

///MA, 20 de octubre 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 LUIS LUTZ, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "KÜHN, MARÍA CECILIA Y OTROS C/ CONSEJO DE ECOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO S/APELACIÓN" (Expte. N° 23557/09 STJ), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.-----

----- V O T A C I O N----- El señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijo:-----

----- Vienen los presentes autos en virtud del recurso de apelación contra la Sentencia de fs. 268/276 vlta. de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ia. Circunscripción Judicial en su carácter de Tribunal Contencioso Administrativo por la que se rechazó la acción contencioso administrativa. - - -

----- Para así resolver la Cámara entendió en lo sustancial que:

----- 1. Los actores no se encuentran legitimados para entablar la presente acción por entender que la Sra. Hermelinda Preit Tarruella (cedente de los actores) no era propietaria ni poseedora con lo cual no puede haber cedido derechos que no tenía.- - -

----- 2. La resolución del CODEMA no puede ser tachada de irregular e ilegítima porque ha sido dictada por autoridad competente en pleno ejercicio del poder de policía de custodia del ambiente (art. 84 y 85 de la Const. Pcial.) por lo que no ha actuado con el desvío de poder aludido por los accionantes.- - -

----- Los actores se agravan por las siguientes cuestiones:- - -

----- 1º) el Tribunal incurre en plus petición al considerar la falta de legitimación activa puesto que ello no fue opuesto como defensa por parte de la demandada y en todo caso, debió declararse en forma previa. Además no tiene en consideración que la sola posesión otorga legitimación para la presente acción. Entienden que al resolver de esta

manera sobre la legitimación se viola el derecho a la jurisdicción al introducirse en otro proceso (Expte. N° 218/2005 del Registro del Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Viedma). Asimismo se vulnera el debido proceso y la defensa en juicio.- - - - -
- - - - -

----- 2º) Respecto a la cuestión ambiental, que sustenta el rechazo de la acción, se agravan por considerar que no existe riesgo ambiental, que no está acreditada la finalidad preventiva y que no se analiza debidamente el propósito urbanístico contemplado en el Plan director del Ordenamiento Territorial de la Municipalidad de SAO. También consideran que se ha prescindido de prueba esencial.- - - - -
- - - - -

----- La Procuradora General en su dictamen de fs. 320/329, advierte que el a quo a fallado extra petita pues al pronunciarse sobre la propiedad de los lotes en cuestión ha ido más allá de lo debatido en la presente litis –ilegitimidad de la resolución del CODEMA- donde se debate una acción contencioso administrativo y no una cuestión civil.- - - - -

----- Por ello estima que deberá anularse el fallo de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, remitiendo al origen para que con distinta integración dicte nueva sentencia.- - - - -

----- Ahora bien, pasando a resolver el recurso de apelación, entiendo que el objeto de la acción entablada en autos contra la Provincia de Río Negro –CODEMA- es declarar la nulidad o ilegitimidad de la Resolución N° 219/05 del Consejo de Ecología y Medio Ambiente.- - - - -

----- Tal objeto quedó definido con claridad en la audiencia preliminar prevista en el artículo 361 CPCC, a fs. 202, donde se circunscriben y delimitan las cuestiones litigiosas. Allí la parte actora manifiesta que lo que pretende demostrar con la prueba ofrecida es la desviación de poder por parte del CODEMA en el dictado de la Resolución 219/05. Por su lado la parte demandada entiende que obró conforme sus facultades y deberes y que dictó dicho acto con un fin precautorio dentro de su deber de velar por la preservación del ambiente.- - - - -

----- Es decir lo que viene a resolución del tribunal –la materia en conflicto- es

exclusivamente determinar si el Consejo de Ecología y Medio Ambiente de la Provincia al dictar el acto administrativo -Resolución 219/05- cumplió con los requisitos legales para ello.- - - - -

-----Planteado lo cual, se advierte que le asiste razón al recurrente en cuanto la Cámara se ha extralimitado al fallar sobre la falta de legitimación con sustento en que la actora no es propietaria ni poseedora de las tierras sobre la cual se expide la Resolución en debate. En este punto la sentencia es dictada en violación al principio de congruencia atento la titularidad de dichas tierras no viene a discusión en esta oportunidad y es un punto controvertido en otras actuaciones. La legitimación se encuentra suficientemente acreditada con la sola ocupación de dichas tierras sin importar el carácter de la misma a los efectos de la presente acción.- - - - -

-----Se advierte que la Resolución que se cuestiona, define como destinatarios de la orden que emite en su artículo 1º. Allí prescribe: “ordénese a los poseedores, tenedores, propietarios por cualquier título, ocupantes y/o inquilinos de las parcelas 200.109 y 260.110, sección IA1, parte de los lotes 1 y 21, fracción B y G, Colonia Pastoril Chilavert- Plano de mensura duplicados 3483, ubicadas en el Área Natural Protegida Bahía San Antonio...”. - - - - -

-----Con ello queda de manifiesto que la cuestión del carácter en el cual se encuentran ocupando dicha tierra (tenedores, ocupantes, inquilinos, propietarios) no es relevante para la cuestión de autos y por ende no incide en la legitimación para cuestionar un acto que le es aplicable.- - - - -

