

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: UNICA.-

EXPTE. N° 23248/08-

SENTENCIA N°28 .-

ACTOR: DOMINGUEZ MARIANA Y OTROS

DEMANDADO: EL REDIL CLUB DE CAMPO MUNICIPALIDAD DE S.C.DE  
BARILOCHE.-

OBJETO:RECURSO DE AMPARO /APELACION .-

VOCES: HACE LUGAR AL RECURSO DE APELACION -MEDIO AMBIENTE.-

FECHA: 27-04-2009.-

///MA, 27 de abril de 2009.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor H. SODERO NIEVAS, Alberto I. BALLADINI y Roberto H. MATURANA, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: “DOMINGUEZ, MARIANA Y OTROS S/AMPARO S/APELACIÓN, Expte. N° 23148/08, elevados por Presidente de la Cámara de Apelaciones, en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de apelación deducido a fs. 242 y fundado a fs. 247/255, contra la sentencia de fs. 229/236. Previa discusión de a temática del fallo a dictar, de lo que da fe el actuario, se decide plantear y votar las siguientes:- -

----- C U E S T I O N E S -----  
--

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Que pronunciamiento corresponde?----- V O T  
A C I O N-----

A la primera cuestión el señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo: -----  
-----

-----ANTECEDENTES – OBSERVACIONES PRELIMINARES.-----

-----A fs. 242, Mariana Domínguez y Juan José Paterno, con el patrocinio letrado del Dr. Agustín Enrique Martín, interponen recurso de apelación, fundado a fs. 247/255 contra la sentencia de fs. 229/236, que rechazó la acción de amparo (art. 43 de la Constitución Provincial y ley B N° 2779) que perseguía se ordenara a la inmediata paralización de las Obras iniciadas por el Emprendimiento Club de Campo El Redil - ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche; y el llamado a audiencia pública de la ley M N° 3266 –Impacto Ambiental- y el cumplimiento con las demás disposiciones previstas en esta norma, tales como lo dispuesto en el art. 13 (sobre “Resolución ambiental”).-----

-----SENTENCIA DEL A-QUO.-----

-----El Tribunal del amparo, luego de ordenar de oficio una pericia ambiental, rechazó la impugnación que se realizara a la misma. Analizada la cuestión de fondo, el a quo desestimó la acción de amparo, al considerar -en función de los resultados periciales- que, en el caso en estudio, no había acreditado la existencia del daño alegado (cf. fs. 229/236).-----

-----FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-----

-----Los accionantes apelan invocando menoscabo al derecho a un ambiente sano; violación al derecho de acceso a la justicia así como también a las garantías judiciales y el debido proceso. Sostienen que la pericia realizada es defectuosa e inválida y que resulta “prueba insuficiente” y arbitraria. Alegan errónea valoración de la normativa municipal y errónea apreciación sobre la existencia del daño ambiental. Arguyen auto contradicción de la sentencia y violación a la ley procesal aplicable. Por último, se agravan de la imposición de costas por su orden. -----

-----RESPONDE.-----

-----A fs. 258/263 vta. contesta el traslado conferido el Sr. Raúl Benzo, en representación El Redil, Club de Campo, con el patrocinio del Dr. Martín García Berro señalando que el caso ha sido decidido en base a múltiples pruebas y dictámenes, además del informe solicitado como medida para mejor proveer, el cual corrobora y

ratifica los estudios anteriores, sumado a la inspección ocular llevada a cabo por los Sres. jueces de la Cámara. Asimismo, destaca que la fracción de Urban Land S.A. en la cual se desarrolla el emprendimiento El Redil está ubicada hacia el oeste de la ciudad, en una zona que el Código Urbano denomina Interface Sub-urbana de uso condicionado, en base a cuyas características espaciales y ambientales concretas se promueve especial y expresamente su destino para el desarrollo de clubes de campo (100 por ciento, Ord. 546-CM-95). Destaca que en consideración a los principios mencionados en la Carta Orgánica se le requirió a su parte el cuestionario preliminar de efectos ambientales, los cuales fueron realizados (cf. fs. 12/52 expte. Adm.) sumado al informe de factibilidad ambiental (fs. 56/95) a una ampliación del mismo de 99 carillas (fs. 187/286) y a otras dos presentaciones ampliatorias y aclaratorias (fs. 442/473 y 580/594). Alude finalmente a un plan particularizado del manejo y saneamiento del sector oeste de El redil Club de Campo, -expte. Adm. N° 21869/99-, y agotando un tiempo de realización que implicó 7 años de proceso, con un resultado favorable.- - - - -

- ----Asimismo agrega que las objeciones de los amparistas en cuanto a la falta de adecuación a las previsiones de la legislación ambiental son completamente extemporáneas.- - - - -

-----DICTAMEN DE LA PROCURACION GENERAL.- - - - -

-----A fs. 267/272, luce incorporado el dictamen de la Sra. Procuradora General, Dra. Liliana L. Piccinini. Allí, dictamina que el recurso intentado no puede prosperar, resaltando la ausencia de demostración de los agravios alegados. Señala que de las constancias presentadas por los accionantes no es dable tener por acreditada la legitimación de ellos, puesto que la Junta vecinal “2 DE AGOSTO”, si bien posee personería jurídica municipal, no es una entidad legalmente constituida para la defensa de estos intereses; y de la Junta Vecinal del Barrio Parque Lago Moreno, no obra constancia alguna. No obstante, la Sra. Procuradora infiere que no posee esta última constitución legal a esos fines. - - - - -

-----Agrega que la Asociación Barrios de Pié, de cuya Acta constitutiva surgirían los fines de defensa del ambiente, no arrimaron a los autos su legal constitución. Expresa que el amparo previsto en la ley B N° 2779 requiere para su procedencia, los requisitos esenciales genéricos del amparo en cualquiera de sus formas. En punto a los gastos originados por la pericial ordenada oficiosamente, no obstante lo expuesto en el voto del

Dr. Escardó, la Sra. Procuradora señala que no puede soslayarse que la determinación de producción de dicha labor profesional ha sido fruto de la ausencia de rigor científico y técnico del informe arrojado por los accionantes, que debió ser suplida por la medida para mejor proveer. Concluye, que en el caso de marras, el a quo, nuevamente a favor de los hoy recurrentes, no consideró temeraria la actuación de los accionantes, y sumado a ello impuso costas por su orden.-----

-----PRUEBA: MEDIDA PARA MEJOR PROVEER.-----

-----A fs. 278, el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, acorde a lo solicitado en mi carácter de Juez de primer voto, dispuso interrumpir plazos para fallar y requerir al servicio de Biología Forense dependiente de la III Circunscripción Judicial se expida sobre los puntos detallados a fs. 277.-----

-----De tal modo, a fs. 285/292, la Bióloga Forense Lic. Silvia VANNELLI informa las diferentes acciones realizadas a fin de dar cumplimiento a lo requerido.-----  
-----

-----En relación a lo solicitado informa:-----

a) recolección y disposición de la basura: el reglamento interno del emprendimiento presentado en el expediente administrativo cumple con la norma de la ordenanza 251-CM-9 (colocación de cestos domiciliarios). Por otra parte la recolección de los residuos sólidos inorgánicos son recolectados por la Municipalidad con una frecuencia determinada según el área dentro del ejido municipal (ordenanza 1698-CM-07).-----  
-----

b) contaminación del aire; ruidos y vibraciones: no hay ordenanza respecto a este tema considerando que el área en cuestión será destinada a uso recreativo y de vivienda.-----  
-----

c) Agua potable y disposición de líquidos cloacales: El Departamento Provincial de Aguas, como autoridad de aplicación de la ley 2952 libro tercero (protección y conservación de los recursos hídricos), intervino en la autorización para la toma de agua del Lago Moreno (utilización de agua pública) y en el visado del proyecto presentado de la planta depuradora con las modificaciones solicitadas por la Subsec. de Planeamiento y Medio Ambiente Municipal. Dicha disposición de líquidos consta de una colectora

interna, una planta depuradora y un campo de infiltración, cumpliendo con la ordenanza 328-Cm.94 que establece la prohibición de derrame directo de efluentes cloacales crudos y/o provenientes de todo tipo de planta de tratamiento sobre el Lago Moreno. Asimismo fue visado, previo al DPA, por la empresa concesionaria de dicho servicio la Cooperativa de Electricidad Bariloche Ltda. En referencia al proyecto de red de distribución de agua potable ha sido visado por Aguas Rionegrinas SA en su carácter de concesionario. - - - - -

d) ruidos, vibraciones: ordenanza 1553-CM-05 se refiere a “ruidos molestos”, métodos de medición y clasificación de los mismos, pero para emprendimientos de características distintas a éste (fabril, talleres, industrial, discotecas, etc) donde el aporte de ruidos o vibraciones son superiores a los originados por una zona de viviendas unipersonales. - - - - -

e) ordenación del uso de la tierra: el proyecto se desarrolla en la zona del ejido municipal denominada catastralmente como 19-1-N-008-11 y 12, e identificadas como zona denominada Interfase Suburbana de uso Condicionado (IS y UC RE/B1 -planilla de zonificación- código urbano), encontrándose establecido en el Código Urbano de 1995 que el uso y destino de dicha área es zona residencial Turística 100 % y/o club de campo 100 % como es el presente. - - - - -

----- En referencia a los indicadores urbanísticos, valores de densidad y ocupación de los predios, sugiere la Bióloga que deberá ser evaluado por un profesional en la materia específica (arquitecto, ingeniero).- - - - -

----- En punto a los ítems señalados en la demanda a fs. 73 vta.74”, destaca que solo se tomaron aquellos que corresponden a la incumbencia profesional.- - - - -  
- - -

-----Así, en referencia a los ítems: “.- potencial contaminación del Lago Moreno;- degradación trófica del agua del lago y sus consecuencias ecológicas, pérdida de la calidad del agua para consumo, riesgo de enfermedades hídricas.; pérdida/contaminación de vertiente, contaminación del agua”... informa que esto está directamente relacionado con el tipo de tratamiento que se realiza de los desechos cloacales, en este caso no se utilizarán ni pozos ciegos ni letrinas, los cuales son el factor principal de contaminación de las aguas de una zona de viviendas (vertientes,

ríos, lagos) sino que se establece un sistema compuesto por una red colectora interna, una planta depuradora y un campo de infiltración, por lo que no habría contaminación de napas, vertientes, ni contaminación del agua o del Lago siempre que la futura Planta Depuradora se encuentre en óptimas condiciones de funcionamiento. - - - - -  
- - - -

-----Agrega que ha intervenido tanto el Departamento Provincial de Aguas como autoridad competente, como los concesionarios en relación a los diferentes aspectos relacionados tanto al agua potable como al tratamiento de residuos sólidos y líquidos (Aguas Rionegrinas, CEB). Menciona que el control del cuerpo hídrico y que no se superen los límites de descarga establecidos por la normativa vigente es controlado por el DPA como autoridad de aplicación de la Ley 2952. - - - - -

-----En referencia a los ítems: “.-irrecuperable destrucción del ecosistema;.- destrucción de mallín/destrucción de archivo ambiental, .- alteración de dinámica de cadena de mallines, .- destrucción de sotobosque aledaño y dentro del mallín, .- destrucción de hábitat acuático del mallín; .- desaparición de especies arbóreas nativas y sotobosque .- destrucción de hábitat/asentamiento /nidificación de aves.”, informa que toda actividad humana implica una intervención sobre el medio ambiente y esta intervención se expresa a través de un impacto ambiental, el cual puede ser tanto positivo como negativo. - - - - -

-----Agrega que el desarrollo urbano conlleva a una modificación real y concreta del ecosistema, siendo importante la aplicación de medidas para lograr niveles ambientales aceptables, por lo que se deben tener en cuenta acciones que prevengan, remedien, compensen o corrijan el impacto sobre el mismo, reduciéndolo, mitigándolo e incluso revertiendo algunos de estos impactos (reforestación de especies, tratamiento de desechos, servicios subterráneos -luz, agua, teléfono, readecuación de los proyectos etc); ya que es imposible la preservación inalterable del medio ambiente en su totalidad en un área considerada urbanística, como es el ejido municipal de San Carlos de Bariloche, por lo que el ambiente necesariamente será alterado, debiéndose tener en cuenta los valores aceptados para dicha alteración, de acuerdo a la actividad y área donde esta se desarrolle. Refiere que si bien la Carta Orgánica Municipal tiende a una defensa del medio ambiente, dentro de los cuales está el “uso racional de los humedales (mallines) dentro del ejido municipal favoreciendo el mantenimiento de los mismos en

su estado natural” (art. 185), no se encuentra aún reglamentadas las medidas que garanticen su protección y uso racional, como así tampoco establecido el Código Ambiental. -----

-----En el relevamiento de la flora realizado tanto en el informe de factibilidad ambiental como el presentado por los amparistas, se puede observar que el grado de alteración es importante ya que aproximadamente el 40 % de las especies son exóticas. En dicha zona, de acuerdo a las fotografías aéreas (años 70 y 80) y cartografías del Segmar, se puede apreciar que la zona en su mayoría, es una planicie aluvional producto de la terraza fluvial antigua del Río Casa de Piedra, con poca permeabilidad dado el tipo de suelos y el sustrato donde se encuentra (el río Casa de Piedra antiguamente desembocaba más al norte que su actual desembocadura), asimismo se observa zonas hidromórficas al norte del predio y al sur del Cerro Chico las cuales escurren en su mayoría hacia el Lago Nahuel Huapi y otra porción a través de un arroyo (que bordea el morro en su ladera sudeste, sur) hacia el Lago Moreno, dando a esta zona también su aspecto hidromórfico, aunque no se puede evaluar la envergadura del mismo ni su condición.-----

