

El caso de la laguna de Llancanelo

Por José Esain

TEXTO DEL FALLO

1.- Suprema Corte de Justicia de Mendoza sala 1– autos "Y.P.F. Sociedad Anónima en j° 80.866 Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gob. de la Prov. de Mza. p/ Acc. de Amp. S/Inc. Cas."

“En Mendoza, a once días del mes de marzo del año dos mil cinco, reunida la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 78.245 caratulada: "Y.P.F. Sociedad Anónima en j° 80.866 Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gob. de la Prov. de Mza. p/ Acc. de Amp. S/Inc. Cas.”.

De conformidad con lo decretado a fs. 236, quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: Dr. Alejandro Pérez Hualde; segunda: Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y tercero: Dr. Fernando Romano.

A N T E C E D E N T E S:

A fs. 16/62, el abogado Miguel Estanislao José Domínguez Soler, por Y.P.F. S. A., interpone recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación; a fs. 71/77, el abogado Ricardo Rubén Marino, en representación del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, deduce recurso de Casación; y a fs. 102/119, Fiscalía de Estado interpone recursos de Inconstitucionalidad y Casación, contra la sentencia dictada por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas, a fs. 452/457 de los autos n° 80.866, caratulados: “Asociación OIKOS Red. Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Amparo”.

A fs. 83, 125 y 126 se admiten formalmente los recursos interpuestos y se dispone la acumulación de las causas.

A fs. 133/151, Joaquín López Revol, por la Asociación OIKOS Red Ambiental (que en adelante denominaremos OIKOS), contesta los remedios extraordinarios y solicita su rechazo con costas.

A fs. 214/226 obra el dictamen del señor Procurador General, quien aconseja la desestimación de las articulaciones intentadas.

A fs. 228 se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 236 se deja constancia del orden de estudio dispuesto en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Son procedentes los recursos extraordinario interpuestos?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE dijo:

I. RELACIÓN DE CAUSA:

1) La demanda.

A fs. 47/58 vta. de los autos principales, el abogado Joaquín López Revol, por OIKOS, promueve acción de amparo contra el Gobierno de la Provincia, con el objeto de que se declare inconstitucional e inaplicable la Resolución n° 190/2003 del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, y se ordene a dicho Ministerio se abstenga de emitir la Declaración de Impacto Ambiental en el Exp. N° 513-D-00-03834 “Repsol YPF s/ Evaluación Impacto Ambiental Plan Acción II Proy. 2000 Expl. Petrolera A. Llancanelo”, hasta tanto no se purguen los vicios del procedimiento de impacto ambiental que denuncia y no se establezcan los límites geográficos de la Reserva Faunística Llancanelo, debiendo aplicar en dicha declaración de impacto ambiental el art. 25 de la ley 6045 y sus concordantes que prohíben la actividad petrolera dentro de las áreas naturales protegidas provinciales. Asimismo, solicita como medida cautelar innovativa, la suspensión de la aplicación de la resolución impugnada, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la causa, a los efectos de evitar los graves perjuicios que su aplicación provoca en los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente; y peticiona se cite como tercero interesado a Repsol YPF S.A., con el objeto de salvaguardar la garantía del debido proceso y la defensa de sus derechos en juicio.

Alega en apoyo de la acción promovida que la resolución impugnada conculca los derechos constitucionales a un medio ambiente sano y a la información ambiental, como así también los principios de legalidad, razonabilidad y seguridad jurídica, y la jerarquía de las normas consagrada en el art. 31 de la Constitución Nacional (CN).

Señala que el decreto 9/80 erigió a Llacanelo en la segunda área protegida de Mendoza luego de Ñancuñán que lo había sido por ley 2.821 en 1961. Que con base en antecedentes nacionales, la provincia de Mendoza ha adoptado normas destinadas a proteger los espacios naturales, subordinando la actividad humana a su conservación, para lo cual exige estudios previos que aseguren su preservación, prohíbe expresamente la instalación de industrias y exploración o explotación minera, y prevé que para el estudio y declaración de impacto ambiental es necesario que la actividad impactante no esté legalmente vedada.

Afirma que la ley provincial N° 6.045 recepta los principios de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad. Que la actividad petrolera produce un fuerte impacto sobre el medio ambiente y que sólo puede ser autorizada luego de un análisis de costo-beneficio que no figura entre los antecedentes de la resolución cuestionada.

Sostiene que en el mes de mayo de 1999 la empresa petrolera española Repsol YPF S.A. presentó a la Dirección de Sanamiento Ambiental un proyecto para explorar la posibilidad de extraer crudo mediante tecnología experimental. Que el pozo exploratorio fue aprobado para el área Llacanelo mediante "Aviso de Proyecto", proceso que no reúne las exigencias requeridas para las Áreas Nacionales Protegidas (ANP). Que en el mes de mayo de 2000 la misma empresa presenta el denominado "Plan de Acción II Proyecto 2000", por el cual pretende explotar hidrocarburos a través de ocho pozos, dos de los cuales son nuevos y los restantes son activados mediante distintos procedimientos. Que ello dio lugar a la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) en el Exp. 513-D-00-03834 designándose al Instituto Argentino de Zonas Áridas (IADIZA) y al Centro Regional Andino Nacional del Agua (INA) a fin de requerirles los dictámenes técnicos relativos a la flora, fauna y características hidrológicas de los reservorios de área subterránea vinculados a la cuenca de Llacanelo. Que en dicho expediente corre agregado el dictamen favorable al proyecto de IADIZA, no así el de INA que fue reemplazado por el informe técnico de la Fundación CRICYT, dependiente del CRICYT. Que de este organismo también depende el IADIZA, por lo que puede colegirse que ambos dictámenes fueron emitidos por la misma institución. Que no se permitió la información ambiental que la ley exige ya que se formuló la convocatoria a audiencia pública antes de que se completaran los informes. Que se agregaron elementos al expediente entre el día 28 de agosto de 2000 (fecha en la que se entregó el último dictamen) y el mismo día de la audiencia, con lo que se retacea el derecho consagrado por el art. 41 de la C.N. Que la audiencia pública tuvo lugar el día 30 de agosto

de 2000, en la localidad de Malargüe, distante a 420 km de la ciudad capital y en día y hora que entorpecieron la participación ciudadana. Que el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa, fue seriamente cuestionado por los presentes.

Refiere igualmente que fueron numerosas las denuncias, oposiciones y críticas presentadas al Fiscal de Estado acerca del proyecto de explotación y que el Departamento General de Irrigación aconsejó no emitir la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) hasta tanto se determinara el origen de la contaminación con petróleo del pozo de agua N° 1 del yacimiento Llanquanelo. Que Fiscalía de Estado condicionó la DIA al cumplimiento del convenio entre el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas y el Departamento General de Irrigación de fecha 20 de abril de 2001 hasta determinar el origen de los hidrocarburos encontrados en dicho pozo, cambiando inexplicablemente el criterio de fs. 2.312/2.317 del expediente administrativo.

Entiende que existe una incorrecta interpretación y aplicación de las normas y principios que regulan la materia ambiental, y que no se ha aplicado la ley 6.045, especial para la preservación de áreas naturales protegidas.

Finalmente, enumera como vicios de procedimiento: la alteración del régimen de información que establece el art. 17 del Dec. Reglamentario de la ley 5.961; la confección de los dos dictámenes técnicos por parte del mismo organismo (CRICYT) que realiza también los informes presentados por la petrolera; que la resolución no contiene explicación alguna de los motivos que la apartan de los criterios y propuestas de particulares y entidades privadas que realizaron presentaciones, ni acerca de las recomendaciones de RAMSAR referidas a los límites de la reserva; que no ha priorizado la determinación del origen de la contaminación en el pozo de agua N° 1 a pesar de lo convenido con el Departamento General de Irrigación; que en el art. 3 no se tiene en cuenta que la tarea de localización a la que condiciona la DIA exige una nueva y diversa actividad de impacto; que el art. 4 es una abierta violación a lo normado por los arts. 56 y 59 de la ley 6.045; que es irrazonable lo dispuesto por el art. 8 en cuanto dispone que los gastos de monitoreo, control y vigilancia estarán a cargo de la empresa Repsol YPF, ya que de ello se deduce que abonará los sueldos a las personas que integren la Unidad de Gestión Ambiental Llanquanelo que son, a su vez, las que le deberán aplicar sanciones o suspender actividades en el caso de verificar contravenciones; que se omite el análisis costo-beneficio y la mensura administrativa del área natural protegida que recomienda la Co-misión RAMSAR.

2) Contestación de Fiscalía de Estado.

A fs. 67/85 vta. se presentan el abogado Pedro Jaime Sin, en nombre y representación de Fiscalía de Estado, y la abogada Alejandra Natalia Lanci, por el Poder Ejecutivo, y solicitan el rechazo de la acción de amparo. Consideran que la acción ha sido incoada fuera del plazo perentorio previsto por los arts. 13 y 16 de la ley provincial, desde que la resolución atacada fue publicada en el Boletín Oficial el día 21 de enero de 2003. Que la jurisprudencia de los Tribunales provinciales es pacífica en el sentido de considerar vigente el plazo de diez días corridos desde que el afectado tomó conocimiento del hecho, acto u omisión que considere violatorio de los derechos constitucionales.

Comentan los antecedentes de extracción petrolera en el área de Llancanelo y destacan los estudios realizados por la consultora GEA en 1994 para la empresa concesionaria Alianza Petrolera Argentina S.A. y constancias del Exp. 221-D-95-03834.

Explicitan que mediante Dec. 1.764-93 el Poder Ejecutivo Nacional aprobó la concesión de explotación de hidrocarburos en el Área Llancanelo a YPF S.A. y Alianza Petrolera Argentina S.A. por un plazo de 25 años.

Aclaran que teniendo en cuenta dichos antecedentes y los límites señalados por el Dec. 9/80, el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas ha considerado aplicable la ley 5.961 como el instrumento legal de mayor importancia en materia de actividades hidrocarburíferas. Que la firma Repsol ha presentado a través del Exp. 40-D-02-03840 los planos y documentación que se refieren al deslinde entre el área de concesión y explotación petrolera y la Reserva Fáunica homónima. Que de allí resulta que si bien el área de concesión del yacimiento se encuentra en parte dentro de la reserva, el proyecto sometido a estudio se encuentra fuera de ella.

Destacan que la misión RAMSAR aclaró que no se deben autorizar actividades petroleras cercanas a los cursos de agua, siendo la mínima ideal de 800 m y que el Dec. 9-80 permite la explotación de los recursos naturales renovables. Que ha realizado el debido procedimiento de evaluación del impacto ambiental, con dictamen favorable de IADIZA y de la Fundación CRICYT, además de los dictámenes sectoriales de la Dirección de Recursos Naturales Renovables, del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Malargüe a través de la Dirección de Infraestructura y Medio Ambiente, del Departamento General de Irrigación, de la Dirección de Minería e Hidrocarburos del Ministerio de Economía y de la Dirección de Ordenamiento Ambiental y Desarrollo Urbano.

Remarcan que la audiencia pública se convocó y desarrolló cumpliendo con las disposiciones de la Ley 5.961 y su Dec. Reglamentario 2.109/94 y Resolución 109/96 y respetando el derecho de información ambiental. Que a ella asistieron doscientas veinticinco personas, entre ellas el presidente de OIKOS y el guardabosque señor Guillermo Lingua en representación de la Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental de la Nación.

Con relación a la contaminación del Pozo de Agua n° 1 aclaran que antes de la Declaración de Impacto Ambiental se han obtenido conclusiones de los estudios acompañados a las actuaciones administrativas correspondientes que permiten inducir que no existe contaminación hidrocarburífera.

Advierten que las exploraciones petrolíferas en la zona de la laguna Llanccanelo se remontan a 1.937, de lo que se desprende que cuando se declaró el sitio RAMSAR la explotación del petróleo ya formaba parte de los rasgos habituales de la zona. Que se deduce de ello que la explotación petrolera en el área no es un tema aprobado por la DIA resultante de la resolución que se ataca. Que el informe labrado por la misión del organismo internacional remarca que sólo las ONG se oponen al proyecto por desconocimiento de la tecnología a ser utilizada y de las acciones tomadas por el organismo rector del medio ambiente.

Indican que el beneficio principal de la actividad es la creación de puestos de trabajo como el aumento de la actividad comercial y la mejora de la infraestructura. Que quienes estudiaron en profundidad el área no encontraron objeción a la explotación, aconsejando solamente la toma de medidas, las que fueron plasmadas en la resolución que se cuestiona.

3) Contestación de YPF S.A.

A fs. 100/107 el abogado Miguel Estanislao José Domínguez Soler, por YPF S.A., se presenta y se opone igualmente al acogimiento de la acción de amparo instaurada. Sostiene que la presentación es extemporánea y que no debe confundirse con actos que hacen renacer continuamente la violación constitucional con la mera subsistencia del interés jurídico para accionar. Que la amparista ha consentido y participado de la evaluación ambiental que ahora considera inaplicable.

Afirma que la explotación petrolera en Llanccanelo se remonta al año 1.930, exhibiendo su parte un derecho adquirido a continuar con dichas tareas en virtud de la ley 21.145, del contrato n° 21.486, ratificados por Dec. PEN n° 1764 de fecha 27 de agosto de

1.993; en tanto la ley 6.045 recién fue publicada en el B.O. del día 18 de octubre de 1.993. Que no puede atribuirse a esta ley un alcance que la ponga en pugna con la cláusula constitucional que impide al Poder Legislativo dictar leyes que priven de derechos adquiridos o alteren las obligaciones de los contratos. Que aplicar esta ley lleva a frustrar e interferir en el cumplimiento de los fines de utilidad nacional y los derechos y atribuciones acordados por el Estado Nacional a su mandante. Que la postura de la amparista lleva a una colisión entre la legislación de policía ambiental con el límite que el ejercicio de tales atribuciones señalan las normas constitucionales de superior jerarquía.

