado dispondrá de un plazo de diez (10) días para interponer las acciones que estime pertinentes.

Art. 25: En los demás aspectos no regulados por el presente Título, serán aplicables las disposiciones del régimen general de amparo.

XII. La denuncia ambiental y el Fiscal de Estado

1. Procedimiento de defensa del ambiente ante Fiscalía de Estado

La ley 5.961 confiere legitimación al Fiscal de Estado para interponer las acciones colectivas pertinentes, aunque como se ha analizado precedentemente, la misma no reconocía la legitimación del afectado para interponerlas. De este modo, esa restricción se ha sorteado mediante un procedimiento administrativo que aquí se denomina denuncia ambiental.

Según el texto legal, las personas físicas podrán denunciar los hechos, actos u omisiones que lesionen su derecho a la preservación del ambiente por ante la Fiscalía de Estado; como no se trata del ejercicio de una acción judicial, es suficiente identificar el bien colectivo amenazado o lesionado por el hecho, acto u omisión. En tanto denuncia, es suficiente la mera invocación del agravio, ya que la indagación de los extremos para la procedencia de la acción corresponderá a la Fiscalía de Estado.

La Fiscalía de Estado debe obtener los elementos imprescindibles para acreditar la amenaza o lesión. En efecto, la Corte nacional rechazó una acción del Defensor del Pueblo por falta de “causa”, expresando: “La incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional, en nada enerva la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a efectos de viabilizar la acción de amparo”²²⁰.

220. CSJN, Consumidores Libres, 12–9–1996.

Para cumplir con esta exigencia, la norma le atribuye al Fiscal de Estado la potestad de requerir informe a la autoridad ambiental provincial. Luego de lo cual, resolverá iniciar el proceso en caso que posea los elementos suficientes para acreditar la lesión colectiva o amenaza de la misma. Sin embargo, atendiendo a las circunstancias del caso y la complejidad de la denuncia, la Fiscalía de Estado puede recabar otras informaciones y pruebas necesarias para la adecuada formalización del planteo.

2. La legitimación anómala

Respecto del rol otorgado por la ley al Fiscal de Estado, se ha entendido que es análogo al del Defensor del Pueblo. En la época de la redacción de la ley se siguió una reflexión de Bernardo Krause²²¹: “El medio ambiente es un bien para la complacencia común convirtiéndose transitivamente en un bien público del Estado”. No es un Defensor del Pueblo, en el sentido estricto de esta institución, ya que este organismo tiene una naturaleza específica: emerge del órgano legislativo y forma parte de él. Pero entendido esto no hay obstáculo en asimilarlo a esa institución, en tanto actúa como mandatario o representante y, siendo un órgano constitucional extrapoder, está investido de las condiciones institucionales para garantizar el cumplimiento de esta función.

Siguiendo a Lorenzetti, quien califica la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación como anómala, en tanto “se caracteriza por la particularidad de que el derecho de acción será ejercicio en nombre propio pero a efectos de defender un derecho, garantía o interés cuya titularidad resulta ajena al actor”²²², se debe considerar que esta interpretación es la correcta, ya que el ambiente no es un bien público del Estado como creía Krause, sino un bien colectivo de la sociedad toda.

En este sentido, se ha observado que en el ejercicio de la función otorgada por la Ley 5.961, el Fiscal de Estado no interviene en aras de un interés propio del Estado o de un derecho subjetivo, sino más bien a un interés de la colectividad en el respeto de los derechos y garantías fundamentales de naturaleza ambiental, siendo por ello su legitimación anómala reconocida en diversos fallos que reconocen la posibilidad de que pueda demandar sin necesidad de justificar su interés propio, lo que potencia su rol tutelar por sobre las exigencias que pesan sobre los particulares²²³.

221. “*El Fiscal de Estado y el patrimonio ambiental*”, JA-1988-I- 786.

222. LORENZETTI, Ricardo L., *Justicia Colectiva*; 2010, 144.

221. “*El Fiscal de Estado y el patrimonio ambiental*”, JA-1988-I- 786.

222. LORENZETTI, Ricardo L., *Justicia Colectiva*; 2010, 144.

223. PINTO, Mauricio, “*El interés jurídico frente al régimen minero ambiental*”, en PARELLADA, Carlos y PARELLADA, Ariel (dir), *Máximos Precedentes: Suprema Corte de Justicia de Mendoza*, Tº III, La Ley, Buenos aires, 2013, p. 161.

En esta línea, la Suprema Corte de Mendoza se ha referido expresamente a este esquema, considerando que la defensa de la legalidad y el interés público no habilita a los particulares en base a un interés abstracto, hipotético o eventual a pretender un pronunciamiento de inconstitucionalidad de una reglamentación que refiere a la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, entendiéndose en cambio que la Constitución Provincial ha puesto en cabeza de la figura del Fiscal de Estado la protección de los derechos de tercera y cuarta generación y de los intereses difusos²²⁴.

3. Las acciones colectivas

La Ley 5.961 concede al Fiscal de Estado la atribución para interponer las acciones que estime pertinentes (art. 24, *in fine*) y requerir informes. Pero ¿cuáles son estas acciones pertinentes?, se considera que todas las que correspondan a la protección del bien colectivo: las que establece la misma ley, el amparo colectivo constitucional, las acciones de la Ley 25.675, la acción preventiva del Código Civil y Comercial, entre otras.

Incluso, en el ejercicio de estas acciones, no solo le corresponde el control de la actividad estatal sino también de la actividad privada.

Prevenir o recomponer el daño ambiental colectivo es el campo de acción habilitado al Fiscal de Estado. Quedan afuera las acciones con pretensiones individuales patrimoniales, las que poseen otro régimen legal aplicable.

224. SCJM, sentencia del 09/12/2009, in re Busse Lisandro B c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/Acc de Inc.

Título V

Del impacto ambiental

Art. 26: A los fines de la presente ley, entiéndese por Evaluación de Impacto Ambiental (E.I.A.) el procedimiento destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir, las consecuencias o efectos que acciones o proyectos públicos o privados, puedan causar el equilibrio ecológico, al mantenimiento de la calidad de vida y a la preservación de los recursos naturales existentes en la Provincia.

Art. 27: Todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A), expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o por las Municipalidades de la Provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley, según la categorización de los proyectos que establezca la reglamentación y de conformidad con el Anexo 1, que forma parte de la presente ley.

Art. 28: La D.I.A. será exigida por los organismos centralizados o descentralizados de la Administración Pública provincial y/o municipal con competencia en la obra y/o actividad. Queda expresamente prohibido en el territorio de la Provincia, la autorización administrativa y/o la ejecución de actividades que no cumplan dicho recaudo, bajo pena de la aplicación de las sanciones previstas por la presente ley y sin perjuicio de la nulidad de las actuaciones administrativas que se hubieren iniciado.

I. El Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. II. Regulación y secuencia. III. El Aviso de Proyecto. IV. Otros temas relacionados a la EIA. V. La Declaración de Impacto Ambiental. VI. Jurisprudencia: El caso de la anulación de una DIA. VII. El control ambiental y las sanciones administrativas. VIII. Costos y ley impositiva. IX. Complementariedad provincial.

I. El Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental

1. Definición

Las características propias del daño ambiental: *ser expansivo en el espacio, persistente en el tiempo y, la más de las veces, irreversible*, requiere la instrumentación del principio de prevención. La Evaluación de Impacto Ambiental constituye la herramienta jurídica más desarrollada en el derecho ambiental para prevenir el daño ambiental como consecuencia de las intervenciones humanas.

Se define como el procedimiento administrativo destinado a identificar, interpretar y valorar las consecuencias ambientales, sociales y económicas que los proyectos, públicos o privados, puedan causar al ambiente. “Lejos de ser un freno al desarrollo, supone y garantiza una visión más completa e integrada de las acciones sobre el ambiente y una mayor responsabilidad social en los proyectos”. Su finalidad es prevenir en sus orígenes las causas del deterioro ambiental, a fin de evitar ulteriores y más costosas políticas de reparación o restauración²²⁵.

Su desarrollo se caracteriza por un conjunto de estudios de naturaleza técnica; por la pluralidad o la confluencia de actos emanados por distintos órganos de la administración, según su especial competencia, y por la participación social que involucra.

Toda esta actividad está dirigida a producir su manifestación jurídica distintiva: la Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A.). Así, se ha dicho: “*la ELA es tanto un proceso como un producto: como proceso, es la actividad por la cual se intenta predecir las clases de resultados reales y potenciales de las interacciones esperadas entre un nuevo proyecto y el medio ambiente natural y humano; como producto, es el documento que contiene la información de soporte necesaria sobre el proyecto y el ambiente, señalando los compromisos del proponente sobre las medidas de mitigación y presentando las predicciones de impactos efectuadas por los profesionales*”²²⁶.

2. Antecedentes

Los antecedentes del Título V de la Ley 5.961 provienen de la Ley de Equilibrio Ecológico de México del año 1988.

Respecto de los antecedentes del instituto, la utilización generalizada de este procedimiento se estableció por primera vez en la Ley de Política Ambiental de los Estados Unidos en el año 1970. Nuestra Suprema Corte de Justicia analiza la etimología de este instituto así: “*La expresión ‘impacto ambiental’ que contiene a los sustantivos ‘evaluación’ y ‘declaración’ constituye en castellano, como en otros idiomas, la traducción literal de la denominación en inglés adoptada por la National Environmental Policy Act of 1969 (NEPA), la ley federal norteamericana más importante*

225. NIETO NUÑEZ, Silveiro, *La Ley del Solar Común*, Colex, Madrid, 1993, p.163.

226. Trib. G.J.A. N° 2, Expte N° 682 “Asociación Oikos Red Ambiental C/ Gob. de la Provincia de Mendoza, P/ Acción de Amparo”, Sentencia del 10 de agosto de 2011.

en materia de medio ambiente que, por primera vez, impuso de forma generalizada la preparación de un estudio o evaluación de impacto ambiental para toda “actuación federal de entidad que pueda afectar de forma significativa la calidad del medio humano”; pues bien, en su art. 102, esa ley regula el “Environment Impact Statement, “(EIS) (Martín Mateo, Ramón, Tratado de derecho ambiental, Madrid, ed. Trivium, 1991, t. I, pág. 301; Parejo Alfonso, Luciano y otros, Derecho medioambiental de la Unión Europea, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1996, pág. 182; Payá, Fernando H., La evaluación de impacto ambiental en los Estados Unidos, LL 1994-B-779)”²²⁷.

En Europa ha sido impulsado por diversas iniciativas nacionales, pero recién alcanzó su generalización y regulación jurídica con el pronunciamiento de la Comunidad Europea materializado en la Directiva 85/337/CEE, del 27 de junio de 1985, que dio un plazo de tres años a los Estados miembros para que lo implementaran. En América Latina, México, Colombia, Venezuela, Chile y Brasil, entre otros países, contemplan este procedimiento. Actualmente 75 países en el mundo la aplican y fue asumida como un compromiso por los gobiernos del mundo en el principio 17 de la Declaración de Río, en el año 1992.

En nuestro país, a nivel nacional, la encontramos regulada en muchas normas: la Ley 23.879 de 1990, modificada por la Ley 24.539 de 1995, para obras hidráulicas; la Ley 24.197, de 1993, sobre protección del ambiente humano y recursos naturales; la Ley 24.354, de 1994, de inversiones públicas; la Ley 24.585 de 1995, de modificación al Código de Minería; la 25.675 de 2002, Ley General del Ambiente de la Nación.

A nivel provincial, además de la Provincia de Mendoza, tenemos a: Córdoba (Ley 10.208 de Política Ambiental); Tierra del Fuego (Ley N° 55 y decreto N° 1.333/93); Río Negro (Ley N° 2.342 y decreto N° 1.511/92); Neuquén (Decreto N° 1.686/89); Formosa (Ley N° 1.060); Tucumán (Ley N° 6.523); San Juan (Ley N° 6.571); Buenos Aires (Ley N° 11.723 y otras); Chaco (Ley N° 3.964) Corrientes (Ley N° 5.067); Santa Fe (Ley N° 11.717); Ciudad Autónoma (Ley N° 123), entre otras.

3. Autorización y obligatoriedad

El artículo 28 de la Ley 5.961, en su primer párrafo, establece que: la Declaración de Impacto Ambiental “*será exigida por la Administración Pública provincial y/o municipal con competencia en la obra y/o actividad*”. La Declaración de Impacto Ambiental es una autorización, esto es, un acto administrativo que otorga al proponente un derecho al ejercicio de una actividad²²⁸. Pero, por

227. CSJMza, Sentencia del 20 de diciembre de 2004, causa N° 80.295, “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”.

228. Así, lo califica la CSJMza: “Ese acto administrativo, que encierra complejidad, precedido de estudios de naturaleza técnica, tiene naturaleza de autorización...”, causa N° 80.295, fallo citado.

su especificidad preventiva, es fundamentalmente, como dice la Corte provincial, una “*autorización de autorizaciones*”, en tanto la actividad habilitada ambientalmente deberá obtener a partir de ella las autorizaciones administrativas específicas para su ejecución.

Por ello, el art. 28 *in fine* establece: “*Queda expresamente prohibido en el territorio de la Provincia, la autorización administrativa y/o la ejecución de actividades que no cumplan con las exigencias establecidas en la presente ley, bajo pena de aplicación de las sanciones y medidas previstas por la presente ley, y sin perjuicio de la nulidad de las actuaciones administrativas que se hubieren iniciado.*”

El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en la Provincia de Mendoza se impone tanto a proyectos públicos como privados, sin conceder ningún privilegio a la Administración Pública. La Administración debe estar sujeta también a los postulados ambientales cuando lleva a cabo cualquier actividad o proyecto potencialmente lesivo del entorno y sometido por ello a normas ambientales: obras públicas sometidas a evaluación de impacto, actividades clasificadas, vertidos, operaciones de producción y gestión de residuos, etc. “Esta doble condición de la Administración, como defensora del bien jurídico situado bajo su tutela pero a la vez potencial agresora del mismo, constituye una singularidad del derecho ambiental que explica la importancia que en este ámbito tiene la participación pública en la defensa del medio ambiente, y ha conducido al desarrollo de técnicas de auto-control de la Administración, como es el caso de la evaluación de impacto ambiental cuando se aplica a proyectos de iniciativa pública, procedimiento mediante el cual se introduce la variable ambiental en la toma de decisión.”²²⁹

La cuestión sobre qué proyectos están comprendidos debe partir de que la ley impone la EIA a todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial (art. 27). Sin embargo, como se analizará más adelante, la reglamentación impuso un procedimiento –previo el Aviso de Proyecto– cuyo fin es evaluar la significación de los impactos, esto es, de su capacidad modificatoria del ambiente, posibilitando la exención del procedimiento si se determina que el mismo es escaso. Su fundamento es legal, pero de carácter excepcional.

Corresponde entonces rechazar que haya proyectos eximidos por no encontrarse categorizados en la ley. Al respecto la Corte provincial ha dicho:

“Fiscalía de Estado y el tercerista han sostenido que el proyecto de arreo, encierro, esquila y posterior liberación de los guanacos no requiere evaluación de impacto ambiental. El argumento no puede sostenerse bajo ningún punto de vista. El art. 27 dispone que cualquier proyecto o actividad que ‘pueda’ directa o indirectamente

229. LOZANO, Blanca: derecho ambiental Administrativo, Dykinson, Madrid, decima edición 2009. https://books.google.com.ar/books?id=owSxe_R-8XIC&pg=PA101&dq=PA101&dq=LOZANO,+Blanca:+Derecho+Ambiental+Administrativo,+Dykinson,+Madrid,+2000.

modificar el ambiente, 'debe' ser sometido al procedimiento de impacto ambiental. Resulta evidente que estas condiciones se verifican toda vez que se trata de especies silvestres protegidas por la ley 4.486 cuya preservación y repoblación, por su fragilidad, está siendo promovida y perseguida desde tiempo atrás por el Gobierno Provincial, según los informes de los técnicos del IADIZA. Por otro lado, dichos guanacos integran un ecosistema equilibrado como es la zona de la Payunia, en la que interactúan con todos los elementos del ambiente, por lo que una actividad dirigida a la explotación de su pelo, que les imponga modificaciones a su vida silvestre, aun cuando fuera meramente transitoria como el arreo, encierro y esquila, pueda alterar no solo sus costumbres sino las de las demás poblaciones animales.”²³⁰

4. La reglamentación

La ley 5.961 fue reglamentada en cuanto al procedimiento de EIA en el año 1994 mediante Decreto 2109/94. Antes, el Decreto N° 473/93 reglamentó el procedimiento circunscripto a la actividad hidrocarburífera. Por su parte la Resolución ministerial 109/1996 reglamentó el procedimiento de audiencias públicas. Esta norma tuvo en el año 2013 una importante modificación en el art. 5, mediante Decreto N° 809/2013, como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 8.051 de Ordenamiento Territorial. Otras reglamentaciones especiales se analizarán más adelante.

DECRETO N° 2109/1994:

ARTÍCULO 1 – ÁMBITO DE APLICACIÓN. De conformidad con lo dispuesto por el art. 26 de la Ley 5.961, quedan sujetos al presente régimen normativo, con las excepciones previstas en los art. 9 y 10, los proyectos de obras o actividades especificadas en el Anexo 1 de la Ley mencionada.

Quedan expresamente comprendidos los proyectos y acciones efectuados por el Estado Nacional, Provincial y Municipal, sea a través de la Administración Centralizada, Organismos Descentralizados Autárquicos y/o Autónomos y Empresas del Estado cualquiera sea la forma societaria que adopten como asimismo todos los que realicen las personas físicas o jurídicas de derecho privado.

5. La categorización y la competencia

El artículo 27 establece la competencia provincial o municipal sobre el procedimiento de EIA según resulte de la categorización de los proyectos de conformidad con el Anexo I, de la ley.

Existen dos métodos para determinar qué actividades están sujetas al procedimiento de EIA. El sistema europeo es el más extendido; por el mismo se establecen categorías según sea el proyecto u obra de que se trate o según los alcances, tamaño o volúmenes de energía o desechos que éste generase,

230. SCJM causa n° 89.799, caratulada: “Roldán, Eduardo Aurelio En J° 163.597/9.879 Asociación Oikos Red Ambiental C/ Pcia. de Mendoza P/ Acción de Amparo S/ Cas.”, sentencia del 31/10/2007.

o bien si el proyecto se localizará en zonas saturadas o áreas ecológicamente sensibles. Este sistema ha sido denominado categorizador y hace que el procedimiento sea más predecible para el proponente y más simple de aplicar por la autoridad administrativa.²³¹

El sistema norteamericano es aquel en el cual la autoridad decide discrecionalmente cuándo un emprendimiento estará sometido a EIA. Para adoptar la decisión debe merituar los *impactos significativos* que el proyecto pueda producir. Es un sistema “flexible”.²³²

La Ley 5.961 incorpora el sistema categorizador para determinar la autoridad competente, al introducir en su anexo una lista de proyectos sometidos a EIA. La regla, entonces, es identificar si el proyecto corresponde a alguna de las categorías establecidas en el anexo para ser evaluado por la provincia o el municipio.

No puede dejarse de interpretar que la inteligencia de las categorías provinciales responde a la potencial significación ambiental del proyecto.

Sin embargo, la enumeración no es taxativa. El anexo I (competencia provincial) incluye una categoría abierta, genérica o flexible, comprensiva de *todas aquellas obras o actividades que puedan afectar directa o indirectamente el equilibrio ecológico de diferentes jurisdicciones territoriales (inc. 14)*.

Los proyectos de esta categoría abierta, para la determinación de la competencia, requieren la evaluación de la significación de sus eventuales impactos que, en los términos de la ley, se expresan como la afectación *directa o indirectamente el equilibrio ecológico de diferentes jurisdicciones territoriales*.

Este criterio para evaluar la significación de los impactos emana del artículo 30 segundo párrafo, que establece la competencia provincial: *cuando las consecuencias o efectos del proyecto o actividad sean susceptibles de afectar a más de una jurisdicción territorial, la presentación se realizará por ante el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda, el cual convocará a los municipios implicados, con el objeto de presentar una sola D.I.A. en cuya evaluación intervengan los entes u organismos potencialmente afectados*.

Criterio análogo al de la Ley 25.675, cuando establece que la competencia federal: “... *En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales*” (art.7).

Es muy importante reiterar que las categorías enumeradas no son taxativas, sino un método para la determinación de la competencia, sin perjuicio de la potencial significación que ambos órdenes revelan.

Nuestra Corte provincial se ha pronunciado sobre este punto:

“No puede entenderse que la enumeración del Anexo al que hace referencia el art. 27 es taxativa. Si así fuera, se haría innecesaria la definición general de las actividades sometidas al proceso de evaluación contenida en la primera parte del art. 27.

231. IRRIBARREN, Federico, *Evaluación de Impacto Ambiental, su enfoque jurídico*, Ediciones Universo, 1997, Bs. As., pagina 51 y 52.

232. IRRIBARREN, Federico, *Evaluación de Impacto Ambiental*, pp 52 y 53.

La especificación referida a la afectación de diferentes jurisdicciones territoriales solo está dirigida a determinar la competencia cuando varias jurisdicciones municipales se vean involucradas. Interpretar que una obra o actividad que puede afectar directa o indirectamente el equilibrio ecológico de una sola jurisdicción territorial no requiere de evaluación de impacto ambiental implicaría una interpretación absurda y caprichosa de la ley”²³³.

Respecto a la categoría abierta, se requiere de una actividad previa de la administración ambiental, a fin de evaluar la *incidencia interjurisdiccional del impacto*. El aviso de proyecto cumple con esta ponderación.

6. La calificación

Luego de categorizado el proyecto, corresponde proceder a su calificación, también denominada clasificación.

Esta operación resulta de considerar si las obras o las características de las actividades proyectadas son susceptibles de ocasionar alteraciones —*significativas o no*— respecto a la situación previa al inicio de las actividades, capaces de producir impactos negativos —graves o leves—, duraderos o persistentes, reales o potenciales, directos o indirectos sobre el ambiente. Incluso debe considerarse la sensibilidad de la comunidad local, su penetración geográfica o el costo de las medidas de mitigación²³⁴.

Con la sanción de la Ley 25.675, se introduce la incidencia *significativa* del proyecto como condición del procedimiento de EIA en estos términos:

ARTÍCULO 11— Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución.

Por eso se expresa que la EIA debe centrarse en los impactos significativos.²³⁵

La Ley 5.961 no establece *expresamente* la calificación, pero está implícita en el art. 27 cuando dispone: *Todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial*. Es la ponderación de la significación del impacto, esto es, de la potencialidad alteradora del ambiente, la que impone la calificación del mismo.

A tal fin, la reglamentación introdujo el Aviso de Proyecto como un procedimiento abreviado, previo al procedimiento de EIA, cuyo objeto es evaluar sumariamente el posible impacto, magnitud y/o carácter interjurisdiccional

233. SCJM causa n° 89.799, caratulada: “Roldán, Eduardo Aurelio En J° 163.597/9.879 Asociación Oikos Red Ambiental C/ Pcia. de Mendoza P/ Acción de Amparo S/ Cas.”, sentencia del 31/10/2007.

234. SILVA TORRES, Beatriz Adriana, “*Evaluación Ambiental: Impacto y Daño, un análisis jurídico de la perspectiva científica*”, Universidad de Alicante, 2012, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24476/1/Tesis_Silva.pdf

235. SILVA TORRES, Beatriz Adriana, *Evaluación Ambiental: Impacto y Daño, un análisis jurídico de la perspectiva científica*, Universidad de Alicante, 2012, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24476/1/Tesis_Silva.pdf

del proyecto, y que puede resolver la exención del procedimiento legal cuando determina que el mismo es escaso.²³⁶

ARTÍCULO 10 – AVISOS DE PROYECTO. Los proponentes de obras o actividades podrán presentar con carácter previo a la Manifestación General de Impacto, el Aviso de Proyecto con arreglo a los requisitos del artículo siguiente, solicitando de la Autoridad de Aplicación una declaración en la cual, previa evaluación sumaria del posible impacto, magnitud y/o carácter interjurisdiccional del proyecto, se puede exceptuar al mismo de cumplir con el procedimiento establecido en este Decreto para obtener la Declaración de Impacto Ambiental.

En el punto respectivo, se analizará el alcance de este instituto reglamentario.

Más claro resulta de las ordenanzas de EIA de algunos municipios, entre ellos el de Capital, que tiene un anexo que establecen los Criterios Guía para la Clasificación de Proyectos. Se inicia con la presentación de una solicitud de categorización y calificación.²³⁷

Las posibles calificaciones son:

- a. de Alta Complejidad Ambiental (ACA);
- b. de Media Complejidad Ambiental (MCA);
- c. de Baja Complejidad Ambiental (BCA).
- d. No comprendida por este procedimiento de EIAM;

Cada nivel de complejidad tiene un procedimiento determinado, con etapas y exigencias que varían progresivamente conforme a la clasificación asignada. Un proyecto de Alta Complejidad Ambiental, deberá contener los estudios más completos, la mayor información pública y garantizar la participación ciudadana.