-----La Bióloga Forense, señala que “se puede observar a lo largo del expediente administrativo que no hay coincidencia entre los informes de factibilidad ambiental (y ampliaciones) y la Subsecretaría de Medio Ambiente en cuanto a la existencia o no de “mallín natural” a ambos lados del morro, pero concuerdan que la zona considerada como “mallín” en el lado este del morro tiene una importante carga hídrica aportada por acción antrópica (aporte hídrico de origen pluvial superficial proveniente de la impermeabilización del suelo del barrio 2 de Agosto y volcado de efluentes cloacales, a raíz de lo problemas que tiene la planta depuradora del mismo barrio (según consta en Acta nro. 121/07 de Comisión de Obras y Planeamiento del Consejo Municipal y en el expediente administrativo 21869/99).-----

-----Señala que es difícil evaluar el nivel natural de hidromorfismo que tendría originalmente el área en cuestión antes de la creación del Bo. 2 de Agosto debido a la poca información que se pudo obtener del área, ya que no se han podido encontrar estudios biológicos, físicos-químicos o ecológicos realizados por especialistas (más allá de los realizados por los profesionales actuantes en los informes de factibilidad

ambiental y sus ampliaciones que constan en este expediente), ni previo a la existencia de los barrios aledaños, ni actuales, tampoco en la Municipalidad obra algún estudio realizado en dicha zona; asimismo de las fotografías aéreas que se tuvo acceso no se puede evidenciar que grado de hidromorfismo presentaba la zona, tampoco del estudio del SEGMAR se obtiene información específica sobre este pequeño sector, por lo que para determinar el tamaño de dicha zona, y sus características históricas naturales se deberían realizar estudios más profundos del área realizados por profesionales en el tema (de suelos, geológicos, cargas hidráulicas, comparación a través del tiempo con sistemas aerofotográficos o satelitales) etc, a los fines de establecer qué tipo de hidromorfismo presentaba la zona y cómo se ha visto alterado a lo largo de los años. Pero teniendo en cuenta que existe una zona hidromórfica al este del morro, ya que es parte del escurrimiento natural parcial de los mallines ubicados más al norte, acrecentada su envergadura por acción antrópica y con cambio de las condiciones físico- químicas, entiende que se deberá tratar de encausar esta zona a su estado hidrológico natural y sin contaminación, saneando el lugar, y restringirse la construcción sobre esta zona específica, a los fines de su conservación, de la flora y fauna que de ella dependan, mantenimiento de drenaje natural de los demás mallines, por la importancia mencionada ut supra. - - - - -

-----En relación a la desaparición de especies arbóreas nativas y sotobosque, efectivamente habrá una desaparición de algunos especímenes cuando cada ocupante del predio realice su vivienda particular, pero los mismos están obligados a realizar la autorización ante la Dirección de Bosques, quien dará la misma si considera que es pertinente. Aclara que la Dirección General de Bosques del Instituto Forestal Andino como ente de aplicación de la normativa de protección de bosques, ha intervenido en el pedido de autorización para el apeo de los especímenes necesarios para la realización de determinadas tareas como ser apertura de calle, con la consiguiente obligación por parte del solicitante de restituir con la implantación de especies nativas en otro sector, de acuerdo a la norma vigente. - - - - -

-----Al respecto, en la Ampliación del Informe de Factibilidad Ambiental (año 2005 - foja 193 expte. 21869/99) se informa con qué especies se tiene proyectado la forestación, esto es, con especies arbustivas y arbóreas nativas (Notro, Roble Pellín, Raulí, Ñire, Corcolén, Chilco, Pañil) y exóticas (Alamo, Abedul, Hacer, Ciruelo de jardín, Alerce europeo). Asimismo en el proyecto se encuentra resguardado el bosque



de arrayanes y maitenes que se encuentran al pie de la ladera occidental del morro como Area de Reserva Ecológica Interna. - - - - -

-----Asimismo opina que se deberá resguardar el bosque de coihues y cipreses que se encuentran en el morro, por su valor paisajístico y ecológico, habiendo la Municipalidad restringido el uso de dicho morro en su totalidad. - - - - -

-----Por último, reitera que todo desarrollo urbanístico produce una alteración de los parámetros paisajísticos que se encuentran originalmente en una zona determinada, por lo que se deberá desarrollar teniendo en cuenta los valores aceptados de alteración, con acciones que prevengan, remedien, compensen o mitiguen algunos de estos impactos (reforestación de especies, tratamiento de desechos, servicios subterráneos (luz, agua, teléfono, readecuación de los proyectos etc) como están propuestos en el proyecto; con la consiguiente conservación de las áreas naturales que son más vulnerables como el morro y la zona hidromórfica natural que se encuentra al este del mismo.- -

-----Si bien a fs. 296 se dispuso conceder la prórroga solicitada a fs. 294/295 con remisión de las leyes requeridas, en definitiva a fs. 299 y transcurrido el plazo correspondiente se tuvo por cumplida la medida para mejor proveer solicitada a fs. 267.-  
- -

-----HECHO NUEVO.- - - - -

-----A fs. 302, la Dra. Cecilia Donate, en carácter de gestora, denuncia hecho nuevo que a su entender resulta pertinente en relación al objeto de la acción incoada y a la apelación en curso ante este Superior Tribunal. Al respecto informa que el Departamento Provincial de Aguas (DPA), ha constatado la contaminación de las aguas del Lago Moreno, en un nivel que ponen en riesgo, a diferencia de años anteriores, la utilización del mismo, de sus playas y aguas, como balneario. Tal contaminación se ha constatado en cercanías del drenaje construido por el emprendimiento “El Redil”. Alega que es probable que el hecho expuesto se deba al mismo emprendimiento.- - - - -  
- -

-----Asimismo peticiona se oficie al D.P.A. a fin de que manifieste si ha realizado

exámenes de agua en el Lago MORENO, si tales exámenes arrojaron niveles de contaminación superiores a los normales y si ello puede tener relación, y en qué medida, con instalaciones construidas por el emprendimiento EL REDIL.- - - -

-----A fs. 307 los amparistas, con patrocinio letrado de la Dra. María Lucrecia RANZINI, ratifican la presentación realizada por la Dra. Cecilia DONATE a fs. 302/303.- - - - -

-----Atento los principios del derecho ambiental que rigen el caso en particular de los prevención y precaución, que se desarrollan más adelante, se torna innecesario dar tratamiento específico al hecho denunciado por la forma en que se resuelve, y además siendo que se trata de un hecho de público y notorio.- - -

-----OBJETO DEL PRESENTE AMPARO.- - - - -

-----Ahora bien, al ingresar al análisis del recurso de apelación impetrado se advierte que en el caso, la competencia es asumida por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la III Circunscripción, la que se conforma así como Tribunal del Amparo, dándole a las actuaciones el trámite previsto por el art. 43 de la Constitución Provincial (fs. 81).- - - - -

-----Como bien señala la Sra. Procuradora, la acción incoada responde claramente a la naturaleza jurídica del amparo colectivo previsto por la Ley B N° 2779, que regula el procedimiento para el ejercicio del amparo de los intereses difusos y/o derechos colectivos (art.1º) y que preceptúa en su art. 2º): “El amparo previsto procederá cuando se entable en relación con la protección y defensa de:...a) El medio ambiente y el equilibrio ecológico, preservando de las depredaciones, alteraciones o explotación irracional, el suelo y sus frutos, la flora, la fauna, los recursos minerales, el aire y las aguas, comprendiendo cualquier tipo de contaminación y/o polución que afecte, altere o ponga en riesgo toda forma de vida. Específicamente el artículo 3º establece: “Cuando por causa de hechos u omisiones arbitrarias o ilegales se genere lesión, privación perturbación o amenaza en el goce de intereses colectivos podrán ejercerse: a) La acción de prevención...”.- - - - -

-----Ese ha sido el propósito de los amparistas quienes claramente lo han invocado en el

“objeto” de su pretensión a fs. 73/75.- - - - -

-----LEGITIMACION.- - - - -

-----El art. 8º de la Ley N° 2779 dispone que están legitimados para ejercer e impulsar las acciones previstas en la presente ley, la Fiscalía de Estado, el Ministerio Público, los Municipios y Comunas, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier entidad o particular que accione en nombre de un interés colectivo. (Mayoría de los Dres. Lutz y Sodero Nievas en STJRNCO: AU. 101/07 “L., M. M. y Otros s/Amparo s/Competencia” del 14-05-07). - - - - -

-----Tengo presente lo expresado en el precedente “CO.DE.CI”, (Sentencia N° 72/05 STJ) donde se realizó un pormenorizado análisis sobre daño ambiental, haciendo especial referencia a que la reforma constitucional genera una concepción a partir de la cual el hombre es “parte” del medio ambiente, y, por lo tanto, “se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental, independientemente de la afección individual”. - - - -

-----En este caso, la Constitución Nacional define un nuevo y particular modo de daño. El daño ambiental goza de algunas particularidades respecto del daño normativizado por nuestro Código Civil (art. 1068). Las reglas de la reparación no podrán equipararse a las que otorgan protección a los derechos subjetivos, simplemente porque este tipo de daño puede conculcar además otro tipo de prerrogativas bautizadas como “derechos de incidencia colectiva”. Pero esta dualidad no resulta “excluyente” sino, por el contrario, acumulativa. El individuo ostenta un interés propio y, por añadidura, conforma o forma parte de otro interés distinto, colectivo, de pertenencia difusa, pero que también le confiere legitimación para accionar, siempre que sea portador “de un interés razonable y suficiente”. - - - - -

-----Cassagne, Juan Carlos, en “Sobre la protección ambiental”, (LA LEY 1995-E, 1217-LLP 1996, 63) entiende que la legitimación que acuerda el art. 43 de la Constitución Nacional a los afectados por daños ambientales se configura cuando se lesiona el llamado “ámbito o círculo vital” de las personas, el cual “viene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización especial y no de la pertenencia a una jurisdicción política”. - - - - -

-

-----Daño colectivo, en sentido amplio, es aquel sufrido o que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente. Dentro de esta noción cabe la suma de daños individuales. Se trata de daños sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo. El daño grupal es calificable como difuso, en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, dilatado; se esparce, propaga o diluye con los miembros del conjunto, sea que éste se encuentre o no organizado y compacto. La reforma constitucional de 1994 ha conferido a estos intereses emanados de “derechos de incidencia colectiva” o de pertenencia difusa una explícita protección.- - - - -

- - - - -

-----Claudia B. Sbdar, en “Tutela Efectiva del Ambiente”, (pub. La Ley, 14/01/09, p. 1 y ss.) se ha referido a que la doctrina argentina viene trabajando incesantemente sobre la necesidad de implementar el proceso colectivo y la cuestión es objeto de análisis de los últimos encuentros de derecho procesal. Agrega que la jurisprudencia en la materia casi sin ordenamientos legales, ingeniosamente intenta satisfacer la demanda de tutela concreta de los derechos e intereses colectivos, demanda cuantitativa y cualitativamente interesantes, derivadas del compromiso de particulares y asociaciones de este tipo de derechos de consumidores y usuarios. Y, ya en lo referido a la reglamentación de un proceso colectivo, expresa que cuando se encuentra lesionado o amenazado de lesión un derecho de incidencia colectiva, su protección no puede implementarse con un proceso individual. Son muchas las razones para abordar otro tipo de proceso que resuelva con eficiencia un conflicto referido a un bien que no reconoce un titular sino número indeterminado de personas y es indivisible, que facilite el acceso a la justicia a aquellos que pretenden la tutela del derecho de incidencia colectiva.- - - - -

- - - - -

-----Advierte Lorenzetti que en el paradigma colectivo se parte de la acción individual para reconocer fenómenos que son diferentes y de este modo se abren las puertas a la acción colectiva y a bienes supraindividuales, y por lo tanto a la relevancia jurídica del ambiente (Lorenzetti Ricardo L, “Teoría de la decisión judicial – Fundamentos de Derecho” Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2006 p. 426).- - - - -

-----La legitimación activa que el art. 43 de la C. Nacional consagra a favor del afectado

debe evaluarse con un criterio de interpretación amplia, sobre todo en la tutela de los derechos de incidencia colectiva, como en la preservación del medio ambiente, conforme “Calderón, Horacio, Plácido del valle y otros, c/ Municipalidad de Guaymayén y otros” del 5-6-06, Cám. IV apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Mendoza, causa en la que se admitió parcialmente el amparo, ordenando la paralización de construcción de viviendas hasta tanto se cumpla con el estudio de impacto ambiental. - - - - -

-----Estos conceptos sobre legitimación han sido desarrollados in extenso por la CSJN en “Halabi, Ernesto” sentencia del 24 de febrero de 2009, considerando 10 a 20 y en particular el 12, que terminan de despejar toda duda sobre la procedencia de la tutela judicial efectiva sobre el medio ambiente por vía de amparo para proteger derechos de incidencia colectiva, máxime cuando como ocurre en Río Negro existe legislación (B 2779 sobre amparo colectivo) y doctrina legal al respecto (BORDENAVE, CODECI, etc., y además hasta el código de procedimiento en lo civil (art.688 bis) regla: “Cuando se lesionen derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común y tengan como titulares a los miembros de un grupo, categoría o clase, los afectados, la Fiscalía de Estado, el ministerio público, los municipios y comunas, las entidades legalmente constituidas para la defensa de derechos colectivos y cualquier persona física que actúe en resguardo de los derechos afectados estarán legitimados para promover la acción en defensa de los derechos individuales homogéneos.”.- - - - -