Interpreta que no puede sostenerse una prohibición absoluta en zonas que no se encuentran demarcadas y que los trabajos autorizados están fuera de la zona de reserva. Que de ello surge que no se verifica en el caso el requisito constitucional y legal de “manifiesta ilegalidad” además de que no se advierte cuál es el perjuicio ambiental no alcanzado por las recepcionadas en la Resolución 190/2003. Que la contaminación denunciada por el Departamento General de Irrigación no se vincula con el proyecto de explotación futura presentado por YPF.

4) A fs. 108/110 vta. la señora Juez interviniente admite la medida cautelar solicitada por la asociación amparista y, en consecuencia, dispone la suspensión de la aplicación y efectos de la Resolución n° 190/2003 del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa.

5) Sentencia de Primera Instancia

Admitida y producida la prueba ofrecida, a fs. 391/402 se dicta la sentencia que hace lugar a la acción de amparo promovida y declara la inconstitucionalidad de la referida resolución “que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental del denominado Plan Acción II, Proy. 2000 de Explotación Petrolera del Área Llanquanelo”. Esta decisión encuentra fundamento en lo siguiente:

a) Con relación al tema de la extemporaneidad en la iniciación de la acción, se comparte lo sostenido por la Cámara de Apelaciones en la resolución del recurso de apelación promovido contra la decisión de la medida precautoria, en el sentido de que la categoría de los daños que la amparista intenta proteger, justifica que se despejen los obstáculos formales hacia la tutela jurisdiccional, por lo que tal argumento resulta suficiente para desestimar la pretensión de los demandados.

Asimismo, se afirma que la función preventiva que caracteriza al sistema de protección del medio ambiente y de resarcibilidad de los daños supraindividuales

(colectivos o difusos), no permiten considerar punto de partida para contar el plazo del art. 13 de la ley 2589/75, a una actuación que sólo compromete individualmente a quien luego se hace cargo de reclamar por intereses difusos; es decir, que trascienden la individualidad. Por ende, se entiende que el tiempo transcurrido entre el conocimiento que tomó la Asociación OIKOS de la resolución atacada y la iniciación de la acción es trascendente al momento de evaluar las exigencias formales, pues no se está frente a un debate de intereses privados, sino que se trata de encausar el respeto a derechos de la comunidad, debiendo el aspecto temporal concebirse con idea de pluralidad y multiplicidad de intereses. Por ello, “mientras exista la posibilidad de impedir el daño potencialmente colectivo, existirá plazo legal para acceder al amparo que se ejerce, por autorización constitucional (art. 43 C.N.), en representación de personas indeterminadas”.

b) Al abordar los aspectos sustantivos de la controversia se destaca el fundamento esencial del cual parte abundante y prestigiosa doctrina dedicada a diseñar el derecho ambiental, en el sentido de que la protección del medio ambiente tiene una visión básicamente humanística, que atiende a la satisfacción de las necesidades de la población actual, sin desatender su proyección sobre futuras generaciones, sobre la base del uso racional y sustentable de los recursos de la naturaleza, descartando, por tanto, el interés del cuidado del ambiente en sí mismo.

En ese entendimiento, se afirma que la materia en cuestión regula las actividades humanas que puedan impactar negativamente sobre esos recursos y el ámbito en el cual se desarrolla, planteando, en nuestro sistema federal de gobierno, un poder de policía compartido entre la Nación y las provincias.

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

A su vez, se afirma que si bien la actora persigue la aplicación de la ley 6.045, referida a las Áreas Naturales Protegidas, y tal aspecto es uno de los puntos centrales de controversia, “no lo es la consideración de la importancia de preservar el ámbito de la Laguna de Llanquanelo en la dimensión de la figura jurídica por ella creada. Por el contrario,

los protagonistas de las actuaciones administrativas se proponen advertir que el proyecto de explotación petrolera está fuera del área de prohibición legal y, como tal, sometida al procedimiento de evaluación de impacto ambiental que regula la ley general”. Por ello, se entiende que la respuesta congruente al debate planteado no demanda una explicación de la importancia que reviste el resguardo de la biodiversidad que debe asegurarse en Llanquanelo, ni el alto impacto que entraña para la misma la actividad petrolera, ni la necesidad de compatibilizar la conservación de su integridad con el desarrollo de la actividad energética, temas que los accionados no discuten. En consecuencia, se afirma que la solución al disenso pasa por “calificar si la actividad administrativa en la que se funda la resolución impugnada es respetuosa de los principios que imponen los intereses en juego, si se estiman suficientemente los recaudos que exige la legislación vigente y las opiniones científicas; y, básicamente, si la pretensión de inconstitucionalidad se sustenta en la vinculación entre el acto atacado y el riesgo de la lesión que se invoca”.

c) Conforme lo anteriormente expuesto, se procede a analizar el tema de la localización del proyecto productivo en relación al área preservada. Se recuerda que la actora, desde el inicio de las actuaciones advierte de la existencia de mediciones (fs. 46) que permiten ubicar a las perforaciones autorizadas dentro del área protegida; en tanto que Fiscalía de Estado y el Gobierno de la Provincia, sin desconocer la existencia de aquella mensura, aseguran que la empresa sometida a estudio se encuentra fuera de la reserva Llanquanelo, descansando dicha afirmación en los planos y documentación presentados por la petrolera en el Exp. 40-D-02-03840. Estas actuaciones se inician por la nota enviada por el Director de Saneamiento y Control Ambiental al Director de Catastro solicitando la mensura de la zona intangible de la reserva de conformidad a la ley 6045 y el Dec. 9/80. El plano es presentado, finalmente, por YPF con el trazado de deslinde entre el área de explotación petrolera y la línea de ribera de la laguna de acuerdo con los arts. 2578 y 2550 del C.C., según lo solicitado por Fiscalía de Estado. Dicha presentación (que es el plano con el que se insiste a fs. 118 de los autos principales) es valorada por los funcionarios actuantes como “información de suma utilidad” (fs. 2 y fs. 46 Exp. 40-D-02-03840), aunque de ninguna manera se puede entender como definitiva para establecer los límites de la reserva. Es más, se afirma, ni siquiera ha sido sometida al control o dictamen del órgano técnico competente según la aclaración que el Director de Catastro realizó a fs. 3 del expediente referido; y la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental continúa insistiendo sobre la necesidad de realizar la mensura de la laguna (fs. 50 y 51). Por ello se

entiende que resulta evidente la insuficiencia de tales planos para fundar en los mismos la convicción de que el lecho del humedal no será escenario de los trabajos de exploración y explotación que autoriza la resolución cuestionada, y mucho menos que se tengan en cuenta los criterios de preservación que corresponden a cada una de las zonas que esboza el plano de fs. 46 de las actuaciones principales. Con relación a este tema en particular, se reseña que la Misión RAMSAR destacó (fs. 2280 Exp. 513-D-00) la necesidad de delimitación del área protegida, lo que lógicamente se vincula con la administración conveniente de la explotación de los recursos, sin compromiso ecológico, que no es otra cosa que cumplir con los principios de sustentabilidad y prevención que orientan la legislación ambiental. Se recuerda también en este punto que la Constitución Nacional, artículo 41, consagra el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, en un todo de acuerdo con la noción de desarrollo sustentable aprobado por Naciones Unidas en 1998. A su vez, se explicita que como no podía ser de otra manera, las leyes provinciales receptan el principio (art. 1 ley 5.961; art. 2 inc. A ley 6.045) al igual que la ley nacional sancionada con posterioridad. No se trata entonces, se enfatizó, “del cumplimiento de una formalidad ligada al aspecto de dominio o de empadronamiento, sino vinculada a procedimientos que garantizan fidelidad a los objetivos propuestos por el legislador”.

d) Para el supuesto que se entienda que la delimitación y zonificación no es trascendente, el pronunciamiento entiende necesaria una visión analítica del procedimiento administrativo que finaliza con la aprobación de la Declaración de Impacto Ambiental y que se realiza con el marco de la ley 5.961. Luego de analizar las declaraciones testimoniales rendidas se arriba a la conclusión de que las mismas “aparecen como denunciante de la existencia de riesgos que pueden tolerarse si se receptan las recomendaciones que se han elaborado para prevenir no sólo la contingencia dañosa sino la respuesta in-mediata en el caso de que esta se produzca”. Sin embargo, se agrega que otros elementos tomados de las mismas declaraciones y cuestiones que surgen de las actuaciones administrativas, no permiten formar una convicción favorable a la autorización del proyecto sobre la base de esas opiniones. Así, y en primer lugar, no se cree que la adecuada ilustración sobre los aspectos implicados pueda partir de la incertidumbre de los límites del terreno que se pretende proteger; en efecto, los declarantes hacen sus aseveraciones sobre la base de un hecho incierto: que el proyecto petrolero no toca el área reservada. A su vez, y no obstante

las medidas de prevención y mitigación de impactos que lucen a fs. 130/134, que hace suyas el IADIZA en sus informes de fs. 285/287 y 297/308, y que en general son receptadas en la resolución 190/03, el fallo se inclina “a la idea de que la vulnerabilidad del ecosistema interviniente exige mayor exactitud y minuciosidad en la expresión de advertencias y estrategias de cumplimiento. La protección de los factores que componen la biodiversidad no pueden quedar supeditados a la interpretación de normas genéricas ni a la buena voluntad de funcionarios o de la empresa operadora”.

A lo expuesto se agrega que tampoco aparece apropiado al principio de prevención de la materia ambiental que se disponga el inicio de la actividad peligrosa soslayando la realización de estudios calificados de imprescindibles para la gestión ecológica del recurso. “La peligrosidad comprobada de la actividad petrolera, en ningún momento desestimada en estos autos ni en la fase administrativa, máxime efectuada en un entorno de también aceptada fragilidad, exige que la gestión ambiental se apoye en un instrumento que garantice la acción preventiva”. A tal fin, se considera que no reviste esta característica la resolución que otorga la Declaración de Impacto Ambiental, sobre todo si se tiene en cuenta que en su art. 4 crea la Unidad de Gestión Ambiental asignándole el diseño de su función a la zaga del desarrollo del proyecto. “Se aparta también de la exigencia de una acción preventiva la inobservancia de la determinación del origen de la contaminación en el pozo de agua N° 1 a pesar de lo convenido con el Departamento General de Irrigación”.

De lo expuesto se concluye que la normativa que da acceso a la explotación petrolera que propone YPF S.A. debe partir de la delimitación del Área Natural Protegida para hacer efectivas las prescripciones de la Ley 6.045, y para el caso que resulte aquel localizado en espacios ajenos a la prohibición legal de explotación de hidrocarburos, debe completarse el trámite de aprobación de la Declaración de Impacto Ambiental en una resolución marco de una acción preventiva de daños futuros.

6) Los recursos de Apelación

La sentencia de primera instancia es apelada por Fiscalía de Estado, por YPF S.A. y por el Poder Ejecutivo de la Provincia, quienes expresan agravios a fs. 406/410 vta., fs. 412/434 y fs. 435/440 respectivamente. Básicamente, consideran que la resolución recurrida parte de interpretaciones contrarias a la legalidad, que no tiene en cuenta el Dec. Ley 9/80, no derogado por la ley 6.045 y que prevalece sobre ésta por ser ley especial. Alegan en definitiva que no se han cumplido todas las etapas del procedimiento ambiental a los fines del dictado de la Declaración de Impacto Ambiental; que la misión RAMSAR se

refiere a los límites biológicos y no coincide con la delimitación del citado decreto; que no se demuestra la insuficiencia de los estudios; que se altera el régimen del amparo, que no resulta ámbito natural del error o no de las opiniones; que se trata de un amparo dado “por las dudas”; que se debe atender a los presupuesto del Amparo-Ambiental; que se incorpora irregularmente prueba; que se confunden los límites biológicos con los legales; que es extrema la interpretación de la legislación reglamentaria del art. 41 de la C.N.; que el aspecto preventivo de la ley 6.045 ha sido asegurado conforme al procedimiento legal; que se cumple con la acción preventiva; que no se ha suspendido o derogado el art. 7 del decreto en cuestión; no hay peligro de daño cierto e irreparable; que la presencia de hidrocarburos no permite inducir que hay contaminación; y que los límites no son inciertos. A su vez, YPF S.A. reitera el planteo de extemporaneidad de la acción.

7) La Asociación amparista contesta agravios a fs. 445/450 y solicita la confirmación de la sentencia con costas.

8) Sentencia de Segunda Instancia

A fs. 452/457 la Cámara Primera de Apelaciones declara que el fallo recurrido no adolece del vicio de nulidad, rechaza las apelaciones intentadas y confirma la sentencia de fs. 391/402.

a) Con relación al agravio referido a la extemporaneidad de la acción de amparo, reitera los argumentos que expresara en la oportunidad de resolver el recurso de apelación promovido contra la decisión de la medida precautoria (en especial fs. 383 vta./384).

b) En cuanto al planteamiento de fondo, se recuerda que los recurrentes en sus agravios, con menor o mayor extensión, consideran que el decisorio no advierte que hay que regirse por el Dec. 9/80, en cuanto admite que se exploten los recursos naturales no renovables, aunque estén dentro de la reserva. La resolución en recurso afirma que si bien ello es así, no existió tal inadvertencia por la a quo, ya que ésta señaló que las normas que dan acceso a la explotación petrolera que propone YPF, requieren de la necesaria delimitación del Área Natural Protegida, para que se satisfagan las exigencias de la ley provincial 6.045; “es decir, da primacía acertadamente a la ley citada”.