7. Competencia municipal

Los municipios, conforme la Constitución Provincial, tienen la gestión de los intereses locales (art. 197), concediéndoles en consecuencia, una amplia competencia ambiental²³⁸. Los municipios han procedido a cumplir con la

236. Se ve en extenso más adelante.

237. Municipalidad de Capital, ORDENANZA N° 3.396/15508/99, Art. 9: Solicitud de Categorización del Proyecto: Los interesados en la realización de un proyecto de obra o actividad deberán solicitar a la Autoridad de Aplicación la categorización del mismo. Esta determinará con criterio técnico fundado si se encuentra comprendida en alguna de las categorías sujetas al procedimiento de EIAM. El solicitante deberá acompañar a la solicitud de una descripción del proyecto que incluya de la forma más veraz y completa posible toda la información disponible acerca de la actividad u obra gestionada que permita estimar en forma preliminar la magnitud e importancia de sus impactos ambientales esperados y de las posibles acciones de mitigación, incluyendo: a. Datos del proponente; b. Denominación y descripción general del proyecto; c. Objetivos y beneficios socio – económicos; d. Orden de la inversión a realizar; e. Otros datos relevantes. En caso de estimarlo necesario, la Autoridad de Aplicación podrá solicitar ampliación de la información presentada para gestionar la categorización del proyecto.

238. Sobre la competencia municipal, ampliar en ANDINO, Mónica Marcela, “La evaluación de impacto ambiental en el orden municipal en la provincia de Mendoza, Argentina”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2010, N° 2, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2011, pp. 316–336.

indicación de la Ley 5.961 regulando en su jurisdicción territorial la aplicación del procedimiento de EIA a proyectos de obras o actividades locales, definidos según sus criterios de política ambiental. Esto comprendería los proyectos públicos o privados, referidos a desarrollo urbanístico, arquitectónico, turístico, comercial, industrial o energético que sea categorizado por la autoridad de aplicación municipal como sujeto a dicho procedimiento por su incidencia local. Para ello, las ordenanzas incluyen un listado de obras y actividades sujetas al procedimiento de EIAM. Se amplía en el comentario al Anexo de la ley.

Art. 29: El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, estará integrado por las siguientes etapas:

- a. La presentación de la Manifestación General de Impacto Ambiental y, en su caso, la Manifestación Específica de Impacto Ambiental;
- b. La audiencia pública de los interesados y afectados;
- c. El dictamen técnico;
- d. La Declaración de Impacto Ambiental.

Las etapas individualizadas como c. y d. se cumplirán en forma simultánea.

Art. 30: A los efectos de obtener la D. I.A., el proponente de las obras o proyectos, deberá presentar ante el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o el Municipio jurisdiccionalmente competente, la correspondiente Manifestación General de Impacto Ambiental, conteniendo los requisitos que establezca la reglamentación.

Cuando las consecuencias o efectos del proyecto o actividad sean susceptibles de afectar a más de una jurisdicción territorial, la presentación se realizará por ante el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda, el cual convocará a los Municipios implicados, con el objeto de presentar una sola D.I.A. en cuya evaluación intervengan los entes u organismos potencialmente afectados.

La autoridad de aplicación podrá requerir, además, cuando las características de la obra o actividad lo hagan necesario y con el objeto de obtener mayores datos y precisiones, Manifestaciones Específicas de Impacto Ambiental, de conformidad con lo que establezca la reglamentación.

Las manifestaciones tendrán carácter de declaración jurada y serán suscriptas por profesionales idóneos en las materias que comprendan y debidamente habilitados.

Art. 31: El Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o el Municipio correspondiente convocará a audiencia pública a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, estatales o no, potencialmente afectadas por la realización del proyecto y a las organizaciones no gubernamentales interesadas en la preservación de los valores ambientales que la presente ley protege.

Art. 32: El Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o el Municipio correspondiente deberá recabar el dictamen técnico de personas reconocidamente idóneas en el tema de que se trata o de Universidades o Centros de Investigación públicos o privados, estatales o no, provinciales –preferentemente–, nacionales o internacionales, respecto a las Manifestaciones de Impacto Ambiental presentadas.

La autoridad de aplicación deberá, asimismo, pedir dictamen sobre la repercusión en el ambiente a los organismo y reparticiones públicas con injerencia y/o competencia en el proyecto.

Art. 33: El Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda y los Municipios establecerán un sistema de información pública absolutamente abierto, a fin de dar a publicidad las Manifestaciones de Impacto Ambiental que le sean elevadas, como así también las opiniones públicas y dictámenes técnicos que se produzcan durante el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.

Art. 34: La D.l.A. sin dictamen técnico y audiencia previa será nula.

II. Regulación y secuencia

1. Etapas y secuencia

El procedimiento de EIA tiene cuatro etapas esenciales:

1°) La presentación del estudio ambiental que la ley denomina: “Manifestación General de Impacto Ambiental” (sigue la denominación de la ley mexicana del año 1988). Es responsabilidad del proponente del proyecto y que puede integrarse con la exigencia de presentar una Manifestación Específica de Impacto Ambiental;

2°) El “Dictamen Técnico” producido por una entidad científica o académica independiente de la autoridad de aplicación;

3°) La “Audiencia Pública” de los potenciales afectados del proyecto, como de las organizaciones no gubernamentales e interesados en general; y

4°) La “Declaración de Impacto Ambiental” (DIA): es la resolución de la autoridad (provincial o municipal según sea la categorización del proyecto)

que determina la conveniencia o no de realizar el proyecto y, en su caso, las condiciones a las que deberá sujetarse.

Este orden establecido en la ley fue modificado por el Decreto 2109/94. Pinto dice: “al respecto se ha postergado la Audiencia Pública hasta que se hayan producido los informes técnicos que permita satisfacer adecuadamente el derecho a la información y dotar de eficiencia a la fase participativa del procedimiento, aspecto que entendemos totalmente razonable y acorde a los mismos fines de la legislación, otorgándole así a la audiencia pública un rol integrador sobre los contenidos de las demás etapas del procedimiento”²³⁹.

Cada una de estas etapas, a su vez, genera una actividad complementaria, no exenta de exigencia legal, destinada a alcanzar los objetivos del procedimiento. La Manifestación Específica de Impacto Ambiental, los dictámenes sectoriales, los dictámenes municipales, son ejemplo de esto.

2. La Manifestación General de Impacto Ambiental (MGIA)

La Manifestación General de Impacto Ambiental da inicio al procedimiento de EIA. Es un documento de contenido técnico e informativo, que explica y merita, en lo sustancial, las interacciones del proyecto con el ambiente, tiene el carácter de declaración jurada del proponente y debe ser suscripta por profesionales idóneos en las materias que comprendan y debidamente habilitados. El Artículo 8 del decreto reglamentario precisa: *La profundidad y extensión en el tratamiento de los contenidos del artículo precedente comprendidos en el presente Título, deberá ser acorde a la importancia del proyecto y a sus aspectos esenciales. Las descripciones y análisis serán objetivos y sencillos, con expresión de la situación ambiental existente y de las modificaciones que provocará el proyecto en el ambiente.*

En relación a la MGIA, el Decreto N° 809/2013 sustituyó el art. 5 del Decreto 2109/94, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 8.051, artículos 33 y 34 de la Ley N° 8.051, a fin de incorporar los aspectos territoriales en los estudios ambientales que complementarán la Evaluación de Impacto Ambiental.

Conforme la reglamentación actualizada:

La Manifestación General de Impacto Ambiental deberá contener, como mínimo, los siguientes datos:

1) *Datos personales, domicilio real y legal del solicitante responsable de la obra o actividad, como los del profesional encargado de la confección de la Manifestación General de Impacto Ambiental.*

Tratándose de personas de existencia ideal, se acompañará además copia autenticada del instrumento constitutivo y su inscripción en los registros pertinentes.

2) *Descripción del proyecto y sus acciones.*

239. “La Evaluación de Impacto Ambiental en el régimen mendocino”, en PINTO Y MARTÍN, (dir), La Evaluación de Impacto Ambiental y su Régimen Jurídico, Ed. Lajoaune, Bs. As. 2012.

Examen de las alternativas técnicamente viables y justificación de la solución adoptada.

3) *Inventario ambiental y descripción de las interacciones ecológicas o ambientales claves.*

4) *Identificación y valoración de impactos, tanto en la solución propuesta como en sus alternativas.*

5) *Establecimiento de medidas correctoras y protectoras.*

6) *Programa de vigilancia ambiental.*

7) *Documento en síntesis.*

La reglamentación detalla estos contenidos sustanciales:

DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO. *La descripción y sus acciones incluirán:*

1) *Localización del proyecto, con indicación de las jurisdicciones municipal o municipales comprendidas en el mismo.*

2) *Relación de todas las acciones inherentes a la actuación de que se trate, susceptibles de producir un impacto sobre el medio ambiente, mediante un examen detallado tanto de la fase de su realización como de su funcionamiento.*

3) *Descripción de los materiales a utilizar, suelo a ocupar, y otros recursos naturales cuya eliminación o afectación se considere necesaria para la ejecución del proyecto.*

4) *Descripción, en su caso, de los tipos, cantidades y composición de los residuos, vertidos, emisiones, o cualquier otro derivado de la actuación, tanto sean de tipo temporal durante la realización de la obra, o permanentes cuando ya esté realizada y en operación, en especial, ruidos, vibraciones, olores, emisiones luminosas, emisiones de partículas, etc.*

5) *Un examen de las distintas alternativas técnicamente viables, y una justificación de las soluciones propuestas.*

6) *Una descripción de las exigencias previsibles en el tiempo, en orden a la utilización del suelo y otros recursos naturales, para cada alternativa examinada.*

EL INVENTARIO Y DESCRIPCIÓN *comprenderá:*

1) *Estudio del estado del lugar y sus condiciones ambientales antes de la realización de las obras, así como de los tipos existentes de ocupación del suelo y aprovechamientos de otros recursos naturales, teniendo en cuenta las actividades preexistentes.*

2) *Identificación, censo, inventario, cuantificación y, en su caso, cartografía de todos los aspectos ambientales que puedan ser afectados por la actuación proyectada (población humana, fauna, flora, vegetación, gea, suelo, aire, agua, clima, paisaje, etc.).*

3) *Descripción de las interacciones ecológicas claves y su justificación.*

4) *Delimitación y descripción cartografiada del territorio o cuenca espacial afectada por el proyecto para cada uno de los aspectos ambientales definidos.*

5) *Estudio comparativo de la situación ambiental actual y futura, con y sin la actuación derivada del proyecto objeto de la evaluación, para cada alternativa examinada.*

IDENTIFICACIÓN Y VALORACIÓN DE EFECTOS. *Se incluirá la identificación y valoración de los efectos notables previsible de las actividades proyectadas sobre los aspectos ambientales indicados en el artículo 4° y los aspectos territoriales, para cada alternativa examinada.*

Se deberá implementar la evaluación del impacto territorial, en cumplimiento de las previsiones de los Artículos Nros. 33 y 34 de la Ley N° 8.051, debiendo identificar, interpretar y valorar las consecuencias geográficas, sociales y económico-financieras que puedan causar las acciones o proyectos públicos o privados al equilibrio territorial, la equidad social y el desarrollo sustentable, de acuerdo a su grado de compatibilidad o incompatibilidad, las necesidades de la sociedad, las características intrínsecas del área y su afectación interjurisdiccional. Necesariamente la identificación de los impactos ambientales y territoriales, surgirá del estudio de las interacciones entre las acciones derivadas del proyecto y las características específicas de los aspectos ambientales y territoriales afectados en cada caso concreto.

Se distinguirán los efectos positivos de los negativos; los temporales de los permanentes; los simples de los acumulativos y sinérgicos; los directos de los indirectos; los reversibles de los irreversibles; los recuperables de los irrecuperables; los periódicos de los de aparición irregular; los continuos de los discontinuos; los previsible de los imprevisible. Se indicarán los impactos ambientales y territoriales compatibles, moderados, severos y críticos que se prevean como consecuencia de la ejecución del proyecto. La valoración de estos efectos, cuantitativa, si fuese posible, o cualitativa, expresará los indicadores o parámetros utilizados, empleándose siempre que sea factible normas o estudios técnicos de general aceptación, que establezcan valores límite o guía; según los diferentes tipos de impacto. Cuando el impacto ambiental rebalse el límite admisible, deberán preverse las medidas protectoras o correctoras que conduzcan a un nivel inferior aceptable. Se indicarán los procedimientos utilizados para conocer el grado de aceptación o repulsa social de la actividad, así como las posibles implicaciones económicas de sus efectos ambientales. Se detallarán las metodologías y procesos de cálculo utilizados en la evaluación o valoración de los diferentes impactos ambientales y territoriales, así como la fundamentación científica de esa evaluación.

Se jerarquizarán los impactos ambientales identificados y valorados, para conocer su importancia relativa. Asimismo se efectuará una evaluación global que permita adquirir una visión integrada y sintética de la incidencia ambiental del proyecto.

PREVISIONES. *Se indicarán las medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales negativos significativos, así como las posibles alternativas viables existentes a las condiciones inicialmente previstas en el proyecto.*

Se describirán las medidas adecuadas para atenuar o suprimir los efectos ambientales de la actividad, tanto en lo referente a su diseño y ubicación, como en cuanto a los procedimientos de anticontaminación y descontaminación, depuración, y dispositivos genéricos de protección del medio ambiente.

En defecto de las anteriores medidas, se indicarán aquellas otras dirigidas a compensar dichos efectos, a ser posible con acciones de restauración, o de la misma naturaleza y de efecto contrario al de la acción emprendida.

PROGRAMA DE VIGILANCIA AMBIENTAL establecerá un sistema que garantice el cumplimiento de las indicaciones y medidas, protectoras y correctoras, contenidas en el estudio de impacto ambiental.

DOCUMENTO DE SINTESIS, comprenderá en forma sumaria:

- a) Las conclusiones relativas a la viabilidad de las actuaciones propuestas.*
- b) Las conclusiones relativas al examen de elección de las distintas alternativas.*
- c) La propuesta de medidas correctoras y el programa de vigilancia tanto en la fase de ejecución de la actividad proyectada como en la de su funcionamiento.*

El documento de síntesis no deberá exceder de veinticinco páginas y se redactará en términos asequibles a la comprensión general. Se indicarán asimismo las dificultades informativas o técnicas encontradas en la realización del estudio con especificación del origen y causa de tales dificultades.

3. La Manifestación Específica de Impacto Ambiental

La Ley en el artículo 30 confiere a la autoridad de aplicación la posibilidad de requerir una Manifestación Específica de Impacto Ambiental cuando las características de la obra o actividad lo hagan necesario, con el objeto de obtener mayores datos y precisiones. Los datos a cumplimentar deberán ser determinados en cada caso por la autoridad, los cuales deberán ser evacuados por el proponente para continuar con el procedimiento (art. 14 de la reglamentación). Este documento complementa la MGIA y es muy valioso en la búsqueda de precisiones en relación a la actividad propuesta. El artículo 8 de la reglamentación dispone: *Asimismo, la autoridad de aplicación, cuando las características de la obra o actividad hagan necesario, podrá requerir nuevos datos o precisiones, que presentarán en un documento denominado Manifestación Específica de Impacto Ambiental.*

El artículo 14 de la reglamentación, establece un plazo para su requerimiento, de cinco días desde la presentación de la MGIA, que se considera muy breve y no impide que la autoridad en su función de rector del procedimiento pueda solicitarlo en la oportunidad que corresponda, como de hecho se hace.

La Ley 7.722 lo impone obligatoriamente respecto a la minería metalífera sobre los recursos hídricos.

4. El Dictamen Técnico y el registro de consultores

La Ley N° 5.961 establece que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) sin Dictamen Técnico es nula (art. 34).

El Dictamen Técnico debe requerirse a universidades o centros de investigación y tiene por objeto revisar y analizar la documentación suministrada desde

una perspectiva técnico-científica (ver Art. 5, Ley 5.961). El Artículo 16 de la reglamentación requiere que el Dictamen Técnico contenga un análisis científico técnico de todas las materias y conocimientos involucrados en el proyecto, debiendo la conclusión ser la consecuencia de una reflexión interdisciplinaria.

Se procura alcanzar la mayor certidumbre científica sobre el eventual impacto que recibirán las relaciones ecosistémicas, incluyendo en esto la consideración de los valores y bienes sociales. El Dictamen Técnico observará y recomendará las condiciones, de corresponder, que deberían ser impuestas al proyecto para asegurar la sustentabilidad ambiental. Como su objeto es contener un análisis científico técnico, en caso de que no se advierta la posibilidad de alcanzar la certidumbre científica requerida en alguna de las relaciones analizadas, se debe informar esta circunstancia fundadamente, a fin de que la autoridad de aplicación evalúe aplicar el principio precautorio. Conforme el art. 37 debería regularse más acabadamente por la administración el contenido del Dictamen Técnico.

A tal efecto, el decreto establece un registro de consultores en el artículo 15, con el fin de crear un Registro de Consultoras y Centros de Investigación idóneas en materia de evaluación de impacto ambiental. Será condición indispensable de la inscripción el compromiso del interesado de prestar un asesoramiento integral en todas las disciplinas involucradas en el proyecto sometido a dictamen.

La reglamentación profundiza su organización y funcionamiento: el referido registro organizará por categoría de proyectos o actividades de acuerdo al Anexo I de la Ley 5.961. El Ministerio directamente con universidad o el centro de investigación inscripto en el Registro, encomendará la elaboración del dictamen correspondiente en el plazo que en cada caso se determine. Por resolución se fijarán previamente los honorarios, los que se entenderán aceptados, sin derecho a reclamo alguno, por la sola inscripción en el Registro. La selección es bastante discrecional entre los inscriptos, estableciéndose que en caso de incumplimiento o no aceptación, la nueva selección se realizará atendiendo a los antecedentes o el sorteo, en su caso.

5. Dictámenes sectoriales e informes municipales

El art. 32 de la ley requiere que la autoridad de aplicación deberá, asimismo, pedir dictamen sobre la repercusión en el ambiente a los organismos y reparticiones públicas con injerencia y/o competencia en el proyecto. Estos son denominados como Dictámenes Sectoriales por el artículo 17 del decreto reglamentario, que establece que una vez presentado el dictamen técnico, la autoridad de aplicación remitirá copia del mismo al organismo público sectorial correspondiente a fin de que en el plazo que se le fije oportunamente, previo a la celebración de la audiencia pública, emita dictamen fundado al respecto.

Las reparticiones u organismos son los que se relacionen con el proyecto, ya sea por la incidencia que potencialmente tenga en algún recurso natural o en bienes y valores sociales respecto de los cuales tenga competencia.

El dictamen de los municipios en el cual el proyecto se ejecute o respecto de cuyo territorio pueda repercutir, constituye una condición esencial para cumplir con la finalidad del instituto (conforme art. 30 de la Ley y art. 14 de la reglamentación).

6. Información pública

Una vez presentados los dictámenes técnicos y sectoriales, se inicia un período de información pública destinado a preparar las condiciones necesarias para el desarrollo de la audiencia pública. El artículo 33 establece que la autoridad de aplicación establecerá un sistema de información pública absolutamente abierto, a fin de dar a publicidad las manifestaciones de impacto ambiental que le sean elevadas, como así también las opiniones públicas y dictámenes técnicos que se produzcan durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

El decreto reglamentario dispone que: “A los fines de hacer efectivo el sistema de pública estableciendo en el artículo 33 de la Ley 5.961, el proponente del proyecto deberá dar difusión por medio de la prensa de una síntesis de las manifestaciones de impacto ambiental, debiendo efectivizarse dicha comunicación especialmente en el lugar de localización de la obra o actividad” (art. 19).

El artículo 18 de la reglamentación establece las notificaciones que deberán cumplirse para la convocatoria de la audiencia pública en el procedimiento de EIA, por edictos, a cargo del proponente, en un diario de amplia difusión y en el Boletín Oficial (dos veces en un mes). Pero es la Resolución N° 109/96 que reglamenta la audiencia pública la que establece el mecanismo de información pública específico que se ve a continuación.

7. La Audiencia pública

La Ley N° 5.961 establece que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) sin audiencia pública es nula (art. 34). Sobre la importancia de la participación pública se ha dicho: “*ya no se duda acerca de la imposibilidad de escindir la verdad material de los principios de transparencia pública y dentro de ella del acceso a la información y la participación*”²⁴⁰. La DIA, por ello, debe considerar particularmente las manifestaciones u opiniones vertidas, las que no son vinculantes, pero deben ser analizadas y tenidas en cuenta y en caso de ser desestimadas, se deberá fundamentar tal decisión (art. 18, decreto N° 2109/96 y art. 4, Re-

240. IVANEGA, Miriam, “Procedimiento Administrativo: las dimensiones del principio de verdad material”, Revista La Ley, 14 de diciembre de 2010.

solución MAyOP N° 109/96). Todo ello de manera concordante con la Ley Nacional de Política Ambiental (Ley N° 25.675, arts. 20 y 21).

La audiencia pública es una etapa esencial. Nuestra Suprema Corte ha dicho: *“Finalmente, a ese acto administrativo que implica complejidad, de carácter técnico, que encierra una autorización que se vincula a otras autorizaciones, se dicta en un procedimiento en el que la participación constituye un elemento esencial de validez”*²⁴¹.

La ley nacional 25.675 no deja duda sobre la importancia de la participación pública. En su artículo 20 exige a las autoridades institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. Establece que la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública. El artículo 21 requiere que la misma se asegure principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

La misma ha sido reglamentada mediante la Resolución N° 109/96 del entonces Ministerio de Ambiente y Obras Públicas que establece el trámite de las audiencias públicas sobre temas ambientales. Esta resolución ha tomado en consideración la normativa general sobre audiencias públicas establecida por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad que encomendó su elaboración a un equipo dirigido por los doctores Agustín Gordillo y Germán Bidart Campos. También sigue el proyecto que, específicamente sobre la materia ambiental, elaboraron Daniel Sabsay y Pedro Tarak²⁴².

La reglamentación define a la audiencia pública como la instancia administrativa a la que debe recurrir el proponente de un proyecto de obra o actividad sometido a la evaluación del impacto ambiental para efectuar una consulta al público interesado. Considera que público es toda persona física o jurídica que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo o difuso, incluyendo las organizaciones ambientalistas, comunitarias, de usuarios, como también instituciones académicas, científicas o tecnológicas. Por su parte, reviste carácter de interesado toda persona que se crea eventualmente perjudicada o beneficiada por el proyecto en su derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano.

Establece que el fin de la audiencia pública es lograr que la autoridad ambiental a través de una comunicación fluida, ordenada y productiva entre el proponente del proyecto, especialistas y múltiples integrantes del público re-

241. S.C.J.Mza. Causa N° 80.295, fallo citado.

242. *La Participación Vecinal y la Gestión del Medio Ambiente*, FARN, Bs. As., 1995.

cepte la información, las opiniones u objeciones en torno al proyecto, las que debidamente consideradas contribuirán a mejorar la calidad de la decisión a adoptar, esto es, el otorgamiento, modificación o denegación de la autorización para ejecutar el proyecto. Se precisa que las opiniones no tienen efecto vinculante, es decir, no obligan a la autoridad, pero ésta debe tomarlas en cuenta para emitir la decisión y en caso de que las desestime debe fundamentar tal actitud.

Se distinguen en la norma claramente dos etapas. La primera se inicia con la convocatoria de la audiencia y tiene por objeto la preparación con la debida anticipación de los aspectos necesarios para el logro de los objetivos y fines de la misma. La segunda regula la participación de los distintos interesados durante su desarrollo.

La convocatoria de la audiencia tiene lugar una vez que el trámite para obtener la Declaración de Impacto Ambiental se encuentra con todos los dictámenes y antecedentes exigidos por la normativa específica. La difusión de la convocatoria se hace mediante la publicación de dos avisos en un diario de amplia circulación durante treinta días. El contenido del mismo transmite los aspectos esenciales del proyecto a considerar para que los interesados puedan obtener toda la información disponible, facilitando su participación. La audiencia pública, entonces, está precedida de una etapa preparatoria en la que se designa a uno o más instructores que tienen la responsabilidad de realizar todos los trámites previos para la eficaz realización de la misma. En esta etapa los interesados deben inscribirse ante el Instructor, como así también proponer la prueba de testigos y peritos. El instructor tiene la obligación de mantener la imparcialidad absteniéndose de valorar las pretensiones presentadas.

Finalmente se regula el desarrollo de la audiencia pública. La misma es presidida por la autoridad de aplicación provincial pudiendo delegar esa función en el Instructor. Todas las intervenciones son orales. En el comienzo del acto se deben explicar los objetivos de la convocatoria, las reglas que la rigen y la duración de la misma. Luego se invita al proponente del proyecto a realizar un relato del mismo, se explican las conclusiones de los diferentes dictámenes técnicos y se enumera las presentaciones con objeciones al proyecto. Después de esta actividad comienza la producción de la prueba testimonial y pericial que se hubiera admitido por el instructor. Culminada la producción de la prueba se da comienzo a las expresiones orales del público interesado, comenzando por quienes se hubieran inscripto previamente. Una vez terminadas estas participaciones, se permiten las expresiones de las personas no inscriptas que deseen tomar la palabra. Concluidas las intervenciones orales se da por terminada la audiencia. Una copia escrita quedará en mesa de entradas del ministerio a disposición de los interesados.