-

-----En el Fallo al que nos referimos -"Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986"-, del 24 de febrero de 2009, la CSJN entendió que “10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la

Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes "Siri" y "Kot" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados. 11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos 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. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. 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 petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. 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. 12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación, la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido. Cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492). La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la

propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357). En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige”. - - - - -

-----COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA AMBIENTAL.- - - - -

-----En nuestro Estado federal coexisten dos órdenes jurisdiccionales diferentes, nacional (1661 y 117 C. nacional), local o provincial (5, 75 inc. 12, 121 C. Nacional) y el de la ciudad autónoma de la ciudad de Buenos Aires (75 inc. 12 129 C. Nacional), sin perjuicio de la autonomía municipal acordada en los arts. 225 y ss. de la Constitución Provincial.- - - - -

-----En nuestro caso, la regla general siempre será de la competencia de la justicia provincial. En cuanto a la forma en que se divide la intervención de uno u otro orden en materia ambiental, esto significa que a pesar de que el origen de las normas de presupuestos mínimos esté en el Congreso nacional, dichos cuerpos de reglas de derechos serán aplicados –junto a las normas complementarias provinciales- por los jueces locales. Solo intervendrán los jueces nacionales, en los supuestos que corresponda, en razón de las personas o del lugar en el que el conflicto se suscite (cf. “Competencias Ambientales”, José Alberto ESAIN, ed. Abeledo Perrot, p. 712/715).- - - - -

-----FORMAS DE DOMINIO.- - - - -

-----En la actualidad, los distintos emprendimientos residenciales suelen clasificarse siguiendo unas coordenadas muy poco rigurosas, dependiendo una y u otra clasificación de las expectativas comerciales que tiene el promotor. Así, se habla de a) tipos básicos, entre ellos: los barrios privados, los countries o clubes de campo; y b) tipos secundarios, tales como barrios cerrados, los barrios o clubes de chacra, los clubes náuticos y los condominios. El presente emprendimiento se autodefine como Club de Campo –country



o complejo recreativo residencial-, debiendo entenderse por tal a aquel que abarque un área territorial de extensión limitada y que reúna las siguientes características: a) esté situado en suelo no urbano, b) una parte del mismo se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales, en contacto pleno con la naturaleza; c) la parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de unidades habitacionales de uso residencial y d) ambas partes guarden una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica que las convierta en un todo inescindible (cf. “Las denominadas nuevas formas de dominio....” de Gabriel De Reina Partiere, p. 15 a 18, ed. El Derecho).- - - - -

-----PRINCIPIOS AMBIENTALES.- - - - -

-----Homero BIBILONI, en su trabajo “Los principios ambientales y la interpretación, aplicación, política y jurídica” JA 2001-I-1082, antes de la sanción de la ley 25675 había señalado como principios: “a pensar global actuar local”, b) solidaridad, c) integración de las políticas sectoriales, d) protección elevada, e) precaución f) prevención, g) conservación h) corrección de la fuente, i) restauración efectiva, j) corresponsabilidad y responsabilidad diferenciada, k) subsidiariedad, l) optimización de la protección ambiental, ll) diversidad estratégica normativa, m) exigencia de la mejor tecnología disponible, n) participación pública, ñ) privación de la persuasión sobre la coacción, o) realidad, p) vecindad) q) igualdad, r) colectivo público universal, s) subsunción de lo público y privado, t) transpersonalización de las normas. Se sigue así la línea de la doctrina tradicional sentada por Jorge Bustamante ALSINA, Eduardo PIGRETI, Jorge MOSSET ITURRASPE, entre otros, que sirvieron sin ninguna duda para la relación de lo que luego sería. Siguiendo la declaración de Rio, el texto del art.4 de la ley 25675, cuyo contenido simplemente enunciaremos con la pretensión de que se conozcan y difundan.- - - - -

-----La interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental deben estar sujetas al cumplimiento de los siguientes principios establecidos en la Ley General del Ambiente, art.4, que conviene recordar: - - - - -

-----a)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; - - - - -

-----b)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; -----

-----c)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; -----

-----d)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; -----

-----e)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; -----

-----f)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; -----

-----g)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; -----

-----h)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; -----

-----i)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; y -----

-----j)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 conjunta (Cf. Eduardo Pablo Jiménez, "Derecho Ambiental" - Su actualidad de cara al tercer milenio-, págs. 150/151, Ed. Ediar; en oportunidad de dictar sentencia en STJRNCO: SE. 53/05 "R., R. s/AMPARO s/APELACIÓN").- - -

-----PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN.- - - - -

-----En primer término corresponde remitir a lo sentado por este Superior Tribunal de Justicia en la sentencia N° 25/05 del 17-03-05, en autos caratulados: "BORDENAVE", y en sentencia N° 72/05 del 16-08-05, en autos caratulados: "CO.DE.C.I. DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ ACCION DE AMPARO", en cuanto el principio de precaución se inserta en el amplio espectro de protección del ambiente, teniendo asimismo en mira los intereses de las generaciones futuras (art. 41, C.N.), en función de prevenir daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos (cf. sentencia STJ N° 126/05 "C. D., L. E. y Otros s/ RECURSO DE AMPARO s/ APELACION" del 27-12-05). - - - -

-----Se ha distinguido entre la acción preventiva y el principio de precaución. Se sostiene que la prevención es el fundamento del principio de precaución; así, se define a la prevención como la implementación de lo conducente para evitar daños. Por lo que se concluye que "las técnicas de prevención se inscriben dentro de la etapa del pre-daño" (Hutchinson, Tomás, "Responsabilidad pública ambiental", en la obra colectiva "Daño Ambiental", vol. I, 1999, Ed. Rubinzal - Culzoni, p. 275). En cambio, el principio de precaución reclama medidas de inmediato, de urgencia, aun cuando hubiera ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza. Actuar en ese sentido "presupone que cualquier demora puede resultar a la larga más perjudicial que la acción temprana intempestiva" (Walsh, Juan R., en su trabajo "El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad", ap. 11: "El principio precautorio como elemento constitutivo de la sustentabilidad" en la obra colectiva "Ambiente, Derecho y Sustentabilidad", 2000, Ed. La Ley, p. 47 y ss., conforme STJRN, N° 25/05 "B. S. A. s/MANDAMUS" del 17-03-05). - - - - -

- - - - -

-----El trabajo de Sbdar, Claudia B, ( Cf. "Proceso colectivo ambiental", Publicado en: LA LEY 26/12/2008) resume estos principios aún para situaciones no regladas, lo que

compartimos, máxime que acorde con la naturaleza de los bienes afectados, el derecho ambiental es esencialmente preventivo, por lo que el juez tiene un papel protagónico, tendiente a buscar la verdad real, basado en una fuerte actividad, dirigida a evitar que el daño anunciado por el riesgo se vuelva real o, de no ser posible, a neutralizar las consecuencias perjudiciales que su aparición sea susceptible de ocasionar.- - - - -

- - - - -

-----Consistente con la finalidad preventiva del derecho ambiental, contemplada como principio por el art. 41 de la CN como por el art. 4° de la LGA, el juez está facultado para disponer medidas cautelares de oficio. Es que lo anticipatorio y lo preventivo se justifica en la materia porque está fuertemente comprometido el interés general, un bien común de toda la sociedad, de cuyo equilibrio depende la vida y las posibilidades de desarrollo de toda la comunidad. Debe destacarse que la tutela ambiental es esencialmente preventiva y ello se expresa a través de la prioridad asignada a la prevención y a la recomposición del ambiente dañado, por los artículos 41 de la CN y 28 y 30 de la LGA, resultando la indemnización siempre subsidiaria para aquellos casos que no fuere técnicamente posible la recomposición. Tal finalidad preventiva autoriza al juez en la etapa de la decisión judicial a considerar hechos y aspectos del conflicto que no fueron postulados en los escritos de demanda y contestación pero que resultan indispensables para alcanzar una auténtica protección. - - - - -

-----El principio constitucional de congruencia podrá, en algunos casos ceder en un proceso colectivo ambiental cuando ello permita evitar un daño al ambiente en cuya preservación está comprometido el interés general de la sociedad. Para una íntegra comprensión de esta temática remitimos a lo resuelto por la CSJN en el caso “MENDOZA”, sentencias del 20 de junio de 2006 y 8 de julio de 2008, y para su adecuada interpretación al suplemento dirigido por el Dr. Néstor Cafferatta, en JA, N° especial, 2008- IV del 24-12-08 nota introductoria del propio Cafferatta y en particular el trabajo de Mariano Lovelli p. 66/73, al que remitimos)- - -

-----Posteriormente, Claudia SBDAR siguiendo a Lorenzetti, agrega que el ambiente de algún modo perjudicado no admite una completa reparación, procediendo la indemnización solo cuando esa fase hubiere fracasado, motivo por el cual la función de evitación es el objetivo prioritario y esencial. Cabe añadir que el principio de

precaución refuerza la finalidad preventiva del derecho ambiental (Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría del Derecho Ambiental”, p. 82 Revista LL). Ambos, son dos de los principios, consagrados en el artículo 4 de la LGA n° 25.675, que centralmente integran la política ambiental. Se diferencia de la prevención en que ésta se desarrolla en un ámbito de incertidumbre acerca de si el daño va o no a producirse en un caso concreto, pero no existen dudas científicas sobre la peligrosidad de la cosa o actividad, es decir sobre si existe o no el riesgo de que un determinado daño pueda o no tener lugar. En cambio, la precaución requiere de la existencia de peligro de que se produzca un daño grave o irreversible y también incertidumbre científica acerca de que ese daño pueda tener lugar, situación que no podrá impedir la adopción de medidas eficaces para evitar la degradación del ambiente y debe concretarse siempre bajo el imperio de la regla de la proporcionalidad entre el costo económico social y la medida a adoptar, fiel expresión de los principios ambientales de sustentabilidad, responsabilidad y equidad intergeneracional. En otras palabras, señala Cafferata, el riesgo potencial caracteriza al ámbito de aplicación del principio precautorio, en tanto el riesgo real efectivo y concreto, al ámbito propio del principio preventivo (Cafferata Néstor A. “El Principio Precautorio”, LL, 2004-A 1202, 1215 y “Principios del derecho ambiental”, JA, 2006-II-1142).-----

-----Tengo presente que Cafferata en su trabajo “El Principio Precautorio en el D. Argentino y en derecho Brasileño” (ed. Lexis Nexis, D. Ambiental N° 5 ene/marzo 2006, p. 67/98) menciona que el principio precautorio ocupa una posición destacada en las discusiones sobre la protección del medio ambiente siendo cada vez más frecuentemente invocado en el tratamiento de cuestiones relativas a la salud humana. Así, menciona el art. 4 de la ley general del ambiente, y en el orden internacional, la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el desarrollo, del 7 de mayo de 1992 surgida de la conferencia de las Naciones Unidas de la cual formó parte nuestro país, que contiene como principio XV: Los Estados deben aplicar ampliamente los criterios de precaución conforme a sus capacidades, asimismo la convención marco de la ONU sobre cambio climático por ley 24295 del 7 /12/93. De esta ley surge que las partes deben tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Por otro lado, la Argentina aprobó el convenio sobre la diversidad biológica por ley 24.375, de septiembre de 1994, en cuyo preámbulo surge que las partes contratantes deben prever, prevenir y atacar las causas de reducción

o pérdida de la diversidad biológica. El mencionado principio está reconocido en el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes persistentes, COPS 2001, que ha sido convertido en ley 26011 para la Argentina, sancionada en 2004. - - - - -  
- - - - -

-----AIDA KEMELMAJER de CARLUCCI, en Buenos Aires, junio de 2005, en su exposición sobre el principio de precaución en un documento de la UNESCO, señaló que el principio precautorio presenta los siguientes elementos comunes o claves: 1) incertidumbre considerable por la causalidad, la magnitud, la probabilidad o la naturaleza de la lesión; 2) requiere de un análisis científico por lo que es insuficiencia la mera fantasía o especulación. - -

-----La misma autora, además señala que estamos en presencia del impacto social de la tecnología moderna en la llamada “sociedad de riesgos”, hemos pasado de los riesgos individuales a la llamada “Sociedad del Riesgo Global”. En la sociedad tradicional el riesgo es individual; en la sociedad industrial el riesgo es colectivo, en la sociedad de riesgos, riesgos generalizados en su origen y en sus efectos. - - - - -  
-

-----Agrega KEMELMAJER de CARLUCCI, en la oportunidad señalada, que cabe distinguir entre prevención y precaución, señalando que atento el riesgo verificado, peligrosidad conocida, está la prevención. En cambio, frente al riesgo potencial, incertidumbre respecto a la propia peligrosidad por insuficiencia de conocimientos, se encuentra la precaución. - - - - -

-----El principio de precaución supone situaciones en las que el gobernante debe ejercer la prudencia a fin de tomar decisiones sobre determinados productos o actividades de las que se sospecha, con un cierto fundamento que son portadores de riesgo para la sociedad, pero sin que se tenga a mano una prueba definitiva o contundente de tal riesgo. En tales supuestos, la autoridad debe hacer un esfuerzo de prudencia, de una adecuada apreciación de las circunstancias del caso para lograr un equilibrio entre dos extremos; por un lado, el temor irracional ante lo novedoso, por el solo hecho de ser novedoso, y por el otro lado, una pasividad irresponsable ante prácticas o productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud o el medio ambiente, conforme Andorno, Roberto, “Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio”