A su vez, se entiende que tampoco resulta procedente el agravio por el cual se afirma que siendo el mentado decreto aplicable para los límites de la reserva, no se lo admite para autorizar la explotación y exploración de recursos no renovables, al seguir en vigencia. En efecto, porque el art. 78 de la ley 6.045, en el inc. a), sólo se limita a establecer cuáles son las Áreas Naturales protegidas, a la fecha de su promulgación, indicando

“Reserva Fáunica Laguna Llanquanelo”. De modo alguno, se afirma, puede colegirse que el decreto sea aplicable para llegar a autorizar la exploración y explotación de recursos renovables. “El texto del art. 7 del Dec. 9/80, es opuesto no sólo con el texto, sino que más allá de la interpretación literal, es contrario con la finalidad de la ley citada, que especialmente pormenoriza las normas que deben observarse para las Áreas Naturales Protegidas. De ahí que es claro que el art. 82 de la ley 6.045, deroga toda norma que se oponga a la presente, ‘con excepción de las enumeradas en el art. 78...’. Este artículo se limita a individualizar las Áreas protegidas, entre ellas la Reserva de Llanquanelo”. Por ello, se concluye en el pronunciamiento recurrido, todas las apreciaciones de la demandada y de Fiscalía de Estado “sobre la primacía de la ley especial (en realidad un decreto)” deben rechazarse.

c) El agravio por el cual se afirma que la ley 6.045 es aplicable a partir de que sean aceptados los planes de zonificación de las áreas pertinentes, se considera igualmente improcedente, habida cuenta que “la ley existe y debe aplicarse, aún no aceptadas tales zonas. Por ello es que rige el art. 25 (Área de uso controlado), y la norma ya vista, prohíbe sin duda la explotación de hidrocarburos, entre otras, además de la minas, debiendo en todo caso expedirse la autoridad de aplicación”.

d) Luego de resaltar la importancia de las medidas preventivas, y de analizar las constancias existentes en la causa a ese fin (fs. 454 vta.), el fallo en recurso arriba a la conclusión que “Las deficiencias en el procedimiento, para llegar a la declaración de impacto ambiental, son palmarias, por lo que mal se puede sostener que el trámite ha sido regular, y que satisface una prevención razonable, de que pueda producirse un daño ambiental”.

e) A su vez, tampoco se considera acertada la alegación de que el amparo ha sido concedido “ante la duda”, desde que resulta innegable que no hay una mensura legal del Área Natural Protegida, es decir, una mensura administrativa concretada por el órgano competente; y así lo señala el fallo de primera instancia partiendo de que no hay planos reconocidos de zonificación que indiquen la categoría del terreno en el que se habilita la explotación.

f) Del mismo modo, se estima inaceptable la afirmación de que el amparo no sea la vía idónea, desde que ante las omisiones señaladas, que implican deficiencias en el trámite, el amparo no aparece como instituto inapropiado, y aunque existiera otro remedio, se

considera que, conforme la interpretación del art. 43 de la C.N. que se efectúa, el amparo debe prevalecer, al no presentarse otra vía como más eficaz.

g) Con relación a las objeciones referidas a la apreciación de la prueba rendida, entre ella las testimoniales, el decisorio recurrido comparte las argumentaciones y conclusiones que al respecto efectúa el tribunal de primera instancia (fs. 455/456).

h) Por último, se coincide igualmente con lo expuesto por la Juez a quo sobre el principio de prevención en materia ambiental, y que ante la peligrosidad de la explotación del petróleo, para preservar tal labor de daños, se requiere un instrumento que dentro de lo humano garantice la acción preventiva, planificada antes de la explotación (fs. 456 y vta.).

9) Los recursos Extraordinarios

Contra esta decisión YPF S.A. y Fiscalía de Estado interponen recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación; y el Poder Ejecutivo de la Provincia, recurso de Casación.

a) La empresa YPF S.A., luego de fundar el carácter definitivo de la decisión recurrida y efectuar una reseña de los antecedentes de la causa, considera fundamentos de la casación:

i. vulnerados sus derechos adquiridos en virtud de la concesión otorgada por el Gobierno Nacional, habida cuenta de que quedan supeditados a que el Poder Ejecutivo Provincial tenga medios y voluntad de llevar a cabo la zonificación, categorización y planificación del A.N.P. Llancanelo;

ii. Afirma que la resolución impugnada a través de la acción de amparo instaurada concedió la D.I.A. a cinco de los ocho pozos de explotación hidrocarburífera propuestos por YPF S.A., de los cuales dos son nuevos y los otros tres que oportunamente estuvieron en explotación serían activados mediante nueva tecnología que asegura su inocuidad ambiental;

iii. Señala que la sentencia de grado observó que faltaba concretar la mensura, delimitación y zonificación en base a planos reconocidos, debido a que no existe mensura oficial que genere certeza, y no se formuló un plan de manejo de la Reserva de actividades no prohibidas por la ley 6.045 que garantice acción preventiva en la gestión ambiental;

iv. Expone también, que se señaló como vicio de tramitación de la D.I.A., el no haber determinado el origen de la contaminación del pozo de agua N° 1 a pesar de lo convenido con el Departamento General de Irrigación.

Funda el recurso de Inconstitucionalidad en los incs. 2, 3 y 4 del art. 150 del C.P.C. Persigue como finalidad que se restablezcan sus derechos constitucionales declarando que:

v. la acción de amparo carece de los requisitos de admisibilidad de conformidad con el art. 43 de la C.N.;

vi. que el acto impugnado no exhibe arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta;

vii. que los jueces de grado han excedido el límite de su jurisdicción;

viii. que se encuentra en juego el principio de reserva de la administración;

ix. que se elude la competencia originaria de la Corte so pretexto de agravio irremediable;

x. la a quo no debió exigir una mensura oficial porque no es una “prueba legal” que no pueda ser reemplazada por otros medios de convicción. Manifiesta que se acompañaron planos en los que un profesional ha dado las correspondientes explicaciones técnicas (Exp. 40-D-02);

xi. que la reserva faunística tiene una extensión de 40.000 has. que coincide con la superficie de la laguna, por lo que los pozos se encuentran fuera de ella en el lote 2 de la sección uno;

xii. que de los inmuebles que se mencionan a fs. 27 y vta. como límites, surge de manera inequívoca que no integran la Reserva;

xiii. que el testigo Sosa (fs. 158) declaró que los pozos se encuentran en el campo Badino que es lindante y el testigo Mansur declaró que no se ha podido determinar que los pozos se encuentren en zona prohibida. Que estos “elocuentes elementos probatorios demuestran que los límites (los legales, que son los que interesan a efectos de determinar el ámbito territorial al que se circunscribe la supuesta prohibición de la ley 6.045 de autorizar actividad petrolera) de la reserva no son inciertos, y que claramente los pozos autorizados están fuera de ella”.

Asimismo, se alega que la falta de mensura oficial es intrascendente, si la administración pudo llegar a una razonable certidumbre sobre la localización de los pozos autorizados y no autorizados (según los considerara fuera o dentro del ANP Llancanelo, respectivamente), por lo que los planos que sirvieran de antecedentes al dictado del Dec. 9/80, sus claros términos y demás elementos probatorios arrimados al Exp. 40-D-02-03840. Que ese conocimiento pueda corroborarlo una medida oficial, no transforma a ésta en un requisito sine qua non para adquirir ese conocimiento. Por ello, considera suficientes

los estudios establecidos conforme a la ley 5.961, porque de encontrarse los pozos adentro del Área Protegida, sería inútil cualquier estudio ya que según el a quo estarían prohibidos.

Respecto al daño entiende que es conjetural y que no se ha demostrado la ineficacia de las medidas dispuestas en la Resolución 190/03. Expone que de la declaración de Álvarez (fs. 148) surge que el acuífero tiene una profundidad de 20 mts. y los trabajos se desarrollarán a una profundidad de 900 mts. por lo que los temores de daños son infundados.

Con referencia al pozo de agua se afirma que se conoce el origen de la contaminación porque se ha determinado que el petróleo fue introducido por la boca del pozo y no por rotura. Que del testimonio de fs. 182 surge que la contaminación del pozo de agua se debió a malas prácticas del pasado ajenas a YPF S.A., por lo que no tienen relación con el proyecto de explotación.

Sostiene también que según los expertos el peligro es remoto y la amparista no aporta ninguna prueba técnica que permita establecer lo contrario. Expone la sociedad recurrente que según lo declara el testigo Vega, por las características del petróleo de la zona se disminuye el riesgo porque no contiene gas y debe ser sacado a la superficie con medios mecánicos no por surgencia natural. Que el testigo Lingua consideró que si bien es necesario continuar los estudios hidrogeológicos en esas circunstancias no eran excluyentes para autorizar la explotación. Que el testigo Gunnet desvirtúa la afirmación contenida en las sentencias de grado, sobre la improcedencia de que los estudios faltantes puedan ser realizados en forma paralela y no previa a la explotación. Que la informativa agregada a fs. 213 ratifica lo dicho por los testigos en relación a las características del petróleo y la existencia de normativa y control ambiental de la actividad por parte de la Secretaría de Energía, referida a estudios de evaluación, planes de contingencia e informe de monitoreo anuales. Que la misión Ramsar al recomendar delimitar el área de la Reserva Llanquanelo, claramente está diciendo que hay que realizar los estudios (biológicos, hidrológicos, etc.) que sean relevantes a ese fin (delimitar el área biológica); pero que esos estudios son intrascendentes a efecto de la delimitación del área legal que está claramente establecida por el Dec. 9/80 y delimitada en los planos que le sirvieron de antecedente, y donde supuestamente rige la prohibición.

Considera también que el principio precautorio del derecho Internacional Ambiental receptado en el art. 4 de la ley 25.675, autoriza a actuar en caso de presencia cierta o inminente de peligro grave e irreversible, y exige acreditar mínimamente el peligro

concreto. Que no se han contrarrestado las opiniones de los expertos, por lo que la condena no tiene fundamento en ninguna opinión técnica. Que se ha eximido al amparista de acreditar el daño irreparable y la manifiesta ilegalidad o arbitrariedad del acto atacado.

Expone además que la amparista aceptó el trámite administrativo porque los planteos efectuados oportunamente no constituían cuestionamientos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental y consintió la aplicación de la D.I.A. prevista en la ley 5.961. Que la conducta desplegada por la actora resulta contraria a la teoría de los actos propios.

Critica la sentencia de Cámara porque no se pronuncia sobre los cuestionamientos formulados por su parte al principio de prevención. Entiende que el poder legislativo no puede dictar leyes que priven de derecho adquiridos o alteren obligaciones de contratos. Que se debe interpretar armónicamente los derechos constitucionales con los principios de las leyes 5.961, 6.045 y 25.675. Reitera que se debe tener en cuenta que si a diez años de sancionada la ley no se ha podido cumplir con la mensura del área definida en el Dec. 9/80, zonificarla ni planificarla, la sentencia deja a su parte sujeta a que la autoridad quiera y pueda hacerlo.

El Recurso de Casación deducido por YPF S.A. se funda en el inc. 1 del art. 159 del C.P.C. Concretamente se afirma que se ha dejado de aplicar el art. 43 de la C.N. También se agravia de la no aplicación de los arts. 128 inc. 20 y 144 inc. 5 de la Const. Prov., y de los arts. 1, 2 inc. a y 12 de la ley 3.918, en cuanto reserva el conocimiento de las causas contencioso administrativas al Poder Ejecutivo y luego a la Corte en la instancia judicial. Considera que tampoco se han aplicado los arts. 35, 60 inc. b y 79 de la ley 3.909 cuando se indican como dictámenes y trámites sustanciales los que no lo son. Alega igualmente que se ha interpretado erróneamente el art. 82 de la ley 6.045, dejando de aplicar el art. 7 del Dec. 9/80. Manifiesta que se han dejado de aplicar los arts. 29 de la Const. Prov., y los arts. 17, 18, 19, 41 y 75 inc. 30 de la C.N.

Expone el recurrente que el amparo fue interpuesto extemporáneamente porque había transcurrido el plazo de caducidad que es perentorio e improrrogable. Que la Cámara insistió con la doctrina que aplicó en el auto confirmatorio de la cautelar, acerca de admitir la acción en atención al bien jurídico que trata de resguardar el amparista, lo que implica derogar el plazo de caducidad dejándolo librado al arbitrio judicial.

Sostiene también que el acto impugnado carece de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y que los reparos de la amparista son una mera discrepancia de cuestiones de complejidad técnica y jurídica (art. 43 C.N.).

Entiende finalmente que se ha dejado de aplicar el art. 7 del Dec. 9/80 por una incorrecta interpretación del art. 82 de la ley 6.045 en tanto el Decreto quedó vigente en su totalidad, toda vez que la ley no distingue y lo ratifica sin condicionamiento alguno.

b) Por su parte, el Poder Ejecutivo de la Provincia funda el recurso de Casación deducido a fs. 71/77 vta. En los incs. 1 y 2 del art. 159 del C.P.C. Sostiene que el a quo sólo se avoca a aplicar la ley 6.045, cuando debió hacer una interpretación integral y armónica con la ley 5.961 cuyo art. 36 establece que la autoridad de aplicación podrá autorizar la realización de las obras o actividades proyectadas. Alega que no se tiene en cuenta que al momento de la sanción del Dec. 9/80 ya se estaba explotando petróleo en el área Llancanelo, y que la ley 6.045 no ordenó la cesación de las actividades ni la correspondiente expropiación. Que por otra parte, el art. 56 de la misma ley permite autorizar y fiscalizar los proyectos de obra y aprovechamiento de recursos naturales fijando normas para su ejecución a fin de asegurar el debido control del impacto ambiental. Por último, explica que en el caso de autos la técnica de explotación que autoriza la D.I.A. se encuentra en el exterior del área protegida, fuera de los límites del Dec. 9/80 por lo que debió aplicarse la ley 5.961; que la resolución 190/03 es el único instrumento preventivo posible de dictar por la autoridad de aplicación.

c) Por último, a fs. 102/119 Fiscalía de Estado interpone recursos de Inconstitucionalidad y Casación. En la fundamentación del primero de los remedios extraordinarios se agravia por considerar que:

i. la acción de amparo fue interpuesta en forma extemporánea porque la medida lesiva es la resolución 190/03 publicada el 21-01-03 y a partir de allí debían contarse los 10 días previstos en el art. 13 del Dec. 2589/75, que vencían el 4-12-03. Expone que se trata de un plazo de caducidad, por lo que rechaza el fundamento de la necesidad de proteger intereses trascendentes para la sociedad;

ii. sostiene también que se debió aplicar el art. 7 del Dec. 9/80 que autoriza la explotación de los recursos naturales no renovables y que no fue derogado por la ley 6.045;

iii. expone que es una excepción expresa de la ley y que no existen razones para declarar válido el Dec. 9/80 respecto a los límites de la reserva y no para permitir actividades de exploración y explotación;

iv. considera que la sentencia es arbitraria porque el a quo se arroga facultades legislativas.