----- En cuanto al segundo agravio, referido al reconocimiento de legitimidad del acto cuestionado, preliminarmente corresponde efectuar una introducción que se hace necesaria atento los precedentes de este STJ referidos a la cuestión venida en recurso, y en la que ya han participado los actores.- - - - -

----- También debe tenerse en consideración que en autos "KÜHN, María Cecilia s/ACCION DE AMPARO" (Expte. N° 20613/05-STJ-), - resuelto por sentencia 116 del año 2005, en oportunidad que los mismos actores pretendieron por la vía del amparo dejar sin efectos ejecutorios la resolución que hoy cuestionan, ya expresé que, si bien aquella acción no era la idónea para cuestionar el acto administrativo, el mismo no se

advertía como ilegítimo o arbitrario.- - - - -

----- Luego en los autos caratulados: "TARRUELLA, HECTOR RAUL c/MUNICIPALIDAD DE SAN ANTONIO OESTE s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/APELACIÓN" (Expte. N° 20899/06-STJ-), por Sentencia N° 93 del año 2006 se rechazó el recurso de apelación contra la sentencia que resolvió no hacer lugar a la demanda entablada por Héctor Raúl Tarruella contra la Municipalidad de San Antonio Oeste.- - -

----- En aquel momento el actor interpuso demanda contencioso administrativa contra el citado Municipio, donde requirió: 1) se ordene la revocación de la Resolución N° 1071/01 del Juez de Faltas, por la que se decretó la clausura, por tiempo indeterminado, de la obra en construcción en la parcela 200.109, parte del lote 1 y 21, fracción B y G de la Colonia Pastoril Chilavert; y 2) se determine la incompetencia del municipio para aplicar en dicho inmueble los Códigos de Falta y Edificación.- -

----- Allí se resolvió, en cuanto importa en autos, la cuestión de la competencia del Municipio de San Antonio Oeste tanto para aplicar el Código de Edificación en zonas rurales como para disponer la clausura de las obras que no se adecuaban a dicho Código.- - - - -

----- Al respecto cabe reiterar que en orden a facultades de los Municipios la Constitución Provincial reconoce su existencia como célula originaria y fundamental de la organización política y establece el principio de prelación de la normativa municipal en caso de contradicción o superposición de normas. El texto constitucional le ha otorgado autonomía y le ha conferido todos los poderes necesarios para su cometido.- -

- - - - -

-----En tal sentido este Cuerpo ha manifestado que "El municipio se inserta en un ámbito de actuación más amplio que el delimitado a la Nación y a las Provincias. Por tanto si bien la autonomía municipal importa el reconocimiento de un "status" jurídico propio, ello no significa una equivalencia jerárquica, sino que sus posibilidades de actuación deben coordinarse y armonizarse con el reparto de competencias y atribuciones que efectúan la Constitución Nacional y Provincial respecto de cada uno de esos niveles de gobierno" (STJRNSC.: Se. N° 15/05 en autos: "FRIDEVI S.A.F.I.C.

c/MUNICIPALIDAD DE VIEDMA s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
s/APELACION”, Expte. N° 19566/04-STJ-).- - - - -

----- En un sistema republicano y federal como el estatuido por nuestra Constitución Nacional, se encuentran presentes tres grados estaduales: nacional, provincial y municipal. Cada uno de ellos tiene definida una zona de facultades propias y otra zona de facultades concurrentes.- - - - -

-----En uso de las facultades propias el Municipio de San Antonio Oeste ha dictado los Códigos de Edificación y el Urbano, y el Plan Director de Ordenamiento Territorial de la Municipalidad de San Antonio Oeste”. A su vez el legislador provincial ha sancionado normas que son de aplicación concurrente como por ejemplo la Ley N° J 3262 que reglamenta la edificación en lotes que se encuentren fuera de ejidos urbanos y para ello permite la delegación en los municipios de su aplicación y la ley Q N° 2951 que establece el marco regulatorio costero. La fiscalización actual en lo pertinente corresponde al Ministerio de Turismo (Ley K 4058)- - - - -
- - - -

-----Deben ponderarse además las leyes T 2603 relativa al turismo y al tiempo libre, y la ley T 2937 de promoción del turismo, así como la ley F 3041, vinculada a la protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, sin perjuicio de las restricciones, limitaciones que surgen del art. 2611 del Código Civil y de la ley 25.743 (patrimonio paleontológico). Todo en concordancia con los art. 70, 73 y 74 de la Constitución Provincial. Sin perjuicio de la demás normativa municipal que deberá computar todos estos preceptos al emprender o autorizar cualquier emprendimiento futuro en esta área. -
- - - - -

----- Con esto quiero poner de manifiesto, que independientemente de quién pretenda edificar o modificar el ambiente en la referida zona costera deberá ajustar su actuar a la normativa vigente sobre esa zona de especial interés para el Estado Provincial.- --

----- Reparemos a estos efectos lo dispuesto el artículo 1° de la Ley J N° 3262 en cuanto establece los recaudos para aprobación de planos por parte de los propietarios de construcciones ubicadas fuera de ejidos municipales, y estableciéndose en el artículo 7° que para la aprobación de planos la autoridad de aplicación se adecuará a las normas del