Nºespecial “Bioética”, bajo coord. De Pedro F. HOOFT, JA, III, fascículo Nº 4 p.29).- -

- - -

-----Asimismo, Lorenzetti en el trabajo ya citado, Teoría del derecho ambiental”, con un importante anexo jurisprudencial de Mariana CATALANO. En dicha obra indica que en la materia ambiental no hay un valor por equivalente ni por satisfacción, siempre procede en primer lugar, la prevención, luego la recomposición y finalmente la reparación. Esto ha sido dicho por la CSJN, en la sentencia “MENDOZA”, del 20 de junio de 2006, causa que tiene como objeto la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que en dicha causa se trataba de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley contemple, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará de resarcimiento (op.cit., pág. 29/30).- - - - -

-----Héctor BIBILONI en nota a fallo, publicado en Jurisp. anotada, JA fascículo 5-3-2008 p. 52 y ss., advierte que el deber de preservación para asegurar el disfrute del ambiente a seres que aún ni siquiera existen implanta conceptos novedosos e inéditos en la tradición jurídica universal, y a la vez nos llena de preguntas también nuevas. De acuerdo con lo que dictan los criterios clásicos, cada deber se corresponde con un derecho que le es correlativo, quiénes tienen la potestad de exigir el cumplimiento de esos deberes de preservación que la Constitución nos impone? A partir de dicho interrogante desarrolla las eventuales respuestas, y allí indica que el sentenciante se reconoce como alcanzado personalmente por la obligación constitucional de preservación ambiental, esto es, más allá de su función y calidad de funcionario, lo que es indudablemente cierto. Pero también estas obligaciones de preservación son solidarias y además del Juez alcanza a toda la especie, sin excepciones. Ese deber de preservar reconoce como fundamentos nuestro enorme poder y posibilidad de comprender las consecuencias futuras de los propios actos (cf. Jurisprudencia Anotada, JA fascículo 5, III- 2008, p. 52 y ss.). - - - - -

-----ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL.- - - - -

-----También tengo presente la “Protección Jurídica del ambiente” de R. Lorenzetti, en pág. 1497, y en particular la importancia del Estudio de Impacto Ambiental

(p.1506/1514 y 1515/1524). Allí señala que existe un incremento de previsibilidad, el cual está dado específicamente por los estudios de impacto ambiental. En materia ambiental la Constitución Nacional establece en su art.41 que todos los habitantes tienen derecho a que las actividades productivas satisfagan a las generaciones presentes sin dañar a las futuras. Este texto importa, como contra-cara, el deber de la empresa de desarrollar su actividad sin comprometer ese capital no renovable. Así, la solución más difundida es el estudio previo de impacto ambiental. - - - - -

-----El interés difuso, llamado también fragmentario, colectivo o supraindividual, puede caracterizarse como aquel que no pertenece a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino que corresponde a un ambiente o situación común. Dicho estudio, según Héctor BIBILONI debe hacerse necesariamente “ex ante”. Es decir, antes del inicio de una obra y no después. - - - - -  
- - - - -

-----El estudio de Impacto ambiental ha demostrado ser una herramienta de gestión fundamental a largo plazo en muchos proyectos y programas y también para perfeccionar y contribuir a su viabilidad, mediante el análisis de impactos ambientales, sociales, económicos e institucionales y cobra especial trascendencia en las cuestiones que se refieren al derecho de urbe, o urbanismo y su relación con el derecho ambiental sobre lo que trataremos más adelante. - - - - -

-----PROCESO E INFORMACION AMBIENTAL.- - - - -

-----La tutela preventiva y/o la precautoria se orientan hacia un desarrollo sostenible del ambiente, es decir, a un modelo de crecimiento que, en los términos del art. 41 de la CN, satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas. Requiere como condición de una adecuada información ambiental, habilitante de una participación activa de la ciudadanía en el control de las actividades que de modo actual o potencial afecten el ambiente. - - - - -

-----El principio de información ambiental es uno de los que contribuye a individualizar las características esenciales de una correcta y eficaz acción de tutela al ambiente, al



punto que de no verificarse aquél, no podrá afirmarse que exista esta última. La información ambiental es el necesario presupuesto para la plena y correcta actuación de los demás principios constitucionales referidos al ambiente, como el de prevención y el precautorio, y que la misma es un presupuesto indispensable de la eficaz tutela ambiental. Es una directa consecuencia de la exigencia de fundar la acción de tutela ambiental sobre los principios de acción preventiva y de precaución, al extremo de que sin verdadera, eficaz y real información ambiental no podrá existir una correcta tutela del ambiente (Néstor Cafferatta, “Ley 25831, Reg. de libre acceso a la información pública ambiental”, Anales de Leg. Argentina, LL 2004 - Rev. N° I, p. I - VII). De este principio de información ambiental se desprende el medio para que la población participe efectivamente en la toma de decisiones, gestión o control de las actividades que actual o potencialmente los afecte (cf Sabsay, Daniel, Obra colectiva. 2000, La ley, p.79 y ss.; Ver además, Algo, Aníbal, La información Ambiental, como principio rector de protección al ambiente (JA, 2003 -Tomo III, 1246) donde surge la responsabilidad de las personas publicas y privadas (cf. art.16, 17 y 29 Ley 25675; cf. Morello “El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación, ED. 124, 949).- (Voto del Dr. Soderro Nievas in re: STJRNCO: SE. 72/05 "CO.DE.C.I. DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ACCION DE AMPARO" del 16-08-05).- - - -

-----URBANISMO Y DERECHO AMBIENTAL.-----

-----La indisolubilidad entre los derechos del urbanismo y del ambiente se manifiesta por el lugar cada vez más extendido que toman las preocupaciones ambientales y el derecho del urbanismo. El derecho del urbanismo y del ambiente no pueden escapar a las reglamentaciones exageradamente detalladas (ver Jeanne Carbonnier y su concepto sobre el “Gran Derecho”). Por otra parte, cabe tener presente que el principio de participación ha sido consagrado en el derecho internacional; y aquí también el derecho del ambiente fue revelador, en tanto La declaración de Estocolmo de 1972 (principios 19 y 20) proclama un derecho a la información), la de Río de 1992, (Principio 10) agrega que la mejor manera de tratar las cuestiones del ambiente es asegurando la participación de los ciudadanos implicados, al nivel que convenga (cf. “Derecho Administrativo” 2002, “Los grandes principios del D. del Ambiente y del d. del urbanismo”, por Jacqueline Morand de Villier año 14, ed. Lexis Nexis, Depalma, p. 491/498,).- - - - -

-----Ha señalado Juan Carlos Cassagne hace más de 20 años que también hay principios que rigen la legislación urbanística, (LL 1986-B-1041) y ya había anticipado que aún limitándose el ámbito de la legislación urbanística a la vida en las ciudades, ello no obsta a potestades nacionales en materia de conservación de suelos, ecología, etc. encontrando como camino ordenador el dictado de la legislación específica, cuestión que en la práctica constitucional ha quedado concentrada fundamentalmente en manos de los municipios aunque posteriormente alcanzada también por la legislación nacional (ley 25675, art. 8, 9, 10 y cc.) razón por la que sin perjuicio de lo que disponen las Constituciones provinciales, en muchos casos ni los principios de la legislación urbanística ni los de la ley general del ambiente llegan a aplicarse íntegramente. O sea, que hay una desactualización de normas bastante significativa cuando no vacíos normativos por falta de reglamentación, lo que no impide que los jueces asuman la materia, como lo hizo la CSJN en el caso MENDOZA, y le den el contenido que corresponde a la sentencia y a su ejecución, siempre en orden a asegurar dichos principios.- - - - -

-----Es decir, se trata de rescatar, como enseña CASSAGNE, la función esencial del Estado en la tarea de planificación y ordenación urbanística. O sea, que el planeamiento urbano tiene un carácter de derecho público, y cuando estos planes aparecen como ajenos a la realidad o sin respetar toda la técnica y disciplina urbanística, a partir de la tutela de bienes básicos como la vida, la salud y el medio ambiente, es necesario también tomar medidas que permitan conciliar dentro de esa planificación estatal los derechos de iniciativa privada, conforme el principio de subsidiariedad. Dicho más claro, siendo como es una materia de derecho público, además del planeamiento, el derecho de urbe impone una legitimación procesal lo más amplia posible para que todos los afectados, como enseña Cassagne pueda impugnar los actos del Estado que sean violatorios de las normas y principios contenidos en la legislación urbanística. Es decir, en términos actuales, una protección judicial efectiva, que asegure la eficacia de los derechos, y que atienda el cumplimiento de los procesos ambientales sobre todo cuando están convenientemente reglados, como ocurre en este caso. También debe destacarse que además del planeamiento, la amplitud de la legitimación procesal, y el respecto natural al federalismo a partir de la autonomía de los Municipios debe ponderarse que el objeto del planeamiento urbanístico debe ser integral. Es decir, que no pueden quedar cuestiones previsibles sin resolver o dudosas sin considerar hasta agotar los medios que

la ciencia y técnica disponen para resolverlo, lo cual implica el estudio no solamente de la cuestión ambiental, sino de todas las obras y servicio vinculados con el emprendimiento de que se trate, y en el caso particular: Club de Campo. De forma tal que a la luz de estos principios deben meritarse todas las pruebas obrantes en autos y en particular la prueba forense, en tanto y en cuanto, si bien constituyen en principio normativas de derecho público local, no pueden desconocer la existencia de otros bienes implicados. Entonces, tenemos así perfilado un derecho urbanístico que no puede tratarse al margen o con independencia de los principios antes comentados que rigen la cuestión ambiental. Es más, yendo a la primera Carta Orgánica Municipal de San Carlos de Bariloche, del 21 de noviembre de 1986, observamos que destinaba el capítulo VIII a un régimen urbanístico y de tierra fiscal que obligaba administrar las tierras municipales para el cumplimiento de funciones sociales y consagraba el principio de planificación (el Plan Director que define la política urbanística municipal, preserva en entorno ecológico y mantiene la armonía con el planeamiento provincial y de la región). Y como un dato a computar, requiere el voto de una mayoría calificada para modificarlo y establece claramente un poder de policía urbanística y catastral sobre las obras y construcciones públicas y privadas e impone la preservación del patrimonio natural, histórico y cultural de la comunidad. En el capítulo destinado a recursos y bienes municipales también establecía en su art.51 un requisito trascendente del referéndum popular que autorice la enajenación de propiedad inmueble que tenga costa de lago reservando el acceso y la costa al uso público y declara al mismo tiempo (art. 52) inalterable e inalienable el bosque del Llao-Llao con el objeto de mantenerlo intacto para las generaciones futuras, agregando que deberán permanecer indemnes las laderas de los cerros a fin de preservar su calidad de protectoras.-----

-----

-----La nueva Carta Orgánica del Municipio de San Carlos de Bariloche dictada 20 años después ha ratificado y ampliado los conceptos fundacionales antes transcritos y tan así es que el art. 29 inc. 7 referido al Plan Estratégico e Integral expresa: Formular el Plan estratégico e Integral de Desarrollo para la ciudad. Y EL 8: Planificación Urbana y Ambiental Planificar y regular el desarrollo urbano y ambiental conforme al Plan Estratégico e Integral de Desarrollo y ejecutar las obras públicas que se determinen. El art. 74 establece que “Por ordenanza, a iniciativa exclusiva del Intendente, la Municipalidad crea delegaciones municipales para la gestión descentralizada,

estableciendo su organización, funciones y competencias. La distribución de las delegaciones dentro del ejido debe contemplar el equilibrio demográfico y considerar aspectos urbanísticos, económicos, sociales y culturales.” Cuando se aborda la cuestión a la Unidad de Planeamiento Estratégico, el Artículo 170 dispone: La Unidad de Planeamiento Estratégico para el Desarrollo Local y Regional, tiene como objeto fundamental diseñar y legitimar socialmente el Plan Estratégico e Integral de Desarrollo y evaluar su progreso. Es un organismo descentralizado administrativamente, con dependencia directa del Intendente. Está integrado por técnicos multidisciplinarios; y el Artículo 171: En cumplimiento del objetivo de su creación, deberá: “1. Investigar, estudiar y analizar la realidad de la ciudad. 2. Establecer objetivos centrales, planes de acción, líneas estratégicas, diseñar proyectos, elaborar programas que contribuyan a elevar la calidad de vida y la del ambiente en el ejido municipal. 3. Planificar el Municipio desde una perspectiva ambiental y urbanística sustentable....” A todo ello, debemos agregar la presencia de un Capítulo (II) dedicado a la protección del medio ambiente, cuyo Artículo 175 establece: El ambiente es patrimonio de la sociedad; todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. La Municipalidad y sus habitantes tienen el deber de preservarlo y defenderlo en resguardo de las generaciones presentes y futuras. Toda actividad que suponga un daño temido, actual o inminente al ambiente debe cesar y conlleva la obligación de recomponer e indemnizar. A modo de síntesis, podemos ver que la preocupación del constituyente local ha recogido, sin decirlo expresamente, todos los principios del derecho urbanístico de la ley general del ambiente, y específicamente el de prevención y precaución. - - - - -