La queja casatoria de Fiscalía de Estado se funda en ambos incisos del art. 159 del C.P.C., por considerar que:

v. se han aplicado erróneamente los arts. 78 inc. a y 82 de la ley 6.045;

vi. se ha dejado de aplicar el art. 7 del Dec. 9/80;

vii. que el art. 82 deroga toda norma que se oponga a la ley con excepción de las enumeradas en el art. 78 que en su inc. a) menciona expresamente el Dec. 9/80 sin hacer ninguna distinción entre sus artículos;

viii. que toda ley especial (Dec. 9/80) prevalece sobre la ley general (ley 6.045), por lo que considera que si bien ésta última prohíbe la explotación minera y de hidrocarburos dentro de las áreas naturales protegidas (arts. 24 y 25), en la Reserva Llacanelo está permitida por el Dec. 9/80;

ix. por estas razones entiende que la Cámara no puede condicionar la D.I.A. a la previa mensura del Área Natural Protegida Llacanelo sin precisar norma que la determine como prueba legal;

x. considera también arbitraria la exigencia de zonificación, categorización y planificación, en la elaboración del plan de manejo de dicha reserva, porque de la prueba surge que los pozos no se asientan en ella;

xi. finalmente, alega que no existe fundamento ni prueba científica que permita dudas sobre la suficiencia de las medidas adoptadas en la D.I.A. en defensa del Área Natural Protegida.

10) A fs. 133/150 vta., el abogado Joaquín López Revol, por la Asociación OIKOS Red Ambiental contesta los recursos extraordinarios interpuestos y solicita su rechazo con costas. A su vez, petitiona el desglose del plano de medida acompañado por el Poder Ejecutivo de la Provincia al tiempo de recurrir ante esta sede.

11) A fs. 153 y vta. se rechaza la solicitud de desglose desde que si bien de conformidad a lo dispuesto por el art. 148 del C.P.C., en la sustanciación de los recursos extraordinarios, no se admite recepción de prueba alguna, se entiende que los intereses difusos involucrados en la problemática planteada en la presente causa, sumado a que el plano cuya admisión se cuestiona es un instrumento público, que se encuentra en una oficina pública al acceso de cualquier ciudadano, tornan improcedente la petición.

12) A fs. 211/212 vta., Fiscalía de Estado solicita una inspección ocular en la zona abarcada por el conflicto planteado en la acción de amparo, la que es desestimada a fs. 228 en razón de que “conforme la naturaleza excepcional de los recursos extraordinarios, su trámite debe ajustarse estrictamente al desarrollo procesal reglado expresamente en los arts. 147 y 148 del C.P.C.”; máxime al tratarse de un proceso de amparo por la especialidad de la vía y el procedimiento especialmente sumario implementado por la normativa de aplicación.

13) A fs. 214/226 obra el dictamen del señor Procurador General del Tribunal que, por las razones que expone, aconseja el rechazo de los recursos extraordinarios intentados.

14) A fs. 231/235 YPF S.A. solicita que se tenga presente, para la oportunidad de dictar sentencia, que el amparo en cuestión ha devenido abstracto con relación a las objeciones levantadas contra la D.I.A., con la incorporación a la causa (ver auto de fs. 153 y vta.) de la mensura oficial que da cuenta que los pozos autorizados se encuentran fuera del ámbito de vigencia de los condicionamientos, prohibiciones, límites, restricciones y exigencias de la Ley 6.045.

15) A fs. 228 se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 236 se deja constancia del orden de estudio dispuesto en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal.

16) A fs. 240 se ordenó, en carácter de medida para mejor proveer, la realización de una inspección ocular, la que se realizó con la presencia de todas las partes según consta en acta de fs. 249.

II. CUESTIONES A RESOLVER:

A) Aplicación de la Ley 6045.

Consideramos vital para el desarrollo de nuestro razonamiento dilucidar en primer lugar la cuestión planteada acerca de la aplicación o no de la Ley 6045 al caso planteado.

La totalidad de los recursos extraordinarios intentados por las partes se fundan en temas relacionados con la aplicación –o no- de este precepto legal.

En tal sentido consideramos acertada la afirmación del dictamen del señor Procurador General al sostener que “es insostenible pretender que la actividad en Llancanelo se rige sólo por el Dec. 9/80 y la Ley 5961 cuando la Ley 6045 la incluye expresamente (art. 78ª), y en primer término como Área Natural Protegida y ha sido expresamente señalada en el acta acuerdo del 26 de diciembre de 2001 celebrada por YPF, el DGI y el Ministerio de Medio Ambiente. No puede sostenerse la preeminencia del Dec. 9/80 (BO 17/03/80) porque además de ser anterior a la Ley 6045 se trata de una norma de inferior jerarquía (art.

31 CN)”. No hay espacio para interpretar que el dictado de una ley tuvo por finalidad no ser aplicado - a pesar de mencionarla - en una de las zonas más sensibles ante el desarrollo de una actividad extractiva, por lo que debe considerarse que la ley 6045 es norma especial de aplicación al caso.

Por si quedara alguna duda, basta con observar que en la Manifestación de Impacto Ambiental, presentación inicial del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (expte administrativo 513-D-00-03834 de Dirección de Control Ambiental, cuerpo n° 1), la empresa REPSOL-YPF reconoce a la Ley 6045 dentro del cuerpo normativo aplicable con “incidencia directa en el proyecto” (fs. 24).

La Ley 6045 es una ley que se inscribe dentro de lo que denominamos el “Derecho Ambiental” que “tiene, como veremos, implicaciones y manifestaciones de derecho privado, pero su meollo es fundamentalmente público, se impone directamente por el Estado, en cuanto que regula las relaciones del hombre con su entorno y no de los sujetos privados entre sí. Tiene por tanto claramente manifestaciones autoritarias y su desacato puede ser objeto de importantes represiones administrativas y penales. Esto tiene que ser necesariamente así, ya que, como demuestra la praxis, el espontaneísmo no ha funcionado, el grave deterioro ambiental que padecemos no se hubiera producido si los individuos y los pueblos se hubieran comportado razonablemente en lo relacionado con la conservación de la biosfera” (Ramón Martín Mateo, Manual de Derecho Ambiental, segunda edición, Trivium, Madrid, 1998, p. 63). En otras palabras, la Ley 6045 se impone con la primacía que le otorga su carácter de defensa del interés colectivo, por cuanto “el Derecho Ambiental es sustancialmente derecho público. La tutela del ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible como legado para las generaciones futuras” (Jorge Bustamante Alsina, Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 51).

Se trata de una norma de orden público que rige y modifica las normas anteriores sobre el objeto regulado y que se impone sobre las relaciones jurídicas; así reza su art. 1°: “Esta ley tiene por objeto establecer las normas que regirán las áreas naturales provinciales y sus ambientes silvestres”.

El carácter señalado de orden público descarta también la posibilidad de planteos acerca de presuntos derechos adquiridos a continuar con explotaciones que esa normativa legal prohibiera expresamente, como es el caso concreto de la explotación de hidrocarburos dentro de las áreas naturales protegidas.

B) El alcance de la jurisdicción a la luz de la Ley 6045.

Ahora bien, esta norma legal ha resuelto claramente y en forma terminante que su finalidad es: “instituir el funcionamiento organizado de un sistema de áreas naturales provinciales que, comprendiendo el conjunto de ambientes naturales con valores notables, de excepción y significación ecológica existentes en el territorio de la provincia de Mendoza, en beneficio de la población y de las futuras generaciones, se declaren comprendidos por las disposiciones de la presente legislación” (art. 2º inc. b).

Coherente con lo expuesto es el art. 5º donde se establece: “Los objetivos generales que justifican las normas de la presente ley, son los siguientes: a) conservar ambientes silvestres, destacados por su pristinidad y representatividad biogeográfica; b) proteger y preservar las comunidades y especies de animales y plantas, especialmente las de mayor valía; y regular el goce de la vida silvestre, que no admite la presencia de un número elevado de personas, ni una influencia negativa para sus ambientes; ... j) proteger las cuencas hidrográficas, a fin de asegurar la cantidad, calidad y flujo de aguas necesarias para el mantenimiento de las condiciones ecológicas de las áreas naturales protegidas” (en adelante ANP) y se aclara en el art. 7º que: “La conservación de áreas naturales involucra a todo el conjunto de sus ambientes y recursos, particularmente flora y fauna silvestre, rasgos fisiográficos, bellezas escénicas y en su caso, los reservorios culturales, históricos y arqueológicos propendiendo a perpetuarlos sin detrimento y estableciendo un uso que respete su integridad”.

La Ley ha previsto clases de Zonas Naturales Protegidas considerando como “zonas de uso controlado” a las de menor rigor entre éstas. Así y todo, con mayor precisión establece en su art. 25 que “en las ZONAS DE USO CONTROLADO, sólo se podrán realizar aquellas actividades económicas cuyo efecto sobre el entorno o ecosistema sean de carácter conservativo o recuperativo, quedando expresamente prohibidos cualquier clase de explotación minera y de hidrocarburos, la caza y pesca comercial y la introducción de especies de flora y fauna exóticas. La autoridad de aplicación, por vía reglamentaria, determinará los tipos y modos de explotación económica, otorgará los permisos y concesiones para el ejercicio de las mismas, y podrá determinar la caza y pesca deportiva de especies exóticas ya existentes en la zona”.

Establecida la vigencia indudable de la Ley 6045, corresponde ahora precisar el alcance de los planteos formulados en este proceso atento a los contenidos precisos de la mencionada ley. Consecuentemente, debe quedar descartado del análisis jurisdiccional lo

relacionado con la conveniencia o no de explotar hidrocarburos en la “Reserva Fáunica Laguna Llanquanelo” por cuanto la misma Ley determina en su art. 78 que “son Áreas Naturales Protegidas integrantes del sistema a la fecha de la promulgación de la presente ley, sin perjuicio de las que se incorporen en el futuro, las siguientes: a) reserva fáunica Laguna Llanquanelo (decreto n° 9/80)”.

El autor de este voto ha sido abogado de empresas petroleras y no desconoce que existen tecnologías de avanzada que podrían permitir, bajo un estricto y riguroso control, la explotación del recurso petrolero con un riesgo mínimo de provocar daños ambientales. Tampoco tengo dudas –porque los conozco- de la capacidad y calidad de los controles que nuestros funcionarios de Saneamiento Ambiental o del Departamento General de Irrigación realizan en forma cotidiana en todo el territorio de la provincia.

Pero no es a los jueces a quienes nos corresponde asumir esa clase de riesgos por mínimos que ellos fueran. Es el Legislador mendocino el que ha resuelto no asumir riesgo ni posibilidad algunos de daño a las reservas naturales comprendidas expresamente en la ley. Es la Ley la que determina que no es posible la explotación de hidrocarburos en las zonas protegidas.

Sólo resta, entonces, determinar si la explotación de hidrocarburos que autoriza la norma atacada se ubica dentro o fuera de la Zona Natural Protegida por ley denominada “reserva fáunica Laguna Llanquanelo”.

C) Algunas reglas liminares que dominan el recurso de inconstitucionalidad en la provincia de Mendoza.

Esta Sala tiene dicho que la arbitrariedad fáctica es canalizable a través del recurso de inconstitucionalidad, pero en razón de la excepcionalidad del remedio extraordinario y lo dispuesto por el art. 145 del C.P.C., con el mismo criterio rector de la Corte Suprema de la Nación interpreta restrictivamente las causales. Lo contrario significaría hacer de ésta una tercera instancia ordinaria contraviniendo todo el sistema constitucional recursivo. Por eso, el rechazo del recurso por este tribunal no significa necesariamente que comparte la solución del fallo, sino tan sólo que está impedido de conocerlo, por resultar irrevisable si no se acredita el vicio de manifiesta arbitrariedad. Parafraseando un voto de los Dres. Petracchi y Caballero podría decirse que de la calidad de Suprema que inviste la Corte provincial no cabe deducir que posea una jurisdicción omnicompreensiva, que le permita avocarse al conocimiento de cualquier causa cuya solución no comparta. De adoptarse tal temperamento, se establecería que la Suprema Corte de la provincia es la depositaria

original de todo el Poder Judicial de la Provincia y que todos los demás órganos judiciales lo ejercen por una suerte de delegación, idea errónea a la luz de los principios constitucionales (Ver voto en sentencia del 11/9/1984, Hilaria Pascual c/Blubana S.A., E.D. 111-512).

Por aplicación de estos principios, el recurso no puede prosperar si la sentencia, no obstante algún argumento erróneo, se sostiene en otros razonables; en otros términos, el hecho de que exista algún razonamiento jurídicamente equivocado no lleva inexorablemente a que la sentencia deba ser anulada, si ésta se funda en otros razonables que se mantienen en pie. (Ver L.A. 90-472; 120-363; L.S. 240-215; 276-86; 271-239; 270-277).

D) Aplicación de estos principios al caso respecto de los Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad.

En la Manifestación de Impacto Ambiental, ya señalamos la Empresa Repsol Y.P.F a la Ley 6.045 dentro del cuerpo normativo aplicable con “incidencia directa en el proyecto”.

Si bien no es un planteo propio de este remedio procesal (L.A.91-218; 92-110; L.S 157-398), como ya hemos analizado en el principio de nuestro razonamiento, no existe arbitrariedad en la aplicación de la Ley 6045, atento a su naturaleza y a su especificidad respecto de la Zona Natural Protegida de Llançanelo. De ningún modo puede pretenderse la aplicación del antiguo decreto de tal forma de hacerlo prevalecer sobre la Ley.