III. El Aviso de Proyecto

1. Importancia y limitaciones

El Aviso de Proyecto entraña una evaluación sumaria, previa al procedimiento de EIA, cuyo objeto es ponderar si los impactos ambientales de una iniciativa *son capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial* (art. 27, Ley 5.961) o, en términos de la Ley 25.675, si son significativos o no (art. 11). Conforme a ello, la autoridad ambiental resolverá disponer que el proponente presente la respectiva MGIA, cuando los impactos se ponderen como significativos, o la exención del procedimiento de EIA si no lo son.

El Aviso de Proyecto no está previsto en la Ley 5.961, fue introducido por el decreto reglamentario 2109/94, y reconoce como antecedente la normativa de EIA de Tierra del Fuego.

El procedimiento sumario simplifica la presentación y los estudios técnicos que deben acompañar a un proyecto cuando el proponente considera técnicamente que la iniciativa no tiene un impacto ambiental significativo.

2. Reglamentación y supuestos de aplicación

Este procedimiento abreviado ha sido adoptado, por su razonabilidad, en disposiciones sectoriales provinciales²⁴³ y municipales.

El decreto 2109/94 establece:

ARTÍCULO 9 – PROYECTOS EXCEPTUADOS. Están exceptuados de solicitar la Declaración de Impacto Ambiental los proyectos que no estén comprendidos en algunas de las categorías establecidas en el Anexo I de la Ley 5.961. Tampoco están comprendidos aquellos proyectos que por su escaso impacto o magnitud no puedan afectar el equilibrio ecológico de uno o más ecosistemas. Se entenderá que las obras o actividades comprendidas en el proyecto puedan previsiblemente alterar el equilibrio ecológico, cuando éstas puedan superar la capacidad de carga del ecosistema. Para la obtención de esta exención, el proponente deberá presentar el Aviso de Proyecto previsto en el artículo siguiente.

La redacción de la norma permite identificar estos supuesto para su aplicación:

- 1) Proyectos no categorizados en el Anexo I, con efectos interjurisdiccionales.
- 2) Proyectos no categorizados en el Anexo I, de impactos significativos.
- 3) Proyectos categorizados pero de escaso impacto ambiental o magnitud.

- 1) Proyectos no categorizados en el Anexo I, con efectos interjurisdiccionales.

La norma reglamentaria exige una interpretación integral con la Ley 5.961. No es correcta la literalidad de que todos los proyectos no categorizados están exentos. La ley en su anexo contiene una enumeración metodológica,

243. Ver Decreto 1452/2003, modificado por Decreto 2844/2009, sobre obras de agua potable y saneamiento.

cuyo objeto es fijar la competencia provincial o municipal. En la causa “Roldán”, la Corte mendocina rechazó el argumento limitador del procedimiento de EIA²⁴⁴.

Se ha visto en la parte correspondiente, que el Anexo I de la ley (sobre proyectos de competencia provincial) contiene una categoría amplia, determinable, comprensiva de todos los proyectos que puedan causar efectos interjurisdiccionales: “Todas aquellas obras o actividades que puedan afectar directa o indirectamente el equilibrio ecológico de diferentes jurisdicciones territoriales” (Anexo I, inciso 14).

Este primer supuesto, entonces, aplica el AP a proyectos no categorizados a fin de determinar ese efecto interjurisdiccional. En caso que no tenga ese efecto, el proyecto puede eximirse del procedimiento de EIA provincial, pero no implica que los municipios no puedan someterlo a sus procedimientos de EIAM.

2) Proyectos no categorizados en el Anexo I de impactos significativos, pero sin efecto interjurisdiccional.

Con agudeza dice la Corte provincial: *“Interpretar que una obra o actividad que puede afectar directa o indirectamente el equilibrio ecológico de una sola jurisdicción territorial no requiere de evaluación de impacto ambiental implicaría una interpretación absurda y caprichosa de la ley”*²⁴⁵.

Es la potencialidad del impacto lo que impone la EIA a los proyectos y esa significación responde a si esos impactos son susceptibles de *degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa* (art. 11, Ley 25.675). Es decir, el efecto interjurisdiccional no limita la obligación del art. 27, en cuanto a la aplicación del procedimiento de EIA. Sin embargo, en lo competencial, para los proyectos sin efecto interjurisdiccional, el principio de la ley es la competencia municipal (conforme art. 197 CP y Anexo II, Ley 5.961). Por lo que el AP, en caso que estime que no existe impacto interjurisdiccional, resolverá remitirá las actuaciones al municipio respectivo.

En algunos casos se requerirá completar el análisis jurídico con las regulaciones relacionadas con la actividad a evaluar. Por ejemplo, las normas sobre protección de la fauna silvestre, como las de patrimonio cultural, confieren competencia a la provincia, por lo que en estos casos corresponderá a la autoridad provincial, mediante el AP, la exención o el cumplimiento del procedimiento de EIA.

3) Proyectos categorizados en forma determinada pero de escaso impacto ambiental o magnitud.

244. SCJM causa n° 89.799, caratulada: “Roldán, Eduardo Aurelio En J° 163.597/9.879 Asociación Oikos Red Ambiental C/ Pcia. de Mendoza P/ Acción de Amparo S/ Cas.”, sentencia del 31/10/2007.

245. SCJM causa n° 89.799, caratulada: “Roldán, Eduardo Aurelio En J° 163.597/9.879 Asociación Oikos Red Ambiental C/ Pcia. de Mendoza P/ Acción de Amparo S/ Cas.”, sentencia del 31/10/2007.

En este supuesto, la competencia es provincial, por lo que el Aviso de Proyecto apunta a establecer el escaso impacto ambiental o magnitud, conforme art. 27 de la Ley 5.961 y art. 9 del Decreto 2109/94. En este supuesto se aplica la exención. El criterio de evaluación se desarrolla más adelante.

3. Una consideración restrictiva

Sin embargo, la aplicación del Aviso de Proyecto a proyectos categorizados debe ser interpretada en forma restrictiva.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en un fallo del año 2016²⁴⁶ tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este importante asunto. En su voto, el Dr. Hitters, expresa en relación a la normativa de la provincia de Buenos Aires:

“Precisé, en esa línea, que existe un catálogo de actividades descritas en la propia norma (las así enunciadas en el Anexo II de la ley 11.723) respecto de las cuales la ley las ha considerado merecedoras de la Declaración de Impacto Ambiental, independientemente de su posicionamiento respecto del umbral al que aluden los arts. 10 de la ley 11.723 y 11 y 12 de la ley 25.675, por lo que concluí que la aludida exigencia –en tales casos– resulta de ineludible acatamiento”.

Es decir, la aludida exigencia viene impuesta con independencia de toda valoración sobre esa magnitud.

En la misma casusa, Hitters se refiere los proyectos no categorizados, expresando:

“Señalé al pronunciar mi voto en la mencionada causa “Rodoni” –opinión que concitó la adhesión de los restantes colegas que intervinieron en el Acuerdo– que a tenor de lo normado en el art. 10 de la citada ley, no toda obra o actividad ha de estar precedida de la mentada declaración, pues esta resulta imperativa solo respecto de aquellas que “produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales”, extremo que también es exigido por la ley 25.675 en aquellos casos en que la obra o actividad “sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa” (arts. 11 y 12)”.

Como observación a este interesante aporte de Hitters, se debe aclarar que la causa hace referencia a una situación donde el emprendedor elude todo procedimiento de evaluación de su actividad, por ser anterior a la ley y por no estar categorizada, y que en el marco legal de Buenos Aires no se prevé el Aviso de Proyecto ni el Informe de Partida.

Lo mismo, una interpretación razonable, con fundamento en el art. 10 de la Ley 25.675, requiere que en la evaluación de proyectos categorizados, el procedimiento del Aviso de Proyecto, para eximir el cumplimiento del procedimiento de EIA, alcance una conclusión precisa sobre la escasa magnitud y significación del impacto.

246. SCBA, causa C. 117.088 “Cabaleiro, Luis Fernando contra Papel Prensa S.A. Amparo”.

4. La magnitud y significación del impacto

La EIA debe centrarse en los impactos significativos; pero determinar qué debe entenderse por significativo requiere consideraciones técnicas. El efecto interjurisdiccional es la medida que la ley establece como impacto significativo, atributivo de la competencia provincial. El efecto interjurisdiccional, en las categorías sujetas a determinación, alude a la potencial afectación de una región o de dos o más territorios municipales, se refiere a la *expansividad en el espacio del potencial daño ambiental*. Pero, por principio del art. 27, la significación deberá considerar también la persistencia en el tiempo y la irreversibilidad del daño.

En los proyectos categorizados en forma determinada, la ley parte de presumir que sus impactos son significativos. El Aviso de Proyecto, a pedido del proponente, apunta a evaluar esta condición.

Para la evaluación de la significación del impacto, la reglamentación suministra un criterio en el art. 9, en virtud del cual la no significación, o en los términos de la reglamentación, el escaso impacto o magnitud del proyecto, resultaría cuando no pueda afectar el equilibrio ecológico de uno o más ecosistemas. En consecuencia, si ese equilibrio se altera estamos ante un impacto significativo.

La magnitud y la significación del impacto no son equivalentes, aunque se relacionan. La magnitud hace referencia a la diferencia entre el ambiente inicial y el ambiente resultante después de la realización del proyecto. La significación alude a la ponderación o importancia de esta diferencia²⁴⁷.

La reglamentación intenta precisar qué entiende por alteración del equilibrio ecológico, expresando: *Se entenderá que las obras o actividades comprendidas en el proyecto pueden previsiblemente alterar el equilibrio ecológico, cuando éstas puedan superar la capacidad de carga del ecosistema*. Recurre en esto a una definición de la UICN²⁴⁸.

De ninguna forma en el estado actual del derecho ambiental se debe entender que la merituación de la significación del impacto²⁴⁹ está limitada a lo ecosistémico, sino que comprende la valoración de los impactos sociales y culturales. Más precisamente, conforme a la ley nacional 25.675, lo que se debe tratar de *determinar es si esos impactos son susceptibles de degradar el ambiente, alguno de sus componentes*, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa (art. 11).

247. SILVA TORRES, Beatriz Adriana, *Evaluación Ambiental: Impacto y Daño, un análisis jurídico de la perspectiva científica*, Universidad de Alicante, 2012.

248. La define como “la capacidad de un ecosistema para sustentar organismos sanos y mantener al mismo tiempo su productividad, adaptabilidad y capacidad de renovación” (CUIDAR LA TIERRA, Estrategia para el Futuro de la Vida, 1991, pág. 49).

249. Sobre significación y magnitud en la legislación comparada: SILVA TORRES, Beatriz Adriana, *Evaluación Ambiental: Impacto y Daño, un análisis jurídico de la perspectiva científica*, Universidad de Alicante, 2012, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24476/1/Tesis_Silva.pdf

Pero tal como se ha visto, la significación puede *no* tener efectos interjurisdiccionales, en tales supuestos, corresponde la competencia municipal.

5. Procedimiento

La exención no es automática, requiere “*una evaluación sumaria*” destinada a comprobar que por su escaso impacto o magnitud no puedan afectar el equilibrio ecológico de uno o más ecosistemas.

Para la obtención de esta exención, el proponente deberá presentar el Aviso de Proyecto, documento que debe integrarse con los contenidos que exige la ley.

ARTÍCULO 11 – REQUISITOS. El Aviso de Proyecto deberá contener:

- 1 – Datos del proponente.*
- 2 – Nombre de la persona física y jurídica.*
- 3 – Domicilio legal y real. Teléfonos.*
- 4 – Datos y domicilio real y legal del responsable profesional.*
- 5 – Denominación y descripción general del proyecto.*
- 6– Objetivos y beneficios socioeconómicos.*
- 7 – Localización con indicación de la jurisdicción municipal o municipales comprendidas.*
- 8 – Población afectada.*
- 9 – Superficie del terreno.*
- 10 – Superficie cubierta existente y proyectada.*
- 11 – Inversión total a realizar.*
- 12 – Etapas del proyecto y cronogramas.*
- 13 – Consumo de energía por unidad de tiempo en las diferentes etapas.*
- 14 – Consumo de combustible por tipo, unidad de tiempo y etapa.*
- 15 – Agua, consumo u otros usos, fuente, calidad y cantidad.*
- 16 – Detalle exhaustivo de otros insumos.*
- 17 – Tecnología a utilizar.*
- 18– Necesidades de infraestructura y equipamiento que genera directa o indirectamente el proyecto.*
- 19 – Ensayos, determinaciones, estudios de campo y/o laboratorios realizados.*
- 20 – Residuos y contaminantes. Tipos y volúmenes por unidad de tiempo.*
- 21 – Principales organismos, entidades o empresas involucradas.*
- 22 – Normas y/o criterios nacionales y/o extranjeros consultados.*
- 23 – Razones o motivos que, a juicio del proponente, justifica en la exención de la Declaración de Impacto Ambiental.*

Estos contenidos son lo suficientemente descriptivos del proyecto y permiten alcanzar el objetivo del AP: determinar la significación o no de los impactos que irroga el emprendimiento.

El procedimiento no excluye el dictamen técnico, esto es, el fundamento objetivo técnico–científico que inspira a toda la Ley 5.961. No debe dudarse de que si del conjunto de actuaciones la autoridad no ha alcanzado la certidumbre necesaria sobre aspectos ambientales cruciales para emitir su decisión, deberá requerir conforme al principio de verdad real la producción de actos complementarios con el fin de alcanzar el necesario esclarecimiento.

6. La resolución

El procedimiento culmina con una resolución expresa de la autoridad de aplicación que establece la exención al procedimiento de EIA del proyecto evaluado por su escaso impacto ambiental. La resolución puede introducir instrucciones que aseguren este resultado. Alternativamente, en caso que la administración ambiental no haya alcanzado el grado de certidumbre necesario para determinar lo *no significativo de los impactos* del emprendimiento, debe requerir al proponente que presente la MGIA y que se ajuste al trámite ordinario de EIA.

7. ¿Procedimiento autónomo?

Se ha expresado que el Aviso de Proyecto es una evaluación sumaria, *previa* al procedimiento de EIA, cuyo objeto es ponderar si los impactos ambientales de una iniciativa son capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial. Si el procedimiento identifica que los impactos son escasamente significativos, exime al proyecto de cumplir con el procedimiento de EIA. Sin embargo, la administración ambiental ha extendido su aplicación, resolviendo casos en los que los eventuales impactos son significativos, emitiendo una resolución con un contenido equivalente a la DIA.

El fundamento al que se recurre es la necesidad de abreviar el procedimiento autorizatorio, ya sea por razones de urgencia o porque el proyecto a evaluar resulta análogo a otros cumplidos mediante el procedimiento ordinario. El AP, como procedimiento abreviado, autónomo, requiere una reforma legislativa de la Ley 5.961.

Algunos municipios resuelven el problema del trámite abreviado y autónomo en cuanto la calificación del proyecto se realiza mediante un trámite que no se confunde con el Aviso de Proyecto. Así, la municipalidad de Las Heras requiere la presentación del Formulario Base, por lo que el Aviso de Proyecto se aplica cuando la calificación del proyecto se dictamina como de bajo impacto (arts. 7 inciso b, Ordenanza N° 125/99 de Las Heras). La municipalidad de Capital, califica los proyectos mediante la presentación de una Solicitud de Categorización del proyecto. En caso que califique como de bajo impacto ambiental se requiere al proponente la presentación de un Informe Ambiental (art. 19, ordenanza N° 3.396/15508/99). El mismo procedimiento se aplica por la municipalidad de Godoy Cruz (Ordenanza N° 4584/2000).

IV. Otros asuntos vinculados a la EIA

1. Los impactos ambientales acumulativos y sinérgicos

Los efectos acumulativos son las alteraciones significativas en los sistemas ambientales como consecuencia de acciones proyectadas equivalentes o asociadas. Es un impacto aditivo o incremental. Se pueden referir a los impactos de un proyecto o de varios proyectos. El impacto es sinérgico cuando el efecto conjunto de varias acciones supone una incidencia ambiental mayor que la suma de incidencias individuales contempladas aisladamente.

El impacto acumulativo no está regulado expresamente en la Ley N°5.961 ni en su decreto reglamentario, pero está implícito en el instituto y en la responsabilidad pública de prevención del daño ambiental. Entonces, cuando la cantidad de intervenciones equivalentes o asociadas, proyectadas o en ejecución, indiquen la existencia de impactos significativos, las autoridades deberán considerar imponer el procedimiento de EIA a todas ellas; esta indicación reconoce como antecedente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (S. 1144. XLIV. Salas, Dino y otros v. Provincia de Salta y otro amparo, 26 de marzo de 2009).

2. La Evaluación Ambiental Estratégica y la EIA

Introducida en la ley provincial N° 8.051 de ordenamiento territorial y uso del suelo, en la Ley de Glaciares N° 26.639 y requerida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Dino Salas*, constituye un instrumento trascendente. Debe destacarse la directiva europea 2001/42/CE, sobre evaluación ambiental estratégica, y la ley cordobesa N° 10.208 de política ambiental.

El art. 37 de la ley de Córdoba la define el procedimiento de EAE como aquel iniciado por el ministerio respectivo “para que se incorporen al proceso de formulación de las políticas, programas y planes de carácter normativo general que tengan impacto sobre el ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la formulación e implementación de la respectiva política, programa y plan y sus modificaciones sustanciales, y que luego es evaluado por la autoridad de aplicación”. La EAE es por tanto una herramienta de gestión ambiental pública, y conforme el art. 38°, su finalidad y objetivos consisten en incidir, en una etapa temprana, en el diseño y planeamiento de las políticas públicas aportando una visión de sustentabilidad y mejorando la calidad de las políticas, planes y programas provinciales²⁵⁰.

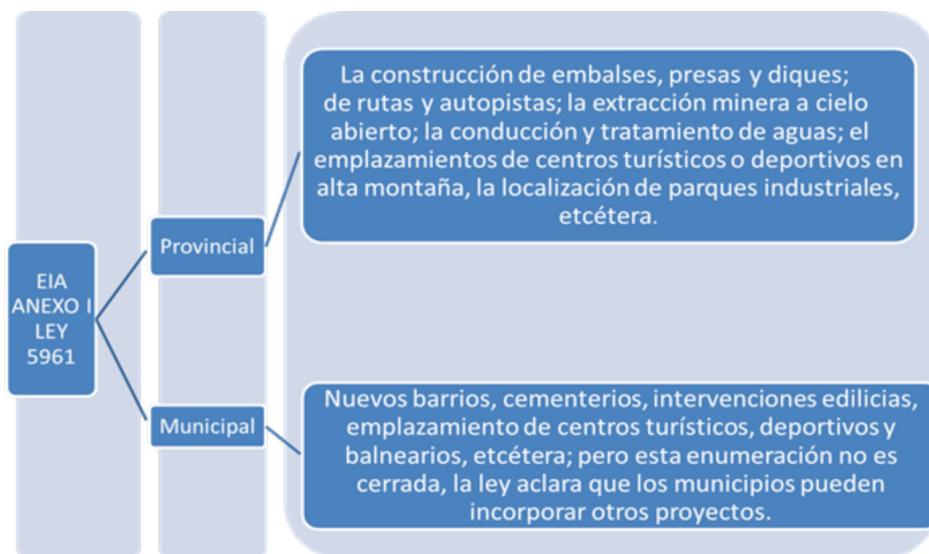
Ambas comparten ser un procedimiento preventivo de naturaleza administrativa. La diferencia se encuentra en el alcance del objetivo perseguido: “Así mientras que en la EIA se somete a valoración ambiental un concreto proyecto

250. PARDO, María Clara, *Comentario a la ley 10.208 de la Provincia de Córdoba*, ADLA2014–25, 208.

o instalación pública o privada, por tanto un documento carente de valor normativo, en el caso de la EAE sometemos a evaluación la decisión de carácter general, es decir, la norma o cuasi norma. En el caso de la EIA nos hallamos a nivel de actos de aplicación, por el contrario cuando hablamos de evaluación estratégica nos elevamos al nivel de la ordenación general, susceptible de desarrollo y posterior ejecución mediante normas y actos de aplicación”. Por todo ello, debemos destacar que de la comparación entre la EAE y la EIA se desprende un alcance muy superior a favor de aquella, toda vez que estamos ante una figura que incide desde el primer momento del proceso de planificación y con una visión estratégica incorporada, esto es, operativa “tan pronto sea posible en la cadena de decisión y en todo caso, antes que la implementación de las políticas alcance el nivel de proyecto”. Asimismo, opera en todas las fases del proceso de planificación y tiene naturaleza continua, quedando potenciada e integrada al propio tiempo la participación pública en el seno del mismo²⁵¹.

La introducción de la Evaluación Ambiental Estratégica en la Ley 8.051, hace que la misma se encuentre hoy en día dentro del régimen vigente, siendo necesario que se instrumente mediante las reglamentaciones adecuadas, de modo que integre dentro de su contenido los distintos tópicos de la política planificación estadual²⁵².

EIA: Autoridades competentes



251. ARROYO YANES, Luis Miguel, La evaluación ambiental de planes y programas en la ley de Gestión integrada de la calidad ambiental, <http://www.uca.es/web/actividades/compromisoambiental/d08/archivo01>

252. PINTO, Mauricio, “Coordinación sistémica de las regulaciones ambientales y territoriales”, Revista de derecho ambiental, n° 32, octubre–diciembre 2012, p. 365–366.

Los resultados de la EAE, referida a planes y programas, incidirán en la evaluación de los proyectos concretos que se realizará a través del procedimiento de EIA.

Art. 35: Previo a la emisión de la D.I.A., la autoridad de aplicación deberá considerar en los análisis de los resultados producidos en las distintas etapas del procedimiento, los siguientes criterios:

- a. El ordenamiento ecológico provincial, con sus subsistemas e interacciones;
- b. Las disposiciones legales y planes de manejo de las áreas protegidas naturales y urbanas;
- c. Los criterios ecológicos para la protección de la flora y de la fauna, para el aprovechamiento racional de los recursos naturales y para la protección del ambiente;
- d. Las regulaciones sobre ordenamiento territorial y todas aquellas otras concernientes a la preservación ambiental;
- e. Los objetivos de la política ambiental provincial, la cual armonizará las necesidades del desarrollo económico y social con las del sostenimiento y mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Provincia.

Art. 36: Cumplida que sea la E.I.A., la autoridad de aplicación dictará la D.I.A., en la que podrá:

- a. Autorizar la realización de la obra o actividad en los términos y condiciones señalados en las Manifestaciones presentadas;
- b. Autorizar la realización de la obra o actividad proyectada, pero condicionada al cumplimiento de las Instrucciones Modificadoras de la obra o actividad;
- c. Negar dicha autorización.

Art. 37: La reglamentación de la presente ley establecerá la modalidad del sistema de información pública, el contenido del dictamen técnico y los plazos y modos del procedimiento para obtener la D.I.A.

V. La Declaración de Impacto Ambiental

1. DIA y finalidad

La finalidad debe distinguirse del contenido, esto último es lo que se preceptúa: la DIA autoriza, modifica o rechaza el proyecto. La finalidad se refiere al interés público que la actividad administrativa, por esencia, debe satisfacer²⁵³.

253. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1966, páginas 343/344.

Cuando esa función es la de evaluar ambientalmente un proyecto, esa finalidad cobra una dimensión especial en la DIA, que la transforma en una garantía del derecho consagrado en el art.41 de la Constitución Nacional.

La función preventiva de la misma es su causa fin. Prevenir el daño ambiental explica la prohibición general que sustenta este procedimiento; luego, la eventual autorización, es una garantía de que el mismo será evitado. El principio de prevención no es un principio procedimental administrativo, es un principio sustancial del derecho ambiental que dirige el obrar administrativo hacia la decisión, buscando explicar e interpretar las relaciones ínsitas entre el ambiente y el proyecto. El acto administrativo adolecerá de un vicio grave cuando esté en discordancia con la situación de hecho regulada o carezca de motivación (Ley N° 3.909, arts. 52 inciso b) y 67, inciso c)²⁵⁴.

2. Tipologías de DIA

La DIA, para ser acto administrativo, debe ser productora de efectos jurídicos directos e inmediatos²⁵⁵, sin depender ni estar condicionada por ningún acto posterior. Los efectos jurídicos deben emanar del acto mismo: solo entonces son inmediatos. De lo contrario, puede resultar un acto preparatorio, un informe o dictamen, que sirve de nexo para otro acto posterior productor de efectos jurídicos, pero no sería en sí mismo un acto administrativo de autorización.

“El acto que con posterioridad a su emisión debe ser aprobado por otra autoridad no nace al mundo jurídico”, señala Gordillo. Y completa, “*el criterio general es que faltando la aprobación el acto administrativo carece de eficacia y no tiene fuerza ejecutoria y no puede generar derechos subjetivos a favor de los particulares*”²⁵⁶. La CSJN ha dicho que el acto *ad referendum* o sujeto a aprobación de una autoridad superior carece de aptitud para generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes, pues su eficacia está sometida a un hecho futuro e incierto. A lo sumo puede considerarse como un acto preparatorio y sus efectos se producen únicamente a partir del momento en que la aprobación se presta²⁵⁷. Esta es la doctrina del art. 37 de la ley de procedimientos administrativos de Mendoza N° 3.909²⁵⁸.

254. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1966 y p. 331: “Por principio, la motivación debe contener una relación de las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron la emanación del acto”. . . En dos palabras: la motivación idónea o eficaz requiere que ella sea suficiente para poder explicar con exactitud los motivos determinantes del acto”.