-----Una muestra de este nuevo compromiso ambiental de los constituyentes de San Carlos de Bariloche está reflejado en el contenido de funciones municipales en relación con el ambiente en el art. 180 de la COM, que expresa: “Le corresponde a la Municipalidad, la responsabilidad indelegable e irrenunciable de instrumentar las acciones a fin de: 1. Asegurar la calidad del aire, agua, suelo y subsuelo en su territorio. 2. Preservar la flora y la fauna autóctonas, la biodiversidad, los ecosistemas naturales y el suelo orgánico. 3. Asegurar que el desarrollo productivo sea compatible con la calidad ambiental. 4. Promover el uso de tecnologías no contaminantes y alentar tecnologías alternativas que prioricen el uso racional y eficiente de la energía y de los recursos naturales. 5. Regular los usos del suelo, la localización de las actividades y las

condiciones de habitabilidad sin riesgo para el ambiente y las personas en el espacio público y privado. 6. Promover la educación ambiental. 7. Establecer programas y políticas de gestión ambiental. 8. Preservar y restaurar el patrimonio natural, paisajístico, urbanístico, arquitectónico y la calidad visual y sonora. 9. Proteger los bosques nativos y permanentes a fin de preservar su calidad de protectores. 10. Proteger e incrementar los espacios públicos de acceso libre y gratuito, espacios verdes, áreas protegidas, intangibles e inalienables y reservas naturales, preservando su diversidad biológica. 11. Reducir progresivamente volúmenes y peligrosidad en la generación, transporte y tratamiento de todo tipo de residuos y promover la clasificación y recuperación de los mismos. 12. Minimizar la contaminación atmosférica producida por el transporte, promoviendo el uso de energías alternativas. 13. Concurrir con otros organismos en defensa y protección del ambiente. 14. Promover acciones públicas y privadas tendientes a la recuperación ecológica de áreas degradadas ambientalmente. 15. Fomentar la forestación con especies autóctonas. En relación al medio ambiente, remitimos al art.181 que en 12 incisos consagra la política ambiental. Dentro de los cuales destacamos muy particularmente el inciso 3º del art.181 que establece “La obligatoriedad de los estudios de impacto ambiental de emprendimientos públicos o privados y su discusión en audiencia pública, según lo regule la normativa específica”.-

- - - - -

-----Las demás normas a tener en cuenta en todo estudio de impacto ambiental y posterior evaluación ambiental son los vinculados a la afectación y tratamiento particular de los bienes del dominio público municipal y la constitución de servidumbres administrativas, la creación de reservas naturales y demás aspectos como el vinculado a la vivienda y a la calidad de vida en general de que se ocupan varias normas de la Carta Orgánica Municipal, cumpliendo acabadamente el test de integralidad al que están sometidos todos los emprendimiento urbanísticos, públicos o privados.- - - - -

-----Asimismo, tengo en consideración el art. 194 dedicado a las políticas sociales, en particular el inciso 1º en punto a la promoción integral del desarrollo humano; y el Artículo 211 en cuanto a que “La Municipalidad reconoce la actividad científica, tecnológica y académica como una de las bases del desarrollo económico local y como instrumento adecuado para la promoción humana, el desarrollo sustentable y el

mejoramiento de la calidad de vida.”.- - - - -

-----Como corolario final, digamos que el Artículo 11 establece que la Municipalidad ejerce plenamente su poder de policía en todo el ejido municipal. Dentro del que se inscribe la garantía del cumplimiento de las normas de gestión ambiental. O sea que no se puede lograr la vigencia del bien común sin que el Estado cumpla su obligación principal que es la exigencia del estudio de impacto ambiental y de la participación ciudadana. Tal como está legislado en la legislación municipal y provincial con sujeción a toda la normativa vigente que es transversal al derecho urbanístico para asegurar un urbanismo sustentable que comprende los bienes culturales y el paisaje urbano, que tiene raigambre constitucional en los arts.41 y 43.- - - - -

-----Todo ello, tal como ha quedado reflejado en el fallo de la CSJN en el caso “MENDOZA”.- - - - -

-----CASO MENDOZA.- - - - -

-----La jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia ha tenido acabado sustento en la interpretación y aplicación de las normas nacionales y provinciales involucradas en la cuestión ambiental (leyes 25675; B 2779, M 3.266, etc. Y en la jurisprudencia de la CSJN en el caso “MENDOZA”, sentencia del 8 de julio de 2008 (Fallos 329:2316, 2006; LA LEY, 2006-D, 281). -

-----Allí, la CSJN entendió que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes y eficaces; ordenando a la autoridad de la Cuenca cumplir con un programa en el que se establecieron objetivos, se dispuso crear en un plazo de 30 días un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, realización de inspecciones a todas las empresas existentes en la cuenca Matanza-Riachuelo en un plazo de 30 días hábiles, con identificación de las consideradas como contaminantes, diseño de un plan de tratamiento ambiental, con eventuales medidas de clausuras, saneamiento de basurales, limpieza de las márgenes del río, expansión de la red de agua potable, obras de desagües pluviales y saneamiento cloacal, con un plan sanitario de emergencia. Se trata, pues de un verdadero “Megaproceso”, tal como lo define Augusto M. MORELLO en la referida publicación,

en la que destaca los enroques de la CSJN y su poder de mando, asignando a dicho Juez, como delegado del tribunal, ante el cual se presentarán los informes pertinentes por parte de la autoridad de esa Cuenca (cf. Los “Megaprocesos”, p. 65 y ss. en “El caso “MENDOZA”: Perfiles y proyecciones”, Jurisp. Argentina N° especial, dir. Alejandro TUZIO, coord. Néstor Cafferatta, JA 2008-IV).-----

----- Trátase, pues, como lo dice Carlos A. Rodríguez en la mencionada publicación, de un nuevo paradigma ambiental, en el que de nosotros, actuando colectivamente en sociedad, depende el futuro global, nuestro propio futuro personal y de las generaciones futuras, incluyendo aquellos que todavía no existen, pero que tendrán la misión de llevar adelante la raza humana y la biodiversidad en la biosfera. -----

-----En el caso “MENDOZA” la CSJN ha entendido que deben ejercitarse en él las facultades instructorias que el art.32 de la ley 25675 otorga a los magistrados para dirigir las causas ambientales. Esto le ha permitido utilizar carriles y mecanismos originales para permitir un adecuado acceso a la información y a la posibilidad de participación ciudadana tal como lo indica el principio 10 de Río de Janeiro.-----  
-----

-----Las resoluciones de la CSJN en el caso “MENDOZA” han marcado las líneas esenciales de la silueta de un proceso colectivo ambiental; ellas reflejan las distintas particularidades derivadas de la finalidad preventiva de la tutela ambiental, entre otras, un amplio criterio en materia de legitimación activa y pasiva, las facultades instructorias, ordenatorias y probatorias del juez, la modificación de algunos principios procesales, como el de congruencia, la importancia de las decisiones cautelares, autosatisfactivas y anticipatorias, la aplicación de las cargas dinámicas y de un procedimiento valorativo integral de las pruebas, medidas de ejecución de lo decidido y los alcances subjetivos de la cosa juzgada de la sentencia. La Corte, no es pasiva espectador del juego procesal. Por el contrario, desde un principio puso en práctica facultades de instrucción. Y sostuvo la necesidad desde la primera resolución dictada en este proceso, de una enérgica actuación del pretor en defensa del bien jurídico tutelado ambiente, con ropaje constitucional privilegiado (Cf. Cafferatta, Néstor A. “Sent. Colectiva ambiental en el caso Riachuelo”, Rev. de D.- Ambiental, Lexis Nexis, on line 17-7-08).-----

-----RESOLUCION DEL CASO.- - - - -

-----Respecto al daño ambiental, tengo presente los trabajos referidos a la responsabilidad civil y las doctrinas esenciales expuestas por Trigo Represas (La Ley Tomo V, pág. 1383/1673), así como “DAÑO AMBIENTAL” Problemática de su determinación causal, de Isidoro GOLDENBERG y Néstor A. CAFFERATTA, ed. Abeledo Perrot, en el que se abordan las teorías de la causalidad surgidas en el área de la responsabilidad ambiental, con amplia exposición de precedentes al respecto (cf. 50 y ss.).- - - - -

-----En las presentes actuaciones se advierte la gravedad necesaria para habilitar la instancia extraordinaria del amparo.-

-----En materia de prevención cualquier persona puede mediante acción de amparo requerir la cesación de actividades generadoras de daño colectivo ( “D. Constitucional Doctrinas Esenciales 1936-2008, Linares Quintana, Fayt, Badeni, La Ley, T. II p. 748,).- - - - -

-----La prevención es una función que no escapa al campo de acción de la justicia que puede actuar moldeando una efectiva suplencia respecto de los poderes de control de la Administración que se revelan insuficientes (conforme “Responsabilidad Civil y prevención de daños” Los Intereses Difusos y el compromiso social de la justicia” Augusto M. Morello y Gabriel A. Stiglitz, La Ley, 1987-D, 364, citado en LL NOA, 2007, julio 597).- - - - -

-----El ambiente trata de un bien de altísimo valor social, toda vez que es esencial para la sustentabilidad de la vida misma.- -

-----El derecho ambiental tiene un énfasis evidentemente preventivo, basándose en sus principios, que en definitiva son normas (cf. R. L Lorenzetti, “Teoría de la decisión Judicial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p.139) como el de prevención y de precaución. Y es precisamente el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, la herramienta por naturaleza aplicable a tal fin (Cf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, “Cirignoli...” del 2/08/2006, Pub. LL Litoral 2006 (mayo) 492-La ley 2006-D, 320). - - - - -



-----No cabe la menor duda que el Tribunal a-quo tuvo en cuenta los informes obrantes en autos, de los cuales surge que se han tomado diversos recaudos para preservar la vegetación boscosa natural, los escurrimientos hídricos, el paisaje, el acceso a las costas y se ha previsto una buena provisión de servicios básicos y tratamiento de residuos sólidos y líquidos, pero todo ello resulta insuficiente para tener por acreditados los extremos o exigencias legales impuestas por las leyes nacionales, provinciales o de la propia Carta Orgánica Municipal de San Carlos de Bariloche, tanto la vigente anteriormente, como actual de 4 de enero de 2007. Es decir, que no se trata simplemente de un informe técnico ambiental incompleto o de un estudio de impacto ambiental insuficiente sino del desconocimiento del proceso colectivo ambiental de la participación ciudadana, de la información, régimen de audiencia, etc. Además de los propios del derecho urbanístico que ya antes se han ponderado en el capítulo respectivo. En estos términos, habiendo definido como deber esencial del Estado el cumplimiento de todas estas obligaciones específicamente regladas, el procedimiento seguido es claramente contrario a derecho y debe ser reencausado para que los principios del derecho ambiental y del derecho urbanístico y las normas de la constitución nacional, provincial y municipal no queden sujetas a resoluciones municipales circunstanciales cuando está en juego el patrimonio de toda la comunidad. Y así como el principio de congruencia no es sin más aplicable a materia ambiental, mucho menos frente al orden público ambiental pueden pretenderse amparar derechos inacabados, incompletos, o surgidos al margen de la ley por más buena fe que haya puesto en los vistos y considerandos, ya que Río Negro ha sido una de las provincias pioneras en la defensa del medio ambiente (lo que se encuentra en el Preámbulo de la Constitución: “Preservar los recursos naturales y el medio ambiente”) y específicamente, dentro del Capítulo de Derechos Sociales, y de políticas especiales del Estado, y política de los recursos naturales (sec. V, arts. 70 a 80) y sección VII, dedicada a política ecológica, sin dejar de destacar lo dispuesto en el art. 46 referido a los deberes de todo habitante “inc.8 evitar la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica”. Es decir, que el substracto del derecho de participación, según nuestro régimen constitucional, es un derecho y un deber de todos los ciudadanos. Desde otra dimensión, también vinculada a los derechos sociales, aparece la salud como un bien social que hace a la dignidad humana (art. 59 de la Constitución Provincial). Tan así es que incluye expresamente el control de los riesgos biológicos y socio ambientales de todas las personas desde su concepción para prevenir toda posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se

pueda evitar. Dentro de esta filosofía constitucional se enmarca el resolutorio y los deberes que se impone a las partes involucradas, públicas y privadas a través del mandato preventivo.- - - - -

-----Tengo presente que el Municipio local a fs. 86/100 explicitó cuál fue la normativa urbanística ambiental que se tuvo en consideración para sustentar la aprobación del proyecto contenida en el expte. Administrativo 21.869/99 correspondiente al emprendimiento aquí cuestionado. Asimismo la inspección ocular realizada por el Tribunal en fecha 8 de mayo de 2007; el informe de fs. 41/68 que se acompaña con la demanda sobre los supuestos impactos negativos del complejo consignados en fs. 73 vta. y 74 tuvieron su respuesta en el informe obrante a fs.93/100.- - - - -

-----Sin embargo, a fs. 277 se estimó necesario requerir una medida para mejor proveer consistente en un informe actualizado de un organismo dependiente de este Poder Judicial –Servicio de Biología Forense- a fin de que se expida respecto al cumplimiento de la legislación municipal aplicable a este tipo de emprendimientos en el Club de campo “El Redil” y en particular las que se refieren al tema ambiental: a) recolección y disposición de la basura; b) contaminación del aire, c) agua potable y disposición de líquidos cloacales d) ruidos, vibraciones y e) ordenamiento del uso de la tierra; y además expedirse sobre los ítems señalados en la demanda a fs. 73 vta/74.- - - - -