En cuanto al argumento de que la acción de amparo habría sido interpuesta en forma extemporánea, no puede considerarse arbitrario el razonamiento de las instancias anteriores en tanto y en cuanto han considerado que interviene en el caso un interés público de especial atención. Ya reseñamos el carácter eminentemente público del Derecho Ambiental y a su directa y operativa raíz constitucional expresa en el art. 43 CN cuyo primer párrafo establece que el amparo “se extiende no solamente a lo que acaece o acaeció, sino también a lo que pueda acaecer” (Alberto Antonio Spota, Análisis de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, E.D. 163-772).

Se ha fundado la arbitrariedad de las sentencias de instancias inferiores en que el acto impugnado carecería de la ilegalidad manifiesta y que los reparos de la amparista son una mera discrepancia de cuestiones de complejidad técnica y jurídica (art. 43 C.N.).

La admisión expresa en la Declaración de Impacto Ambiental, aprobada por la Resolución impugnada en la acción de amparo, de la necesidad de determinar el área natural protegida, implica la asunción por la autoridad de la posibilidad cierta - no

hipotética - de estar aprobando la explotación hidrocarburífera dentro de dicha área no obstante la expresa prohibición legal. No se trata de una discrepancia sino de una expresa prohibición legal.

Por esto han manifestado los recurrentes que estamos frente a un amparo concedido “por las dudas”, como otro fundamento del remedio extraordinario. Pues bien, algo de razón tienen en la medida que existe una duda y que ésta ha sido puesta de manifiesto por el “a quo”. Existe la duda de si la explotación hidrocarburífera – prohibida expresamente en ANP - se encuentra o no dentro de la “reserva fáunica Laguna Llanquanelo”. Se trata de una duda que –según el “a quo”- impide continuar con el trámite de la explotación y es causa suficiente para hacer lugar a la acción de amparo.

El acogimiento de la acción de amparo ha impedido que se avance en la explotación hidrocarburífera sin estar absolutamente despejada toda duda acerca de si dicha explotación se encuentra dentro o fuera de la “reserva fáunica Laguna Llanquanelo”. Es la solución que se imponía.

El rango de los derechos de tercera generación es la solución que correspondía esta respuesta pues en el caso de la protección del ambiente en el marco del art. 43 CN ocurre algo parecido a lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha establecido respecto de los derechos de igual rango protegidos por el art. 42 CN: “la duda es fatal para el concesionario” (LL, 1999-F, p. 454; ver Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2, La defensa del usuario y del administrado, 4ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. VI-20, nota 3.38). En nuestro caso, podemos decir: la duda es fatal para el proyecto de explotación hidrocarburífera en trámite. Los principios constitucionales más la prohibición legal exigen el resultado producido por la Juez de Primera Instancia: “corresponde antes delimitar el área natural protegida”.

En lo que se refiere a la posible interferencia entre la Ley 6045 y la Ley Nacional 25.675, tampoco cabe considerar el planteo por cuanto ya el art. 41 CN establece que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

A la luz de esta normativa cabe interpretar que la Ley 6045 es una de esas leyes – precisamente - necesaria para complementar a la nacional, pues la realidad local en general, y las zonas naturales protegidas en especial, son materia evidentemente de competencia provincial que de ningún modo se ve debilitada por la legislación nacional (Beltrán

Gambier y Daniel H. Lago, El medio ambiente y su reciente recepción constitucional, en E.D., 163-733).

Por el contrario, una aplicación de la legislación nacional por sobre los presupuestos establecidos por la legislación provincial específica implicaría esa alteración de la jurisdicción local que el art. 41 CN propone expresamente evitar.

E) Algunas reglas liminares que dominan el Recurso Extraordinario de Casación en la provincia de Mendoza.

Esta Sala resuelve de modo constante que la procedencia formal del recurso de casación implica dejar incólumes los hechos definitivamente resueltos por los tribunales de grado. En efecto, esta vía permite canalizar dos tipos de errores: los de interpretación de las normas, y los de subsunción de los hechos en las normas; en cualquiera de las dos situaciones, la interpretación y valoración final de los hechos y de la prueba es privativa de los jueces de grado. (L.A. 87-329; 88-32; 89-446; 82-1; 99-114; 128-280; 127-477; 128-28).

También decide de modo reiterado que, conforme lo disponen los incs. 3 y 4 del art. 161 del C.P.C. y su nota, es imprescindible que el recurrente señale en qué consiste la errónea interpretación legal y de qué forma ese vicio ha determinado que la resolución recurrida sea total o parcialmente contraria a las pretensiones del recurrente; consecuentemente, no basta invocar una norma, ni enunciar su contenido sino que el quejoso debe explicitar cuál es la interpretación que corresponde o el principio que debe aplicarse y a qué resultados lleva (L.S. 67-227; L.A. 86-153; 98-197).

En otros términos, la sola afirmación de una tesis jurídica no basta para configurar un agravio reparable por casación, desde que es absolutamente necesaria la demostración del error de interpretación atribuido, a fin de que los argumentos de la queja alcancen la entidad requerida por el Cód. Proc. Civil (L.S. 127-1; 105-442; 156-214).

F) Aplicación de estos principios al caso respecto de los Recursos Extraordinarios de Casación.

Se ha señalado, como fundamento del remedio casatorio, que el acto impugnado carece de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas y que los reparos de la amparista son una mera discrepancia de cuestiones de complejidad técnica y jurídica (art. 43 C.N.).

Entendemos, como ya dijimos, que a la luz de lo dispuesto por la Ley 6045, la Resolución impugnada adolece de la ilegalidad manifiesta que exige la normativa básica que hace procedente a la acción de amparo. Esto es así en la medida en que la Resolución impugnada autoriza una explotación hidrocarburífera asumiendo el riesgo cierto de

quebrantar la prohibición legal expresa del art. 25 de la Ley 6045. Es más, los principios que inspiran el art. 41 CN se condicen con el resultado del reclamo en las instancias inferiores.

El art. 6° de la Resol. 190-AOP-2003 admite la posibilidad de influencias en la “laguna” limitando infundadamente a esa superficie lo que la Ley ha definido como “reserva fáunica”; en el art. 7° ordena hacer la “efectiva mensura administrativa que implique la determinación del límite del Área Natural Protegida-Reserva Faunística Laguna de Llanquanelo”, reconociendo así su inexistencia al momento de emitir la resolución.

La pretensión de que podría prevalecer el Dec. 9/80 sobre la Ley 6045 encuentra todo tipo de reparos. En especial, contraviene la naturaleza propia de la legislación ambiental en la medida que ignora que “el ordenamiento ambiental es por ello complejo y proteico y debe ser renovado al compás de los sucesivos avances y modificaciones de los conocimientos científicos” (Ramón Martín Mateo, *El monopolio público de la tutela ambiental*, en *Derecho ambiental –segunda parte- Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, diciembre 23 de 1998, p. 5).

El desconocimiento de la Ley 6045 implica también ignorar la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la Nación que ha establecido que “la modificación de las normas por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (doctrina de Fallos: 283:360; 315:839 y muchos más)”.

No hay error de aplicación del derecho cuando se han impuesto los términos de la Ley 6045 por cuanto –ya señalamos- la misma empresa petrolera recurrente reconoce su “incidencia directa” en su presentación de Manifestación de Impacto Ambiental (ex-pte administrativo 513-D-00-03834 de Dirección de Control Ambiental, cuerpo n° 1); Manifestación donde se reconoce que “dada la importancia internacional en términos ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos o hidrológicos del área Llanquanelo y fundamentalmente por tratarse de un sector de nidificación, reproducción y alimentación de 155 especies de aves, muchas de ellas acuáticas, la Reserva Fáunica Llanquanelo fue incorporada en la lista de Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR) EN EL AÑO 1995” (fs. 43, el autor de la Manifestación de Impacto Ambiental presentada por REPSOL-YPF destaca especialmente este párrafo con color celeste para llamar la atención sobre el mismo). Más adelante aclara que “se debe tener en cuenta que la obra en sí no es de gran magnitud, por lo tanto el ruido

provocado y la presencia antrópica no llegará a producir una afectación irreversible y duradera” (fs. 61, punto 5.4., este párrafo también ha sido destacado especialmente mediante su subrayado y el empleo de letra en negrilla por el autor de la Manifestación de Impacto Ambiental presentada por REPSOL-YPF).

Y, finalmente, tampoco hay una errónea subsunción de los hechos al derecho en tanto y en cuanto, en la Manifestación de Impacto Ambiental presentada por REPSOL-YPF, ya mencionada, cuando hace un análisis detallado de cada pozo en proyecto, determina que la afectación del pozo n° 2002 sobre la fauna será del 20.3 % (fs. 57), del n° 2003, será del 20% (fs. 66), del n° 2006 será del 16.9% (fs. 94), del n° 2007 será del 15% (fs. 104), y la del n° 2009 será del 17,9% (fs. 123). No se consideran los que la resolución impugnada no autorizó (2004, 2005 y 2008).

Cabe destacar que la misma manifestación señala que cuando el valor de impacto excede el 10% y está por debajo del 33% (que es el caso de la totalidad de los pozos proyectados autorizados por Resol. 190-AOP-2003) la magnitud del impacto es ALTO y su característica es de “mitigación asistida de alto costo” (fs. 52, punto 4).

Es importante poner de manifiesto especialmente que la palabra “mitigar” significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “moderar, aplacar, disminuir o suavizar algo riguroso o áspero”. No significa eliminar o evitar el impacto; sólo suavizarlo.

El riesgo se ve confirmado por el Informe del IADIZA en el mismo procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (fs. 301 en cuerpo n° 2) cuando afirma que “debe tenerse en cuenta que los impactos sobre las aguas superficiales también afectarían a las aves acuáticas, ya que dependen del agua como principal recurso de supervivencia. El impacto potencial sobre aguas superficiales es de mayor magnitud en los pozos 2004 y 2008, quedando el pozo 2005 en cercanías del arroyo Cari Lauquen por lo que deben extremarse las medidas de mitigación”. Se emplea, aquí también, el verbo “mitigar”.

III.- CONCLUSIÓN:

Podemos resumir nuestro análisis en el siguiente razonamiento: en el caso planteado en autos no cabe analizar si es o no posible la explotación de hidrocarburos en Llanquanelo o en cualquier área natural protegida; eso ya ha sido resuelto por el legislador en sentido contrario. No es jurídicamente posible la explotación de hidrocarburos en áreas naturales protegidas porque está vedado por la Ley 6045 que es de plena aplicación al caso.

Ahora bien, la cuestión que resta dilucidar es si está determinado que los pozos autorizados por la resolución impugnada, ya sea que fueren nuevos o rehabilitación de otros ya existentes, se encuentran o no dentro del área natural protegida definida por la Ley como “reserva fáunica Laguna Llancanelo”.

La falta de esta definición clara, admitida expresamente por la resolución impugnada (art. 7º) es la que ha fundado las sentencias de primera y segunda instancias. Nosotros, lo adelantamos, coincidimos con ambos fallos. La “reserva fáunica Laguna Llancanelo” no ha sido delimitada y existen importantes indicios que demuestran que esa determinación es esencial porque son numerosas las pruebas que ponen de manifiesto que está muy lejos de ser una mera sospecha su afectación directa por el proyecto autorizado por la resolución impugnada en estos actuados.

No surge de los dictámenes técnicos, ni de alguna de las numerosas y profusas actuaciones administrativas, la definición de cuál es el “área natural protegida”. Así lo señala expresamente la Declaración de Impacto Ambiental (Resol 190-AOP-2003) resultado de la audiencia pública y así lo admiten autoridades provinciales, como lo ha señalado el señor Procurador General de esta Suprema Corte a fs. 252 de autos.

Tampoco surge la delimitación imprescindible del plano acompañado a fs. 61 de autos, elaborado unilateralmente por una dependencia oficial de la demandada con posterioridad a la acción de amparo e ingresado a la Dirección Provincial de Catastro el mismo día en que se interpusieron los Recursos Extraordinarios de la recurrente YPF S.A. (8-10-2003).

Una cosa es la delimitación geográfica de la Laguna Llancanelo y otra muy distinta es la determinación del alcance del concepto “reserva fáunica Laguna Llancanelo”. Del mismo informe de IADIZA, ya mencionado, surge que “debe tenerse en cuenta que los impactos sobre aguas superficiales también afectarían a las aves acuáticas, ya que dependen del agua como principal recurso de supervivencia. El impacto potencial sobre aguas superficiales es de mayor magnitud en los pozos 2004 y 2008, quedando el pozo 2005 en cercanías del Arroyo Cari Luquen por lo que deben extremarse las medidas de mitigación. Además, la evaluación no considera los posibles impactos a la fauna terrestre. En este sentido, se encuentra un número considerable de especies endémicas y/o protegidas por normas internacionales, nacionales y provinciales”.

Constan en las actuaciones afirmaciones que imponen la necesidad de ser muy claros y contundentes en la determinación de los extremos legales. A fs. 443 del expediente

administrativo 513-D-00-03834 de Dirección de Control Ambiental, cuerpo n° 3 del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, el Ing. Miguel Ángel Agüero, en su informe técnico desde el Departamento Petrolero de dicha Dirección, dice: “debiendo recomendarse que se tomen las debidas precauciones para minimizar los daños al medio ambiente, que siendo de gran magnitud podrían poner en peligro el ecosistema de la reserva natural fáunica, originando un impacto ambiental de gran magnitud”.

El mencionado informe IADIZA, considerado como dictamen técnico favorable al emplazamiento de la explotación pretendida por los demandados, reconoce que ha escapado a su evaluación la fauna terrestre y que deben extremarse las medidas de mitigación respecto de las aves acuáticas. El mismo informe IADIZA considera, desde el punto de vista de la fauna, que el arroyo Cari Luquen es parte integrante de la zona sensible al impacto.

Del informe de FUNDACIÓN CRICYT (ver copia en el expediente administrativo Fiscalía de Estado a fs. 18), también considerado favorable al emprendimiento, surge claramente que “los flujos predominantes se conforman en abanico en forma centrífuga hacia la laguna. Esta representa un humedal de un sistema endorreico alimentada por la descarga sub superficial de esos flujos subterráneos y por la que aflora en forma de importantes vertientes al oeste de la laguna (Los Menucos, Carilauquen y Carapacho) y que conforman escurrimientos superficiales de recarga permanente de la misma”.