255. Art. 28, Ley 3.909; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, El Acto Administrativo, IV-30.

256. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, págs. IX-20-21.

257. Citado en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, págs. IX-20-21.

258. Art. 37 – Los actos sujetos por el orden normativo a la aprobación de otro órgano no podrán ejecutarse mientras aquella no haya sido otorgada.

Más específicamente, la Corte Suprema de Mendoza en las causas por inconstitucionalidad de la Ley 7.722, consideró en su fallo plenario²⁵⁹:

“La Ley 7.722 introduce un nuevo mecanismo de control del Poder Legislativo sobre el procedimiento de Evaluación que la Ley coloca a cargo del poder administrador competente ante cualquier emprendimiento que tenga potencial para afectar al ambiente sano al que nosotros y nuestros descendientes tienen derecho de fuente constitucional directa y expresa (art. 41 CN). Como punto de partida es necesario destacar que está fuera de toda duda que el constituyente mendocino, no solo de 1916 sino ya desde 1895 (ver Egües, Carlos Alberto, Historia constitucional de Mendoza. Los procesos de Reforma, EDIUNC, Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2008, p. 37), ha resuelto atribuir a la Legislatura, en materia de control, facultades más amplias que las que atribuye la Constitución Nacional al Congreso de la Nación. En este orden es posible mencionar el caso de la facultad expresa que tiene la Legislatura, en el marco de la ley, de crear cargos en la administración que requieran la aprobación por el Senado de la designación que realice el Poder Ejecutivo de sus directivos (art. 83 CPM), como ha ocurrido con los directores del Ente Provincial Regulador de la Electricidad, del Ente Provincial del Agua y el Saneamiento (EPAS), etc. Los poderes políticos de la provincia de Mendoza tienen la facultad de elaborar en conjunto mecanismos de control concurrentes en los ámbitos que consideren conveniente; y así lo han hecho en el terreno de los controles de servicios públicos del agua (Ley 6.044) y de la electricidad (Ley 6.497). Es en ese contexto propio del régimen constitucional y legal institucional de nuestra provincia donde se presenta la exigencia de una “ratificación” de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) por parte del legislador, a fin de completar el acto complejo que muy bien ha definido el Dr. Gómez en su voto” (Voto del Dr. Alejandro Pérez Hualde).

3. La DIA y la prevención del daño ambiental

Identificar, analizar y evaluar en forma previa los impactos ambientales de las actividades, es la esencia de la Declaración de Impacto Ambiental.

Para establecer una medida a la labor preventiva que deberá reflejarse en la DIA, debemos considerar el alcance del daño ambiental, el cual, conforme a la Ley N° 25.675, se define como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

Al respecto, la alteración es una expresión que denota que el daño supone una modificación, un cambio, una transformación de la situación preexistente. Es relevante cuando altera la capacidad de carga del ecosistema o su sustentabilidad, la salud humana, el patrimonio cultural y la calidad de vida social. Finalmente esa modificación debe ser negativa, aspecto que podría

259. Causa N° 90589, caratulada: “Minera del Oeste Srl Y Ot. C/ Gbno. de la Provincia P/ Acción Inconstitucionalidad” (Ley 7.722), fs. 1033/1088 y vta. <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=4519771086>.

vincularse a la alteración de la capacidad de mantener una calidad de vida aceptable y un equilibrio ecológico viable, excluyendo aquellos cambios que no tengan un efecto sustantivo²⁶⁰.

4. La discrecionalidad administrativa y el componente técnico reglado

La potestad discrecional en el derecho administrativo clásico se concibe como opuesta a la potestad reglada. La primera supone un ámbito de libertad o franquicia para que la administración proceda a elegir la solución aplicable. Mientras que en la segunda, la norma predetermina la acción administrativa a cumplir. La importancia de esta distinción radica en que la actividad discrecional al conferir un amplio marco de libertad estaría exenta del control jurisdiccional. Pero esta concepción ha sufrido los cambios que impone las tendencias jurídicas dominantes de la sociedad y el funcionamiento del Estado. Así, la doctrina de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos sustenta la plenitud del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad administrativa, en tanto la actuación administrativa en todo supuesto se encuentra sometida a la razonabilidad²⁶¹.

En este punto cobra particular importancia el componente técnico reglado que Martín Mateo establece como distintivo del derecho ambiental. Las normas ambientales incluyen prescripciones rigurosamente técnicas que determinan y cifran los niveles de emisión o de inmisión, de vertido, etc. Aspectos normativos sustanciales se contiene en anexos y en cuadros de doble entrada que precisan las condiciones en las que deben realizarse las actividades afectadas. La discrecionalidad administrativa y del propio jurista se encuentra rígidamente encorsetadas en el marco técnicamente precisado para la regulación de las conductas²⁶².

Pero el decisor conserva un margen importante para alcanzar una solución sustentable. Ocurre a esto un principio sustantivo del derecho ambiental cual es el de progresividad o gradualidad²⁶³. Un punto que no merece cuestionamiento es que el ejercicio de la potestad discrecional opera siempre dentro de la Constitución y de los principios que la nutren, cuya esencia es no transgredir la prohibición de la arbitrariedad o razonabilidad²⁶⁴, y que en el derecho ambiental hace referencia al principio de sustentabilidad.

260. SABSAY, Daniel y Di Paola, María Eugenia, "El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente", Anales de la Legislación Argentina, Boletín Informativo año 2003, N° 17, pp 1-9, La Ley.

261. CASSAGNE, Juan Carlos, *La discrecionalidad administrativa y el control judicial*, La Ley, 8 de setiembre de 2008, página 6.

262. MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de derecho ambiental, Tahvium, Madrid, 1991*, vol. I. pág. 94.

263. Art. 4, Ley 25.675: Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

264. CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit.

En nuestro caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia del 20 de junio de 2006, con una expresión memorable, establece el límite a la discrecionalidad en materia ambiental: *“El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...”*(considerando 7°)²⁶⁵.

En la causa LLancanelo, la Corte local confirmó la nulidad de la respectiva DIA, considerando que;

*“La resolución impugnada adolece de la ilegalidad manifiesta que exige la normativa básica que hace procedente a la acción de amparo. Esto es así en la medida en que la Resolución impugnada autoriza una explotación hidrocarburífera asumiendo el riesgo cierto de quebrantar la prohibición legal expresa del art. 25 de la Ley 6.045. Es más, los principios que inspiran el art. 41 CN se condicen con el resultado del reclamo en las instancias inferiores... En nuestro caso, podemos decir: la duda es fatal para el proyecto de explotación hidrocarburífera en trámite. Los principios constitucionales más la prohibición legal exigen el resultado producido por la Juez de Primera Instancia: “corresponde antes delimitar el área natural protegida”*²⁶⁶.

Entonces la discrecionalidad administrativa está delimitada por la finalidad sustancial de la DIA: la preservación del ambiente, la cual establece la medida de una decisión razonable o exenta de arbitrariedad.

5. La DIA y el principio de precaución

Los estudios y actos previos a la emisión de la DIA pueden identificar aspectos ambientales donde no se alcance la certeza científica necesaria sobre determinadas condiciones ambientales lo que dificulta en principio las medidas que eviten el probable daño ambiental. En estos casos, cuando se estime que el mismo puede ser grave o irreversible corresponde hacer aplicación del principio de precaución²⁶⁷.

Desde la perspectiva del derecho ambiental, la incertidumbre es abordada mediante la aplicación del principio de precaución, que al igual que el princi-

265. C.S.J.N.: Sentencia del 20/06/06, Considerando 7°, en M. 1569. XL., competencia originaria, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”

266. CSJMza: “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.”, LA LEY 2005-D, 552.

267. Art. 4, Ley 25.675: “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”.

pio de prevención, interviene *ex –ante* del daño ambiental²⁶⁸. El principio de precaución constituye un plus adicional a la normal diligencia que resulta del conocimiento científico y a las consecuentes prácticas preventivas, e impone al decisor, público o privado, el deber de adoptar medidas eficaces cuando haya peligro de daño ambiental grave o irreversible. Un estudio de riesgo sería una medida complementaria para su adecuada aplicación²⁶⁹.

Entonces, la aplicación de este principio no supone necesariamente el rechazo del proyecto, exige que las medidas sean eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. En caso que esto sea imposible de atender con medidas precautorias razonables, corresponderá el rechazo del proyecto²⁷⁰.

6. Criterios de evaluación

La Declaración de Impacto Ambiental, como culminación de ese procedimiento, debe contener las previsiones resultantes de la evaluación de los posibles impactos ambientales vinculados al emprendimiento a autorizar.

Para ello la ley exige que la autoridad “deberá considerar en los análisis de los resultados producidos en las distintas etapas del procedimiento” (art. 35). Esto es, deberá evaluarse la presentación del proponente del proyecto, el dictamen técnico, los dictámenes sectoriales, los dictámenes municipales, las opiniones vertidas en la Audiencia Pública, toda otra documentación o presentación incorporada al expediente y que sea relevante para la toma de decisión.

Para esta evaluación la ley suministra criterios:

- a. El ordenamiento ecológico provincial, con sus subsistemas e interacciones;
- b. Las disposiciones legales y planes de manejo de las áreas protegidas naturales y urbanas;
- c. Los criterios ecológicos para la protección de la flora y de la fauna, para el aprovechamiento racional de los recursos naturales y para la protección del ambiente;

268. Ver CAFFERATTA, Néstor, “El Principio Precautorio y el derecho ambiental”, Revista La Ley del 3 de diciembre de 2003.

269. Para ESTRADA OYUELA es obligatorio: ver “El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente”, Revista La Ley, del 22 de setiembre de 2003.

270. CIRIGNOLI, Sebastián R. v. Aguerre, Ramón y otros Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala 4ª, 2ª INSTANCIA.— Corrientes, noviembre 11 de 2009. “En cuanto a la efectivización del principio precautorio, las directrices incorporan una noción fundamental, que es la del manejo adaptativo, que debería integrar como elementos al monitoreo de los impactos de la gestión o de las decisiones basados en indicadores, la promoción de la investigación para reducir las incertidumbres, asegurar evaluaciones periódicas de los resultados de esa implementación, recogiendo lecciones, revisando y ajustando, cuando sea necesario, las medidas o decisiones adoptadas y establecer un eficiente y efectivo sistema de cumplimiento. En este contexto, juegan los aspectos básicos de aplicación y cumplimiento de las normas y un sistema de responsabilidad objetiva por daño ambiental” (Conf. DI PAOLA, María Eugenia, ESAIN, José,” La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño”, en Rev. La Ley, 20/05/2009, 4).

d. Las regulaciones sobre ordenamiento territorial y todas aquellas otras concernientes a la preservación ambiental;

e. Los objetivos de la política ambiental provincial, la cual armonizará las necesidades del desarrollo económico y social con las del sostenimiento y mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Provincia.

7. Contenido e instrucciones

La forma de la DIA en tanto resolución de la autoridad ambiental competente, se conforma en la práctica administrativa de considerandos que relatan detalladamente el procedimiento y sus etapas.

En su parte dispositiva puede:

1° – autorizar la realización del proyecto tal como fue presentado;

2° – autorizarlo pero condicionado al cumplimiento de las instrucciones que se establezcan como resultado de las observaciones técnicas y de las consultas públicas;

3° – negar la autorización para que se ejecute el proyecto.

Lo habitual, en caso que se autorice, es que se impongan instrucciones²⁷¹. Estas fijan las condiciones en que debe realizarse, las medidas correctoras que deben aplicarse y, además, las prescripciones pertinentes sobre el período de seguimiento de su adecuada puesta en práctica.

Estas instrucciones integran el acto de autorización y constituyen normas preceptivas que se imponen al proyecto. Su contenido es diverso. Según el proyecto pueden ser informativas, correctivas, organizativas. Otras veces imponen condiciones económicas, sociales, etc.

Se distinguen las instrucciones generales que comprenden cuestiones institucionales, presentación de información, permisos de acceso a la obra, sistemas de monitoreo, planes de contingencias, presentación de informes periódicos, seguros ambientales, etc. Luego se establecen las instrucciones particulares, distinguiendo aquellas que son obligatorias en todas las etapas del proyecto de las que son exigibles en la etapa previa al inicio de las actividades, en la etapa de construcción de las obras civiles o en la etapa de funcionamiento del emprendimiento. Hay DIA como las mineras que establecen normas relacionadas con el cierre de la mina.

La evolución administrativa da cada vez mayor relevancia a la función de vigilancia y control, en tanto se ha criticado que muchas veces la ejecución de los proyectos no responden a las instrucciones impuestas.

271. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1966, p. 349: “El significado práctico de las cláusulas o elementos accidentales que se incluyan en el acto administrativo, consiste en que los efectos de dicho acto sean más extensos o más limitados que los que el acto hubiere producido sin su inclusión. Las cláusulas o elementos accidentales se relacionan al contenido y objeto del acto”.

8. Los estudios complementarios

Hay autorizaciones ambientales (DIA) que contienen como instrucción la realización de estudios previos al inicio de la actividad. Funcionan como condición para la ejecución del acto. Esto debe ser considerado con debido cuidado. Si esos estudios son exigencias complementarias para una mejor realización de la actividad, no alteraría la sustancia preventiva de la DIA; pero si los mismos están destinados a identificar aspectos e impactos ambientales de la actividad misma, que deberían haber sido parte del procedimiento mismo, la decisión estaría afectada de un vicio grave que provocaría su nulidad.

Miguel Marienhoff distingue la *condición suspensiva del modo*. Respecto a la condición suspensiva expresa: “El acto discrecional ha de emitirse sobre la base de la situación de hecho existente en la actualidad, y no en mérito al eventual o posible cambio que esa situación tendrá en lo futuro, lo que da como resultado la improcedencia de la “condición suspensiva” respecto al acto administrativo. Los actos administrativos que se emitan sin la concurrencia actual de los hechos que justifican su emisión son actos viciados por falta de causa o motivo”. En relación al modo, que consiste en una especial obligación que el acto expresamente le impone al administrado, la considera válida si se trata efectivamente de una obligación a cargo del administrado, cuyo incumplimiento podría acarrear la extinción del acto por caducidad²⁷².

En consecuencia, si esos estudios impuestos al administrado para la ejecución del acto debían formar parte de los estudios iniciales a presentar por el proponente de la actividad, estaría en discordancia con la situación de hecho a evaluar, por lo que las conclusiones de la DIA no responderían a la situación actual, en tanto no se evaluaron aspectos sustanciales de la actividad, afectando el fin preventivo para conceder la autorización. Luego ella padecería de un vicio grave de la voluntad previo a la emisión del acto, en su forma o en su objeto²⁷³. Por el contrario si esos estudios impuestos al administrado simplemente son un modo para la mejor ejecución del mismo, serían válidos.

9. Revisión posterior

La revisión posterior de la DIA se sustenta en el art. 23 del decreto reglamentario N° 2109/94 de la Ley N° 5.961. Esta posibilidad, en principio, tiene un carácter limitado: cuando con posterioridad a la DIA se dictaren o adoptaren normas de calidad superior o de mayor rigurosidad a las establecidas en el proyecto aprobado.

Pero el procedimiento de Informe de Partida previsto por el mismo decreto reglamentario puede llevar a la revisión de la DIA, trascendiendo el criterio normativo más restrictivo del art. 23, al determinar que:

272. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1966, 351–354.

273. Arts. 52 inciso b), 60 inciso b) y 68, Ley de procedimientos administrativos de Mendoza N° 3.909.

ARTÍCULO 24: Las obras y actividades comprendidas en el Anexo I de la Ley N° 5.961, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente reglamentación se encuentren concluidas o en proceso de conclusión y/o de ejecución, y cuando a criterio de la Autoridad de Aplicación hayan devenido en riesgosas para el medio ambiente, deberán presentar en el plazo que en cada caso se establezca un Informe de Partida, con el objeto que las mismas sean corregidas o adaptadas de acuerdo a las posibilidades técnicas y conforme a los requerimientos que oportunamente se establezcan...

La norma en principio es aplicable a proyectos sin DIA por ser anteriores a la Ley 5.961, pero la administración ambiental ha hecho uso de este procedimiento de oficio o por denuncia con un criterio amplio, comprendiendo actividades posteriores, respondiendo a los objetivos fundamentales de la ley.

En materia minera procede la revisión bianual de la DIA (ley N° 24.585 y decreto N° 820/2006). Esta obligación no está en la ley ni en reglamentación para las demás actividades pero ha sido incorporado por la autoridad provincial de aplicación en las DIA para cada proyecto autorizado.

10. Extinción

La DIA, entre otras causales, puede extinguirse por expiración del plazo, por imposibilidad de hecho sobreviniente o por caducidad.

La caducidad es una forma de extinción del acto administrativo por el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones sustanciales impuestas al administrado. Es pues una pena, una sanción administrativa²⁷⁴. Procede en la medida que el incumplimiento de las obligaciones por el interesado fueron la condición del otorgamiento de la DIA. El contenido de la DIA impone obligaciones diversas a la ejecución del proyecto. En cada caso deberá considerarse la importancia de los incumplimientos para proceder a aplicar esta sanción.

En relación a la imposibilidad de hecho sobreviniente, corresponde declarar la extinción de la DIA ya que la realidad evaluada ha devenido en incompatible con el proyecto, privando de causa a la autorización otorgada (por ejemplo, si un aluvión modificó el sitio en el que se había autorizado una construcción residencial).

En la regulación de la ley 5.961, la DIA no tiene un plazo de vigencia; no obstante, el sentido común y razones de interés público imponían que ella no podía ser dictada *in eternum*, es decir para producir sus efectos sin limitación espacio-temporal. La autoridad provincial comenzó a establecer en cada DIA un límite de vigencia de dos años desde su emisión.

Este tema junto con la modificación sobreviniente de las circunstancias fácticas exige una consideración mayor, que se analiza en el punto siguiente.

274. Art. 102, Ley 3.909; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, El Acto Administrativo, Bs As, 2000, XIII-19.

11. Modificación de las circunstancias fácticas y vigencia temporal

El tema de la vigencia temporal y de la modificación de las circunstancias fácticas fue abordado en el fallo de la CSJMza: “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”.

Sin entrar en el análisis completo de esa causa, en lo que al tema se refiere, el municipio de Luján de Cuyo ante el dictado por la provincia de la resolución N° 858/2004 que da principio de ejecución a las obras del proyecto denominado “Complejo Penitenciario III – Mendoza” de Campo Cacheuta, sostuvo que la DIA que lo aprobó, mediante resolución N° 2405 del año 1999, devino en ilegítima por el transcurso del tiempo.

La Corte rechaza el planteo municipal, ya que consideró que no demostró ninguna circunstancia que requiriera una especial intervención de la justicia: *“Pues bien, las razones ambientales denunciadas por el municipio son absolutamente insuficientes para impedir la construcción de una cárcel que permita, esperemos, cumplir con ese mandato. Ninguna de esas razones se acerca, ni medianamente, a los casos en los que el Poder Judicial ha intervenido en protección del ambiente”*²⁷⁵.

A pesar de ello, se desprende del mismo que de haberse demostrado el cambio de circunstancias sobrevinientes, la solución sería la nulidad de la DIA. Sin embargo, se debe considerar que la extinción es excepcional y la autoridad puede evaluar las nuevas circunstancias fácticas y corregir la DIA mediante cuando ello sea razonable al fin propuesto.

VI. El caso de la anulación de una DIA. Segunda causa de Llançanelo.

Se ha citado con frecuencia en este comentario el fallo dictado en la causa Oikos por la explotación petrolera en Llançanelo. El proceso que le dio lugar tuvo tres instancias, que por su trascendencia, justifica que se extracte lo más destacable de cada una de ellas.

275. Continúan los valiosos considerandos expresando: *“En efecto, una cárcel no es una empresa altamente contaminante (casos frecuentes para no autorizar una obra; ver, entre muchos, Cassagne, Juan C., Sobre la protección ambiental, LL 1995–E–1217). La construcción no requiere talar o transplantar árboles (ver por ej. Municipalidad de Vicente López c/ Meyoisp s/ Amparo, citado por Valls, Claudia, Impacto ambiental, Bs. As. ed. Ciudad Argentina 2002, pág. 345); ni mucho menos, erradicar bosques (Ver Sup. Trib. de Justicia de Neuquén, 6/8/1999, JA 2000–III–650, con nota de Calegari de Grosso, Lydia, Algunas reflexiones sobre la evaluación del impacto ambiental a propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén); no supone la construcción de una muralla de 30 km sobre un río (Roca, Magdalena c/ Provincia de Bs.As., citado por Valls, Claudia, Impacto ambiental, Bs. As. ed. Ciudad Argentina 2002, pág. 339); no producirá, ella misma, envenenamiento de ríos, arroyos o napas subterráneas (ver casos comentados por Valls, Mario, El impacto ambiental de un sobreseimiento penal, LL 1993–A–1152); ni supone el depósito de residuos peligrosos; ni la liberación de arsénico al aire (ver caso comentado por Freeland, A.) Permiso para contaminar: permiso para matar? Las autorizaciones administrativas y el delito ambiental, en Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal, año VII, n 12, pág. 253), etc.”*

1. Antecedentes

El conflicto tuvo su origen con la presentación de YPF S.A. (REPSOL YPF), el 12 de mayo de 2000, ante el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, de la Manifestación General de Impacto Ambiental del Plan de Acción– II Etapa– Proyecto 2000 – Área de Explotación Petrolera Llanquanelo – Departamento Malargüe – Provincia Mendoza, Malargüe, por el cual pretende explotar hidrocarburos a través de ocho pozos, dos de los cuales son nuevos y los restantes son activados mediante distintos procedimientos.

El Ministerio dio inicio al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental que establece la ley N° 5.961. Procedimiento administrativo destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir, las consecuencias o efectos que proyectos públicos o privados, pueden causar en el ambiente (art. 26).

En relación al proyecto hidrocarburífero, durante el procedimiento se recabaron dictámenes (técnico y sectoriales), se requirió opinión del Comité Ramsar – Argentina, a la Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental de la Nación, se realizó la audiencia pública el día 30 de agosto de 2000 y, finalmente, se dictó la DIA mediante Resolución N° 109/2003²⁷⁶. Esta resolución declaró que la empresa YPF S.A. (REPSOL YPF) dio cumplimiento al Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (art.1) y, como consecuencia, le otorga la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental, de acuerdo al artículo 36°, inc. a) del Título V – Del Impacto Ambiental– de la ley N° 5.961, para las operaciones de perforación de los pozos de desarrollo que se detallan en ella (art.2).

Por su importancia en el conflicto transcribimos el artículo 7° de la resolución:

ARTICULO 7°: La Unidad de Gestión Ambiental Llanquanelo colaborará con la Dirección de Recursos Naturales Renovables para hacer efectiva la mensura administrativa que implique la determinación del límite del Área Natural Protegida – Reserva Faunística Laguna de Llanquanelo, de conformidad a las previsiones del Decreto–Ley N° 9/80.

Contra esta resolución OIKOS interpuso acción de amparo, con el objeto de que se declare inconstitucional e inaplicable la DIA respectiva, resolución n° 190/2003 del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas; denuncia para ello vicios en el procedimiento de impacto ambiental y el no establecimiento de los límites geográficos de la Reserva Faunística Llanquanelo. Pidió que se aplique en dicha declaración de impacto ambiental el art. 25 de la ley 6.045 y sus concordantes que prohíben la actividad petrolera dentro de las áreas naturales protegidas provinciales.

La acción promovida sostuvo que la resolución impugnada conculca los derechos constitucionales a un medio ambiente sano y a la información ambiental, como así también los principios de legalidad, razonabilidad y seguri-

276. B.O.M. 21 de enero de 2003.

dad jurídica, y la jerarquía de las normas consagrada en el art. 31 de la Constitución Nacional (CN).

La posición de la Provincia en su defensa se centró en el Decreto – Ley N° 9/80, que crea la reserva natural, establece su delimitación (art.1°) y regula la exploración o explotación de recursos naturales no renovables existentes en ella (art. 7). En tanto el proyecto sometido a estudio se encuentra fuera del área protegida conforme el decreto aludido, considera aplicable la ley 5.961 como el instrumento legal que corresponde aplicar en este caso. No siendo por esta circunstancia aplicable la ley 6.045.

Lo mismo sostuvo la empresa petrolera que interpreta que no puede sostenerse una prohibición absoluta en zonas que no se encuentran demarcadas y que los trabajos autorizados están fuera de la zona de reserva.

En la primera instancia se estimó procedente la acción de amparo promovida por Asociación Oikos Red Ambiental, y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la resolución N° 190/2003 del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental del denominado Plan de Acción II, Proy. 2000 de Explotación Petrolera del área Llancanelo²⁷⁷.

La segunda instancia rechazó las apelaciones de la empresa petrolera, de Fiscalía de Estado, Y.P.F. S.A., y del Poder Ejecutivo de la Provincia²⁷⁸.

2. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (11/03/2005)²⁷⁹

Con el voto del miembro preopinante, Dr. Alejandro Pérez Hualde, la Suprema Corte de Justicia dictó sentencia definitiva el 11 de marzo de 2005, en la causa n° 78.245 caratulada: “Y.P.F. Sociedad Anónima en j° 80.866 Aso-

277. Expte. N°80.866. “Asociación Oikos Red Ambiental C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Amparo” (15 Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza).