Código de Edificación del municipio más próximo o a las normas mínimas de edificación del anexo a la presente, según las que resulten más conveniente por las características de la construcción y la ubicación, a criterio de la autoridad de aplicación por acto debidamente fundado.- - - -

----- Por su lado la consagración constitucional de la autonomía municipal implica el reconocimiento de potestades normativas originarias de los municipios en relación a competencias materiales propias, que se hacen efectivas sobre las personas o las cosas que conforman su riqueza local, disponiendo en relación a estas últimas su distribución en el modo y alcance que estimen oportuno, sin más limitación que la que surge del propio texto constitucional. En ese marco, sus facultades son amplias, y el criterio de oportunidad, mérito o conveniencia con que se materializa su ejercicio no resulta revisable por el Poder Judicial, siempre que en el uso de dicha potestad no se exceda el marco de atribuciones reconocidas por el constituyente, o bien que su ejercicio comprometa el logro de los fines que la Constitución Nacional y la Constitución Provincial atribuyen al gobierno federal o provincial (En igual sentido Superior Tribunal de Córdoba en "Municipalidad de Pampayasta Sud v. Eduardo R. Ziheiri s/Ejecutivo s/Recurso Directo s/hoy Recurso de Revisión e Inconstitucionalidad", Se. N° 119 de fecha 29-9-2000, citada en autos: "FRIDEVI S.A.F.I.C.c/Municipalidad de Viedma s/Contencioso Administrativo s/Apelación", Expte.N° 19566/04-STJ-, Se.N° 19/05).-

-----En este orden, dicha facultad explícita del municipio, le confiere independencia de todo otro poder, siempre que el mismo sea conforme a la Constitución y a las leyes que en su consecuencia se dicten. Ese marco de atribuciones propias presenta dos dimensiones claramente delimitadas: una dimensión espacial (art. 227, Const. Pcial.) y una dimensión material (arts. 228/229, Const. Pcial.). La dimensión espacial está dada por la competencia territorial del municipio, delimitada por la zona a beneficiarse con los servicios municipales (ejido municipal). Por otra parte, la dimensión material regula la competencia en atención a la seguridad, planificación de desarrollo urbano, salubridad, higiene y moralidad; y ejercer cualquiera otra función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por esta Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado.- - - - -

-----La autonomía, por su naturaleza, supone un poder limitado. Con ello se quiere significar que "autonomía" no es "soberanía", y ni siquiera esta última está exenta de límites. De allí que los municipios, aún cuando sean autónomos, se hallan insertos en

una unidad dentro de la cual se desarrollan y adquieren su justo sentido. Ello no colisiona ni excluye la competencia que en razón de la materia puede tener y ejercer la Provincia o la Nación y en particular la competencia provincial en materia ambiental.- -

- -

-----A la luz de estos conceptos puede concluirse que "...las atribuciones conferidas a los municipios no pueden ser ejercidas extramuros del reparto constitucional de competencias entre las provincias y la Nación, establecido por el poder constituyente nacional y provincial, es decir que no pueden exceder los ámbitos en los que se desenvuelven análogos poderes de la autonomía provincial y de la Nación, en el marco de un estado federal, lo que impone una necesaria coordinación y armonización del ejercicio de esas atribuciones" (Citar Lexis N° 30011001, 07-08-2004).- - - - -

- - - - -

-----El Municipio por su propia autonomía tiene competencia legislativa, es decir, facultad de dictar normas generales, pero coordinadas necesariamente con un orden jurídico superior que establece límites a esa facultad (ver López, Mario J., "Introducción a los estudios políticos", vol. II, 1983, Ed. Depalma, p. 224 y ss.). Así, las ordenanzas que emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio son, como la ley, una expresión "soberana" de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada (Corte Sup., 24-8-1989, "Promenade", Fallos 312:1394 y Trib. Sup. Just. de Cdba., Sala Cont. Adm., 20-10-1972, "Frigorífico Carnevalli S.A. v. Municipalidad de Córdoba", JA. 18-620).- - - - -

-----Además de la normativa municipal, en forma concurrente, existe sobre la zona en cuestión varias normas provinciales que son de aplicación. Una interpretación armoniosa del complejo plexo normativo que rige en una zona natural protegida demanda analizar en cada caso particular y en razón de la materia cuándo es competencia del Municipio, cuándo de la Provincia o de la Nación y cuándo concurrente. - - - - -

-----Este Superior Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse al respecto en Se. N° 03/03, "GARCIA BELVER" señalando que dicho análisis "debe comprender necesariamente las otras normas antes citadas y en particular las que fluyen de la nueva Constitución Provincial, tales las relativas a la organización de un poder municipal que según el art. 225 C. Provincial es autónomo....". Conviene aclarar que este artículo en

caso de controversia o superposición normativa hace prevalecer la legislación municipal sobre la Provincial, con lo que supera en su concepción, largamente, la reforma posterior de la Constitución Nacional (art. 123). Por su parte el art. 229 de la C. Provincial, establece claramente la participación del municipio en cuestiones de su propia competencia, así como las del ámbito provincial y regional, y ejerce el poder de policía, conforme a su Carta Orgánica Municipal y a las normas que en consecuencia se dicten.-