-----Se advierte que el Artículo 185 de la Carta Orgánica del Municipio de San Carlos de Bariloche establece que “La Municipalidad protege y regula el uso racional de los humedales (mallines) dentro del ejido, favoreciendo el mantenimiento de los mismos en su estado natural”. Atento tal defensa del medio ambiente corresponderá que el Municipio, en ejercicio del Poder de Policía ambiental dentro del ejido y las zonas aledañas asuman su competencia en la materia y velen por la protección de los mismos de un modo práctico y concreto en el caso de autos.- - -

-----Es deber del Estado proveer a la protección del derecho a un ambiente sano, especificando las obligaciones de proveer 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 ambiental. Alcanzar una vida de calidad en una comunidad a través de la protección adecuada del ambiente y protección de la salud, por parte de las autoridades del Estado, constituye un aporte concreto y real a la

preservación de la dignidad de las personas y coadyuva a despejar serias desigualdades materiales (cf. Augusto M. Morello y Claudia Sbdar, en “Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente”, LL, 18-10-07).- - - - -

-----El problema ambiental, y particularmente el que motiva este proceso, es transversal y compete a todos los actores involucrados en el mismo. El derecho ambiental presenta por sí una peculiar complejidad, que requiere de una activa gestión del conflicto por parte de los operadores judiciales, particularmente cuando las acciones promovidas denotan alta incidencia institucional (cf. LL, 16-05-08 Suplemento del D. Ambiental, Dr. Eduardo Pablo JIMENEZ).- - - - -

-----Coincido con Daniel Alberto Sabsay en “El Derecho Ambiental- Una nueva etapa en la defensa de los bienes judiciales ambientales” (LL 19-03-07), al sostener que el Ethos ambiental es aún más paradigmático que aquellos comprendidos en los restantes intereses colectivos derivados de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva general –como los denomina la Constitución nacional (art.43 2do. párrafo)- Ello es así, como consecuencia de uno de los elementos fundamentales del desarrollo sustentable, ligado a la protección ambiental. Nos referimos a la equidad inter generacional. Para velar por la efectiva vigencia de este concepto novedoso de equidad, toda solución debe anticiparse al acaecimiento de hechos dañosos susceptibles de afectar al ambiente, puesto que como principio general estos son irreversibles. De ahí que se hayan acuñado en el derecho ambiental internacional una serie de principios contenidos en varias convenciones de las cuales la Argentina es parte, dentro los que se destacan el preventivo y el precautorio. La ley 25675, general del ambiente, también los desarrolla en su art.4, los que por ende forman parte del derecho interno de nuestro país. Es de destacar que LGA establece el concepto de Orden Público Ambiental, lo que implica que es inalienable e indisponible para las partes. - - - - -  
- - - - -

-----Como bien surge del informe producido por la Sra. Bióloga, se deben realizar estudios más profundos del área en cuestión realizados por profesionales especializados en la materia (geológico, suelos, cargas hidráulicas, etc.), a fin de determinar no solo cómo se ha visto alterado el área hasta hoy sino también cómo lo hará en lo futuro, estableciéndose claramente todas las medidas necesarias para lograr niveles ambientales

aceptables, disponiéndose las acciones que prevengan, remedien, compensen o corrijan el impacto sobre el mismo, reduciéndolo, mitigándolo e incluso revertiendo algunos de estos impactos (reforestación de especies, tratamiento de desechos, servicios subterráneos -luz, agua, teléfono, readecuación de los proyectos etc). Todo ello, atento que la resolución de Factibilidad del Proyecto resulta insuficiente, a la luz del nuevo informe producido en autos; y porque, como lo señalan los aquí apelantes no se llamó a la audiencia pública ni se habilitaron las instancias de participación popular, tal como lo manda la ley 25675 y la M 3266 en cuanto al procedimiento a seguir en evaluaciones de impacto ambiental en obras de estas características.-----

-----En tal sentido y en función de lo expuesto en el informe mencionado, existe una zona hidromórfica al este del morro que es parte del escurrimiento natural parcial de los mallines ubicados más al norte, que deben ser protegidos, encausándose esta zona a un estado hidrológico natural y sin contaminación, saneando el lugar, y restringiendo la construcción sobre esta zona específica, a los fines de su conservación, y con acciones que prevengan, remedien, compensen o mitiguen los impactos.-----

-----La ley M 3266 tiene por objeto regular el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental como instituto necesario para la conservación del ambiente en todo el territorio de la provincia a los fines de resguardar los recursos naturales dentro de un esquema de desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público.-----

-----

-----Advierto, que dicho cuerpo legal en su art. 3 establece cuáles son los proyectos, obras o acciones que se someten a dicha ley. Entre ellos, tenemos: evacuación de residuos sólidos, líquidos y gaseosos en áreas rurales o urbanas provenientes del uso residencial; la generación o ampliación de plantas urbanas; el uso y manejo de recursos florístico, faunístico y paisajístico, tanto terrestres como marítimos, fluviales o lacustres con fines turísticos y/o productivos; emprendimientos para el uso del recurso hídrico con fines turísticos y/o productivos; contaminación de un modo significativo del suelo, el agua, el aire, la flora, el paisaje y otros componentes relevantes tanto naturales como culturales de los ecosistemas, las que modifiquen sensiblemente la topografía, las que alteren o destruyan directa o indirectamente poblaciones de la flora y la fauna silvestre, las que modifiquen las márgenes, cauces, caudales, régimen y comportamiento de las aguas superficiales y subterráneas, las que emitan directa o indirectamente ruido, calor,

luz, radiación ionizante y otros residuos energéticos sensiblemente molestos o nocivos y las que favorezcan directa o indirectamente la erosión, y cualquier otro proceso de efecto degradativo para el ambiente. - - - - -

-----Por ello, estando en presencia de acciones previstas en la ley, deberá seguirse el procedimiento allí indicado en el Artículo 7 , que expresa: “El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, estará integrado por las siguientes etapas: a) La presentación de la Declaración Jurada de Impacto Ambiental y, en su caso, la ampliación de la Declaración Jurada de Impacto Ambiental; b) Estudio de Impacto Ambiental cuando resulte pertinente; c) La audiencia pública de los interesados y afectados en el lugar de emplazamiento del proyecto y/o donde se produzcan sus impactos, cuando ésta resultare pertinente, conforme lo establezca la reglamentación.d) El dictamen técnico; e) La Resolución Ambiental”. - - - - -

-----Antonio Herman V. BENJAMIN, resume cinco recomendaciones a seguir: 1º) la necesidad de asegurar la efectividad de los programas y políticas públicas destinadas a la protección del medio ambiente; 2º) la cuestión de la credibilidad de la ley, que exige una regulación encarada con seriedad; 3º) un componente de equidad y justicia, ya que los requisitos legales deben ser respetados por todos y no apenas por algunos; 4º) un fundamento de eficiencia económica, -desarrollo sostenible- y 5º) el desestímulo o disuasión de nuevas violaciones de reglamentaciones (cf. Néstor Cafferatta, “De la efectividad del D. Ambiental” del 2-10-2007 La Ley).- - - - -

-----Adviértase que respeta debidamente el principio de prevención de los eventuales efectos negativos sobre el ambiente y el postulado de participación de los interesados a través de los procedimientos públicos de carácter colectivo, la sentencia que con carácter previo a la construcción de viviendas en un espacio verde, ordena al Gobierno de la ciudad efectuar el procedimiento técnico administrativo completo de evaluación de impacto ambiental (Cf. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad autónoma de Buenos Aires, sala II, “III República de la Boca c. Ciudad de Buenos Aires”; La Ley 2006-E, 337). - - - - -

-----CONCLUSIONES:- - - - -

-----Considero que teniendo en cuenta que es doctrina reiterada de la CSJN que los jueces deben resolver teniendo en cuenta las circunstancias existentes al momento de su

dictado, lo cual también resulta aplicable a las decisiones de los juicios de amparo (Fallos 323:3896, 325:1440, 327:488). - - - - -

-----La participación ciudadana prevista en la ley nacional 25675 (art. 19 y ss) presupone que la administración debe proporcionar los medios adecuados para que los interesados puedan brindar sus puntos de vista. Desde otro ángulo el derecho a que se celebren las audiencias públicas, no es sino la aplicación en escala colectiva de la garantía del debido proceso adjetivo (cf. "Teoría del Derecho ambiental", Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. LL, pág.193). - - - - -

-----Mandato Preventivo: - - - - -

-----De acuerdo a PEYRANO, JORGE WALTER (en "La jurisdicción preventiva civil en funciones", LA LEY (Suplemento Procesal ), Octubre de 2005, LA LEY S.A.E. e I) forma parte de la jurisdicción preventiva civil lo que se ha dado en llamar "acción preventiva" que es aquella "que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción" (PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs. As. 2004, Editorial LexisNexis - Abeledo Perrot, p. 36). Muchas acciones preventivas son objeto de regulación legal expresa. Así, vaya como ejemplo lo dispuesto por los arts. 52 y 55 de la ley de Defensa del Consumidor que conceden acción a quien meramente se considere "amenazado" de ver violados sus derechos del consumidor o de usuario.- - -

- - - -

-----Agrega Peyrano que el denominado "mandato preventivo" (en "El proceso atípico", Bs. As. 1993, Editorial Universidad, p.98) materializa procesalmente el ideario "conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita ( o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no". La mencionada categoría procesal cuenta con pluralidad de votos de la doctrina autoral (MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, "Función preventiva

del Derecho de Daños", en JA, 1988-III-116 y siguientes y ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Bs. As. 1999, Editorial Hammurabi, t. 4, p. 444).- -

-----

----- Dicho "mandato preventivo" -también conocido como tutela inhibitoria en el área del Derecho Civil (NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional" en La Ley, 1996-A, 1245, Sección Doctrina y siguientes)- no es otra cosa que la motorización procedimental de la denominada "función judicial preventiva de daños", citada por Henoch Aguiar (AGUIAR, Henoch, "Hechos y actos jurídicos", Editorial Tea, t. IV, p. 172.). Las conclusiones de Peyrano recalcan en que la jurisdicción preventiva procura evitar el quebrantamiento del orden normativo. Su divisa de fe es: "los jueces deben, en la medida de lo posible, actuar antes y no después"; además, el llamado "mandato preventivo" es una de las vertientes más difundidas y aplicadas de la jurisdicción preventiva. Constituye la instrumentación procesal de la tutela preventiva o inhibitoria, o de la función judicial preventiva de daños. El despacho de un mandato preventivo siempre se da en el seno de un proceso principal que le sirve de marco. Dicho despacho abre una instancia distinta de la originada por la iniciación de la pretensión principal, pudiendo ser sus suertes diferentes. - - - - -

-----Atento lo dispuesto en los arts. 16, 70/80, 84 a 89 de la Constitución Provincial y especialmente el deber irrenunciable del Estado de prevenir y controlar la contaminación del aire, agua y suelo, manteniendo el equilibrio ecológico, es necesario ordenar medidas a los organismos competentes provinciales –CONSEJO DE MEDIO AMBIENTE Y DEPARTAMENTO PROVINCIAL DE AGUAS, que rige y aplica las políticas públicas de aguas y cloacas; y La Dirección General de Catastro e Información Territorial- para lograr la finalidad de las normas y el respeto de la obligaciones de fuente constitucional; y así la mera posibilidad de contaminación de un Lago, natural o artificial o cualquier otro integrado a cuencas hídricas, locales, Interjurisdiccionales o internacionales, debe ponderarse como grave lesión al ambiente aunque los índices que se usan circunstancialmente puedan brindar una cuota de tolerancia ya que la prevención es lo que mejor asegura el cumplimiento de los principios establecidos en el art. 4 de la ley 25675 que deben evaluarse integralmente y no por partes. Además, hay que contemplar cada caso en función de los bienes protegidos, y en este caso el

complejo lacustre hídrico que da vida y sustento a todos los pueblos y ciudades de la Provincia de Río Negro. - - - - -

-----El derecho ambiental debe tener mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto irradia del texto constitucional, e influye en su interpretación, en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de estos derechos (López Ramos, “Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica del Simposio de Jueces y fiscales de América latina”, 23 y 24 de septiembre de 2003). - - - - -

-----El gran desafío del derecho ambiental es el equilibrio entre la preservación de la naturaleza y la actividad productiva del hombre. Se trata de continuar con esa actividad pero con restricciones que eviten poner en riesgo la naturaleza misma. La protección del ambiente y de los elementos básicos de la biosfera se traducen en calidad de vida y, consecuentemente, incide positivamente en la dignidad de las personas. Precisamente, expresó el punto primero de la Declaración de Estocolmo de 1972: "El hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad de vida le permita vivir con dignidad y bienestar, y tiene el deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente de las generaciones presentes y futuras". - - - - -

-----En otras palabras, los fundamentos son iguales para todos los habitantes de la Provincia y es un deber instaurar una acción preventiva que, con la colaboración de los Municipios rionegrinos, permita individualizar los proyectos existentes o en curso de ejecución, para que todos adopten medidas eficaces para evitar la contaminación general y de los bienes públicos individualizados en el art. 2340 del Código Civil, máxime cuando la cuestión supera a los partícipes de la causa y afecta a otros valores (CSJN 257:132; y 247:601; cf. Peyrano Jorge “El Mandato Preventivo en el proceso atípico” Ed. Universidad, 1993, p.24 y ss. y La jurisdicción Civil Preventiva en funciones, en LL -2005-A-151 en “Cuestiones procesales...”)- - - - -

-----En tal sentido, deberán observarse conjuntamente, cumplimentarse y adecuarse las demás normas locales o particulares que regulan el uso del suelo, la zonificación y el uso de los espacios públicos y sean necesarios para el bien común, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 225, en su primera parte de la Constitución Provincial.- - - - -