278. Expte. n° 80.866/36.237, caratulada: “Asociación Oikos Red Ambiental C/ Gobierno de la Provincia De Mendoza” P/ Amparo”.

279. Este fallo ha sido objeto de los siguientes análisis doctrinarios: MOULES, Andrés G., “Cosas que no tienen repuesto”, *La Ley*, T° 2005–D, p. 451; ABALOS, María Gabriela, “A propósito de la tradición ambientalista de la jurisprudencia mendocina”, *La Ley*, T° 2005–D, p. 552; y *La Ley Gran Cuyo*, T° 2005, p. 655; ELÍAS, José Sebastián, “Supremacía, argumentación constitucional y protección ambiental en una sentencia notable (a propósito del fallo “Oikos””, *La Ley Gran Cuyo*, T° 2005, p. 357; GIORDANO, Aldo L., “Ecología, política y petróleo”, *La Ley Gran Cuyo*, T° 2005, p. 236; GASCÓN, Santiago José, “Acción de amparo y derecho ambiental. “Oikos” y las generaciones futuras”, *La Ley Gran Cuyo*, T° 2008, p. 1025; ESAÍN, José, “Los principios de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad en cuanto al desarrollo sostenible en las áreas naturales”, *Revista de derecho ambiental*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, N° 3, p. 238; PIGRETTI, Eduardo A., “El derecho ambiental existe”, *Diario Judicial*, www.diariojudicial.com, martes 29 de marzo de 2005; ZEBALLOS de SISTO, María Cristina, “El sistema de áreas protegidas de la Argentina y las actividades económicas”, *El Derecho – Diario Ambiental*, www.elderecho.com.ar, lunes 25/07/2005. PINTO, Mauricio, “El nuevo paradigma ambiental y su aplicación judicial”, en PARELLADA, C. y PARELLADA, A. (dir), *Máximos Precedentes: Suprema Corte de Justicia de Mendoza*, T° III, *La Ley*, 2013, p. 1.

ciación Oikos Red Ambiental c/ Gob. de la Prov. de Mza. p/ Acc. de Amp. S/Inc. Cas.”.

La sentencia se caracteriza por tener una minuciosa relación de los antecedentes que dieron lugar al conflicto, la pretensión de los accionantes, la defensa de la Provincia, la intervención de la empresa petrolera y las instancias que precedieron a la intervención del máximo tribunal provincial.

3. Las cuestiones resueltas

Luego del análisis de estos antecedentes, el voto avanza en los temas a resolver. Transcribimos algunos de sus principales puntos.

a. Aplicación de la Ley N° 6.045

“La totalidad de los recursos extraordinarios intentados por las partes se fundan en temas relacionados con la aplicación –o no– de este precepto legal”.

“En tal sentido consideramos acertada la afirmación del dictamen del señor Procurador General al sostener que ‘es insostenible pretender que la actividad en Llanquanelo se rige solo por el dec. 9/80 y la ley 5.961 cuando la ley 6.045 la incluye expresamente (art. 78’), y en primer término como Área Natural Protegida y ha sido expresamente señalada en el acta acuerdo del 26 de diciembre de 2001 celebrada por YPF, el DGI y el Ministerio de Medio Ambiente. No puede sostenerse la preeminencia del Dec. 9/80 (BO 17/03/80) porque además de ser anterior a la ley 6.045 se trata de una norma de inferior jerarquía (art. 31 CN). No hay espacio para interpretar que el dictado de una ley tuvo por finalidad no ser aplicado –a pesar de mencionarla– en una de las zonas más sensibles ante el desarrollo de una actividad extractiva, por lo que debe considerarse que la ley 6.045 es norma especial de aplicación al caso”.

b. El orden público

“Se trata de una norma de orden público que rige y modifica las normas anteriores sobre el objeto regulado y que se impone sobre las relaciones jurídicas; así reza su art. 1°: ‘Esta ley tiene por objeto establecer las normas que regirán las áreas naturales provinciales y sus ambientes silvestres’.

“El carácter señalado de orden público descarta también la posibilidad de planteos acerca de presuntos derechos adquiridos a continuar con explotaciones que esa normativa legal prohibiera expresamente, como es el caso concreto de la explotación de hidrocarburos dentro de las áreas naturales protegidas”.

c. El alcance de la jurisdicción a la luz de la ley 6.045

“... en su art. 25 que en las ZONAS DE USO CONTROLADO, solo se podrán realizar aquellas actividades económicas cuyo efecto sobre el entorno o ecosistema sean de carácter conservativo o recuperativo, quedando expresamente prohibidos cualquier clase de explotación minera y de hidrocarburos, la caza y pesca comercial y la introducción de especies de flora y fauna exóticas. ...”. “Consecuentemente, debe quedar descartado del análisis jurisdiccional lo relacionado con la conveniencia

o no de explotar hidrocarburos en la ‘Reserva Fáunica Laguna Llanquanelo’ por cuanto la misma ley determina en su art. 78 que “son Áreas Naturales Protegidas integrantes del sistema a la fecha de la promulgación de la presente ley, sin perjuicio de las que se incorporen en el futuro, las siguientes: a) reserva fáunica Laguna Llanquanelo (decreto n° 9/80)”.

d. Jerarquía normativa

“No existe arbitrariedad en la aplicación de la ley 6.045, atento a su naturaleza y a su especificidad respecto de la Zona Natural Protegida de Llanquanelo. De ningún modo puede pretenderse la aplicación del antiguo decreto de tal forma de hacerlo prevalecer sobre la ley”.

e. El plazo o la extemporaneidad

“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).”

f. Prevención

“El acogimiento de la acción de amparo ha impedido que se avance en la explotación hidrocarburífera sin estar absolutamente despejada toda duda acerca de si dicha explotación se encuentra dentro o fuera de la ‘reserva fáunica Laguna Llanquanelo’. Es la solución que se imponía”.

g. Precaución ante la duda

“El rango de los derechos de tercera generación es la solución que correspondía esta respuesta pues en el caso de la protección del ambiente en el marco del art. 43 CN ocurre algo parecido a lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha establecido respecto de los derechos de igual rango protegidos por el art. 42 CN: “la duda es fatal para el concesionario” (LL, 1999–F, p. 454; ver Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2, La defensa del usuario y del administrado, 4ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. VI–20, nota 3.38). En nuestro caso, podemos decir: la duda es fatal para el proyecto de explotación hidrocarburífera en trámite. Los principios constitucionales más la prohibición legal exigen el resultado producido por la Juez de Primera Instancia: “corresponde antes delimitar el área natural protegida”.

b. Ilegalidad manifiesta

“La Resolución impugnada adolece de la ilegalidad manifiesta que exige la normativa básica que hace procedente a la acción de amparo. Esto es así en la medida en que la Resolución impugnada autoriza una explotación hidrocarburífera

asumiendo el riesgo cierto de quebrantar la prohibición legal expresa del art. 25 de la ley 6.045. Es más, los principios que inspiran el art. 41 CN se condicen con el resultado del reclamo en las instancias inferiores”.

i. Daño ambiental

“Es importante poner de manifiesto especialmente que la palabra ‘mitigar’ significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “moderar, aplacar, disminuir o suavizar algo riguroso o áspero”. No significa eliminar o evitar el impacto; solo suavizarlo.”

j. La delimitación del área

“Una cosa es la delimitación geográfica de la Laguna Llanquanelo y otra muy distinta es la determinación del alcance del concepto “reserva fáunica Laguna Llanquanelo”. Y agrega: “Se trata de la determinación del área fáunica que puede o no coincidir con el predio fiscal, puede abarcar propiedades privadas”.

“Señala acertadamente esa misma doctrina citada que ‘El área natural protegida Llanquanelo no tiene límites rígidos, a modo de líneas demarcatorias propia del deslinde de inmuebles. Al ser un sistema ambiental compuesto por múltiples elementos (suelo, flora, fauna, agua, etc.) configurativo de un ecosistema con biodiversidad propia, requiere del estudio, análisis e investigación de especialistas en distintas disciplinas vinculadas a la ecología. Ellos establecerán en base a la ciencia, cuáles son los contornos más o menos elásticos sobre el terreno, que configuran el sistema Llanquanelo, y consecuentemente, el área natural protegida específicamente” (Mathus Escoribuela, ob. cit., p. 634).”

La esencia de la sentencia es el tema de la delimitación de área protegida. Tema que fue objeto de recurso de aclaratoria, en tanto la duda es que la delimitación, tal cual se expresa en el fallo, no alcance una demarcación territorial definitiva y cierta que otorgue a la actividad petrolera o minera, incluso en la proximidad de otras áreas protegidas provinciales, la necesaria seguridad de sus derechos. Al respecto, el máximo tribunal provincial explicitó:

“Deberá considerarse preponderantemente, y de un modo razonable, los comportamientos de la fauna protegida cuya afectación se ha determinado, tanto en naturaleza como magnitud, en el informe acompañado a la Manifestación General de Impacto Ambiental de REPSOL YPF ...Es decir, debe determinarse de tal modo de evitar lo que se presenta ostensiblemente como un resultado erróneo de la demarcación obrante en Catastro...como es la comprobación cierta de que las aves protegidas se encuentran dentro de la reserva y algunos de sus lugares de nidificación (como las vertientes del Cari Lauquen y de Los Menucos) afuera. Se trata en definitiva de determinar los límites biológicos a que hace referencia el ya mencionado informe de la Misión Ramsar de asesoramiento en su punto N° 132...”²⁸⁰

280. Auto aclaratorio de fecha 8 de abril de 2005.

k. La participación

“La delimitación del área deberá respetar el principio de participación propia de la actividad reglamentaria de la Administración y no podrá ser una exclusiva determinación unilateral de alguna repartición dependiente de la provincia demandada. No se trata de una mensura que delimite el inmueble fiscal o de una mensura con todas la formalidades legales como ha sugerido especializada doctrina local (ver Miguel Mathus Escoribuela, Tutela judicial del ambiente, en nota al fallo de primera instancia de estos actuados, en La Ley Gran Cuyo, 2003, p. 631).”

Este tema también fue objeto de recurso de aclaratoria. Al resolver, el máximo tribunal provincial consideró²⁸¹:

“La presencia de mecanismos de participación en la elaboración de las normas de efectos generales, como lo es la que se dicte como consecuencia de la mencionada demarcación del área, ha sido considerada implícita en la Constitución Nacional por la doctrina desde hace ya mucho tiempo (Agustín A. Gordillo, La administración paralela, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, p.32) y se encuentra exigida como obligación de los estados por normas supranacionales que nos obligan expresamente (art. 75 inciso 22 CN). Tales como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23.1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.22.1), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art.25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX)...” Más adelante subraya: “...es un modo de insistir en la doctrina de esta Sala en orden a prevenir nulidades, nuevos juicios y planteos”.

Art. 38: La autoridad de aplicación podrá ordenar la paralización de las obras o actividades efectuadas sin la D.I.A. Asimismo, podrá disponer la demolición o destrucción de las obras realizadas en infracción, siendo los costos y gastos a cargo del transgresor.

Art. 39: Las violaciones a las disposiciones de la presente ley serán reprimidas con las siguientes penas:

a. **Apercibimiento;**

b. **Multa de Un mil pesos (\$ 1.000) a Veinte mil pesos (\$ 20.000)**²⁸².

A los efectos de determinar la misma, la autoridad de aplicación deberá tener en cuenta la gravedad de la transgresión; el daño presente y futuro realizado al medio ambiente y la existencia de dolo o culpa por parte del infractor.

En caso de reincidencia, la multa a aplicarse podrá ser elevada hasta el décuplo del monto determinado en el inciso b., mediante resolución fundada de la autoridad de aplicación.

281. Auto aclaratorio de fecha 8 de abril de 2005.

282. Los montos se actualizan anualmente en la Ley Impositiva.

VII. El control ambiental y las sanciones administrativas

1. La sanción administrativa ambiental

El Derecho Administrativo sancionador se fortalece a partir del rol preponderante de la administración ambiental en la protección del bien ambiente. Buteler justifica esto en: “Esa mejor condición del derecho administrativo sancionador para reprimir tales acciones es el producto de la ejecutoriedad de la actividad administrativa y de su mayor inmediatez con el bien jurídico protegido: esa proximidad, a su vez, le facilita al poder administrador la posibilidad de detectar aquellas conductas que deben ser tipificadas como ilícitas a los fines de mantener el orden administrativo y proteger el interés público”²⁸³.

“La potestad sancionadora carece de autonomía propia habida cuenta que constituye una función instrumental ligada a los bienes jurídicos que se pretende proteger. Ello implica que debe ser concebida como el desenvolvimiento de una actividad conexas a la competencia sustantiva asignada a la autoridad pública. Esto es que si la autoridad pública pretende la protección de un bien jurídico (vgr. medioambiente, seguridad, etc.) mediante su regulación puede establecer y aplicar sanciones a quienes violen el plexo normativo que las prescribe”²⁸⁴.

Aníbal Falbo describe que: “La sanción administrativa ambiental posee la potencialidad, tanto de evitar el agravio ambiental aún no consumado como paralizarlo o hacerlo cesar cuando ya ha comenzado a ocurrir o no se ha producido en su totalidad”. No pueden quedar circunscriptas a un apercibimiento o multa, la paralización, suspensión o clausura de un establecimiento deben formar parte de su repertorio. Más aun, también pueden comprender la reparación de las cosas, su recomposición. Falbo dice: “Las sanciones administrativas ambientales, de conformidad con los principios rectores del derecho ambiental, podrán imponer la obligación de realizar obras, tareas, modificaciones o cambios de cualquier tipo para evitar o hacer cesar el daño ambiental, y así hacer respetar los principios de prevención y precaución”²⁸⁵.

La sanción es un medio indirecto para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico y evitar la prevalencia de los actos contrarios a derecho. La sanción representa la última fase del proceso de producción jurídica: actualiza la vigencia del derecho. La sola infracción de la legislación administrativa es suficiente para que la imposición de una sanción sea legítima aun ante la inexistencia de un daño concreto. Al ser innecesario el daño, actúa también como aplicación y ejercicio del principio de prevención del derecho ambiental.

283. BUTELER, Alfonso, “*Límites de la potestad sancionatoria de la administración*”, La Ley 30/12/2010 , 1; La Ley 2011-A , 667 ; DJ 16/03/2011 , 1

284. BUTELER, Alfonso, “*Límites de la potestad sancionatoria de la administración*”, La Ley 30/12/2010 , 1; La Ley 2011-A , 667 ; DJ 16/03/2011 , 1

285. FALBO, Aníbal, “*La sanción administrativa ambiental*”, RDAmb.2–39.

2. El control de la DIA

Se recuerda que la tutela constitucional (art. 41 segundo párrafo) comprende:

a) La tutela preventiva tendiente a evitar el daño ambiental y solo ante su producción procede la recomposición o la subsidiaria reparación económica.

b) La tutela reparadora, ocurrido el daño ambiental, conforme el artículo 41 de la CN, la obligación prioritaria es la de recomponer el ambiente.

En consecuencia, la tutela administrativa ambiental se materializa mediante instrumentos de prevención (medidas de seguridad), represión (sanciones administrativas) y reparación o restauración (medidas complementarias a las sanciones administrativas²⁸⁶.

La ley establece un amplio sistema de controles y de vigilancia de la ejecución de la DIA, a fin de asegurar su cumplimiento y detectar las infracciones.

Así, el decreto reglamentario N° 2109/94, en su Artículo 22, dispone:

La vigilancia y fiscalización de lo establecido en la Declaración de Impacto Ambiental tendrá como efectiva velar por el cumplimiento estricto de las normas y directivas allí establecidas para que, en relación con el medio ambiente, la actividad u obra se realice según las condiciones en que se hubiere autorizado. En caso de que se comprobara alguna infracción, serán de aplicación las sanciones previstas en el Título V de la Ley 5.961.

En el artículo 21 dispone:

Corresponde a los órganos administrativos sectoriales competentes, facultados para el otorgamiento de la autorización técnica del proyecto de obra o de la actividad, el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de lo establecido en la Declaración de Impacto Ambiental. Estos organismos con la periodicidad que en cada caso se indique remitirán informes al Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda. Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda podrán (sic) efectuar en forma directa, por su intermedio o terceros designados al efecto, las comprobaciones o inspecciones necesarias para verificar dicho cumplimiento. La Autoridad de Aplicación podrá instrumentar la Auditoría Ambiental como instrumento idóneo para poner en funcionamiento las disposiciones establecidas en el presente artículo.

Entonces, varias son las técnicas de control ex post:

- 1) A través de los organismos sectoriales competentes;
- 2) Inspecciones propias o a través de terceros.
- 3) Las auditorías ambientales.

En la práctica administrativa se han utilizados estas medidas. Incluso convocando a universidades o centros de investigación que emitieron el dictamen técnico a asumir la función de auditores.

286. VILLEGAS MORENO, José Luis, *Aproximación a la configuración del derecho administrativo Ambiental en Venezuela*, XIII Congreso Venezolano de derecho ambiental, Universidad Simón Bolívar, Valle de Sartenejas, 27–28 octubre de 2011

3. Ejecutividad y ejecutoriedad

La DIA está nutrida de imposiciones que pesan sobre el proponente del proyecto. Verificar e imponer su cumplimiento es una tarea central de la administración ambiental.

En tanto acto administrativo, la DIA se caracteriza como “exigible” u “obligatoria”, esto es dotada de ejecutividad. Pero además, la administración puede estar facultada para imponer su cumplimiento forzoso, esto es lograr la ejecutoriedad del acto. Gordillo, expresa que será: “ejecutorio cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, expresamente o en forma razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir ella misma por la coerción, y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento”²⁸⁷.

Entonces debe distinguirse entre coerción directa y coerción indirecta. Gordillo las explica así: “La coerción indirecta, cuando la administración aplica otro tipo de sanciones (multas, clausura, inhabilitación, etcétera), a fin de forzar al administrado a cumplir el acto. La ejecución directa, por la misma administración o por terceros, con cargo al obligado a cumplir el acto. (Por ejemplo, en la construcción de cercos y veredas: si el propietario no lo efectúa, lo hace la administración por sí o por terceros y le cobra el gasto al propietario.) Este caso puede también asimilárselo a alguno de los anteriores”²⁸⁸.

También señala Gordillo: “la ejecutoriedad no constituye carácter propio, permanente, del acto administrativo, sino que puede darse circunstancialmente como una competencia de la administración, independientemente del acto, para ejecutarlo por sí misma cuando la naturaleza del acto lo permite y en los demás casos cuando el orden jurídico en forma expresa y en los casos concretos reconozca la administración la potestad de utilizar la coacción para hacer cumplir su acto por la fuerza”²⁸⁹.

4. Las sanciones

Para la aplicación de las medidas de coerción, la ley distingue cuando se ejecuta una obra o actividad con DIA o sin haber obtenido la DIA.

La norma general²⁹⁰, está contenida en el art. 39, que establece la coerción indirecta, cuando indica que:

Las violaciones a las disposiciones de la presente ley serán reprimidas con las siguientes penas:

287. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Teoría general del derecho administrativo, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, Tomo 8, 261.

288. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Teoría general del derecho administrativo, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, Tomo 8, 261.

289. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, El Acto Administrativo, Bs As, 2000, páginas V-36 y V-37.

290. Es importante destacar que esta es una norma general que trasciende el título en el que está inserto y se proyecta a toda la ley.

a. Apercibimiento;

b. multa de Un mil pesos (§ 1.000) a veinte mil pesos (§ 20.000)²⁹¹.

A los efectos de determinar la misma, la autoridad de aplicación deberá tener en cuenta la gravedad de la transgresión; el daño presente y futuro realizado al medio ambiente y la existencia de dolo o culpa por parte del infractor.

En caso de reincidencia, la multa a aplicarse podrá ser elevada hasta el décuplo del monto determinado en el inciso b., mediante resolución fundada de la autoridad de aplicación.

Estas medidas pretenden provocar por parte del infractor el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Coerción directa

Para las actividades en infracción sin DIA, la ley es muy clara en su art. 38, cuando dispone:

Art. 38: La autoridad de aplicación podrá ordenar la paralización de las obras o actividades efectuadas sin la D.I.A. Asimismo, podrá disponer la demolición o destrucción de las obras realizadas en infracción, siendo los costos y gastos a cargo del transgresor.

Se distingue:

- a) La paralización de las obras o actividades;
- b) la demolición o destrucción de las obras en infracción.

El carácter sancionatorio de las medidas se desprende de la infracción a la ley. Debe cumplirse el procedimiento establecido en el art. 26 de la reglamentación, con la imposición de las sanciones correspondientes, estableciendo como medida accesoria la paralización de la actividad o la demolición o destrucción de la obra. Se debe otorgar un plazo de cumplimiento bajo apercibimiento de ejecutarlas la administración por sí o por tercero.

Corresponde interpretar la eventual medida de paralización de las obras. Como tal supone que se trata de una medida transitoria, hasta tanto se adopten medidas de corrección o de compensación. Esto requiere considerar el grado de avance si es menor, puede imponerse el procedimiento de EIA; pero en caso de que la obra esté casi concluida o concluida, el Informe de Partida es el instrumento para disponer las correcciones y/o compensaciones necesarias. En este punto, se sugiere acudir a lo visto en la sentencia de la SCJMza sobre barrios sin DIA en Guaymallén, en cuyos considerandos se encuentra el razonamiento que distingue el grado de avance de las obras para la adop-

291. Anualmente la ley Impositiva actualiza estos montos; la ley del año 2016 dispone: X. Multas de acuerdo al Artículo 39° de la Ley N° 5.961 de § 1.875 a § 125.000. A los efectos de determinar la misma, la autoridad de aplicación deberá tener en cuenta la gravedad de la transgresión, el daño presente y futuro realizado al medio ambiente y la existencia de dolo o culpa por parte del infractor. En caso de reincidencia, la multa a aplicarse podrá ser elevada hasta el décuplo del monto determinado en el inciso.

ción de la decisión más adecuada con sujeción al principio de proporcionalidad²⁹². El último párrafo del art. 25 de la reglamentación justifica realizar esta.

Otra cuestión es cuando se trata de una infracción al contenido mismo de la DIA, ¿estas medidas de ejecución forzosa proceden en caso de que el infractor detente una DIA? ¿Puede seguir adelante con el emprendimiento haciendo caso omiso a las medidas de coerción indirecta? ¿Queda limitada la administración ambiental a las sanciones del art. 39?

Para dilucidar esto se requiere analizar nuevamente el art. 38 de la ley, que establece la coerción directa para el caso de ejecución de actividades *sin* DIA.

Tal como se ha visto en el punto respectivo, tratándose de una infracción a la autorización (DIA) y atendiendo a la gravedad del incumplimiento, procedería la caducidad (extinción) de la DIA en tanto sanción administrativa aplicable, conforme a los artículos 102 y 103 de la LPA. En consecuencia al producirse la extinción de la autorización, sería aplicable la coerción directa o forzada prevista en el art. 38.

Sin perjuicio de ello, la administración tiene la facultad de requerir la ejecución judicial de las medidas de coerción indirecta²⁹³.

6. El procedimiento sancionatorio

La reglamentación establece:

Artículo 26 – PROCEDIMIENTO. Las infracciones al presente régimen normativo serán sancionadas con las penas establecidas en el art. 39 de la Ley 5.961, conforme al siguiente procedimiento:

1) Constatada la infracción se labrará acta en el lugar del hecho por el inspector a cargo donde deberán constar todas las circunstancias fácticas de la misma y los datos personales del presunto infractor. Las actuaciones serán elevadas en el plazo de tres (3) días, salvo impedimento de fuerza mayor debidamente probado, a la Autoridad de Aplicación quien podrá disponer medidas preventivas intertanto (sic) se tramita el proceso.

2) El presunto infractor deberá producir descargo ante la Autoridad de Aplicación en el término de cinco (5) días, quien deberá ofrecer toda la prueba pertinente e instalarla en el proceso.

3) Encontrándose los autos en estado, la Autoridad de Aplicación dictará resolución en el plazo de diez (10) días, pudiendo la misma ser recurrida en los términos de la Ley 3.909, siendo esta norma de aplicación supletoria en todo aquello no previsto en el presente régimen.

292. SCJMza Causa N° 87.619, caratulada “Municipalidad de Guaymallén en J° 215.893/29.857 Calderón, Horacio Plácido Del Valle Y Ot. C/ Municipalidad de Gllén. y Ots. p/ Acc. de Amparo s/ Inc. Cas.” (2006).

293. Art. 82, Ley 3.909.

VIII. El Informe de Partida

1. El control permanente de las actividades

La Ley 5.961, si bien reglamenta el procedimiento de EIA en sus diversas etapas de desarrollo, dejó pendiente la situación de las actividades preexistentes a la fecha de entrada en vigencia de sus normas, que se encontraran concluidas o en proceso de conclusión y/o de ejecución, esto es de actividades sin DIA.

Para esto último, el decreto N° 2109/94 introdujo un instituto denominado Informe de Partida cuyo objeto original era evaluar el estado de actividades o instalaciones en funcionamiento al momento de dictarse la reglamentación de la ley, cuando a criterio de la Autoridad de Aplicación hayan devenido en riesgosas para el medio ambiente con el objeto que las mismas sean corregidas o adaptadas de acuerdo a las posibilidades técnicas. Este instituto ha sido replicado por las ordenanzas que regulan el procedimiento a nivel municipal.