-----De ello se desprende entonces que el ejercicio del poder de policía municipal debe vincularse positivamente a los límites jurisdiccionales de tales entes, evitando situaciones de conflictos de leyes, que menoscaben o lesionen los derechos y garantías reconocidos a los habitantes por las Constituciones Nacional o Provincial.- - - - -

- - - - -

-----La capacidad de autorregularse se manifiesta también en el ejercicio del poder de policía. La doctrina tradicional ha definido al poder de policía como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, como atribución perteneciente al órgano legislativo (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV , 1973, Ed. Abeledo-Perrot, p. 514) o también, como la facultad o potestad jurídica por parte de la Administración Pública de establecer limitaciones y ejercer coactivamente su actividad, con el fin de regular el uso de la libertad personal y promover el bienestar general (Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", 1921, Ed. Lajouane, p.71).- - -

-----La vinculación entre la autonomía y el poder de policía radica, pues, en que las facultades que constituyen el contenido de esta prerrogativa son inherentes a las esferas de gobierno que la Constitución ha creado: Nación, provincias y municipios. Es que el poder de policía es consustancial al deber primigenio de todo gobierno en el marco de sus propias jurisdicciones, de proteger la vida, la propiedad, la seguridad, la moralidad y la salud, entre otros cometidos esenciales, de los habitantes comprendidos en el ámbito subjetivo y objetivo de actuación de esas potestades. Este poder tiene limitaciones, las normas sustentadas en él serán antijurídicas si repugnan a algún principio constitucional, o incurren en contradicción con el texto o el espíritu de la Constitución - Nacional o Provincial- o las leyes que en su consecuencia se dicten.- - - - -

-----La organización del estado federal, en los tres estadios que señalaba al principio

implica un estado plurilegislativo, en el cual coexisten diversos ordenamientos jurídicos emergentes del ejercicio de potestades normativas propias. El ámbito de cada uno de ellos puede ser analizado a través del prisma de su dimensión espacial -principio de territorialidad-, de su dimensión material -principio de competencia- y de su dimensión jerárquica -principio de supremacía- (ver Arce Janariz, Alberto, "Comunidades autónomas y conflictos de leyes", 1987, Ed. Civitas, p. 32 y ss.).- - - - -

- - - - -

----- El principio de competencia se refiere al ámbito material de producción de normas válidas, distinguiendo las materias constitucionalmente atribuidas a cada nivel de gobierno, ya sea en forma exclusiva, reservada, delegada o concurrente.- - - - -

----- El principio de territorialidad atiende al ámbito espacial de vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas. En lo referente a los municipios, el art. 227 de la Constitución Provincial ha delimitado la competencia territorial atendiendo a la "posibilidad efectiva de brindar servicios municipales", sin perjuicio de que el gobierno provincial delegue a los municipios el ejercicio de su poder de policía, en materias de competencia municipal en las zonas no sujetas a su jurisdicción territorial.-

----- En el precedente citado (Tarruella) se señaló que este principio, en la Provincia de Río Negro, conforme el citado artículo 227 de la Constitución Provincial, establece un sistema de ejidos colindantes que fija la legislatura sobre la base de la proximidad geográfica y posibilidad efectiva de brindar servicios municipales y tiene como fuente el régimen municipal anterior ya que por leyes especiales se definió la jurisdicción territorial de los Municipios. En lo que interesa en autos, así ocurrió con los Municipios de Sierra Grande cuyos límites fueron fijados por la Ley N° 659 y los de San Antonio Oeste por la Ley N° 900, en virtud de lo cual el límite norte y sur, respectivamente, sobre la costa atlántica –hasta hoy vigente- demuestra que la zona que aquí se cuestiona se encuentra dentro de la jurisdicción de San Antonio Oeste, ya que se extiende 70 kms. aproximadamente hacia el sur de la propiedad de Tarruella. A mayor abundamiento, ambas Cartas Orgánicas Municipales contienen los límites establecidos para dichas normas. Así, el ejido municipal de San Antonio Oeste queda definido por los arts. 4° y 5° de su C.O., así como en Sierra Grande, el artículo 4° hace lo mismo dentro de los límites determinados por la Ley N° 659. Siendo así conforme al derecho público local –luego de la reforma constitucional del año 1988- donde termina un municipio comienza otro, así se explica el sistema de ejidos colindantes, siendo ésta la única

interpretación posible a partir de la reforma de 1988 (art. 227, CP.), ya que el reconocimiento de estos derechos a los Municipios obliga a el desarrollo de los servicios públicos inherentes, lo que confirma nuestra tesis de que la vieja categoría urbano-rural subsiste a los solos efectos administrativos.- - - - -

-----El principio de supremacía, consagrado en el art. 225 de la Constitución Provincial establece que "La Provincia no puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta constitución y, en caso de superposición o normativa contradictoria inferior a la Constitución, prevalece la legislación del Municipio en materia específicamente comunal".- - - - -