-----El Preámbulo de la Constitución Provincial, dispone “...preservar los recursos naturales y el medio ambiente”, deberá considerarse también, los lineamientos impuestos por la legislación municipal, las leyes de catastro, provincial y nacional, y los tratados y convenciones internacionales aplicables, siendo de jerarquía normativa (art.31 de la Constitución Nacional).-----

-----Por ello, corresponderá además tener presente a la Ley 26.209 de Catastro, sancionada el 20 de diciembre de 2006 y promulgada de hecho el 15 de enero de 2007; ya que algunos de los objetivos enunciados en la misma responden a la finalidad fiscal que deben cumplir los catastros, mientras que otros están dirigidos a proveer los datos necesarios para ordenar las políticas de desarrollo que tengan como sustento al territorio, establecer las prioridades calificando las necesidades de la población sin descuidar la factibilidad de su implementación para que se lleven a cabo, por caso, obras de infraestructura y saneamiento o mejorar la calidad de los servicios que ya se prestan (cf. Ley Nacional de Catastro, Jorge R. Causse, La Ley del 27 de marzo de 2007”).-----

-----Así, el artículo 2º establece: Las leyes locales designarán los organismos que tendrán a su cargo los catastros territoriales y ejercerán el poder de policía inmobiliario catastral”; y el artículo 3º menciona las atribuciones que le corresponden, sin perjuicio de las demás que las legislaciones locales asignen a los organismos mencionados en el artículo anterior. Asimismo considera el Artículo 17, en cuanto dispone: Las normas pertinentes referidas a la constitución del estado parcelario y su registración, serán de aplicación gradual y progresiva según lo determinen los organismos catastrales de cada jurisdicción.-----

-----Todo ello, de acuerdo a la LEY E N° 3483, REGIMEN DE CATASTRO PROVINCIAL, cuyo Artículo 2º dispone: “El poder de policía inmobiliario catastral es el conjunto de atribuciones a través de las cuales el Estado Provincial reglamenta el ejercicio de los derechos de los particulares con el fin de lograr el ordenamiento territorial, y comprende: a) Regular, supervisar y reglamentar la ejecución de toda mensura que se ejecute en la provincia. b) Registrar mensuras y otros actos de levantamiento territorial. c) Practicar de oficio mensuras y otros actos de levantamiento territorial con el objeto de cumplir con las finalidades del catastro. d) Registrar, autorizar y ejercer el control de las divisiones de inmuebles por el régimen de la

propiedad horizontal. e) Registrar el estado parcelario de los inmuebles y la documentación que le da origen. f) Establecer las condiciones para la verificación de la subsistencia del estado parcelario. g) Establecer y asignar la nomenclatura catastral para la individualización parcelaria. h) Expedir las certificaciones de las constancias catastrales. i) Realizar inspecciones con el objeto de practicar censos y encuestas, verificar infracciones o con cualquier otro objeto acorde con las finalidades de esta Ley. J) Exigir declaraciones juradas a los propietarios, poseedores u ocupantes de inmuebles en relación con las finalidades del catastro. k) Establecer las normas para la conservación de marcas y mojones de levantamientos territoriales; l) Ejecutar, densificar y conservar la red básica de apoyo catastral. m) Ejecutar la cartografía catastral provincial. n) Dictar normas relacionadas con las finalidades del catastro y del poder de policía inmobiliario catastral. Esta enunciación no tiene carácter taxativo.”- - -

-----

-----En síntesis, debemos evitar sin que quepa duda, que la situación se produzca o se agrave, o se realice sin cumplir con la normativa vigente, porque nada asegura que el dictado de una resolución municipal o cualquier otro acto administrativo satisfaga los extremos de las normas imperativas aplicables por el orden público ambiental y el principio de supremacía constitucional (art. 31 CN) y los principios generales de la ley general de medio ambiente y del derecho urbanístico, ya que son de presupuesto mínimo. Ello, para todos los Municipios, y asegurando la intangibilidad de los recursos naturales de toda la Provincia.- - - - -

-----Por último, el derecho ambiental es decodificante, herético, mutante: se trata de problemas que convoca a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo, en el caso del derecho, la invitación es amplia y abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal sin excluir a nadie, con la condición de que se adopten nuevas características (cf. Lorenzetti, Ricardo L., en “Las normas fundamentales de derecho privado”, p.483, Rubinzal Culzoni, 1995). - - - - -

-----

-----DECISORIO.- - - - -

-----Por ello, propongo al acuerdo:- - - - -

-----1º) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de fs. 242, fundado a fs. 247/255 y en consecuencia, ordenar al Municipio de San Carlos de BARILOCHE que complete en un plazo máximo de 90 días, el estudio de impacto ambiental referido al emprendimiento Club de Campo “El Redil”, ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche, dando respuesta suficiente a los cuestionamientos formulados por los amparistas y lo dictaminado por el perito biólogo forense y a la demás normativa nacional provincial o municipal que resulta aplicable, conforme los fundamentos de esta sentencia.- - - - -

-----2º) Suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado.- - - - -

-----3) Atento a la complejidad de la cuestión de autos y la forma en que se resuelve, corresponderá imponer las costas por su orden, desestimando el planteo formulado al respecto.- - - - -

-----4) Disponer como mandato preventivo que el CODEMA, el DPA y la Dirección de Catastro e Información territorial realicen con la cooperación de los municipios rionegrinos en un plazo no superior a los 180 días, un relevamiento de todos los emprendimientos referidos a clubes privados o de campo, countries, etc., existentes o en ejecución, habitados o no, produciendo informes sobre los mismos a este Tribunal con constancia del cumplimiento de la legislación vigente y de los postulados de esta sentencia, debiendo dictar las medidas necesarias conforme el principio de progresividad. Todo, bajo apercibimiento de astreintes en caso de incumplimiento.- - - - -

-----5) En todos los casos deberá asegurarse la correspondiente información ambiental y el cumplimiento de la normas específicas referentes a Parques Nacionales, bosques, aguas navegables, para el consumo humano y preservación y conservación de los suelos, disposición de la basura, y restantes normas que resulten aplicables según la legislación municipal, provincial y nacional conforme al principio de cooperación y lo resuelto por la CSJN in re “MENDOZA”. - - - - -

6) Notifíquese a las partes, así como al CODEMA, el DPA y la Dirección de Catastro e Información territorial, con copia íntegra de la presente.- - - - -

-----MI VOTO.-----

-----El Sr. Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:-----

-----A fs. 242, Mariana Domínguez y Juan José Paterno, con el patrocinio letrado del Dr. Agustín Enrique Martín, interponen recurso de apelación, fundado a fs. 247/255 contra la sentencia de fs. 229/236, que desestimó la acción de amparo que perseguía se ordenara la inmediata paralización de las Obras iniciadas por el Emprendimiento Club de Campo “El Redil” -ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche-; el llamado a audiencia pública de la ley M N° 3266 –Impacto Ambiental- y la verificación del cumplimiento de las disposiciones previstas en dicha norma. Los amparistas consideran que tal emprendimiento atenta contra el ecosistema, su calidad de vida y sus derechos.-

-----Señalan que la potencial concreción del Proyecto EL REDIL produciría impactos ecológicos, ambientales y socioeconómicos negativos. Al respecto, mencionan: “irrecuperable destrucción del ecosistema”, “destrucción de mallín”, “destrucción de archivo ambiental”, “alteración de dinámica de cadena de mallines”, “destrucción de sotobosque aledaño y dentro del mallín”, “destrucción de hábitat acuático del mallín”, “pérdida/ contaminación de vertiente”, “desaparición de especies arbóreas nativas y sotobosque”, “destrucción de habitat/asentamiento/ nidificación de aves”, pérdida de “conectividad del área”, “potencial contaminación del Lago Moreno”, “pérdida de la calidad del agua”, “perdida de paisaje”, “riesgo a personas en caso de incendio o inclemencias climáticas”, etc. -----

-----El Tribunal del amparo, desestimó la demanda, al considerar -en función de los resultados periciales- que no se había acreditado en el caso en estudio la existencia del daño alegado (cf. fs. 229/236).-----

-----Tal decisión tuvo especial consideración de las pruebas producidas en autos donde se advirtió –a criterio del Tribunal- la ausencia de impacto ambiental o ecológico negativo alguno. --

-----Además entendió que el informe acompañado con la demanda tuvo su respuesta en el informe de fs.93/100 al cual se remite.-

-----Los accionantes alegan arbitrariedad en la producción, elaboración y ponderación de dicha prueba y consecuentemente en la sentencia. Consideran que la pericia realizada es defectuosa e inválida y que resulta “prueba insuficiente” y arbitraria. Alegan errónea valoración de la normativa municipal porque no tienen en cuenta la actual Carta Orgánica de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, vigente desde el mes de febrero de 2007. Al respecto, alegan que tal normativa establece mandatos tendientes a dos objetivos interrelacionados; la planificación de la ciudad y la protección del ambiente (entre los que se incluye la protección de los humedales, específicamente mallines). Destacan que el objeto de este pleito es la ilicitud actual del impacto ambiental, en tanto no se ha respetado la normativa vigente. Sostienen que los principios de sustentabilidad, precautorio y prevención, además de los restantes enunciados en la ley 25675, deben ser respetados y tenidos en cuenta al momento de decidir la normativa aplicable y su interpretación, así como la pertinencia de la realización de la Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo prescripto en la ley M 3266. - - - - -

-----Asimismo arguyen errónea apreciación sobre la existencia del daño ambiental; auto contradicción de la sentencia y violación a la ley procesal aplicable y al plazo razonable. Sostienen menoscabo al derecho a un ambiente sano. Por último, se agravan de la imposición de costas por su orden. - - - - -

-----Ahora bien, al ingresar al análisis del recurso de apelación impetrado se advierte que en el caso, la acción incoada responde claramente a la naturaleza jurídica del amparo colectivo previsto por la Ley B N° 2779, que regula el procedimiento para el ejercicio del amparo de los intereses difusos y/o derechos colectivos (art.1º) y que preceptúa en su art. 2º): “El amparo previsto procederá cuando se entable en relación con la protección y defensa de:...a) El medio ambiente y el equilibrio ecológico, preservando de las depredaciones, alteraciones o explotación irracional, el suelo y sus frutos, la flora, la fauna, los recursos minerales, el aire y las aguas, comprendiendo cualquier tipo de contaminación y/o polución que afecte, altere o ponga en riesgo toda forma de vida. Específicamente el artículo 3º establece: “Cuando por causa de hechos u omisiones arbitrarias o ilegales se genere lesión, privación perturbación o amenaza en el goce de intereses colectivos podrán ejercerse: a) La acción de prevención...”.- - - - -

- - - - -

-----Al respecto, he resaltado la “acción de prevención” porque tengo para mí que es precisamente el propósito de los amparistas, y en este sentido cabe considerar que el Artículo 8º de la Ley B 2779 establece que “Están legitimados para ejercer e impulsar las acciones previstas en la presente Ley, la Fiscalía de Estado, el Ministerio Público, los Municipios y Comunas, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier entidad o particular que accione en nombre de un interés colectivo”. Cabiendo pues reconocer dicha legitimación a los amparistas.- - -

-----

-----Habiendo sido realizado un profundo análisis de la cuestión traída a juicio por mi distinguido colega Dr. Víctor Hugo SODERO NIEVAS, adelanto que comparto las expresiones señaladas, en cuanto a la aplicación en el caso en estudio de los principios preventivos y precautorios.- - - - -

-----En el sub examine, la apelación incoada reitera que no se ha cumplido con la normativa vigente en materia de estudio de impacto ambiental; cuestión que considero ha acontecido en el caso en estudio.- - - - -

-----Precisamente, la interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental debe estar sujeta al cumplimiento de los principios establecidos en la Ley General del Ambiente, previstos en el art.4, expuestos en detalle por el distinguido Juez preopinante. - - - - -

-----En el campo ambiental, la función de prevención adquiere una dimensión tal que en casos como el de estudio, es el único camino apto para evitar lesiones irreparables. En esta materia no hay un valor equivalente, y siempre procede en primer lugar, la prevención, luego la recomposición y finalmente la reparación.- -

-----Por ello, comparto que el derecho ambiental tiene un énfasis evidentemente preventivo, basándose en sus principios que en definitiva son normas, como el de prevención y el de precaución. Y es precisamente el proceso de evaluación de impacto ambiental, la herramienta por naturaleza aplicable a tal fin.- - - - -

-----De este modo, el juez tiene la función primordial de “prevenir” el daño ambiental, como parte de la colectividad que goza y usa del ambiente. No es un simple espectador en las cuestiones ambientales y debe ejercer la doble responsabilidad como juez y parte

interesada en la conservación del ambiente (Cf. Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría del Derecho Ambiental”, La Ley pag. 224; “Cirignoli...”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, del 17/05/2006). - - - - -

-----Por otra parte, corresponde destacar que la Constitución Nacional establece en su art.41 que todos los habitantes tienen derecho a que las actividades productivas satisfagan a las generaciones presentes sin dañar a las futuras. Este texto importa el deber de cualquier emprendimiento de desarrollar su actividad sin comprometer esos recursos no renovables. Por ello, la solución normativa prevista es el estudio previo de impacto ambiental (cf. “Protección Jurídica del ambiente” de R. Lorenzetti, en pág. 1497, y en particular la importancia del Estudio de Impacto Ambiental, p.1506/1514 y 1515/1524). - - - - -