Es –precisamente- en las proximidades del arroyo Carilauquen, o Cari Lauquen, donde se encuentran emplazados los pozos motivo de la resolución impugnada; lo cual es lógico pues casi la totalidad del arroyo mencionado, desde sus vertientes hasta prácticamente su desembocadura, está dentro del área de concesión petrolera.

De la propia manifestación de impacto ambiental presentada por REPSOL-YPF (ya referenciada) surge la necesidad de rodear las instalaciones de “mallas de protección para aves” (punto 1.2.5.1. de fs. 14) y que “debe mejorarse el sistema de protección para aves, colocando una malla en reemplazo de los alambres con chapas reflectoras que presenta actualmente” (fs. 15); también se señala que “en este caso en particular se recomienda que la extracción de este tipo de material se realice fuera del área de la Reserva, para evitar incrementar el impacto ambiental causado por la industria petrolera” (fs. 18, en el original este párrafo ha subrayado y ha empleado letra en negrilla el autor de la manifestación de impacto ambiental).

En la misma manifestación de impacto ambiental, refiriéndose a la fauna nativa, se reitera: “la ponderación de este recurso se realizó teniendo en cuenta los factores antes enunciados y el impacto que el recurso fauna pudiera sufrir fundamentalmente por los ruidos originados durante la fase de operación (motores, usina, etc.) y por eventuales derrames de hidrocarburos. Se debe tener en cuenta que la obra en sí no es de gran magnitud, por lo tanto el ruido provocado y la presencia antrópica no llegará a producir una afectación irreversible y duradera” (fs. 127, punto 12.4., referido al pozo autorizado n° 2009, párrafo también subrayado y con negrilla por el autor de la Manifestación de Impacto Ambiental presentada por REPSOL-YPF).

No cabe duda acerca del riesgo cierto de coexistencia de la fauna perteneciente a la “reserva fáunica” con el proyecto petrolero autorizado por la Resolución impugnada; consecuentemente, tampoco cabe duda acerca de la necesidad de la previa delimitación del área exigida por los Tribunales de primera y segunda instancias.

La delimitación del área deberá respetar los principio de participación propia de la actividad reglamentaria de la Administración y no podrá ser una exclusiva determinación unilateral de alguna repartición dependiente de la provincia demandada. No se trata de una mensura que delimite el inmueble fiscal o de una mensura con todas la formalidades legales como ha sugerido especializada doctrina local (ver Miguel Mathus Escorihuela, Tutela judicial del ambiente, en nota al fallo de primera instancia de estos actuados, en La Ley Gran Cuyo, 2003, p. 631). Se trata de la determinación del área fáunica que puede o no coincidir con el predio fiscal, puede abarcar propiedades privadas. Señala acertadamente esa misma doctrina citada que “El área natural protegida Llanquanelo no tiene límites rígidos, a modo de líneas demarcatorias propia del deslinde de inmuebles. Al ser un sistema ambiental compuesto por múltiples elementos (suelo, flora, fauna, agua, etc.) configurativo de un ecosistema con biodiversidad propia, requiere del estudio, análisis e investigación de especialistas en distintas disciplinas vinculadas a la ecología. Ellos establecerán en base a la ciencia, cuáles son los contornos más o menos elásticos sobre el terreno, que configuran el sistema Llanquanelo, y consecuentemente, el área natural protegida específicamente” (Mathus Escorihuela, ob. cit., p. 634).

La observación y comprobación personal en el sitio, en especial en las vertientes origen del Cari Lauquen, pone claramente en evidencia que la definición geográfica de la mensura obrante a fs. 61 es a todas luces inapropiada para determinar el alcance de la “reserva fáunica Laguna Llanquanelo”. El caprichoso trazado de la línea oeste de la reserva,

recorriendo prácticamente el borde físico de la imprecisa costa de la laguna, no se condice con la actividad fáunica evidente y tangible que excede ese margen ya –de por sí- bastante dinámico. No es coherente siquiera con la Manifestación de Impacto Ambiental presentada por la misma empresa recurrente.

Finalmente, consideramos acertado el criterio de ambas instancias en tanto y en cuanto han supeditado la explotación petrolera autorizada por la Resolución impugnada a la efectiva previa delimitación del área natural protegida porque encuentra su fundamento: a) en la prohibición legal expresa; ya que esa circunstancia determina la posibilidad o no de la explotación en el sentido de prohibir dicha explotación dentro de las áreas naturales protegidas; b) en la garantía constitucional; puesto que es la única posición que se ajusta a la garantía constitucional contenida en el art. 41 CN y que se impone a todas las “autoridades”, quienes “proveerán a la protección de esos derechos”, ya que “una eficaz tutela del medio no puede esperar a que se produzca el daño a la naturaleza, que muchas veces va a ser irreparable” (Guillermo Escobar Roca, La ordenación constitucional del medio ambiente, Fundación para la Investigación y Desarrollo Ambiental, Dykinson, Madrid, 1995, p. 117); y c) en el deber constitucional; por cuanto es la única posición coherente con el deber impuesto a todos los habitantes respecto del ambiente sano por el art. 41 CN, que –afirma- “tienen el deber de preservarlo”, ya que en tanto “sujetos del deber constitucional, no sólo deben omitir cualquier actividad lesiva del ejercicio del derecho de disfrutar del entorno, sino que están obligados de forma más intensa a contribuir a su preservación” (Raúl Canosa Usera, Constitución y medio ambiente, Ciudad Argentina y Dykinson, Buenos Aires-Madrid, 2000, p. 201).

Por todo lo expuesto, si mis colegas de sala comparten estas consideraciones, los recursos extraordinarios intentados deben ser rechazados con costas.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. ROMANO adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, pues ha sido planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. ROMANO, adhiere al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, dijo:

Atento el resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte recurrente que resulta vencida (Arts. 36-I y 148 del C.P.C.).

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. ROMANO adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A:

Mendoza, 11 de marzo de 2005.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

R E S U E L V E:

1º) Rechazar los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos a fs. 16/52 vta. por Y.P.F. S.A. y a fs. 102/119 por el Fiscal de Estado y, el recurso de Casación deducido a fs. 71/77 vta.. por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza.

2º) Imponer las costas a los respectivos recurrentes vencidos.

3º) Regular los honorarios por la actividad profesional cumplida en el trámite del recurso de Inconstitucionalidad interpuesto a fs. 16/46 vta. de la siguiente manera. Dres. Joaquín LÓPEZ REVOL, en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$1600); Eduardo SOSA, en la suma de pesos CUATROCIENTOS OCHENTA (\$480) y Miguel Estanislao JOSÉ, en la suma de pesos MIL CIENTO VEINTE (\$1120) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

4º) Regular los honorarios por la actividad profesional cumplida en el trámite del recurso de Casación interpuesto a fs. 46 vta./52 vta. de la siguiente manera. Dres. Joaquín LÓPEZ REVOL, en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$1600) y Miguel Estanislao JOSÉ, en la suma de pesos MIL CIENTO VEINTE (\$1120) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

5º) Regular los honorarios por la actividad profesional cumplida en el trámite del recurso de Casación interpuesto a fs. 71/77 vta. de la siguiente manera. Dres. Joaquín LÓPEZ REVOL, en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$1600); Rubén E. SÁNCHEZ, en la suma de pesos MIL CIENTO VEINTE (\$1120) y Ricardo Rubén MARINO, en la suma de pesos TRESCIENTOS TREINTA Y SÉIS (\$336) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

6º) Regular los honorarios por la actividad profesional cumplida en el trámite del recurso de Inconstitucionalidad interpuesto a fs. 102/113 vta. de la siguiente manera. Dres. Joaquín LÓPEZ REVOL, en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$1600); Pedro GARCÍA ESPETXE, en la suma de pesos MIL CIENTO VEINTE (\$1120) y Pedro Jaime SIN, en la suma de pesos TRESCIENTOS TREINTA Y SÉIS (\$336) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

7º) Regular los honorarios por la actividad profesional cumplida en el trámite del recurso de Casación interpuesto a fs. 114/119 de la siguiente manera. Dres. Joaquín LÓPEZ REVOL, en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$1600); Pedro García ESPETXE, en la suma de pesos MIL CIENTO VEINTE (\$1120) y Pedro Jaime SIN, en la suma de pesos TRESCIENTOS TREINTA Y SÉIS (\$336) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

8º) Dar a la suma de pesos CIENTO CINCUENTA (\$150), de la que da cuenta la boleta de depósito obrante a fs. 1, el destino previsto por el Art. 47-IV-C.P.C.

Notifíquese. Ofíciase.

mac

Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, por encontrarse en uso de licencia (Art. 88 ap. III, C.P.C.).
Secretaría, 11 de marzo de 2005.

NOTA A FALLO

Los principios de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad en cuanto al desarrollo sostenible en las áreas naturales.

Por José Esain

“A menudo he dicho que el valor no se encuentra en los objetos, sino que cuando la gente crea las condiciones necesarias para que las cosas sean necesarias se eleva su valor. Entonces si la gente, y el entorno logra que no sean esenciales, las cosas, no importa lo que sean, no tendrán valor (los autos no son necesarios para las personas que no están apuradas)”.

(Masanobu Fukuoka, La revolución de un rastrojo, pp. 182).

“Mi sueño de hoy, mi sueño de ayer
Mi sueño que es tan solo tu querer, así
Mientras la luna brille y el sol no caiga
Yo estaré feliz”
(Luis Alberto Spinetta, “Mi sueño de hoy”, 1995)

1.- El caso.

La historia indica que mediante decreto 9/80 se erigió a Llancanelo en la segunda área protegida de Mendoza, con el objetivo de proteger una población de aves que ha merecido que la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza los incluyera en la lista de los 63 humedales mas importantes del mundo. El art. 25 de la ley provincial 6.045 prohíbe la actividad petrolera dentro de las áreas protegidas de la Provincia de Mendoza.

La Resolución nro. 190/2003 del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas de la Provincia de Mendoza puesta en crisis por los actores, aprobó la Declaración de Impacto Ambiental del denominado Plan de Acción II, Proy. 2000 de Explotación Petrolera del área efectuada por la Empresa YPF SA (REPSOL YPF), que exige el art. 36 de la Ley Provincial nro. 5.961 a los efectos de iniciar las operaciones.

La organización no gubernamental mendocina OIKOS, promueve acción de amparo contra el Gobierno de esa Provincia, con el objeto de que se declare inconstitucional e inaplicable la Resolución nro. 190/2003 del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas Provincial, y se ordene a dicho Ministerio se abstenga de emitir la Declaración de Impacto Ambiental en un expediente en que la empresa Repsol YPF pretende habilitar una actividad petrolera dentro del área natural provincial denominada “Reserva faunística Llancanelo. Además la actora solicita se suspenda dicha habilitación hasta tanto se establezcan con claridad los límites de dicha área. Se funda la petición en el art. 25 de la ley provincial 6045 y sus concordantes que prohíben el desarrollo de cualquier actividad petrolera dentro de las áreas naturales protegidas provinciales.

Los demandados, protagonistas de las actuaciones administrativas se proponen advertir que el proyecto de explotación petrolera está fuera del área territorial de prohibición legal y, como tal, sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental que regula la ley general provincial y no sujeto a las normas provinciales específicas referidas a áreas naturales. Sostienen que el área de reserva no ha sido demarcada territorialmente. Plantean que los daños potenciales han sido prevenidos y

mitigados conforme lo indica el estudio de impacto presentado y aprobado. Así que no advierten en donde se encuentra el agravio que justifique la acción.

La sentencia de primer instancia hizo lugar a la demanda. Se fundó la misma en principios ambientales tales como el de prevención y sustentabilidad diciendo que no aparece apropiado que se disponga el inicio de la actividad peligrosa soslayando la realización de estudios calificados de imprescindibles para la gestión ecológica del recurso (ppio. de prevención) y que además la normativa que da acceso a la explotación petrolera que propone YPF S.A. debe partir de la delimitación del Área Natural Protegida para saber donde se deben hacer efectivas las prescripciones de la Ley 6.045 y, para el caso que resulte el proyecto localizado en espacios ajenos a la prohibición legal de explotación de hidrocarburos, qué régimen se le aplicará.

A fs. 452/457 la Cámara Primera de Apelaciones declara que el fallo recurrido no adolece del vicio de nulidad, rechaza las apelaciones intentadas y confirma la sentencia de primer instancia.

En éstos términos se interponen los recursos extraordinarios que han generado la intervención del Tribunal Superior. Se plantean agravios referidos a los alcances de los recursos extraordinarios provinciales, y a la cuestión de la caducidad de la acción de amparo en materia ambiental.

Hemos seleccionado sólo lo vinculado a las áreas de protección restringida y a la modalidad preventiva del amparo ambiental.

2.- Las áreas naturales.

Las áreas naturales protegidas son espacios de territorio con ambientes naturales sobre los cuales se pretende actuar con objetivos de conservación. Una delimitación definida de ese espacio, un régimen legal especial y pautas de manejo son condiciones básicas para que una gestión adecuada, pueda alcanzar los objetivos de conservación buscados. Estas áreas son reconocidas mundialmente como las herramientas más eficaces para lograr objetivos de conservación que una nación se trace. A su vez el conjunto de las áreas protegidas de los distintos países permiten la protección y conservación de la diversas áreas naturales de las regiones, continentes y del planeta, la cual en su conjunto es patrimonio de toda la humanidad¹.

¹ Adriana Ramasotto, *Sistema Nacional de áreas protegidas*, publicado en Revista Ambiente y Recursos Naturales, Revista de derecho política y administración, Editada por la Ley, BsAs. abril 1990, vol VII nro. 2/4 pp. 164.

En la Argentina las áreas protegidas son administradas en su mayoria por organismo gubernamentales (municipios, gobernaciones, Estado Nacional), pero también por organizaciones no gubernamentales o sujetos privados².