Pero su empleo se ordinarizó y se transformó en un sistema corriente de verificación del funcionamiento ambientalmente aceptable de diversas actividades, aún autorizadas con posterioridad a la reglamentación de la ley²⁹⁴.

El fundamento para su aplicación lo encontramos en los considerandos de un fallo de la SCBA²⁹⁵:

“En tal sentido, es de recordar que según doctrina consolidada de este Tribunal, el art. 3 del Código Civil establece que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción; lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados, que quedan sujetas a la ley anterior, pues juega la noción de consumo jurídico (C. 101.610, sent. del 30–IX–2009; C. 96.012, sent. del 17–III–2010; C. 84.480, sent. del 16–III–2011; C. 107.516, sent. del 11–VII–2012; entre muchas otras), principio que no resulta violentado al exigírsele a la accionada la obtención de la Declaración de Impacto Ambiental, a partir de la entrada en vigencia de la ley 11.723 para la actividad que desarrolla, y que imperativamente le resulta exigible, a tenor de lo normado en el Anexo II, inciso décimo de la ya citada ley 11.723”.

Es decir, no hay actividad exenta de evaluación, sea anterior o posterior a la regulación, cuando se estime que puede provocar impactos significativos.

2. El principio de progresividad

Los principios de prevención y de precaución fundamentan la amplitud de su aplicación. Pero es el principio de progresividad (art. 4, Ley 25.675) el que le da contenido, posibilitando que las actividades en funcionamiento

294. Por ejemplo, en la Ley 7.722.

295. SCBA, causa C. 117.088 “Cabaleiro, Luis Fernando contra Papel Prensa S.A. Amparo”.

se adapten a las nuevas exigencias ambientales. Conforme a este principio y al último párrafo del art. 25 de la reglamentación, la resolución que se dicte como consecuencia de su trámite, puede establecer metas interinas y finales respecto a la actividad evaluada.

En la reglamentación:

TÍTULO IV – DE LAS EVALUACIONES PERMANENTES

ARTÍCULO 24 – INFORME DE PARTIDA. Las obras y actividades comprendidas en el Anexo I de la Ley 5.961, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente reglamentación se encuentren concluidas o en proceso de conclusión y/o de ejecución, y cuando a criterio de la Autoridad de Aplicación hayan devenido en riesgosas para el medio ambiente, deberán presentar en el plazo que en cada caso se establezca un Informe de Partida, con el objeto que las mismas sean corregidas o adaptadas de acuerdo a las posibilidades técnicas y conforme a los requerimientos que oportunamente se establezcan. En dicho Informe de Partida se establecerá:

1 – Localización con indicación de las jurisdicciones municipales comprendidas.

2 – Relación de todas las acciones inherentes a la actuación de que se trate, susceptibles de producir un impacto sobre el medio ambiente, mediante un examen detallado de su funcionamiento.

3 – Descripción de los tipos, cantidades y composición de los residuos, vertidos, emisiones o cualquier otro elemento derivado de la actuación que se incorporen al entorno, en especial, ruidos, vibraciones, olores, emisiones luminosas, emisiones de partículas, efluentes, etc.

4 – Estimación de los efectos que la obra o actividad ha producido sobre la población humana, la fauna, la flora, la vegetación, el suelo, la gea, el aire, el agua, el clima, el paisaje.

5 – Se indicarán las medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales negativos significativos, así como los procedimientos de anti y descontaminación depuración y dispositivos genéricos de protección del medio ambiente. Dicho informe tendrá carácter de declaración jurada y deberá ser suscripto por profesional competente en la materia de que se trate.

El instituto se pone en marcha cuando las obras o actividades hayan devenido en riesgosas para el medio ambiente con el objeto que las mismas sean corregidas o adaptadas de acuerdo a las posibilidades técnicas.

3. Las medidas de corrección o recomposición

La reglamentación introduce aquí un tema de enorme trascendencia. No es suficiente la aplicación de sanciones tradicionales cuando el ambiente se ha visto significativamente alterado. Es necesario, por principio constitucional, establecer medidas de corrección o de recomposición. Se debe estimar que estas medidas comprenden un amplio espectro, en tanto la recomposición del ambiente afectado así lo requiera.

En caso de no ser posible la corrección y resulten afectados elementos ambientales valiosos, se podrá disponer, conforme lo faculta el art. 38 de la Ley 5.961, la paralización, anulación, sustitución, clausura, e incluso ordenar la demolición o destrucción de las obras causantes de tales efectos.

Se debe complementar esta norma con las atribuciones municipales relacionadas con la habilitación de las actividades, en tanto esas habilitaciones pueden ser declaradas caducas cuando no exista posibilidad alguna de re-conversión de la actividad. En algunos casos concretos, los municipios han ordenado el traslado de la actividad²⁹⁶.

La reglamentación pone un límite a esta atribución: deberá armonizar las necesidades del desarrollo económico y social de la provincia con las del sostenimiento del ambiente y mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. Esto nos remite a la causa ya vista de los barrios de Guaymallén sin DIA, que la SCMZ resolvió con sustento en el principio de proporcionalidad²⁹⁷.

Artículo 25 – MEDIDAS CORRECTIVAS. Cuando la obra o actividad establecida en el artículo anterior produzca impacto ambiental que rebase los límites admisibles establecidos para tal tipo de obras o actividades, la autoridad de aplicación emplazará al responsable a proveer la aplicación de las medidas correctoras o protectoras que las conduzcan a niveles admisibles: en el caso de no ser posible la corrección y resulten afectados elementos ambientales valiosos, se podrá disponer conforme lo faculta el art. 38 de la Ley 5.961 la paralización, anulación, sustitución, clausura, e incluso ordenar la demolición o destrucción de las obras causantes de tales efectos.

De conformidad con los criterios establecidos en el artículo 35 de la Ley 5.961, en particular la Autoridad de Aplicación deberá armonizar las necesidades del desarrollo económico y social de la provincia con las del sostenimiento del ambiente y mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

Siguiendo la secuencia y combinación en la aplicación de las medidas reparatorias de la Directiva Europea sobre responsabilidad por daño ambiental²⁹⁸ y, adecuándolas al mandato tutelar y a la responsabilidad por daño ambiental del art. 41, CN. y al carácter colectivo del mismo (art. 43, CN), estas medidas comprenden: 1) medidas primarias, tendentes a recomponer el ambiente a su estado básico; 2) medidas complementarias, tendentes a compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución o recomposición, 3) medidas compensatorias, enfocadas a compensar las pér-

296. Es el caso del establecimiento de Cuyo Placas, respecto al cual la municipalidad de Las Heras dispuso su traslado mediante Decreto 3662/06, aprobado por Ordenanza N° 71/06 del H. Consejo Deliberante y el de Avícola Brugnoli, en el que la municipalidad de Maipú ordenó su traslado por Decreto 134/14, aprobado por la Ordenanza n° 5541.

297. SCJMza, Causa N° 87.619, caratulada “Municipalidad de Guaymallén en J° 215.893/29.857 Calderón, Horacio Plácido Del Valle Y Ot. C/ Municipalidad de Gllén. y Ots. p/ Acc. de Amparo s/ Inc. Cas.” (2006).

298. Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

didadas provisionales de los bienes ambientales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido su efecto, y, por último; 4) la compensación de las pérdidas provisionales, o lo que es lo mismo, las pérdidas derivadas del hecho de que los bienes colectivos dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar sus servicios ambientales hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias.

4. Otras consideraciones

Contrario a lo que sucede con el Aviso de Proyecto, el Informe de Partida es un procedimiento en el cual se estima la ocurrencia de impactos significativos respecto de actividades en ejecución, por lo que la administración ambiental debe garantizar la participación ciudadana mediante audiencia o consulta pública (art. 11 y 19, Ley 25.675). Lo mismo corresponde solicitar el Dictamen Técnico que establece la Ley 5.961 en el procedimiento de EIA.

Art. 40: El costo de las Manifestaciones de Impacto Ambiental será soportado por el proponente del proyecto. La reglamentación determinará su valor atendiendo a cada tipo de emprendimiento.

Asimismo, la autoridad de aplicación fijará una tasa a cargo del proponente, la que no podrá exceder del costo correspondiente al del estudio de factibilidad técnica y económica del mismo.

Art. 41: La presente ley es complementaria del Dec. Ley 4.416/80 – Obras Públicas – y de la Ley 1.079/34 – Orgánica de Municipalidades – y sus modificatorias y de toda otra norma que implique obras o actividades comprendidas en el Art. 27.

Art. 42: Las disposiciones del presente Título serán reglamentadas dentro de los trescientos sesenta (360) días de la sanción de esta ley.

IX. Costos y ley impositiva

Una característica del procedimiento es que el autor de la iniciativa, el proponente del proyecto, tiene que asumir los costos de la actividad administrativa que provoca. Son a su cargo los estudios (MGIA, MEIA) y los honorarios de sus profesionales, la publicación de edictos y avisos de difusión, los honorarios correspondientes por el Dictamen Técnico.

La ley impositiva anual establece las tasas y su forma de cálculo para los principales servicios que la autoridad de aplicación provincial presta para el cumplimiento del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. También actualiza el monto de las multas.

X. Complementariedad provincial

La ley 5.961 importó una modificación trascendente en el régimen de la obra pública provincial. El procedimiento de EIA al ser obligatorio tanto para obras públicas como privadas, sometió a las iniciativas públicas, tanto si se ejecutan por la misma administración o por terceros, a su especial régimen.

Lo mismo sucede en la órbita municipal. La ley es armónica con nuestro régimen constitucional en cuanto corresponde a los municipios todo lo concerniente a los servicios locales, pero éstos en ejercicio de sus potestades deben cumplir con el procedimiento el cual forma parte del régimen legal municipal.

Título VI

Educación, difusión y concientización de la cultura de preservación del medio ambiente mendocino

Capítulo I

Educación Ambiental

Art. 43: El Poder Ejecutivo, a través de los organismos gubernamentales competentes, incluirá la educación ambiental y los planes y programas de estudio de todos los niveles de la educación obligatoria y sistemática de la Provincia de Mendoza.

Art. 44: Los fines de la Educación Ambiental serán los siguientes:

a. La enseñanza y práctica de las normas de conducta y convivencia, con sus fundamentos éticos y científicos, que formen en el educando una conciencia de su responsabilidad frente a su prójimo humano, a los vegetales o animales que lo conduzca a no matar, no destruir, no derrochar –principalmente los recursos naturales no renovables– y no contaminar;

b. La formación de ciudadanos conscientes e integrados al medio ambiente total y sus problemas asociados, mediante la enseñanza y aplicación de los conocimientos adquiridos, la concientización de actitudes, motivaciones y compromiso y el fomento de las aptitudes para trabajar en forma individual y/o colectiva para la solución de los problemas actuales y la prevención de los futuros;

c. Lograr en el educando una clara percepción de lo que es el medio ambiente, considerado globalmente, y de la estrecha y permanente interdependencia entre sus dos conjuntos básicos el medio natural y el medio cultural;

d. La captación de los problemas ambientales provocados por causas naturales o derivadas de las actividades humanas;

e. La asunción de las responsabilidades relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del medio ambiente;

f. La apreciación de la necesidad de una ética del medio ambiente compatible con los objetivos de todas las activi-

dades que afecten tanto a los recursos naturales como a los asentamientos humanos;

9. El conocimiento científico de los procesos naturales que mantienen el equilibrio de los ecosistemas y los conocimientos específicos acerca de las relaciones físicas, químicas, biológicas, económicas, socio-culturales y políticas que engendra el medio ambiente;

h. La capacitación de los educadores de todos los niveles.

Capítulo II

Financiamiento

Art. 45: El Poder Ejecutivo determinará las partidas necesarias para financiar el Programa de Política y Gestión Ambiental que se crea por esta ley, precisando la asignación presupuestaria para la educación formal y las que garanticen la difusión de las medidas y normas ambientales.

Art. 46: El programa estará dirigido a ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y propender al logro de una conducta de los ciudadanos y personas jurídicas públicas y privadas, estatales o no, inspirada en el sentido de la responsabilidad de cada uno en lo referente a la protección y mejoramiento del medio ambiente y su dimensión humana.

Art. 47: Con el objeto de lograr los objetivos fijados por el presente capítulo, el Poder Ejecutivo requerirá la participación de personas e instituciones con reconocida versación en la materia.

Art. 48: El Poder Ejecutivo, por intermedio de la Dirección de Información Pública, podrá celebrar los convenios necesarios tendientes a fomentar la contribución de los medios masivos de comunicación social a la difusión de la preservación del medio ambiente.

I.– El mandato tutelar educativo

El artículo 41 CN contiene un mandato tutelar del ambiente dirigido a todas las autoridades, sin distinción de nivel ni función. El mismo impone la obligación de proveer a la educación ambiental.

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.

La ley 5.961, en el Título VI, contiene dos capítulos. En el primero impone a las autoridades educativas incluir la educación ambiental en los pla-

nes y programas de estudio de todos los niveles de la educación obligatoria y sistemática de la provincia de Mendoza. Luego establece los objetivos de esa formación. En el capítulo siguiente, consagra un Programa de Política y Gestión Ambiental dirigido a ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y propender al logro de una conducta de los ciudadanos y personas jurídicas públicas y privadas, estatales o no, inspirada en el sentido de la responsabilidad de cada uno en lo referente a la protección y mejoramiento del medio ambiente y su dimensión humana.

La ley se dirige a dos ámbitos educativos, el formal y el informal, requiriendo las asignaciones presupuestarias necesarias para su cumplimiento.

La Ley Nacional N° 25.675 de Política Ambiental contiene un capítulo sobre educación ambiental, con las siguientes normas:

ARTÍCULO 14. — La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población.

ARTÍCULO 15. — La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental.

Las autoridades competentes deberán coordinar con los consejos federales de Medio Ambiente (COFEMA) y de Cultura y Educación, la implementación de planes y programas en los sistemas de educación, formal y no formal.

Las jurisdicciones, en función de los contenidos básicos determinados, instrumentarán los respectivos programas o currículos a través de las normas pertinentes.

El 30 de julio de 2013 se firmó el ‘Acuerdo Federal Educación–Ambiente’ entre el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) y el Consejo Federal de Educación, el cual permitirá principalmente articular las políticas de educación con las políticas ambientales, y promover la integración transversal de las temáticas ambientales.

El Acuerdo Federal Educación–Ambiente tiene como principales objetivos formar una ciudadanía informada en materia ambiental y plenamente comprometida en el ejercicio de sus deberes y derechos ambientales y en su participación en el desarrollo sustentable; promover la integración de las temáticas ambientales y el enfoque de la gestión de ecosistemas en la investigación y enseñanza en las distintas disciplinas; identificar necesidades, intereses y prioridades del país a través de la participación comunitaria y la generación de consensos para orientar los programas de educación ambiental.

Finalmente, citamos una profunda reflexión de Enrique Leff sobre la función de la educación ambiental:

“La educación ambiental recupera el sentido originario de la noción de educere, de dejar salir a la luz; no como un nuevo iluminismo de la cosa, como el desplegarse del objeto, o como la transmisión mimética de saberes y conocimientos, sino como la relación pedagógica que propende a que las potencias del ser, de la organización ecológica, de las formas de significación de la naturaleza y los sentidos de la existencia, se expresen y se manifiesten. La educación ambiental es el proceso dialógico que fertiliza lo real y abre las posibilidades para que llegue a ser lo que aún no es. Para ello tendremos que reconstruir nuestra razón y nuestra sensibilidad para dejar ser al ser, para abrir las puertas a un devenir, a un porvenir que no sea solo la inercia de los procesos desencadenados por un mundo economizado y tecnologizado; para abrir los espacios para un diálogo de seres y saberes en el que no todo es cognoscible y pensable de antemano; para aprender una ética para que pueda surgir un mundo donde convivan en armonía la diversidad y las diferencias. Debemos aprender a dar su lugar al no saber y a la esperanza, a aquello que se construye en el encuentro con el otro, con lo Otro, más allá de la objetividad y del interés inscritos en el proyecto civilizatorio que nos ha legado la modernidad.

Para ello tendremos que reavivar el fuego del saber, recordando con Humberto Eco que este no proviene del deslumbrante iluminismo, sino de la luz de la flama, de su espléndida claridad y su ígneo ardor que resplandecen con el fin de que queme. Atrevámonos a quemarnos en el fuego ardiente de este saber que busca y espera. Mantengamos viva la flama que explora nuevos caminos. Lancémonos en la aventura de esta utopía, en la construcción de una racionalidad ambiental antes que la racionalidad dominante y la falaz verdad del mercado nos arrastren hacia la muerte entrópica del planeta y la pérdida de sentidos de la existencia humana.

*Ese es el mayor reto de la educación en nuestros días: el asumir el reto, la responsabilidad y la tarea de coadyuvar a este proceso de reconstrucción, educar para que los nuevos hombres y mujeres del mundo sean capaces de hacerse cargo de este reto para el reencantamiento de la vida, del mundo y de la existencia. Estas son las vías abiertas por la educación ambiental”*²⁹⁹.

299. “Complejidad, racionalidad ambiental y diálogo de saberes: Hacia una pedagogía ambiental”, en Perspectivas de la Educación Ambiental en Iberoamérica, Conferencias del V Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, Joinville, Brasil, 5 al 8 de abril de 2006. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Primera edición: 2007.

Título VII

Disposiciones complementarias

Art. 49: El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro de los ciento ochenta (180) días de su sanción, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 42.

Art. 50: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en el recinto de sesiones de la Honorable Legislatura, en Mendoza, a los veintiséis días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Anexo de la Ley 5.961

Anexo

I – Proyectos de obras o actividades sometidas al Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental por la autoridad ambiental provincial:

- 1) Generación de energía hidroeléctrica, nuclear y térmica;
- 2) Administración de aguas servidas urbanas y suburbanas;
- 3) Manejo de residuos peligrosos;
- 4) Localización de parques y complejos industriales;
- 5) Exploración y explotación de hidrocarburos y minerales utilizados en la generación de energía nuclear, en cualquiera de sus formas;
- 6) Construcción de gasoductos, oleoductos, acueductos y cualquier otro conductor de energía o sustancias;
- 7) Conducción y tratamiento de aguas;
- 8) Construcción de embalses, presas y diques;
- 9) Construcción de rutas, autopistas, líneas férreas y aeropuertos;
- 10) Emplazamiento de centros turísticos o deportivos en alta montaña;
- 11) Extracción minera a cielo abierto;
- 12) Construcción de hipermercados y grandes centros comerciales con una superficie total mayor de dos mil quinientos metros cuadrados (2.500 m²) y ampliaciones de los ya existentes en superficies mayores de mil quinientos metros cuadrados (1.500 m²)³⁰⁰;
- 13) Instalación de antenas de telecomunicaciones ³⁰¹.
- 14) Todas aquellas obras o actividades que puedan afectar directa o indirectamente el equilibrio ecológico de diferentes jurisdicciones territoriales ³⁰².

300. Texto modificado según art. 1° Ley N° 6.649

301. Texto incorporado según art. 1° Ley N° 6.866

302. Orden modificado según art. 2° Ley N° 6.866

15) Todos los proyectos de obras o actividades emplazadas en el área de influencia de embalses de agua y lagunas que, por sus características, puedan modificar en forma significativa el equilibrio ecológico³⁰³.

II – Proyectos de obras o actividades sometidas al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental por la autoridad ambiental municipal:

1. Con excepción de los enumerados precedentemente, cada municipio determinará las actividades y obras susceptibles de alterar el equilibrio ecológico y ambiental de su territorio y que someterá a E.I.A., con arreglo a las disposiciones de esta ley;

2. Sin perjuicio de lo anterior, están sometidos al procedimiento municipal los siguientes proyectos;

a. Emplazamiento de nuevos barrios o ampliación de los existentes;

b. Emplazamiento de centros turísticos, deportivos, campamentos y balnearios;

c. Cementerios convencionales y cementerios parques.

I. Categorías y competencia. II. EIA provincial: categorías con regulación especial. III. Casos especiales de EIA. IV. EIAM: ordenanzas municipales de EIA. Esquemas.

I. Categorías y competencia

La ley en el Anexo, juntamente con las categorías de los proyectos sometidos al procedimiento de EIA, establece la órbita competencial: provincial o municipal.

En la primera parte establece los proyectos de obras o actividades sometidas al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental por la autoridad ambiental provincial. Enumera una serie de categoría de proyectos, de diversa naturaleza. Pero no es una enumeración cerrada de categorías, hay un conjunto de proyectos *no enumerados, que conforman una categoría abierta o determinable*, cuya competencia provincial es determinada por una *condición ecosistémica* espacial y que comprende: *‘Todas aquellas obras o actividades que puedan afectar directa o indirectamente el equilibrio ecológico de diferentes jurisdicciones territoriales.’* (Anexo I, inciso 14).

303. Texto incorporado por ley 8.023 (BO 22/04/2009)

Entonces, además de los proyectos categorizados en forma determinada, corresponderá a la autoridad ambiental provincial evaluar también aquellos otros proyectos con efectos interjurisdiccionales. Esto requiere un procedimiento previo, de tipo sumario, de la autoridad ambiental provincial, a fin de evaluar y determinar la *magnitud o significación de los impactos, con capacidad de producir efectos interjurisdiccionales*. En el punto correspondiente al comentario de la ley se ha profundizado la interpretación de esta evaluación. El Aviso de Proyecto es el mecanismo previsto en la reglamentación para ello.

En los casos enumerados en forma expresa por el anexo de la ley, la sumisión del proyecto al procedimiento de EIA es directa, salvo que el proponente solicite a través del Aviso de Proyecto una exención cuando considere que son de escaso impacto ambiental.

En el punto II del Anexo, se establecen los proyectos de obras o actividades sometidas al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental por la autoridad ambiental municipal. El anexo dispone que con excepción de los proyectos enumerados como de competencia provincial, cada municipio determinará las actividades y obras susceptibles de alterar el equilibrio ecológico y ambiental de su territorio y que someterá a E.I.A., con arreglo a las disposiciones de la ley.

Surgen dos consideraciones, la competencia municipal es amplia, es la regla, a los municipios corresponde aplicar el procedimiento de EIA cuando de



proyectos de incidencia local se trata; por otra parte, si bien los municipios determinan o categorizan los proyectos sometidos a EIA, lo deben hacer conforme al procedimiento legal.

La ley imperativamente determina un grupo de proyectos: a. Emplazamiento de nuevos barrios o ampliación de los existente; b. Emplazamiento de centros turísticos, deportivos, campamentos y balnearios; c. Cementerios convencionales y cementerios parques; d. Intervenciones edilicias, apertura de calles y remodelaciones viales. Pero esta enumeración no es cerrada, en tanto las ordenanzas municipales pueden establecer los proyectos sujetos a la EIAM. El límite de la competencia municipal está dado por el efecto interjurisdiccional del proyecto, el cual es sustraído, en tal caso, de la competencia municipal (conforme inciso 14, Anexo I).

II. EIA provincial: categorías con regulación especial

El régimen aplicable en materia de EIA a las categorías identificadas en el Anexo I, en algunos casos, poseen regulaciones especiales, que sin modificar el régimen de la Ley 5.961 incorporan requerimientos específicos de la actividad.

1. Generación de energía (inciso1), de conductos de energía (inciso 6)

La ley N° 6.497, que establece el marco regulatorio eléctrico provincial, fue modificada por ley N° 7.543 (BO: 29/06/06) en cuanto a la autoridad de aplicación en materia ambiental que inicialmente atribuía al ente regulador, estableciendo: Artículo 6° – La normativa y protección del medioambiente se regirá por la ley N° 5.961, bajo jurisdicción del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas.

2. Manejo de residuos peligrosos (inciso 3)

A) Régimen general

El régimen legal básico se conforma por la ley provincial N° 5.917 de adhesión a la ley nacional N° 24051. La ley provincial ha sido reglamentada por Decreto N° 2625/1999.

Estas normas regulan las obligaciones de los sujetos del régimen: generador, transportista y operador y establece el documento habilitante de la actividad respectiva de cada uno de ellos: el Certificado Ambiental Anual.

El operador es la persona responsable por las acciones desarrolladas en una instalación o planta para el tratamiento y/o disposición final de residuos peligrosos. Se establecen las condiciones que debe cumplir el operador para la obtención del CAA.

Se requiere previamente que los operadores sometan sus proyectos al procedimiento de EIA. Debe distinguirse los operadores con planta fija, de los operadores *in situ* y los operadores móviles.

Los operadores de residuos peligrosos con planta fija, previo a su inscripción en el Registro de Generadores, Transportistas y Operadores de Residuos Peligrosos deben dar cumplimiento a lo establecido en la ley 5.961 y sus decretos reglamentarios, respecto de la obtención de la Declaración de Impacto Ambiental (art. 36 decreto 2625/1999).

Una vez obtenida la Declaración de Impacto Ambiental, terminada la planta y previa inspección, si correspondiere, la Autoridad de Aplicación otorga el Certificado Ambiental Anual, que autoriza su funcionamiento (art. 36 decreto 2625/1999).