-----La información ambiental es una directa consecuencia de la exigencia de fundar la acción de tutela ambiental sobre los principios de acción preventiva y de precaución, al extremo de que sin la verdadera , eficaz y real información ambiental, no podrá existir una correcta tutela del ambiente (Cf. STJRN in re: “CO.DE.CI”, Se. 72/05). - - - - -  
- - - - -

-----En el caso de autos, la administración municipal debe proporcionar a los amparistas un informe serio sobre el impacto ambiental. Asiste razón a los amparistas –aquí apelantes-, puesto que su pretensión inicial no versa sobre la existencia del daño sino sobre el procedimiento que debe llevarse a cabo para realizar el estudio de impacto ambiental correspondiente. - - - -

-----La participación ciudadana prevista en la ley nacional 25675 (art. 19 y ss) presupone que la Administración debe proporcionar los medios adecuados para que los interesados puedan brindar sus puntos de vista. Desde otro ángulo el derecho a que se celebren las audiencias públicas, no es sino la aplicación en escala colectiva de la garantía del debido proceso adjetivo (cf. “Teoría del Derecho ambiental”, Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. LL, pág.193). - - - - -

-----De acuerdo a la LGA, los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental deben incluir procedimientos de consulta o audiencias públicas como instancias obligatorias (cf. arts 20 y 21); y en el caso, tampoco se respetó las disposiciones de la ley M 3266 máxime teniendo en consideración que el area implicada en autos trata de

una zona de indudable complejidad, atento a que se trata del Lago Moreno.- - - - -  
- - - - -

-----Como ciudadano de Río Negro, nacido en la región y conocedor de la zona donde se suscita la problemática de autos, considero que es mi deber ordenar la realización de un análisis particularizado, y con profundidad, sumado a la adopción de las medidas conducentes a fin de evitar que se produzcan desastres ambientales, que en definitiva afecten a las futuras generaciones.- - - - -

-----Estas observaciones van en coincidencia con la normativa ambiental municipal que resulta también aplicable, en tanto ordena la protección de los Mallines. Como bien ha señalado el Dr. Víctor Hugo Soderer Nievas, la nueva Carta Orgánica del Municipio de San Carlos de Bariloche, ha ratificado y ampliado los conceptos fundacionales previstos en la COM anterior, y es así que existe un Capítulo (II) dedicado a la protección del medio ambiente, cuyo Artículo 175 establece: El ambiente es patrimonio de la sociedad; todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. La Municipalidad y sus habitantes tienen el deber de preservarlo y defenderlo en resguardo de las generaciones presentes y futuras. Toda actividad que suponga un daño temido, actual o inminente al ambiente debe cesar y conlleva la obligación de recomponer e indemnizar. A modo de síntesis, podemos ver que la preocupación del constituyente local ha recogido, sin decirlo expresamente, todos los principios del derecho urbanístico de la ley general del ambiente, y específicamente el de prevención y precaución. - - - - -

-----Una muestra de este nuevo compromiso ambiental de los constituyentes de San Carlos de Bariloche está reflejado en el contenido de las funciones municipales en relación con el ambiente en el art. 180 de la COM, que expresa: “Le corresponde a la Municipalidad, la responsabilidad indelegable e irrenunciable de instrumentar las acciones a fin de: 1. Asegurar la calidad del aire, agua, suelo y subsuelo en su territorio. 2. Preservar la flora y la fauna autóctonas, la biodiversidad, los ecosistemas naturales y el suelo orgánico. 3. Asegurar que el desarrollo productivo sea compatible con la calidad ambiental. 4. Promover el uso de tecnologías no contaminantes y alentar tecnologías alternativas que prioricen el uso racional y eficiente de la energía y de los recursos naturales. 5. Regular los usos del suelo, la localización de las actividades y las



condiciones de habitabilidad sin riesgo para el ambiente y las personas en el espacio público y privado. 6. Promover la educación ambiental. 7. Establecer programas y políticas de gestión ambiental. 8. Preservar y restaurar el patrimonio natural, paisajístico, urbanístico, arquitectónico y la calidad visual y sonora. 9. Proteger los bosques nativos y permanentes a fin de preservar su calidad de protectores. ... 13. Concurrir con otros organismos en defensa y protección del ambiente...". - - - - -

-----En relación al medio ambiente, el art. 181, en su inc. 3º establece “La obligatoriedad de los estudios de impacto ambiental de emprendimientos públicos o privados y su discusión en audiencia pública, según lo regule la normativa específica”. Asimismo, me remito a lo dispuesto en los arts. 14, 29, 97, 130, 175, 177, 178 y 185 de dicha Carta Orgánica Municipal. - - - - -

-----Teniendo en vista copia del expediente administrativo N° 21869/99, tal como fuera solicitado como medida para mejor proveer a fs. 310, no surge que se hubiera realizado el Estudio de Impacto Ambiental conforme lo dispuesto en la ley M N° 3266. Si bien el informe de factibilidad fue presentado a fs. 59/97 con su ampliación a fs. 188/288, de la copia del expediente administrativo remitido, no hay constancia de llamado a audiencia pública ni habilitación de instancias de participación popular tal como lo establece la Ley General del Ambiente. - - - - -

-----La resolución del Intendente del Municipio de San Carlos de Bariloche N° 5684-I-06 –del 28-12-06- (obrante en copia a fs. 91/92 de las presentes actuaciones) que aprueba las Disposiciones 137-SOySP-06 –del 29/11/06- y 153-SOySP-06 –del 27-12-06, no pueden ser consideradas resolución de impacto ambiental válida, conforme el procedimiento establecido en la ley M 3266, arts. 6 y 7; y lo dispuesto por los arts. 12, 13 y 17 a 21 de la LGA, por no respetar el procedimiento allí reglado. Tampoco la obrante a fs. 288 de la copia del expediente administrativo remitido (informe de factibilidad). En especial, lo referido a la participación ciudadana, y tal como lo expresa el art. 20 LGA, en cuanto las autoridades deben 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. Y el art. 21 en cuanto: “La participación ciudadana deberá asegurarse, 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.”- - - - -

-----Comparto el criterio de que no cabe la menor duda que el Tribunal a-quo tuvo en cuenta los informes obrantes en autos, de los cuales surge que se han tomado diversos recaudos para preservar la vegetación boscosa natural, los escurrimientos hídricos, el paisaje, el acceso a las costas y se ha previsto una buena provisión de servicios básicos y tratamiento de residuos sólidos y líquidos, pero todo ello resulta insuficiente para tener por acreditados los extremos o exigencias legales impuestas por las leyes nacionales, provinciales o de la propia Carta Orgánica Municipal de San Carlos de Bariloche, en punto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental; en tanto no se trata sin más de un informe técnico ambiental incompleto o de un estudio de impacto ambiental insuficiente sino del desconocimiento del proceso colectivo ambiental, con participación ciudadana, de la información, régimen de audiencia, etc.- - - - -

- - - - -

-----Además, del informe producido en autos por la Sra. Bióloga, se advierte que se deben realizar estudios más profundos del área en cuestión, por profesionales especializados en la materia (geológico, suelos, cargas hidráulicas, etc.), a fin de determinar no solo cómo se ha visto alterado el área hasta hoy sino también cómo lo hará en lo futuro, estableciéndose claramente todas las medidas necesarias para lograr niveles ambientales aceptables, disponiéndose las acciones que prevengan, remedien, compensen o corrijan el impacto sobre el mismo, reduciéndolo, mitigándolo e incluso revertiendo algunos de estos impactos (reforestación de especies, tratamiento de desechos, servicios subterráneos -luz, agua, teléfono, readecuación de los proyectos etc). Todo ello, atento que la resolución de Factibilidad del Proyecto resulta insuficiente.- - - - -

-----Tal como ya se hiciera referencia, estando en presencia de acciones previstas en la ley M 3266, deberá seguirse el procedimiento allí indicado en el Artículo 7, que incluye el Estudio de Impacto Ambiental y la Audiencia pública de los interesados y afectados en el lugar de emplazamiento del proyecto, peticionada en autos.- - - - -

-

-----No comparto los restantes aspectos propuestos por el Juez preopinante, y referidos a

los puntos 4, 5 y 6 de su decisorio por cuanto exceden el marco de conocimiento propuesto en la acción intentada.- - - - -

----Por último, en materia de costas, coincido con lo propuesto por el Juez preopinante.-

- - - - -

-----DECISORIO.- - - - -

-----Por ello, adhiero al voto del Dr. Víctor Hugo SODERO NIEVAS, en lo referido a: -

- - - - -

-----1º) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de fs. 242, fundado a fs. 247/255 y en consecuencia, ordenar al Municipio de San Carlos de BARILOCHE que complete en un plazo máximo de 90 días, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental referido al emprendimiento Club de Campo “El Redil”, ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche, dando respuesta suficiente a los cuestionamientos formulados por los amparistas y lo dictaminado por la perito biólogo forense y a la demás normativa nacional provincial o municipal que resulta aplicable, conforme los fundamentos de esta sentencia. - - - - -

-----2º) Suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado.- - - - -

-----3º) Atento a la complejidad de la cuestión de autos y la forma en que se resuelve, coincido en que corresponderá imponer las costas por su orden, desestimando el planteo formulado al respecto.- - - - -

-----MI VOTO.- - - - -

-----El señor Juez Doctor ROBERTO H. MATURANA dijo:- - - - -

-----Coincido con el voto del Dr. Alberto I. BALLADINI en tanto postula una solución para el caso concreto, en el que se debe asegurar el total cumplimiento del procedimiento de evaluación de impacto ambiental referido al emprendimiento Club de Campo “El Redil”, determinando a esos fines un plazo máximo de 90 días. - -

-----Ello así, en tanto dicho procedimiento debe cumplimentarse conforme a la normativa nacional, provincial y municipal que resulta aplicable, conforme los fundamentos de esta sentencia, y en especial, conforme el artículo 7° de la LEY N° M 3.266 (sancionada el 16/12/1998, prom. del 07/01/1999, Dec. N° 06/1999; pub. B.O.P. N° 3642, 14 de enero de 1999), norma que así establece: “Artículo 7: El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, estará integrado por las siguientes etapas: a) La presentación de la Declaración Jurada de Impacto Ambiental y, en su caso, la ampliación de la Declaración Jurada de Impacto Ambiental. b) Estudio de Impacto Ambiental cuando resulte pertinente. c) La audiencia pública de los interesados y afectados en el lugar de emplazamiento del proyecto y/o donde se produzcan sus impactos, cuando ésta resultare pertinente, conforme lo establezca la reglamentación. d) El dictamen técnico. e) La Resolución Ambiental.”.- - - - -

-----Como lo señala el voto precedente, cabe tener en consideración lo referido a la participación ciudadana en emprendimientos de esta naturaleza, y tal como lo expresa el art. 20 LGA, en cuanto las autoridades deben 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. Como bien expresa el art. 21 LGA: “La participación ciudadana deberá asegurarse, 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.”.- - - - -  
-

-----Es por ello que corresponde receptar en esta instancia de apelación la pretensión de los recurrentes, ordenando que el Emprendimiento Club de Campo “El Redil” -ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche- cumpla con la normativa invocada, y en especial, llamando a audiencia pública de la ley M N° 3266 -Impacto Ambiental- con la completa verificación del cumplimiento de las disposiciones previstas en dicha norma, puesto que debe evitarse que tal emprendimiento pueda producir impactos ambientales negativos. - - - - -

-----Atento a estas consideraciones, que también han sido compartidas - en extenso y fundado voto- por el Dr. Víctor Hugo SODERO NIEVAS en punto a la resolución del

caso concreto traído a juicio, adhiero al voto que me precede, y en tal sentido propongo al acuerdo la siguiente decisión: - - - - -

-----1º) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de fs. 242, fundado a fs. 247/255 y en consecuencia, ordenar al Municipio de San Carlos de BARILOCHE que complete en un plazo máximo de 90 días, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental referido al emprendimiento Club de Campo “El Redil”, ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche, dando respuesta suficiente a los cuestionamientos formulados por los amparistas y lo dictaminado por la perito biólogo forense y a la demás normativa nacional provincial o municipal que resulta aplicable, conforme los fundamentos de esta sentencia. - - - - -

-----2º) Suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado.- - - - -

-----3º) Atento a la complejidad de la cuestión de autos y la forma en que se resuelve, coincido también en que corresponderá imponer las costas por su orden, desestimando el planteo formulado al respecto.- - - - -

-----MI VOTO.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 242 por Mariana Domínguez y Juan José Paterno con el patrocinio letrado del Dr. Agustín Enrique Martín, contra la sentencia obrante a fs. 229/236, fundado a fs. 247/255 y en consecuencia, ordenar al Municipio de San Carlos de BARILOCHE que complete en un plazo máximo de 90 días, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental referido al emprendimiento Club de Campo “El Redil”, ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche, dando respuesta suficiente a los cuestionamientos formulados por los amparistas y lo dictaminado por la perito biólogo forense y a la

demás normativa nacional provincial o municipal que resulta aplicable, conforme los fundamentos de esta sentencia. - - - - -

Segundo: Suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado.- - - - -

Tercero: Atento a la complejidad de la cuestión de autos y la forma en que se resuelve, imponer las costas por su orden, desestimando el planteo formulado al respecto.- - - - -  
- - - - -

Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.- - -

Fdo.: VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ALBERTO I. BALLADINI JUEZ  
ROBERTO H. MATURANA JUEZ SUBROGANTE ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA  
SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: Tº I Se. Nº 28 Fº 244/308 Secretaría Nº 4.-