Las superficies que caen bajo el régimen especial de protección son muy heterogéneas, tanto desde el punto de vista de la jurisdicción, dominio, propiedad, y administración como del grado de desarrollo de su planificación e implementación. Algunas de las áreas indicadas pertenecen al organismo pionero en la materia: Administración de Parques Nacionales (APN)³. Pero además de las áreas sujetas al control de la APN - que por lo general son parques creados en una época histórica en que existían numerosas superficies de tierras bajo el eido de la jurisdicción nacional, existen numerosos sectores que son declarados y administrados por las instancias provinciales, entre las que también encontramos algunas administradas por municipalidades y en otros casos por organizaciones no gubernamentales⁴ y en otros casos por particulares.

En éste sentido el rol del derecho internacional resulta de una importancia creciente, al incrementar paulatinamente las obligaciones de los estados de protección de espacios naturales. Está claro que no son éstas, acciones directas de protección y gestión de áreas, pero sin embargo a través de dichas instancias se han generado compromisos u obligaciones a cargo de los estados de proteger espacios situados bajo su soberanía.

3.- El desarrollo sostenible y los principios de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad.

² Adriana Ramasotto, *Sistema Nacional de areas protegidas*, publicado en Revista Ambiente y Recursos Naturales, Revista de derecho política y administración, Editada por la Ley, BsAs. abril 1990, vol VII nro. 2/4 pp. 164.

³ Hoy en ésta área encontramos el *Sistema Federal de Areas Protegidas (SIFAP)*: Esta base de datos fue compilada como parte de las acciones iniciadas por la Red Nacional de Cooperación Técnica en Areas Protegidas. La información que se expone ha sido recopilada mediante distintos medios: intercambio directo con los órganos competentes en la materia, nacionales o provinciales; fundaciones, especialistas; utilización de documentación de la Administración de Parques Nacionales, la Dirección de Fauna Silvestre de la Nación, el subcomité MAB (UNESCO) de la Argentina y de otros organismos; consulta oral y escrita a informantes calificados, oficiales o no gubernamentales, etc. En la Base de Datos disponible en la página web de la APN se presenta información de todas las áreas naturales protegidas de que se tienen registros. El criterio de incorporar o no un área protegida al listado, se convino que fuera el de tener un instrumento legal de constitución de la misma, válido y vigente a la fecha: puede tratarse de un acto resolutivo o legislativo de gobierno (las de administración oficial, municipal, provincial o nacional) o institución oficial (universidad, instituto, etc.), un contrato o convenio entre partes (las reservas privadas u otras, administradas por fundaciones o entes mixtos, etc), o un nombramiento internacional.

⁴ Un caso interesante es el de la Reserva Natural Puerto Mar del Plata, que mediante un convenio celebrado entre la administración de puertos y la Fundación Reserva Natural Puerto Mar del Plata, ha pasado a ser protegida por la última mediante una tenencia precaria extendida por la primera del área implicada. Otro dato interesante es que dicha Reserva ha sido declarada también por una norma municipal.

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 41 regla el derecho a vivir en un ambiente sano. Si observamos su tipología nos daremos cuenta que en su primer párrafo la norma califica el derecho de vivir en un ambiente sano y equilibrado en el marco del desarrollo *sostenible*, es decir de manera que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras de hacerlo. Es decir que el criterio del primer párrafo se aleja del conservacionismo a ultranza y apuesta por la idea de preservar a las generaciones futuras lo que no implica prohibir todas las actividades.

Veamos como encajan éstos espacios en el sistema pergeñado por nuestro constituyente en 1994. Allí donde se da sustrato a toda la estructura del derecho de la sostenibilidad⁵. Veamos cómo moldear éste concepto para poder incluir dentro de sí las diferentes modalidades modernas de satisfacción de las necesidades fundamentales, incluso las de conservación de la naturaleza.

Para ello hay que analizar el segundo párrafo del artículo 41, donde el constituyente coloca frente a las autoridades la obligación de “proveer a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y de la *diversidad biológica*”. Debemos prestar atención al verbo utilizado: “preservación”. Este implica un nivel de protección mucho más sensible. El fin es preservar la biodiversidad. Este criterio se relaciona con una idea muchos más conservacionista que la esbozada en el primer párrafo, aunque no implica que no se las pueda relacionar.

El constituyente quiso que las autoridades preserven la biodiversidad. Creemos de todas maneras que el hombre no puede retrazar la evolución de la naturaleza y en ese sentido el constituyente no quiso decir que se debía “congelar” el estado de la naturaleza al año 1994, sino que pretendía que las autoridades llevaran adelante actividades que impidan que el hombre se entrometa y acelere la destrucción de especies o hábitats naturales donde éste patrimonio se encuentra.

Este concepto se relaciona con la idea de desarrollo sostenible. Cuando la actividad dañadora va a provocar un daño a un ejemplar de una especie del que pende la viabilidad de la misma, se debe ser “conservacionista” y proteger ese ejemplar o esos pocos ejemplares. De lo contrario la especie perecerá y así las generaciones futuras no podrán

⁵ Ver para profundizar al respecto a Daniel Alberto Sabsay, *Derechos colectivos e intereses difusos, en el texto Derecho Constitucional* Ed. Universidad, BsAs. 2004, pp. 235; Eduardo Pablo Jiménez, *Los derechos de la tercera generación*, ed. Ediar, BsAs, 1995; Cristina Maiztegui y Juan Rodrigo Walsh, *El paradigma de la sustentabilidad y el nuevo derecho ambiental argentino*, publicado en el suplemento de derecho ambiental de la revista de Lexis Nexis, nro. 1 pp. 164/174.

disfrutar de esos animales simplemente porque un buen día a un hombre se le ocurrió arbitrariamente disponer una actividad que los ha eliminado.

Ese es el criterio que ha esbozado el mismo Juzgado Federal nro. 2 en la sentencia “Fundación Fauna Argentina” (expte. 41.089). En el caso se discutía la legalidad de un permiso para capturar 4 ejemplares de Orca y 12 de Delfín que al ser un acto que implicaba la potencial pérdida de las especies que habitan nuestro Mar Argentino fue suspendido. En esa oportunidad el Juzgado dijo:

“Es que si una especie desaparece por su captura depredatoria, a las generaciones futuras les queda retaceada idénticas posibilidades culturales, recreativas o científicas. Contrariamente, a nuestros futuros congéneres les cabe el mismo derecho que a nosotros de poder apreciar que en un hábitat determinado una especie determinada y no la egoísta situación de enterarse que alguna vez sus antepasados se ocuparon de hacerla desaparecer de la faz de la tierra”. (Juzgado Federal Nro. 2 de Mar del Plata, Fundación Fauna Argentina c/Mnisterio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo”, expte. 41.089 Publicado en: *El Derecho. Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. AñoXXXV/Nº9355 (10/10/97), Buenos Aires, pp. 1-4).

Aquí vemos como el concepto de desarrollo sostenible en el punto implica impedir actividades humanas que lleven adelante el potencial daño o agresión a la viabilidad de las especies. Esto es lo que sucede en el caso Oikos ya que permitir la actividad minera en un área declarada área natural implicará un acto que tendrá un potencial depredador del ambiente que concretamente afectará a las especies que en ese lugar descansan en sus largos viajes y a las que lo habitan de modo tal que ello puede implicar la caída de la biodiversidad del ambiente allí situado.

Sumado a ello hoy el principio de sustentabilidad ha sido desarrollado con contenido propio por la propia ley general del ambiente 25675 en el artículo 4. Veamos:

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

* Principio de 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.

Así, ésta fórmula acuñada por el constituyente y desarrollada por el legislador, debe ser inclusiva de todas las contingencias del derecho ambiental. Ello posee relevancia en los

casos como el de las áreas a las que se les aplica los principios de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad.

Entendido en éste sentido es que la fórmula acuñada por el legislador de excepción para *sustentabilidad* se puede merituar en la mayor parte de los casos desde el prisma de la prevención de los impactos ambientales, lo que supone la adopción de mecanismos tales como el procedimiento de evaluación de impacto ambiental para saber si determinada actividad produce o no daños al entorno antes de que la misma se ejecute. Todos sabemos ello implica que la autoridad sólo aprobará la actividad cuando se hayan compensado los impactos ambientales mitigándolos (arts. 11/13 ley 25675). Ese es el régimen ordinario para los espacios no sujetos al principio conservacionista.

Por eso el derecho de la *sustentabilidad* en las Reserva Naturales se refleja de modo diferente. Allí la regla permisiva de impacto sobre los recursos es casi nula. En esas áreas no se permiten ingerencias pues el *principio* es el de *conservación del ecosistema*, porque lo que se quiere es que la biodiversidad del lugar se conserve tal como se encuentra, en el estado exácto en que está. Esto como dijéramos en el principio de éste punto, implica una enorme limitación para los derechos individuales que en el área estarán prohibidos. Este tipo de limitaciones claramente están regidas por los parámetros clásicos del poder policía es decir legalidad y sobre todo razonabilidad (art. 28 CN)⁶. El fundamento de adoptar éste tipo de decisiones de enorme sacrificio respecto a derechos individuales lo da la riqueza biológica de dichos lugares, y la potencialidad de pérdida de ejemplares de especies que viven en esas áreas y que se encuentran en peligro de extinción. Estos límites a los derechos individuales encuentran plena justificación en los artículos 14, 28 y sobre todo en el segundo párrafo del artículo 41 que obliga a las autoridades a la preservación de la biodiversidad.

Las áreas naturales entonces han sido creadas desde éste concepto prohibitivo respecto a la extracción o modificación de los sistemas ambientales. De lo contrario no serían “protegidas”. En éstos casos lo que sucede es que a un espacio de importancia ambiental se lo declara – justamente - “protegido” por los componentes que posee y a efectos de que en ese lugar no se lleven adelante ningún tipo de extracción o toma de

⁶ Para profundizar la visión que tenemos sobre la noción de poder de policía ambiental ver José Alberto Esain *El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los Feed Lots. La Suprema Corte de Justicia de Bs. As. aplica la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Consejo de Estado Francés tomando al principio de precaución como elemento para apreciar la razonabilidad de un acto administrativo en el marco del poder de policía ambiental, vinculada a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos “Ancore S.A c/ Municipalidad de Daireaux s/ daños perjuicios”*; publicado en la Revista Lexis Nexis de JA 6.11.2002 JA 2002-IV, fascículo nro. 6 p. 34.

recursos. Por ello, en las áreas de reservas naturales la regla de la sustentabilidad se traduce en prohibición de actividades y no en administración sustentable de recursos mediante las clásicas herramientas como por ejemplo el EIA.

La paradoja es que muchas actividades que podrían tener aprobación en otros lugares porque podrían mitigar los impactos al ambiente siendo declaradas sostenibles o sustentables, en éstos lugares no lo son, porque en dichos espacios lo que se impone es la prohibición de la actividad y mucho más si ellas van en contra de los recursos más sensibles del área. Sólo en espacios muy reducidos y limitados se podrán ejecutar actividades previstas en los planes de manejo que deben a esos efectos zonificar el área. Luego, lo demás no se puede ejecutar porque es ilegal.

Como adelantáramos la base axiológica de éste tipo de normas se desprende de los *principios de conservación de la integridad del sistema ecológico* y de la *protección de la biodiversidad* a los que claramente la sentencia hoy en nota refiere.

El principio conservacionista implica en general, la retirada del mercado de algunos bienes naturales cuya utilización racional prácticamente se reduce al exclusivo ejercicio del derecho a disfrutar del medio. Son ilustrativos los casos de los parques nacionales y los espacios naturales protegidos donde se pretende mantener intactos los recursos de las zonas protegidas, proscribiendo o limitando cualquier explotación cuyo grado de adecuación es óptimo y preservarlo así en exclusiva, para el goce ambiental⁷.

Según estos principios, en éstos espacios el nivel de rigurosidad en cuanto a la posibilidad de desarrollar actividades humanas de toma de recursos naturales es mayor, y el mismo se difiere en su mayoría a la norma general del régimen de dichas áreas y a las normas de integración del espacio al régimen legal, y no a cada actividad que se proyecta desarrollar. Esto quiere decir que, el legislador al sancionar la correspondientes leyes referidas a las áreas Naturales es el que decide cuáles son las actividades permitidas y cuáles las prohibidas. Así la administración no analiza constantemente todos los proyectos que pretenden instalarse porque si la actividad está incluida entre las que están prohibidas en la ley, ni siquiera se tomará el trabajo de iniciar el trámite. Se la debe descartar sin más.

En el caso Oikos, justamente se aplica ésta idea cuando el el Ministro preopinante, Dr. Alejandro Pérez Hualde expone que “debe quedar descartado del análisis jurisdiccional lo relacionado con la conveniencia o no de explotar hidrocarburos en la “Reserva Fáunica

⁷ Raul Canosa Usera *Constitución y Medio ambiente*, Jurista Editores del Perú en colaboración con Dikynson España, Madrid, Lima 2004, pp. 223.

Laguna Llanquanelo” por cuanto (...)no es a los jueces a quienes” (les) “corresponde asumir esa clase de riesgos por mínimos que ellos fueran” (...)”es el Legislador mendocino el que ha resuelto no asumir riesgo ni posibilidad algunos de daño a las reservas naturales comprendidas expresamente en la ley. Es la Ley la que determina que no es posible la explotación de hidrocarburos en las zonas protegidas”.

Allí está la el nudo gordiano del asunto: es el legislador quien desde el régimen genérico establece el sistema de actividades permitidas y prohibidas. No cabe entonces que ni la administración mediante la autoridad de aplicación, ni mucho menos la justicia, asuman éste rol. Sólo se justifica la intervención de ambos en caso de verificarse la ejecución una actividad prohibida dentro del área de reserva, pero asumiendo el rol de poder de policía o control de constitucionalidad la administración o la justicia respectivamente, impugnen el acto repugnante a la manda del artículo 41 primer y segundo párrafo.