----- Al respecto el doctor Hugo Frare, al reconocer la facultad legislativa de los municipios decía que a los efectos de la inmediatez legislativa con la Norma Fundamental, el bloque constitucional –único e indisoluble- se integra verticalmente con el artículo 123 de la Constitución Nacional, concordantes con el art. 5º, el artículo 228 de la Constitución de la Provincia de Río Negro y la Carta Orgánica Municipal que habilita la materia de creación del “derecho nuevo” por parte del Concejo Deliberante o Legislatura local (Conf. Dr. Hugo Frare, “Función Legislativa Municipal”, Revista de Derecho Público, Derecho Municipal, 2005-1, Ed. Rubinzal-Culzoni).- - - - -
- - - - -

-----En igual sentido, José Raúl Heredia, al comentar la situación de los municipios en la vecina provincia de Chubut, dice que para reconocer la exacta dimensión de los mismos debe tenerse en consideración que ellos han precedido a la provincia en cuanto ya existían en el territorio nacional. Tal situación de origen los coloca con potestades propias que le han garantizado la autonomía con el devenir jurídico político posterior, más propiamente en la Provincia de Chubut (Conf. José Raúl Heredia, “Noticia acerca de la potestad tributaria y el procedimiento tributario municipal en Chubut”).- - - - -
- - - - -

-----Efectuada esta introducción corresponde avanzar sobre los agravios efectuados por los actores, sustentados en: 1) inexistencia de riesgo ambiental, falta de acreditación de la finalidad preventiva, 2) contradicción del objeto de evitar la urbanización que tiene la resolución con la condición de zona de reserva urbana del Balneario Las Grutas y omisión de considerar el interés urbanístico del la Municipalidad de San Antonio Oeste

3) el CODEMA carece de facultades para ordenar la paralización de obras, y ha incurrido en desviación de poder por parte del CODEMA al dictar la resolución 219/05

4) Prescindencia de prueba (Convenio de Transferencia de Tierras Fiscales y Plan Director del Ordenamiento Territorial del Municipio de SAO, Las Grutas y PSE aprobado por Ordenanza 2402/05. Entiendo que en este agravio no le asiste razón a los recurrentes y en este punto debe confirmarse el fallo de la Cámara. Doy razones.- - - -

- - - -

----- En cuanto al punto 1) del párrafo anterior omiten los recurrentes la consideración de dos cuestiones sustanciales: a) el carácter preventivo propio del derecho ambiental y b) la condición de Área Natural Protegida de la zona donde se encuentran las construcciones de los actores.- - - - -

----- Los recurrentes entienden que la finalidad preventiva no se encuentra probada y con ello ponen en evidencia la inconsistencia del reclamo pues lo que se debe probar es que las construcciones que allí se encuentran no han impactado negativamente en el ambiente y para ello es condición esencial el estudio previo de la evaluación del impacto ambiental, sin el cual, nadie puede afirmar que el ambiente no es afectado.- - - -

- - - - -

----- Este carácter preventivo surge de todo el plexo normativo aplicable en materia ambiental. En efecto las disposiciones que surgen del art. 41 de la CN, cuando prescribe el derecho a gozar de un ambiente sano; el art. 75, inc. 22 de la CN, cuando establece el derecho al disfrute de la salud contemplados en: a) la Declaración Universal de los Derechos Humanos (U.N., 1948, art. 25); b) el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (U.N.1966); la ley general del ambiente 25.675 del año 2002, donde se establecieron los presupuestos mínimos y desarrollo sustentable; la Constitución Provincial; las leyes provinciales que regulan sobre la protección del ambiente en especial las leyes M 2631 que adopta los principios del desarrollo sustentable, la ley M 3266 que fija los principios de política ambiental provincial y regula el procedimiento para la evaluación del impacto ambiental y la ley B 2779 que regula el procedimiento para el ejercicio del amparo de los intereses difusos y/o derechos colectivos.- - - - -

----- En consonancia con este esquema normativo los tribunales han tenido un fuerte carácter preventivo en sus pronunciamientos y también es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así, recientemente en Autos "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo" en fecha 26 de marzo de 2009 la Corte

– sin pronunciarse todavía sobre su competencia– resolvió ordenar, de manera cautelar, al Gobierno de Salta que suspenda todas las autorizaciones para realizar desmontes y tala de alrededor de un millón de hectáreas de bosques nativos de cuatro departamentos de la Provincia, hasta tanto se realice un estudio de impacto ambiental, cuyo plazo de realización es de 90 días como máximo. En el fallo además se rechaza in limine un planteo de levantamiento de la cautelar realizado por la Provincia, se amplía la diligencia preliminar dispuesta con anterioridad – la provincia debía informar los nombres de las personas a las que se dio autorización– y se posterga, como dije, "provisoriamente" la decisión sobre la competencia del Tribunal. Este fallo –una vez más- hace pie en el principio precautorio en materia ambiental, ante la constatación que, más allá de informes de impacto ambiental individuales para cada desmonte autorizado en la Provincia, no se ha efectuado al presente ningún estudio relativo al efecto acumulativo en el ambiente de todas las autorizaciones dadas y ello entraña un peligro de daño probable al medio ambiente (conf. “El principio precautorio ante el conflicto entre desarrollo y preservación”, Aguirre Astigueta, Sebastián, LA LEY2009-B, 683, Fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2009-03-26 ~ Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional).- - - - -