Mediante Resolución SMA N° 667/2008 (B.O.M.: 30/12/2008) se regula la situación de los operadores *In situ*, que es aquel cuya tecnología y equipamiento le permita instalarse en el predio del generador, por un tiempo determinado, a los fines del tratamiento “in situ” de los residuos peligrosos. La norma adapta el trámite correspondiente a los Operadores con Planta fija a las especiales características que reúnen los operadores in situ, con el fin de efectivizar la aplicación del principio de prevención. Cada una de las actividades que realicen los operadores en situ debe ser objeto de la correspondiente evaluación de impacto ambiental previo a su autorización a través del otorgamiento del Certificado Ambiental Anual.

Establece que los Generadores y/u Operadores solo podrán realizar el tratamiento de residuos peligrosos *in situ* una vez obtenido el Certificado Ambiental Anual Específico, el que será otorgado a los operadores inscriptos en el Registro de Generadores, Transportistas y Operadores de Residuos Peligrosos y previo cumplimiento del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (art.2).

ARTÍCULO 3º- Para tramitar la inscripción o reinscripción en el Registro de Generadores, Transportistas y Operadores de Residuos Peligrosos, deberá acompañarse:

a) Declaración Jurada con formulario común para Operadores 01.

b) Memoria técnica Complementaria que justifique idoneidad acreditada en la aplicación de la Tecnología propuesta. En caso de no poder acreditar la idoneidad requerida, el interesado deberá acompañar un Proyecto de Prueba Piloto para comprobar la efectividad de la tecnología propuesta, con su pertinente plan de acción. La ejecución de la prueba piloto deberá ser supervisada por personal de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental.

ARTÍCULO 4º- Presentada la Declaración Jurada y/o Memoria Técnica Complementaria y, en su caso, superada satisfactoriamente la prueba piloto, se ordenará la inscripción en el Registro de Generadores, Transportistas y Operadores de Residuos Peligrosos en la Sección de Operadores In Situ que se crea por la presente.

ARTÍCULO 5º- Resuelta la inscripción, el Operador In Situ juntamente con el Generador de los residuos peligrosos a tratar, para cada uno de los trabajos a efectuar en las corrientes de desecho denunciadas y previo a efectuar el tratamiento de

esos tipos de residuos con la tecnología declarada, en todo el territorio de la provincia de Mendoza, deberá dar cumplimiento al Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental previsto en la ley 5.961 y su decreto reglamentario 2109/1994.

Con el Aviso de Proyecto o Manifestación General de Impacto Ambiental deberá acompañarse copia del documento que acredite la relación contractual entre Generador y Operador, Formulario 02, habilitación municipal y certificado ambiental del generador o constancia de su tramitación.

ARTÍCULO 6º – Obtenida la DIA o aprobado el Aviso de Proyecto se otorgará el Certificado Ambiental Anual Específico. Dicho Certificado habilitará a tratar únicamente los residuos que fueron identificados en el Aviso de Proyecto o Manifestación General de Impacto Ambiental y en las condiciones autorizadas en la DIA o Aviso de Proyecto.

También regula al operador móvil: aquel cuya tecnología y equipamiento le permita tratar los residuos peligrosos durante su transporte. Los Operadores Móviles deberán inscribirse en el Registro Provincial de Generadores, Transportistas y Operadores de Residuos Peligrosos en la Sección Operadores Móviles, que se crea por la presente, para la obtención del Certificado Ambiental Anual con la presentación del Formulario 01 (art. 7).

B) Residuos patogénicos³⁰⁴

El transporte, tratamiento y disposición final de residuos patogénicos y farmacéuticos fue declarado servicio público en el año 2003 por ley N° 7168 (B.O. M.15/12/2003), que en su artículo 5º establece:

La recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos comprendidos en la presente ley (patogénicos y farmacéuticos) revestirán el carácter de servicio público, el cual deberá ser prestado por el Estado, por sí o por terceros, en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, generalidad y obligatoriedad, a fin de lograr la protección de la salud y el ambiente.

La ley fue reglamentada por Decreto n° 2108/05 (BOM 03/11/2005).

3. Exploración y explotación de hidrocarburos (inciso 5)

A) Introducción

Las normas que regulan la actividad hidrocarburífera tuvieron una evolución distinguible. En una primera etapa, ante la legislación federal exclusiva, la competencia ambiental local se ciñe a lo establecido en la Ley General del Ambiente de Mendoza y al decreto reglamentario N° 437/93, el cual adopta una norma nacional (Res. N° 105/92, “Normas y Procedimientos que regulan la protección ambiental durante las Operaciones de Exploración y Explo-

304. UGARTE, Andrés G., “Consideraciones sobre el régimen legal de los residuos patogénicos y farmacéuticos en la Provincia de Mendoza”, et al, en Revista del Foro de Cuyo, Suplemento derecho ambiental, Ed. Dike, Mendoza, 2011, pp 127–160.

tación de Hidrocarburos”, de la Secretaría de Energía de la Nación) para el control y vigilancia de la actividad.

Luego de la reforma constitucional, se abre un período en virtud del cual las provincias asumen la jurisdicción y dominio sobre los yacimientos de hidrocarburos y con ella la plena potestad regulatoria.

Con la federalización de los yacimientos de hidrocarburos en el año 2007, nuestra provincia procede a establecer un régimen integral en materia ambiental, mediante el decreto N° 170/2008. El plan de remediación alcanza plena institucionalidad con el dictado del decreto N° 1.465/2011 que aprueba el acuerdo entre la Provincia e YPF SA y que incluye el proceso para la remediación de los pasivos ambientales.

B) La regulación ambiental federal antes de la federalización

En materia ambiental, se dicta por la Secretaría de Energía de la Nación la Res. N° 105/92, “Normas y Procedimientos que regulan la protección ambiental durante las Operaciones de Exploración y Explotación de Hidrocarburos”.

Además de esta norma, en ejercicio de su competencia, la Secretaría de Energía reguló lo concerniente a la estructura de los Planes de Contingencia (Res. SE N° 342/93), estableció indicaciones sobre las piletas de hidrocarburos (Res. SE N° 341/93), normatizó el abandono de pozos (Res. 1/96), reglamentó las normas para la presentación de estudios ambientales (Res. N° 25/2004).

En todo caso, la autoridad de aplicación de estas normas es la misma autoridad nacional.

C) La regulación provincial antes de la reforma

La primera reglamentación de la ley 5.961 es el decreto N° 437 del año 1993, sobre procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental en las actividades de producción de hidrocarburos. Esta norma, a fin de *articular* la jurisdicción y competencia federal exclusiva sobre estos yacimientos, con la competencia provincial, recurre a la adopción (adhesión) de la resolución N° 105/92 dictada por la Secretaría de Energía de la Nación. De tal forma que los sujetos regulados pasan a tener un doble control de sus actividades. En este período, esta resolución es la única norma nacional adherida por la Provincia en forma expresa.

Breve descripción de esta norma provincial:

La norma específica que regula el deber de vigilancia y control en relación a la actividad hidrocarburífera es el decreto N° 437/93 sobre procedimiento de evaluación del impacto ambiental, en las actividades de producción de hidrocarburos prevista en el Anexo 1, punto 1, inc. 5 de la ley N° 5.961, que adopta con carácter de reglamento específico para la protección ambiental

en el ámbito de la producción de hidrocarburos en la provincia de Mendoza, las normas del Anexo I de la Res. N° 105/92, “Normas y Procedimientos que regulan la protección ambiental durante las Operaciones de Exploración y Explotación de Hidrocarburos”, de la Secretaría de Energía de la Nación, con las adecuaciones legales y de procedimiento que se detallan en la presente reglamentación.

D) Federalización y competencia provincial

Con el reconocimiento del dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales, se dio inicio a un proceso en virtud del cual éstas asumieron el dominio y jurisdicción plena. Reiteramos que fue un proceso.

El artículo 124 de la Constitución Nacional, dispone: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Si bien se entendía que el artículo 124 de la Constitución Nacional había derogado el artículo 1 de la ley 17.319 y a todas las demás normas que contengan preceptos opuestos a la decisión constitucional individualizada; se consideraba que era necesaria una norma del Congreso de la Nación que hiciera operativa la prescripción constitucional.

Antes de esa decisión nacional, la ley provincial N° 7.526 de abril de 2006, que dispone la pertenencia de los yacimientos de hidrocarburos al Estado Provincial, establece el régimen provincial sobre los yacimientos de hidrocarburos conforme a los siguientes objetivos: a) desarrollo sustentable, b) previsión, c) equidad intergeneracional y d) de preservación de los recursos naturales y la integralidad de los ecosistemas (art. 32). En cuanto al régimen aplicable en materia de protección ambiental, somete en su art. 33 a todos los sujetos obligados al estricto cumplimiento de la ley N° 5.961 y del decreto N° 437/93 o legislación que eventualmente la modifique o sustituya.

Hasta ese momento la normativa provincial aplicable es el decreto N° 437/93 reglamentario de la ley N° 5.961.

El comienzo de la transferencia efectiva para el ejercicio de la potestad provincial tiene lugar con la sanción por el Congreso de la Nación, de la ley N° 26.197, el 6 diciembre de 2006 y promulgada en enero 3 de 2007, que sustituyó expresamente el artículo 1° de la ley N° 17.319, modificado por el artículo 1° de la ley N° 24.145, estableciendo la federalización de los yacimiento de hidrocarburos:

Artículo 1°.— Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren.

Artículo 2° — A partir de la promulgación de la presente ley, las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre

los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas, quedando transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos, así como cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional en uso de sus facultades, sin que ello afecte los derechos y las obligaciones contraídas por sus titulares.

Artículo 6° — A partir de la promulgación de la presente ley las provincias, como Autoridad de Aplicación, ejercerán las funciones de contraparte de los permisos de exploración, las concesiones de explotación y de transporte de hidrocarburos objeto de transferencia, estando facultadas, entre otras materias, para: (I) ejercer en forma plena e independiente las actividades de control y fiscalización de los referidos permisos y concesiones, y de cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional; (II) exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales que fueran de aplicación en materia de inversiones, explotación racional de los recursos, información, y pago de cánones y regalías; (III) disponer la extensión de los plazos legales y/o contractuales; y (IV) aplicar el régimen sancionatorio previsto en la ley N° 17.319 y su reglamentación (sanciones de multa, suspensión en los registros, caducidad y cualquier otra sanción prevista en los pliegos de bases y condiciones o en los contratos).

Las facultades descritas en el párrafo anterior, no resultan limitativas del resto de las facultades derivadas del poder concedente emergentes de la ley N° 17.319 y su reglamentación.

E) La regulación ambiental provincial después de la federalización

a) Reconocida la plena potestad y jurisdicción local sobre la actividad, se dicta por la provincia de Mendoza el decreto N° 170/08 (B.O.M. 07/02/08) que tiene por objeto *“la adecuación de las normas ambientales referidas a la Evaluación de Impacto Ambiental establecida en el anexo de la ley 5.961 para las actividades de prospección, exploración y explotación de hidrocarburos”*.

Así, establece que:

1. Esta norma es complementaria del decreto N° 437/1993;
2. Que tiene por objetivo la adecuación de las normas ambientales en materia de Evaluación de Impacto Ambiental (con) los requerimientos de la resolución 25/2004 de la SE de la Nación;
3. (que sus normas comprende) la licitación de las nuevas áreas petroleras en la provincia de Mendoza,
4. (como) de los yacimientos existentes.

Establece una serie de disposiciones de carácter general:

1. Los Informes de Situación (IS), deberán contemplar lo establecido en la Manifestación General de Impacto Ambiental y en la Declaración de Impacto Ambiental;

2. Obliga a las empresas a inscribirse en el Registro de Generadores de Residuos Peligrosos;
3. Introduce la obligación de tratar sus pasivos ambientales: los pasivos ambientales existentes en cada área concesionada deberán ser sometidos a un proyecto de saneamiento integral incluyendo Identificación, cuantificación, caracterización, análisis de riesgo y saneamiento de los mismos sujeto a aprobación de la Secretaría de Medio Ambiente de la provincia de Mendoza.
4. Dentro de la Manifestación General Impacto Ambiental deben contemplar el plan de gestión de residuos.
5. Indica que se debe reglamentar la aplicación de un seguro ambiental. Pide a las empresas que desarrollan su actividad en las áreas concesionadas la presentación de un Plan de Obras 2008 que deberá formar parte del Informe Ambiental 2008. A partir del mismo la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental (hoy Dirección de Protección Ambiental) categorizará cada proyecto contenido en el plan de obras según su alcance en: a) Informe Ambiental específico, b) Aviso de Proyecto y c) Manifestación General Impacto Ambiental.

b) Sin embargo, el proceso de transferencia por su complejidad requería una renegociación de la Provincia con las empresas petroleras, proceso que se implementó a través del decreto N° 1.547/10, dictado en ejercicio de las facultades transferidas mediante la ley nacional N° 26.197, y lo dispuesto en el artículo 12 de la ley provincial N° 7.526 (t.o) y su complementario, decreto N° 3089/2010, de fecha 10 de diciembre de 2010, por el que se decidió plasmar los contenidos y alcances mínimos para las renegociaciones de las concesiones.

Estas regulaciones provinciales completan el marco legal ambiental aplicable, que se concreta con el dictado del decreto N° 1.465/2011 por el cual se aprueba, entre otros temas, la remediación de los pasivos ambientales.

4. Obras de agua potable y saneamiento: Administración de Aguas Servidas Urbanas y Suburbanas (inciso 2), Acueductos y cualquier otro conductor de energía o sustancias (inciso 6) y Conducción y Tratamiento de Aguas (inciso 7).

Las normas aplicables son la ley N° 5.961 y el decreto reglamentario del Procedimiento de EIA N° 2109/94; complementariamente, en relación a las obras del Anexo I de la citada ley (“Administración de aguas servidas urbanas y Suburbanas”, “Acueductos y cualquier otro conductor de energía o sustancias” y “Conducción y tratamiento de aguas”), el Decreto N° 1452/93, modificado por decreto N° 2844/2009, que establece un régimen especial de categorización cuando de obras de agua potable y saneamiento se trata.

La categorización de los proyectos sometidos al procedimiento de EIA supone una calificación al estar vinculada con el procedimiento aplicable, conforme deban presentar: Manifestación General de Impacto Ambiental (art.1, I), o Aviso de Proyecto (art. 1, II). En caso que se trate de obras a ejecutar en áreas de especial fragilidad ambiental, autoriza a la Autoridad de Aplicación a aplicar el procedimiento impuesto por la Ley 5.961, correspondiendo presentar la MGIA. El Decreto 2844/09 introdujo una flexibilización en relación al procedimiento: “4. Las obras indicadas en el punto 1 del presente Artículo, podrán ser recategorizadas como Aviso de Proyecto, de conformidad a las previsiones de los artículos 9º a 11 del decreto N° 2109/1994, reglamentario de la ley N° 5.961, cuando a criterio de la autoridad de aplicación, las mismas benefician a la población o eviten situaciones de contaminación de las napas freáticas o del suelo.”

Como la redacción no incorpora el punto 2. Cloacas, se debería interpretar también comprendido en el procedimiento de Aviso de Proyecto, ya que la conducción de agua potable no produce contaminación alguna de las napas freáticas o del suelo.

5. Extracción minera a cielo abierto (inciso 11)

A) EIA Minera general

El fundamento del régimen especial de EIA establecido en el decreto 820/2006 (B.O.: 16/05/06) se explica porque la ley 5.961 y sus modificatorias solo reglamentan la explotación minera y su extracción a cielo abierto, dejando de lado las diferentes etapas de su actividad como lo son la prospección y la exploración que pueden impactar también sobre el medio ambiente, lo que genera la necesidad de regular también su desarrollo y activar los resortes legales de su fiscalización y control. Por lo que se consideró útil y pertinente articula a la normativa ambiental provincial con las normas ambientales del Código de Minería de la Nación, Título XIII Sección Segunda, y las normas de presupuestos mínimos establecidos en la ley nacional N° 25.675.

Siguiendo este objetivo parte de una aclaración terminología: Artículo 2º: A los fines de la aplicación de la presente norma, los términos “Manifestación General de Impacto Ambiental” del Artículo 29º del Título V de la ley provincial N° 5.961 e “Informe de Impacto Ambiental” del artículo 251 del Código de Minería de la Nación se entenderán como equivalentes.

El artículo 4 establece para cada una de las etapas del proyecto los requisitos que deben contener los informes de impacto ambiental, diferenciando cada una de las etapas: prospección, exploración, minas a reactivar y canteras, plantas de tratamiento que procesan más de 8.000 tn/año, plantas de tratamiento que procesan menos de 8.000 tn/año y exploración.

En su art. 6 establece las etapas del procedimiento de EIA minero:

a) Categorización del proyecto por parte de la Autoridad Ambiental Minera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del decreto,

- b) Calificación del proyecto previamente categorizado, conforme al artículo 25° del decreto,
- c) Dictámenes Técnicos y/o Informes Sectoriales, según corresponda,
- d) Audiencia Pública y/o Consulta Pública según la categorización del proyecto,
- e) Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

Este procedimiento se inicia con la recepción del informe de Impacto Ambiental por ante la Escribanía de Minas de la Dirección de Minería (art. 3) quien procede a remitir el mismo a la Autoridad Ambiental Minera, quien a su vez procede, en primer lugar, a efectuar la categorización del proyecto minero conforme el artículo 4°, determinándose en esa oportunidad si estamos ante un proyecto de prospección, exploración, explotación, plantas de tratamiento, minas y canteras a reactivar. Luego procede a la calificación del proyecto.

Una vez categorizado, en un plazo no mayor a 5 días se solicita el DICTAMEN TÉCNICO – exigido por la ley 5.961– el cual deberá contener una análisis científico técnico de todas las materias y conocimientos involucrados en el proyecto (art. 8 y 9 del decreto).

Presentado el dictamen técnico la Autoridad Ambiental Minera remite copia del mismo al organismo público sectorial correspondiente para que en el plazo de 15 días hábiles emita dictamen fundado – Dictamen Sectorial.

Asimismo y en forma simultánea se giran las actuaciones al municipio del lugar en donde se desarrolle el proyecto a fin de que proceda a su análisis y elabore la correspondiente opinión dentro del plazo anterior. (art. 9 del decreto).

Una vez recibidos todos los informes mencionados por la Autoridad Ambiental Minera, se comienza a efectivizar la participación ciudadana conforme la categorización del proyecto, diferenciándose el procedimiento si se trata de una etapa de prospección y exploración, explotación, reactivación de minas o canteras o si se trata de plantas de tratamiento, distingo fundado en principios técnicos específicos propios de la actividad minera y su impacto en el medio ambiente.

La consulta pública se abrirá con la publicación de edictos por el término de 5 días hábiles, en el Boletín Oficial y en los diarios de circulación provincial y medios televisivos abiertos locales que efectuará la Autoridad Ambiental Minera, poniendo a disposición de toda persona física y jurídica para consulta pública por 60 días una copia completa del informe de impacto ambiental en la Dirección de Minería de la Provincia.

Las observaciones y objeciones debidamente fundadas que surjan de esa consulta pública deberán presentarse por escrito ante la Escribanía de Minas dentro del plazo de 15 días desde el vencimiento del plazo de la consulta pública.

Al comienzo de la consulta pública la Autoridad Ambiental Minera invitará a los organismos que conforman la Comisión Evaluadora Interdisciplina-

ria Ambiental Minera (CEIAM) que se enumeran en el artículo 14º, quienes participarán en la evaluación del informe de Impacto Ambiental de la etapa de explotación minera con la obligación de emitir dictamen técnico fundado.

Una vez vencido el término de la consulta pública y del período de presentar observaciones y objeciones, la Comisión Evaluadora Interdisciplinaria elaborará un informe final único, incluyendo todos y cada uno de los dictámenes técnicos de los miembros de la Comisión, donde deberán constar además las merituaciones y conclusiones de las distintas opiniones, objeciones u oposiciones formuladas en el proceso de la consulta pública. El informe final se incorporará al expediente y se elevará a la Autoridad Ambiental Minera para su resolución.

Para concluir con la evaluación de impacto ambiental la Autoridad Ambiental Minera, en un término no mayor a 10 días convocará a la Audiencia Pública que establece la reglamentación, notificando por edictos dos veces en un mes, en diario de amplia difusión y en el boletín oficial de la provincia a las personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, estatales o no, a las organizaciones no gubernamentales interesadas a concurrir a una audiencia que se realizará con un intervalo no mayor a 10 días hábiles a partir de la última notificación. Los municipios comprendidos en el proyecto serán especialmente notificados para que participen en la referida audiencia. Dicha audiencia será presidida por la Autoridad Ambiental Minera (artículo 21 del decreto).

Finalmente, concluida la evaluación por parte de la Autoridad Ambiental Minera se emitirá la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental en la que se podrá: a) autorizar el proyecto tal cual fue presentado, b) autorizar el proyecto pero condicionado a las modificaciones que señale la autoridad ambiental minera, c) rechazar el informe cuando lo estimara insuficiente, en cuyo caso deberá presentarlo nuevamente salvando las omisiones o rectificando errores en un plazo de 30 días.

Mención aparte merece el caso de prospección y exploración, al establecer un procedimiento abreviado:

ARTÍCULO 20: En los casos encuadrados en el punto I el artículo 4º (prospección) y una vez realizada la consulta pública establecida en el artículo 11 del decreto, obtenido el Dictamen Técnico y recibidos los dictámenes sectoriales o vencido el plazo para su recepción, la Autoridad Ambiental Minera, en un término no mayor a 10 días hábiles convocará a una audiencia pública a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, estatales o no, potencialmente afectadas por la realización del proyecto a organizaciones no gubernamentales interesadas. Asimismo serán de aplicación las disposiciones de este artículo para los casos comprendidos en el artículo 25 del decreto cuando la Autoridad Ambiental Minera considere necesaria la realización de esta audiencia pública.

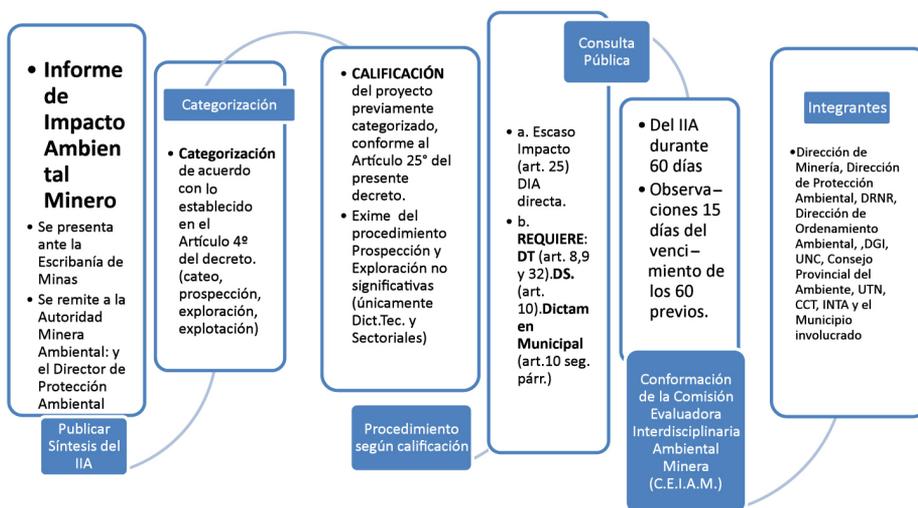
ARTÍCULO 25: Para las etapas de prospección y exploración minera, actividades no contempladas en la ley provincial 5.961 y modificatorias, la Autoridad Ambiental Mineral, previa categorización del proyecto y cuando sus actividades, por lo escaso de su impacto o magnitud no puedan afectar el equilibrio ecológico, esto es, cuando no puedan superar la carga del ecosistema, emitirá la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental, bastando los pasos de los artículos 8, 9 y 10, es decir, dictamen técnico, sectorial y municipal.

B) EIA Minería Metalífera, Ley 7.722

Este régimen ha sido modificado para la minería metalífera mediante ley N° 7.722. La misma prohíbe para esta actividad el uso del ácido sulfúrico, el cianuro y el mercurio como de otras sustancias tóxicas asimilables. Establece que la DIA en los casos que sea procedente el procedimiento de EIA por no usar sustancias prohibidas, la misma debe ser ratificada por la autoridad legislativa. Es una excepción legal al carácter de acto administrativo que le otorga la ley N° 5.961. También establece como obligatorio los informes sectoriales municipales, del Departamento General de Irrigación y de otros organismos autárquicos y se deberá incluir una Manifestación Específica de Impacto Ambiental sobre los recursos hídricos³⁰⁵.