----- Es decir, la preservación del ambiente tiene un fuerte carácter preventivo y cualquier obra que se realice sin la evaluación de impacto ambiental y la correspondiente resolución ambiental que autorice el emprendimiento implica un riesgo para el ambiente.- - - - -

----- Este Tribunal, en igual sentido, ha sido consecuente con dichos principios y en reiteradas oportunidades ha manifestado la necesidad de una justicia preventiva en las cuestiones ambientales. Así en "Brandizzi Oscar Rine s/Mandamus", del 30-03-04; el Tribunal estableció un mandato preventivo como expresión concreta de la justicia preventiva, a los efectos de que los organismos públicos competentes sobre recursos naturales y políticas del medio ambiente establecidos en la Constitución Provincial eviten los daños previsibles. Entendió el Tribunal que al disponer este mandato preventivo se ejerce la magistratura con la responsabilidad social que deberían asumir los demás poderes del Estado y específicamente los funcionarios competentes bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 54 y 55 de la C. Provincial y art. 1112 del C. Civil.- - - - -

----- Luego en “BORDENAVE” (Sentencia N° 25/05, del 17 de marzo del 2.005) también se destacó que 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. Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de previsión tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos -y por lo tanto imprevisibles-. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre.- - - - -

-----En el caso de la `prevención`, la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. En cambio, en el caso de la `precaución`, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial. En la mayor parte de las situaciones de daño natural o tecnológico, predomina la tendencia a cuestionar la responsabilidad de los poderes públicos por su falta de precaución, es decir por su incapacidad para identificar un riesgo y prevenir oportunamente los efectos catastróficos.- -

----- En autos caratulados: "NAHUEL PAN, Rosa Ester y Otros s/AMPARO s/COMPETENCIA", Se. Nº 43 del año 2004 del 20 de septiembre de 2004, el STJ dijo que debía tenerse en cuenta la necesidad de una justicia preventiva resolviendo tanto en el ámbito cautelar como definitivo con un mandato preventivo tendiente a evitar el agravamiento de situaciones potencialmente dañosas o el control de los actos más aconsejables para arribar a soluciones concretas que permitieran a la Provincia, y por ende a todos los ciudadanos erradicar los residuos contaminantes y dañosos para la salud. También se señaló que así como existe un orden público general, existe un orden público ambiental de carácter específico. Si bien el orden público incluye las creencias y las necesidades consensuadas de una sociedad, las que pueden variar de una época a otra, no es menos cierto que existen pautas estrictas para su establecimiento en punto a la evitación de todo riesgo que pueda perturbar el funcionamiento normal de dicha sociedad. Luego en autos "CO.DE.C.I. de la Provincia de Río Negro s/Acción de Amparo" (Se. Nº 72/05, del 16 de agosto de 2005), se reiteró la aplicación de los precedentes "Brandizzi" y "Bordenave", y se resaltó que si bien tal Principio

Precautorio obedece a la falta de certeza científica que demuestre que una determinada actividad puede ser la causa del daño temido, esta misma falta de certeza impide determinar que la mentada actividad no produce el daño que se teme. Es decir, no hay certeza que una actividad produzca efectivamente el daño, así como tampoco hay certeza que no lo produzca. A resultas de lo cual, si bien el eventual daño podrá ser actual o diferido, la amenaza es siempre inminente y es esto lo que se pretendió tutelar. De este modo, la falta de certeza científica constituye un riesgo, una amenaza manifiesta en los términos del art. 43 de la C.N., resultando plenamente procedente la invocación del Principio Precautorio.

----- También se hizo mención a la Ley M N° 2631, Art. 5° inc. f), cuando expresa: “...Actuará en forma preventiva con el fin de impedir todo tipo de emprendimiento público o privado en su territorio, que aun sin tener la plena certeza científica, se presuma pueda causar –o exista riesgo de causar- daños serios o irreparables a su medio ambiente...”.- - - - -

----- Es evidente entonces, que intentar revocar un acto administrativo o una sentencia judicial en base a la ausencia de prueba que sustente el riesgo ambiental es confundir el funcionamiento que la normas ambientales han dispuesto. El principio de precaución (o “principio precautorio”) de la Ley Nacional N° 25675 y M3266 son aplicables a autos y en sustento de dicho principio la omisión del cumplimiento de la normativa ambiental genera indiscutiblemente la paralización de aquellas obras que no se realicen con la debida autorización por parte de la autoridad ambiental provincial.- - - - -

-

-----En lo atinente al riesgo ambiental la reforma constitucional generó 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. 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.- - - - -

-----En la protección de intereses difusos, la tutela inhibitoria adquiere una especial significación. En la legislación nacional esta tutela anticipatoria se materializa a través del art. 2499 CCiv. (denuncia de daño temido). Se trata de normas de carácter preventivo. A los fines de la prevención del medio ambiente, la CN, “constitucionaliza

el daño ambiental (in re "CODECI" Y "CONSTANZO DIAS", sentencia N° 126 del 27-12-05).- - - - -

-----En los precedentes citados este Tribunal dejó sentado que "el Derecho Ambiental requiere de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. Por lo que el órgano judicial debe desplegar técnicas dirigidas a evitar que el daño temido que preanuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que puedan producirse con su advenimiento".- - - - -

----- La necesidad de la evaluación previa de impacto ambiental ha sido una constante jurisprudencial que comenzó hace años, con el fallo "Schroder, Juan c. Estado nacional s/ amparo" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 3ª, 8/9/94, La Ley, 1994-E, 449, con comentario de Guillermo Malm Green; La Ley, 7/2/1995) donde se marcó la necesidad de realización de estudios de impacto ambiental en forma previa a la realización de obras u actividades que pudieran afectar al ambiente en general. El estudio de impacto ambiental representa una aplicación práctica del principio de prevención establecido por la ley 25.675 y la ley M 3266; y en tal sentido este Tribunal ha sido lo suficientemente expreso en los autos caratulados: "DOMINGUEZ, MARIANA Y OTROS S/AMPARO S/APELACIÓN" (Expte. N° 23148/08, septiembre de 2008). - - - - -

----- Ahora, en cuanto a la siguiente omisión esto es el carácter de Área Natural Protegida "Bahía de San Antonio", tampoco advierten los recurrentes que en dicho territorio conforme lo dispuesto por la ley M 2669 son territorios naturales o seminaturales, comprendidos dentro de ciertos límites bien definidos, afectados a protección legal y manejo especial para lograr uno o varios objetivos de conservación. Para mayor abundamiento, en dichos territorios el principio conservacionista es más estricto pues prima dicho objetivo y cualquier intento de desarrollo deberá seguir el PLAN DE MANEJO que es un documento conceptual y dinámico de planificación, que establece las pautas para el manejo y desarrollo general de una Unidad de Conservación. Incluye, entre otros contenidos, un Mapa Base (descripción espacio-

temporal de los recursos ambientales, el uso actual y potencial de los mismos y sus relaciones con los alrededores), las necesidades humanas que debería satisfacer, una Zonificación y un Plan General Conceptual de Acción, guía la preparación de planes o programas de manejo para cada uso. Se lo conoce también como Plan Maestro.- - - - -

----- Esta condición se vincula directamente con la otra observación que realizan los recurrentes al referirse a la aparente contradicción entre el objeto de la resolución 219/05 netamente conservacionista y la condición de dichas tierras como reserva urbanística. Dicha contradicción no existe en el acto administrativo atacado que precisamente lo que pretende es armonizar dichas normas. Así ordena la paralización de obras sin autorización ambiental a fin de ajustar cualquier movimiento u obra al plexo normativo antes aludido. Que las tierras estén afectadas a zona de reserva urbanística no significa que por ese solo carácter se pueda edificar sin las debidas autorizaciones administrativas impuestas por el Estado.- - - - -

-----Aquí gravita gráficamente el denominado desarrollo sustentable que impregna la normativa ambiental. Principios que la normativa provincial recepta de larga data. A tal efecto es ilustrativo un fallo reciente del Juzgado en lo Civil y Comercial Común de 4a Nominación de Tucumán (2008/09/10 ~ Federación de Organizaciones Ambientalistas de Tucumán, donde se expresó que “el objetivo del desarrollo sostenible es definir proyectos viables y reconciliar los aspectos económico, social, y ambiental de las actividades humanas; tres pilares que deben tenerse en cuenta por parte de las comunidades, tanto empresas como personas. Pero generalmente se alega en defensa de la deficitaria cuando no nula política ambiental, que la misma resulta costosa y de difícil realización, sobre todo para países en desarrollo como el nuestro, lo que se confirma en las palabras de Alan Greenspan cuando dice que "...en las conferencias internacionales muchas veces, y aunque en efecto, no de manera lineal, la oposición en las definiciones y planeamiento se configura entre los países desarrollados – no todos– que bregan por la adopción de estándares de mayor protección ambiental y los subdesarrollados que reclaman, en cambio, como prioritario el desarrollo de sus economías y sociedades...". Y aunque entendemos que para los países en vías de desarrollo es más costoso no nos parece este un justificativo, ya que por otro lado en estos países el nivel de producción y de consumo de energía es menor. En enero de 2008, el gobierno advirtió que las fábricas instaladas en Tucumán que no cumplan con el Plan de Reconversión Industrial para obras contra la contaminación serían clausuradas por la provincia. Pero como pasa

a menudo esto no se terminó concretando a pesar del incumplimiento de las leyes ambientales y del mencionado Plan por parte de las empresas signatarias, siempre invocando razones de política económica y poniendo las mismas por sobre las cuestiones de política ambiental. Por lo que el desafío más importante para los tiempos actuales sería cómo conciliar el desarrollo económico con la protección del ambiente, sin dejar a este como una cuestión secundaria. Como expresara la Dra. Noemí López Zigarán de Vigo "...Dentro de la economía de la provincia la industria azucarera asume un rol preponderante en su desarrollo, dado que produce el 60% del azúcar nacional. El paradigma que se plantea radica en compatibilizar el derecho a trabajar, a ejercer una industria lícita, amparados por el Art. 14 de la Constitución Nacional, como el derecho a la propiedad y a su uso Art. 17 de la Constitución Nacional, con el derecho de todo habitante a gozar de un ambiente sano y equilibrado...", derecho este también de rango constitucional." (Comentario de Sánchez Iturbe, Mercedes publicado en LLNOA2009).-