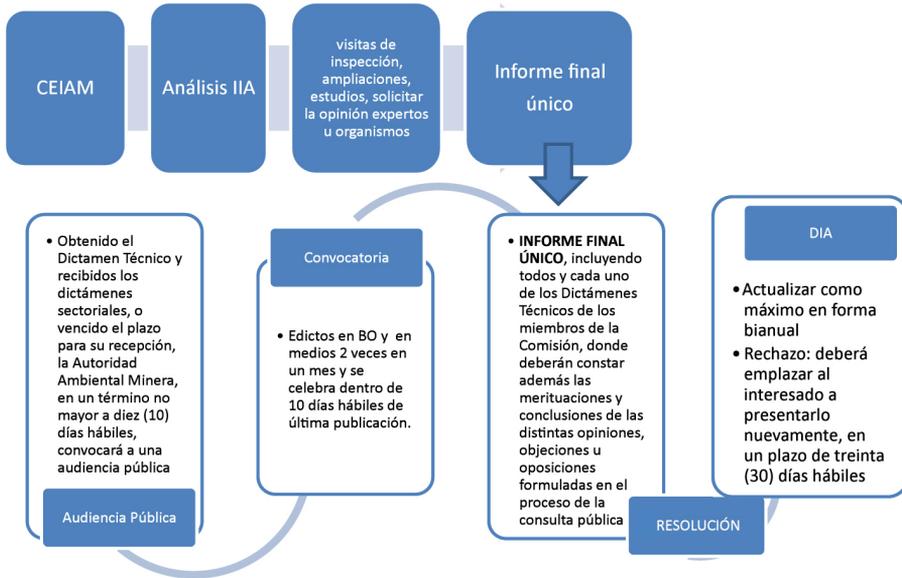
EIA minero

Autoridad Ambiental Minera: Dirección de Minería y Dirección de Protección Ambiental

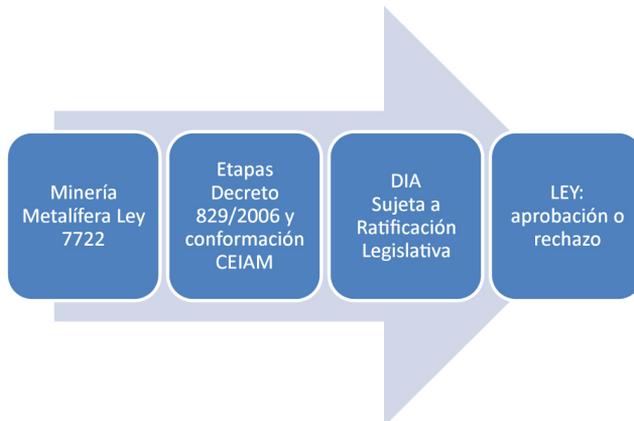


305. Ver sobre esta ley el fallo plenario dictado en Causa N° 90589, caratulada: “Minera del Oeste Srl y Ot. c/ Gbno. de la Provincia P/ Acción Inconstitucionalidad” (Ley 7.722), fs. 1033/1088 y vta. <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=4519771086>.

EIA minero (continuación)



EIA minero metalifero



6. Instalación de antenas de telecomunicaciones (inciso 13)

A) El régimen vigente

La ley N° 6.866, mediante la modificación de la ley N° 5.961 General del Ambiente de Mendoza, impuso en forma expresa el procedimiento de evaluación de Impacto Ambiental local para la instalación de antenas de telecomunicaciones, como competencia provincial del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas.

La modificación legal si bien vetada, mediante insistencia legislativa obtuvo su promulgación definitiva.

La consecuencia legal fue sustraer de los municipios la competencia que tenían para efectuar esta evaluación. En efecto, muchos municipios de la provincia tienen regulaciones específicas sobre instalación de antenas³⁰⁶. Estas disposiciones siguen siendo obligatorias en todo lo concerniente a la factibilidad municipal y habilitación definitiva, pero condicionadas a la obtención de la respectiva Declaración de Impacto Ambiental que debe emitir el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas. Podría expresarse que existe un sistema de coordinación de competencias municipales y provinciales.

La solución desde una perspectiva administrativa o de gestión tiene algunas observaciones, ya que si bien muchos municipios no tienen la capacidad de verificar y controlar el cumplimiento todos los aspectos ambientales relacionados con las antenas de comunicaciones, es la comunidad local la que mejor puede apreciar los efectos de estas instalaciones.

Desde una perspectiva constitucional, aparece menguado el principio en virtud del cual corresponde a los municipios la administración de los intereses locales.

Lo positivo es que esta norma se aplica y se realiza el procedimiento requiriendo previamente al municipio mediante el informe sectorial específico, el cumplimiento de las condiciones relacionadas con la zonificación, soportes, distancias, etc. Una adecuada reglamentación mejoraría notablemente el procedimiento.

B) La sanción 7435 y su veto

El legislador provincial pretendió dar un marco legal especial al tema de las antenas de telefonía móvil. Así dictó la sanción 7435, bajo el título de “Marco Regulatorio para la Instalación de Antenas de Telefonía Móvil”, que establecía la autoridad local (Ministerio de Ambiente y Obras Públicas) en la aplicación y control de cumplimiento de sus disposiciones, indicando expresamente que lo hará *en concordancia con lo dispuesto* por la Comisión Nacional de

306. Por ejemplo: Capital, Ordenanza N° 3442/2000; Godoy Cruz, Ordenanza N° 4.627/2000 (modificada por Ord. 4861/2002); Las Heras, Ordenanza N° 125/2001; General Alvear Ordenanzas N° 2966 y 3077, San Martín, Ordenanza N° 2105/2005.

siempre que no interfiera con el servicio público nacional. Como hemos visto, no hay interferencia cuando de lo que se trata es de evaluar la correcta ubicación de las antenas en vista a la protección de la salud y el medio ambiente local. Incluso más, cuando las autoridades locales consideren que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible deben adoptar todas las medidas precautorias conducentes para eliminar el riesgo.

Aún así, se comparten algunos fundamentos del veto en cuanto a la des-
certada técnica de determinados requerimientos de la sanción legal que involucra una interferencia, aunque sea indirecta, del servicio mismo.

C) Perspectiva

Respecto al cuidado de la salud, el principio precautorio presta total cobertura a la preocupación del legislador provincial. Nada impide que la autoridad provincial realice el correspondiente análisis de riesgo y establezca las respectivas instrucciones de tipo precautorio a las autoridades municipales. Más aun, en caso que se identifique la concurrencia de sus condiciones de aplicación, podrá disponerse todas las medidas razonables anticipatorias del daño. Por supuesto, considerando los umbrales recomendados por la autoridad nacional y valiéndose de la información científica actualizada para revisarlos. Este principio es el que sigue la norma de la provincia de Buenos Aires.³⁰⁸

7. Construcción de hipermercados y grandes centros comerciales con una superficie total mayor de dos mil quinientos metros cuadrados (2.500 m²) y ampliaciones de los ya existentes en superficies mayores de mil quinientos metros cuadrados (1.500 m²) (inciso 12)

En este sentido el legislador provincial ha procedido a incorporar en la enumeración específica de proyectos sometidos a la autoridad provincial nuevas actividades y obras. De tal forma que ha limitado a las autoridades administrativas ambientales el margen de discrecionalidad que tenían para considerar en esos casos si se altera o no en forma directa o indirecta el equilibrio ecológico de más de una jurisdicción territorial. Así, la ley N°6649 incorporó al Anexo, parte I, de la ley N° 5.961 un nuevo inciso que dispone que: “La construcción de hipermercados y grande centros comerciales con una superficie total mayor de dos mil quinientos metros cuadrados (2.500 m²) y la ampliación de los ya existentes en una superficie mayor a los mil quinientos metros cuadrados (1.500 m²)”, están sometidos al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental provincial.

308. Mediante la Resolución 900/05, la Secretaría de Política Ambiental adopta como límites de exposición para las instalaciones generadoras el “Estándar Nacional de Seguridad aprobado a nivel nacional por la Resolución (M.SyA.S.) Nro. 202/95 y el Manual del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación” para el establecimiento de los límites de exposición a Radiofrecuencias en lo concerniente a la exposición no controlada (Exposición Poblacional) y criterios de tratamiento de fuentes múltiples.

Debe entenderse que para el ordenamiento jurídico provincial tales emprendimientos, por su característica, tienen una incidencia que trascienden la órbita ambiental municipal. Sin embargo, corresponde resaltar que las actividades sometidas a esta regulación son: la construcción y la ampliación de hipermercados y de centros comerciales y que la misma norma impone límites físicos: que la intervención sea de una superficie total mayor de dos mil quinientos metros cuadrados (2.500 m²), en el caso de construcción y de una superficie mayor a los mil quinientos metros cuadrados (1.500 m²), en el caso de la ampliación.

8. Proyectos de obras o actividades emplazadas en el área de influencia de embalses de agua y lagunas que, por sus características, puedan modificar en forma significativa el equilibrio ecológico (inciso 15).

El inciso 15 del anexo I, está a su vez regulado por la ley N° 8.295 (B.O.: 02/06/2011), que impone la Declaración de Impacto Ambiental para obras a realizarse a una distancia de hasta tres mil metros (3.000 m.) de los márgenes de ríos, lagunas, lagos y/o embalses en todo el ámbito provincial. Sistema de tratamientos de efluentes y/o líquidos cloacales.

Estas normas exigen del intérprete considerar si se impone siempre el procedimiento ordinario, con presentación de la MGIA, o si corresponde tratarlas como una categoría más. La redacción de la ley N° 8.295 parece imponer una calificación significativa en cuanto a al impacto ambiental de estos emprendimientos, recurriendo a un criterio de proximidad representado por la distancia de los mismos en relación a los ambientes que procura proteger.

Artículo 1° – La construcción de obras nuevas, ampliaciones, refacciones, reformas de emprendimientos turísticos o de otra naturaleza de emplazamiento definitivo a realizarse a una distancia de hasta tres mil metros (3.000 m.) de los márgenes de ríos, lagunas, lagos y/o embalses en todo el ámbito provincial, deberán obtener la Declaración de Impacto Ambiental de acuerdo al punto I inc.15 de la ley N° 5.961 (ley N° 8.023). Para la habilitación municipal y/o provincial deberán contar previamente con un sistema de tratamientos de efluentes y/o líquidos cloacales que permita la reutilización del agua empleada. El líquido tratado podrá destinarse para riego agrícola o forestal. Para la habilitación definitiva deberán contar con el sistema referido concluido, operativo y completo.

El art. 3 establece un plazo de veinticuatro (24) meses como máximo, para la adecuación a la ley de los emprendimientos existentes que no cuenten con sistema de tratamiento. Caducará toda autorización vigente si no mediare la ejecución completa de las obras ordenadas. Quedan incluidos todos los emprendimientos ubicados hasta una distancia de tres mil metros (3.000 m.) de las márgenes de ríos, lagunas, lagos y/o embalses que no cuenten en la actua-

lidad con un sistema de tratamiento de efluentes o líquidos cloacales similar al contemplado en el artículo 1 de la presente ley. Se incluirán otros que estén ubicados fuera del radio señalado pero que por sus características resultaren alcanzados por esta norma a criterio de la autoridad competente. El plazo indicado se contará a partir de la publicación de la presente.

III. Casos especiales de EIA

1. EIA obras hídricas

El procedimiento de impacto ambiental de obra hídricas se encuentra regulado por resolución N° 109/2000 del HTA del Departamento General de Irrigación. En materia competencial, esta regulación requiere algunas interpretaciones.

La Resolución HTA N° 109 de marzo de 2000, en sus considerandos justifica que sea el propio DGI el responsable de estas evaluaciones. Una interpretación inicial de la ley N° 5.961 indicaría que únicamente el Ministerio de Ambiente y los municipios de la Provincia tienen la atribución legal de realizarla. Sin embargo, una interpretación sustantiva del sentido de la ley que armonice con el ordenamiento jurídico provincial permite arribar a otras conclusiones.

En efecto, respecto a la ley N° 5.961:

- La atribución de competencia a la provincia en este procedimiento, aunque amplia, es de excepción, limitada a la enumeración realizada en el Anexo I de la ley N° 5.961.
- Los municipios tienen en principio una atribución general. Una primera interpretación podría sugerir que les competiría en esta materia todo lo no atribuido expresamente a la Provincia por el Anexo I de la ley N° 5.961. Sin embargo, se impone acudir a la Constitución provincial, que encuadra el alcance de la competencia municipal cuando expresa que la misma tiene por objeto: “atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales...” (art. 199). Luego, aquello que trasciende lo local no sería de competencia municipal.

Específicamente, respecto a la jurisdicción y competencia hídrica:

- Es la misma Constitución provincial la que concede autonomía y jurisdicción al DGI en todos los asuntos concernientes a la irrigación de la provincia (art. 188 y siguientes). En consecuencia, la administración del dominio público hidráulico ha sido otorgada al Departamento General de Irrigación, quien ostenta tal facultad en forma exclusiva por expresa delegación constitucional.
- Por ello, “se puede afirmar, tal como ha dicho la Corte, que “El artículo 188 de la Constitución provincial consagra por un lado, una ‘cláusula

abierta de competencia administrativa’, en el sentido de que toda la competencia de este tipo es titularizada por el Departamento General de Irrigación; y por otro lado, marca un límite infranqueable entre la materia administrativa y todo aquello que es de competencia de la jurisdicción” (Suprema Corte de Justicia, in re EMILIO CUGNINI S A / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION Y OTROS, Fecha: 18/05/1989, Ubicación: S209–170). De este modo, toda competencia administrativa en materia de aguas es reservada al Departamento General de Irrigación³⁰⁹.

- El artículo 6° de la Ley de Aguas le asigna *la policía hídrica* “para que las aguas no puedan afectar a la salubridad pública ni a la seguridad de las personas y bienes”.
- En los artículos 131 y 134 de la misma ley se establecen las facultades de preservación hídrica sobre la actividad industrial.
- Igualmente, debe considerarse las facultades que la ley N° 6.405 en su artículo 9 inciso n) otorga para la preservación de la calidad hídrica a las inspecciones de cauce dentro de su órbita jurisdiccional.
- La ley N° 6.044 regula la facultad de policía para el control y preservación hídrica estableciendo el deslinde de competencias entre el DGI, el EPAS y los municipios, manteniendo el DGI una amplia competencia.
- El DGI ya ha ejercido de competencia ambiental reglamentado este organismo mediante el “Reglamento para el control de la contaminación hídrica” por resolución 778/96 HTA, y la resolución 461/98 HTA sobre calidad de vertidos al colector Pescara.
- En consecuencia, la Constitución provincial, la Ley General de Aguas, la ley N° 322, las leyes 4035, 4036, 6.044 y concordantes regulan la competencia y responsabilidad del Departamento General de Irrigación para imponer obligaciones que prevean, garanticen y efectivicen el aprovechamiento integral, racional y eficiente del recurso hídrico.

ARTICULO 1 – OBJETO. Los proyectos de construcción, remodelación, conservación, mantenimiento, operación y/o explotación de obras hídricas de jurisdicción del Departamento General de Irrigación, capaces de modificar, directa o indirectamente, el ambiente de las cuencas hidrográficas de la provincia, como todo otro emprendimiento complementario a las funciones específicas de este organismo, quedan sujetos al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIAOH) por Superintendencia del Departamento General de Irrigación, de conformidad con la autarquía del organismo, consagrada en la Sección VI de la Constitución de la Provincia, el Título V de la Ley Nro. 5.961 de Preservación del Ambiente y la legislación hídrica provincial.

RÉGIMEN DE COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS. Están exceptuados de la regulación de la presente resolución, los proyectos hídricos cate-

309. Pinto, Mauricio, dictamen, inédito.

gorizados en el punto I, del Anexo de la Ley Nro. 5.961, cuando la ejecución de los mismos o su concesión, por disposición legal, correspondiera a una autoridad distinta al DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN, en cuyo caso serán de competencia de la autoridad ambiental provincial o municipal, según corresponda. En esto casos corresponderá al DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN la elaboración de los dictámenes sectoriales y la participación en las audiencias públicas respectivas.

Tiene las siguientes etapas:

ETAPA PREPARATORIA

Categorización del proyecto,

Calificación –bajo o alto impacto ambiental– y términos de referencia,

PROCEDIMIENTO ORDINARIO:

Manifestación General de Impacto Ambiental o Aviso de Proyecto,

Dictamen Técnico,

Audiencia Pública, cuando corresponda, y

Declaración de Impacto Ambiental.

PROCEDIMIENTO SUMARIO:

Aviso de Proyecto–DT (opción interno o externo)–DLA

2. EIA de Bosques Nativos, ley 8195 (B.O.: 23/07/2010)

En esta ley complementaria de la ley nacional de PMPA N° 26.331 es destacable la prolijidad de su encuadre dentro del sistema jurídico ambiental: el art. 1 “establece las normas de Ordenamiento de los Bosques Nativos (OBN) de la Provincia de Mendoza, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 6° de la ley nacional N° 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos y en ejercicio del dominio originario de la Provincia sobre sus recursos naturales, en los términos de lo establecido en el artículo 124° de la Constitución Nacional. Esta ley se ajusta a lo establecido por las leyes provinciales N° 5.961 de Ambiente, N° 8.051 de Ordenamiento Territorial de Uso del Suelo y sus modificatorias”. Este artículo constituye un modelo que las normas ambientales provinciales deberían seguir.

Introduce un capítulo sobre el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental para toda actividad que implique o pudiere implicar un desmonte. Establece la calificación de los proyectos mediante la significación del impacto.

Capítulo VI:

Evaluación de Impacto Ambiental

ARTÍCULO 24° – La Evaluación de Impacto Ambiental, se regirá por lo establecido en la Ley Provincial N° 5.961, sus modificatorias y demás normativas complementarias y/o reglamentarias vigentes. Dicha evaluación será obligatoria para toda actividad que implique o pudiere implicar un desmonte. Para el manejo sustentable de bosque nativo lo será cuando tenga el potencial de causar impactos

ambientales significativos, entendiendo como tales aquellos que pudieran generar o presentar al menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

a) Efectos positivos o negativos significativos sobre la cantidad—y calidad de los recursos naturales, incluidos la flora, la fauna, el suelo el agua y el aire;

b) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteraciones significativas de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

c) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende ejecutar el proyecto o actividad;

d) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona;

e) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

ARTÍCULO 25° – En el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) la Autoridad de Aplicación deberá:

a) Emitir la Declaración de Impacto Ambiental;

b) Aprobar o rechazar los planes de manejo sustentable de los bosques nativos;

ARTÍCULO 26° – Manifestación de Impacto Ambiental (MLA) deberá contener, como mínimo, los siguientes datos e información:

a) Individualización de los titulares responsables del proyecto y del Estudio del Impacto Ambiental;

b) Descripción del proyecto propuesto a realizar con especial mención de: objetivos, localización, componentes, tecnología, materias primas e insumos, fuente y consumo energético, residuos, productos, etapas, generación de empleo, beneficios económicos (discriminando privados, públicos y grupos sociales beneficiados) y números de beneficiarios directos e indirectos;

c) Plan de manejo sostenible de los bosques nativos, comprendiendo propuestas para prevenir y mitigar los impactos ambientales adversos y optimizar los impactos positivos, acciones de restauración ambiental y mecanismos de compensación para los titulares de terrenos y/ o comunidades originarias, medidas de monitoreo, seguimiento de los impactos ambientales detectados y de respuesta a emergencias;

d) Para el caso de operaciones de desmonte deberá analizarse la relación espacial entre áreas de desmonte y áreas correspondientes a masas forestales circundantes, a fin de asegurar la coherencia con el ordenamiento previsto en el Artículo 6;

e) Descripción del ambiente en que desarrollará el proyecto: definición del área de influencia, estado de situación del medio natural y antropogénico, con especial referencia a situación actualizada de pueblos indígenas, originarios o comunidades rurales que habitan la zona, los componentes físicos, biológicos, sociales, económicos y culturales; su dinámica e interacciones; los problemas ambientales y los valores patrimoniales;

f) Marco legal e institucional; conjunto de normas que contemplan o estén en relación al proyecto presentado;

g) *Prognosis de cómo evolucionará el medio físico, económico y social si no se realiza el proyecto propuesto;*

b) *Análisis de alternativas: descripción y evaluación comparativa de los proyectos alternativos de localización, tecnología y operación y sus respectivos efectos ambientales y sociales. Descripción y evaluación detallada de la alternativa seleccionada;*

i) *Impactos ambientales significativos: identificación, caracterización y evaluación de los efectos previsible, positivos y negativos, directos e indirectos, singulares y acumulativos, a corto, mediano y largo plazo, enunciando las incertidumbres asociadas a los pronósticos y considerando todas las etapas del ciclo del proyecto;*

j) *Documento de síntesis, redactado en términos fácilmente comprensibles, que contenga en forma sumaria los hallazgos y acciones recomendadas.*

ARTÍCULO 27° – La Autoridad de Aplicación, una vez analizada la Manifestación de Impacto Ambiental, los distintos dictámenes técnicos y sectoriales y los resultados de las audiencias públicas, deberá emitir una Declaración de Impacto Ambiental a través de la cual podrá:

a) *Aprobar o denegar el proyecto;*

b) *Aprobar el proyecto con condiciones.*

III. EIA municipal: esquemas

Los municipios han dictado ordenanzas cumpliendo con esta disposición. Han incorporado expresamente la categorización y calificación de los proyectos. Han identificado el procedimiento a seguir en cada caso.

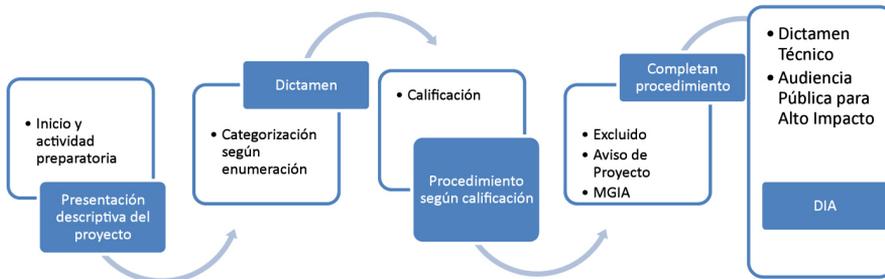
EIA municipal: algunas ordenanzas

Ordenanza N° 3396/99	Municipalidad de la Ciudad de Mendoza
Ordenanza N° 4584/00	Municipalidad de Godoy Cruz
Ordenanza N° 56/2.004	Municipalidad de Junín
Ordenanza N° 125/99	Municipalidad de Las Heras
Ordenanza N° 3115/00	Municipalidad de Maipú
Ordenanza N° 3869/00	Municipalidad de Rivadavia
Ordenanza N° 794/02	Municipalidad de San Carlos
Ordenanza N° 1545/98	Municipalidad de San Martín
Ordenanza N° 6852/02	Municipalidad de San Rafael

EIA municipal: procedimiento



EIAM: etapas comunes



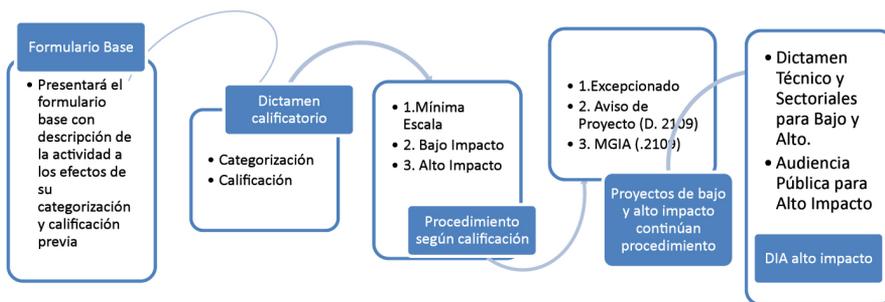
EIA municipal: casos

Las Heras Ordenanza 125/2009 /
Junín Ordenanza 56 2004

Calificación:

La determinación de la magnitud dependerá de la consideración conjunta de los factores sociales, extensión de intereses difusos afectados y naturales y eventuales daños a ecosistemas municipales involucrados en el proyecto.

Categorización: En cuadro en la lista de proyectos de obras y actividades

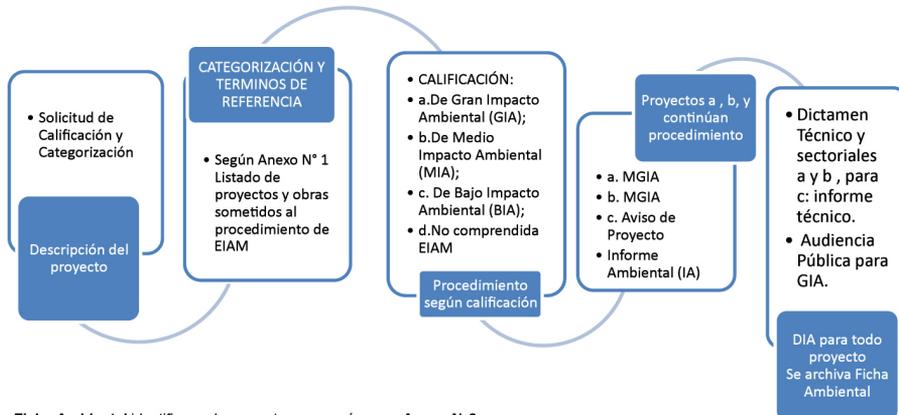


EIA municipal: casos

Capital /Rivadavia/Godoy Cruz/San Carlos

ACTIVIDAD PREVIA
Calificación y Categorización

Registro Municipal de Consultores



La **Ficha Ambiental** identifica cada proyecto con un número y describirá sus principales características y constará el estado de avance del procedimiento de EIAM. Tiene validez de un año a partir de la fecha de presentación de la Solicitud de Categorización. Vencido este plazo, la Ficha Ambiental,

Anexo N°3

Crterios Guía para la Clasificación de Proyectos para determinar la clasificación de un proyecto como de GIA, MIA o BIA, se deberán considerar, además de su magnitud, las siguientes características de sus posibles impactos **significativos, reales o potenciales y directos o indirectos**