----- En cuanto a la aludida falta de valoración de prueba, tampoco puede prosperar. En primer lugar, porque tanto el Convenio de Transferencia de Tierras Fiscales como el Plan Director del Ordenamiento Territorial, han sido tenidos en cuenta, y en segundo lugar dicha documental en nada colisiona o contradice lo dispuesto por la resolución 219/2005.- - - - -

----- El CODEMA, fue creado por ley M 2581, y tiene como objetivo la puesta en marcha, aplicación y reglamentación cuando así correspondiere de todo lo normado en materia de Medio Ambiente dentro del marco del desarrollo sostenible (art. 1º). - - - - -

----- En tanto autoridad de aplicación de toda la normativa ambiental ya reseñada tampoco puede cuestionarse un desvío de poder o ausencia de competencia para el dictado del acto en cuestión. Se reitera que dicho órgano es la autoridad ambiental que prevé la ley M 3266, en tal carácter y en el que surge además de los artículos 84 y 85 de la Constitución Provincial, se encuentra plenamente facultado para dictar actos de la naturaleza y alcances de la Resolución 219/2005.- - - - -

----- La ley M 3266 que regula el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y fija los principios que deben regir en las políticas públicas establece que dicha ley 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 (art. 1º) aquí se delimita el ámbito de aplicación y de actuación del Consejo como autoridad de aplicación. Luego la norma fija los estándares que todo emprendimiento debe observar y dice: “Para la consecución del objeto, la provincia y los municipios garantizarán que en la ejecución de sus actos de gobierno y de la política económica y social, se observen los siguientes principios: a) El uso y aprovechamiento del ambiente y de los recursos naturales debe ser realizado de forma tal de no producir consecuencias dañosas para las generaciones presentes y futuras. b) Los ecosistemas y sus elementos integrantes deben ser utilizados de un modo integral, armónico y equilibrado, teniendo en cuenta la interrelación e interdependencia de sus factores y asegurando un desarrollo óptimo y sustentable. c) El ordenamiento normativo provincial y municipal en sus actos administrativos deberán ser aplicados con criterio ambiental, conforme con los fines y objetivos de la presente Ley. d) Se deberá utilizar un enfoque científico ínter y multidisciplinario al desarrollar actividades que, indirecta o directamente, puedan impactar al ambiente por parte de los organismos públicos. e) El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que constitucionalmente tienen los habitantes de la Provincia de Río Negro.- - - - -

-----Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: - - - - -

-----1) Hacer lugar parcialmente al recurso intentado revocando, en lo que corresponde, la sentencia venida en recurso. Ello, por cuanto el agravio referido a la falta de legitimación activa debe prosperar, en tanto, como ya se ha expuesto, la Cámara abordó la cuestión de la titularidad de las tierras en cuestión excediéndose del objeto de la pretensión que tramita en autos;

encontrándose los actores efectivamente legitimados por lo dispuesto en el art. 1º de la Resolución CODEMA N°219/05. - - - -

-----2º) Rechazar el agravio referido a la nulidad de la misma, en tanto no se advierte de modo alguno la desviación de poder aludida por los recurrentes; confirmando en este aspecto el decisorio del a-quo. - - - - -

-----3º) Con costas (art.68 Cód.Proc.Civ.y Com.). Regular los honorarios profesionales

del doctor Eduardo Manuel Martirena en el 35% y los del doctor Pablo Forte en el 25% a calcular sobre los emolumentos fijados por el Tribunal "a quo" (art.14 L.A.).-MI VOTO.- - - - -

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

-----Adhiero al voto del señor Juez preopinante.ASI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor Luis LUTZ, dijo:- - - - -

-----Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art.39 L.O.). 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 intentado en cuanto los actores se encuentran efectivamente legitimados para accionar, conforme lo dispuesto en el art. 1º de la Resolución del Presidente del CODEMA N° 219/05.- - - - -

Segundo: Rechazar el agravio referido a la nulidad de la misma, en tanto no se advierte de modo alguno la desviación de poder aludida por los recurrentes; confirmando en este aspecto el decisorio de fs.268/276 y vta.. Con costas (art.68 Cód.Proc.Civ.y Com.). Regular los honorarios profesionales del doctor Eduardo Manuel Martirena en el 35% y los del doctor Pablo Forte en el 25% a calcular sobre los emolumentos fijados por el Tribunal "a quo" (art.14 L.A.).- - - - -

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse.- - -

Fdo.:VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ALBERTO I.BALLADINI JUEZ
LUIS LUTZ JUEZ EN ABSTENCION ANTE MI:EZEQUIEL LOZADA
SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

DATOS DE PROTOCOLIZACION: Tº II Se.Nº96 Fº 718/741 Sec.Nº 4.-