Hay un caso análogo al que estamos comentando, que ha sido resuelto por la Cámara Federal de Bahía Blanca. Allí se ha resuelto la suspensión de permisos de pesca que venía otorgando la administración provincial sobre un área que es reserva natural conforme al régimen de la ley provincial. En esa oportunidad se dijo al respecto que:

“En efecto, tanto la verosimilitud del derecho que encuentra su fundamento en la existencia de una Reserva Natural declarada por ley y la prohibición de pesca en su ámbito, como el peligro en la demora que está acreditado con los distintos informes, no cuestionados, que advierten sobre la posibilidad de daño en el hábitat de distintas especies, como así el riesgo de extinción de alguna de ellas.

La nitidez con que aparecen estos presupuestos exige que los elementos que puedan tomarse en cuenta para modificar en su extensión una cautelar, deben ser de mucha relevancia” (CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHÍA BLANCA SALA NRO. 2, expediente en cámara 61.937 y en primer instancia 12.126; autos caratulados “Werneke Adolfo Guillermo y otros c/Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo – med. cautelar”);

Está claro que el caso era análogo al que hoy anotamos, y también queda claro que la Cámara Federal de Bahía Blanca en el mismo conflicto sobre una actividad prohibida por el régimen genérico de las áreas, ha dejado en claro que pretende que la misma no se ejecute por haber sido ella prohibida desde la propia decisión del legislador no estando sujeta a autorización por la autoridad de aplicación en ningún caso. Sin mencionarlo la Cámara Federal de Bahía Blanca ha utilizado los principios de conservación de la naturaleza.

4.- El amparo “por las dudas”: la prevención y la precaución ambiental.

Como dice el Ministro votante en primer término, “existe la duda de si la explotación hidrocarburífera – prohibida expresamente en ANP - se encuentra o no dentro de la “reserva fáunica Laguna Llancanelo”. Se trata de una duda que - según el “a quo”- impide continuar con el trámite de la explotación y es causa suficiente para hacer lugar a la acción de amparo”.

Por eso vemos en éste punto la segunda cuestión a destacar de la sentencia en nota, ya que la misma – confirmando el criterio de las instancias inferiores adopta un nuevo perfil para el amparo cuando tiene la modalidad ambiental. Explicuemos la idea.

El amparo ambiental tiene base en el artículo 43 primer y segundo párrafo de la Constitución y será entonces una *acción de protección inmediata del derecho reglado en el artículo 41*. Por lo tanto estamos frente a un proceso que tiene por objeto la protección expedita de un derecho humano fundamental particularizado, el que además ha sido desarrollado desde normas internacionales (art. 75 inc. 22 CN) y nacionales de presupuestos mínimos (tercer párrafo art. 41 CN). Esto nos llevará a hablar de un proceso constitucional ambiental, o amparo ambiental⁸.

Creemos está claro que el proceso de amparo reglado en el artículo 43 de la Constitución nacional, cuando es dirigido a la protección del ambiente debe recibir influencia de los insumos específicos que genera el artículo 41 y todo su sistema normativo relacional. Así tendremos pretensiones que serán amparos - aplicándoseles por ello los contenidos ordinarios de la figura - pero que simultáneamente - por el contenido particularizado del bien jurídico protegido por el derecho fundamental - deberán ilustrarse desde las columnas precisas del derecho ambiental. Esto significa que estamos ante un sistema que podríamos denominar amparo el que – como un árbol – desde el centro nutre permanentemente de savia a todos sus contenidos periféricos, los que en dicho intercambio simbiótico, movilizarán corrientes de diversos caudales. En dicho sistema – siguiendo la alegoría - se evidencia entonces ese *núcleo duro* con los componentes comunes a todos los amparos, los que luego, sumados a los elementos específicos ambientales terminarán de

⁸ Seguimos en éste punto la denominación utilizada por Germán Bidart Campos (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada al 2000-2001, tomo I-B, ed. Ediar, p. 236); y Daniel Sabsay (*El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales* publicado en: *revista jurídica del centro de estudiantes* N°6, 1996; Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, pp. 28-34); Mario Valls (*Derecho ambiental* Quinta Edición, Ed. Mario Valls, Bs.As. 1997, p. 204). Asimismo se puede ver a Humberto Quiroga Lavié (*El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 1998, pp. 209), o Augusto Mario Morello (*La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Librería Editora Platense, La Plata, 1999, pp 90/95).

componer la segunda tipología de corriente, la que dará energía y vida al que se ha denominado *amparo ambiental*.

En la Sentencia “Oikos” ha quedado claro que era necesario interpretar al amparo desde ésta nueva modalidad y se lo ha fundado en las tres instancias en base a los principios de prevención y precaución (éste último de modo implícito sin nombrarlo). Estos elementos sobre los cuales se ha venido trabajando hace tiempo hoy son tomados por la sentencia en un caso muy interesante. Muchos autores - como dicen Gozaíni⁹ y Torricelli¹⁰ - han hablado sobre la injerencia del principio de prevención, flexibilizando la exigencia de amparo para hacerlo viable incluso en casos de simples amenazas. En el caso en nota esto claramente se ha dado, pues estamos ante una actividad en ciernes de ejecutarse pero que aún no ha tenido principio de inicio. En esa inteligencia resulta cierto lo relatado por las demandadas de que no existe agravio manifiesto todo ello si adoptamos un criterio clásico concordante con las doctrinas de antaño.

Abonan ésta tesis el hecho de que no hay delimitación del área de la reserva para saber si exactamente el proyecto estaría dentro o fuera de la misma. La diferencia con los sistemas ajenos al derecho ambiental es que en éstos casos al haber una serie de indicios que claramente abonan el denominado *presupuesto de incertidumbre* estamos obligados a no postergar las medidas de detención del daño ambiental por falta de certeza (en esto las tres instancias de modo implícito aplican el mecanismo de precaución y no el de prevención).

Hay varios casos que abonan ésta tesis. Señalaremos tres: el primero es el caso del fondeo de buques en Puerto Deseado, caratulada “Sr. Agente Fiscal c/Provincia de Santa Cruz s/amparo” y resuelta por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial De Santa Cruz.

Allí la falta de acto lesivo previo a la interposición de la acción no ha sido un obstáculo para que la misma proceda, pues justamente el objeto de la acción de amparo en este caso era prevenir el daño antes de que el mismo suceda. Así fue como el Juez entendió que si se tuviera que esperar a la ejecución del acto simplemente estaríamos ante un

⁹ Citamos a Osvaldo Gozaíni, desde su conferencia de cierre *El amparo con especial énfasis respecto al amparo ambiental*, en el Seminario de Postgrado, dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata en enero del 2005.

¹⁰ Maximiliano Torricelli, *El control de constitucionalidad*, editorial Lexis Nexis, BsAs. 2001.

requisito formal que provocaría que la tutela judicial no fuera lo efectiva que la norma exige para proteger el derecho de fondo¹¹.

El segundo caso que traemos a colación, donde se extendió la tutela preventiva previa a que se otorgara el acto es el caso del “Pacífico Swan”, resuelto por la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, sala III. El caso era que el buque concretamente transportaría 676 toneladas de combustible nuclear gastado desde Francia hasta Japón y el recorrido incluía el paso por nuestro mar territorial. En este sentido la Cámara prohibió el paso¹².

El tercer caso es el del Buque Fret Moselle y nuevamente el potencial ingreso de un buque transportando residuos radiactivos en Mar Argentino: El 5 de noviembre de 2003 el Juez Federal de Ushuaia, Federico Calvete ante la petición de amparo incoada por la ONG Finis Tèrrea decretó la prohibición anticipada de ingreso al mar argentino del buque Fret Moselle, atento el buque transportaba una carga de material radiactivo peligrosa para la salud humana, el medio ambiente su flora y su fauna¹³.

¹¹ El caso es que existía un permiso para el fondeo de varios buques que se encontraban en puerto con el consiguiente inconveniente ambiental que esto ocasionaría. El Agente Fiscal inicia un pedido de amparo para impedir que ésta actividad se llevara adelante. Tanto en primer instancia como en Cámara se hace lugar a la acción desarrollando el concepto que hemos denominado en el presente *anticipación del daño*. Dice la sentencia de la Alzada en el considerando más trascendente para ésta cuestión: “VII.- Resta agregar, para dar tratamiento al restante agravio sobre la inexistencia de acto administrativo, y sin perjuicio que el propio apelante se desdice al pretender que la cuestión es abstracta, que los argumentos que se esgrimen por el quejoso se relacionan con jurisprudencia y alegaciones válidas antes de la reforma de la Constitución y que hoy, ha perdido vigencia.- En el caso de los derechos de incidencia colectiva, juegan otros principios, principalmente los *preventivos* de tal manera que se privilegian las medidas tendientes a hacer cesar la simple amenaza.- En efecto, nos enseña Alvaro J. D. Pérez Ragone en "Prolegómenos de los amparos colectivos - Tutela de las incumbencias multisubjetivas": "Hay derechos que no pueden sino ser tutelados preventivamente, sencillamente porque vulnerados son de difícil tutela.- La tutela preventiva o inhibitoria no solamente puede ser negativa (imponiendo un no hacer) sino positiva (imponiendo un hacer), tendiente a obstar la práctica, continuación o reiteración de una conducta lesiva". Y finalmente en el mismo considerando refiere: “Resta agregar, para confirmar esta conclusión sobre el carácter preventivo de la protección de derechos ambientales, que si se atendiera el agravio y se revoca la sentencia por la que se protege el medio ambiente, nada impide que los interesados en abandonar las embarcaciones hoy convertidas en chatarra, pidan y obtengan una reconsideración y de inmediato, antes que la justicia pueda volver a actuar cumplan su propósito y luego nos encontremos con un hecho consumado y de imposible reparación.- (Expte. 18431/03 - "Sr. Agente Fiscal c/Provincia de Santa Cruz s/amparo" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de Santa Cruz - 26/08/2003, publicado en www.eldial.com.ar).

¹² Para profundizar ver Eduardo Pablo Jiménez, Necesarias precisiones acerca de la prohibición constitucional de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos, en *Derecho Ambiental*, su actualidad de cara al tercer milenio, Ed. Ediar, pp. 511/12.

¹³ La sentencia dice a efectos de acreditar los extremos de la medida cautelar: “Conforme lo relatado en el escrito y las pruebas presentadas por la organización ecologista Finis Terae no cabe duda que el peligro es inminente y que la gravedad del daño es de carácter irreparable. Frente al peligro inminente no se puede adoptar una actitud pasiva, de tolerancia o permisividad, sino que se debe actuar. Es por ello que la medida cautelar no sólo tiene como fin evitar el posible daño sino también evitar las responsabilidades futuras de ese daño...” (fallo inédito que se acompaña en copia).

Pues bien. Todos éstos son sólo ejemplos que abonan ésta tesis hoy confirmada por el Alto Tribunal de la Provincia de Mendoza con tanta claridad de precisión. En el caso Oikos se ha aplicado la prevención a una actividad hidrocarburífera en ciernes de ejecutarse y que no se sabe a ciencia cierta si estaría dentro del área de reserva o no, pero respecto de la cual ya hay indicios de contaminación en recursos que podrían generar contaminación en el área de reserva (se habla de un pozo de agua nro. 1), y que además en el propio estudio presentado por la empresa se expresa como normativa aplicable al caso, se enumera la norma de áreas naturales provincial.

Por ello la justicia se ha anticipado al daño ambiental deteniendo la ejecución del acto en el tiempo previo a que el mismo comporte alteración del ambiente, sobre todo cuando el mismo era susceptible de alterar un área de reserva natural.

La doctora SILVIA JAQUENOD DE ZSÖGÓN ha dicho que “La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos”¹⁴ Así, la declaración de Narobi de 1982 dice: “9. Es preferible prevenir los daños al ambiente que acometer después la engorrosa labor de repararlos”¹⁵. Completa la idea la magnífica autora española señalando que “Es necesario abandonar definitivamente la postura de reaccionar ante los problemas ambientales después que haya surgido, y optar por una actitud preventiva basada en la adopción de normas preventivas más que represivas”¹⁶.

El otro principio que ingresa a efectos de que ésta actuación se pueda dar de manera preventiva incluso sin acto efectivo, es el principio de precaución del artículo 4 de la misma ley. La precaución obliga a actuar de manera urgente aun, cuando no haya certeza, es decir ante el *presupuesto de incertidumbre*. Lo primero que podemos notar dentro de la definición transcrita del principio de precaución es lo que denominaremos el presupuesto de incertidumbre. Esto es lo que permite lograr la adopción de medidas que hemos denominado acciones de anticipación al daño ambiental.

Es que la solidaridad social impone que el que se beneficia de los adelantos tecnológicos sea quien enfrente la carga de probar la inocuidad de su emprendimiento. Aquí el principio de precaución solventa ésta postura pues regla que ante la falta de probanzas sobre la inocuidad de una actividad o producto se permite adoptar medidas

¹⁴ Silvia Jaquenod de Zsögón, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson 1991, Madrid, pp. 372.

¹⁵ Citado por Silvia Jaquenod de Zsögón, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson 1991, Madrid, pp. 374.

¹⁶ Silvia Jaquenod de Zsögón, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson 1991, Madrid, pp. 376.

protectoras del entorno limitando el derecho de quien no despojó la incertidumbre sobre su inocuidad. En éste sentido siempre el rol de probar caerá sobre el potencial dañador y no sobre el afectado. Esto se justifica en lo dificultoso que resultará - para quien no es el titular de la actividad - la prueba de la contaminación. Por ello se pide al potencial poluyente que sea él quien lleve adelante la actividad de delimitación junto a las autoridades competentes provinciales, previo a iniciar la actividad. Sería ilógico que sean los particulares o la población quienes para poder acceder a la detención del daño ambiental potencial previamente deban lograr que se delimite el área de reserva. El interesado y beneficiado con la delimitación será el particular y el estado, que finalmente podrán ejecutar la explotación y percibir los tributos respectivamente. El que la justicia obligue al particular a completar dicha actividad resulta ser una muy interesante aplicación de la precaución ambiental.

5.- Conclusión

Hoy por hoy, como dice la frase que abre ésta nota aún no tenemos ni la remota idea del valor económico que representan los ecosistemas que albergan las áreas naturales. En muchos casos en realidad lo que sucede es que sabemos que no se les da ningún tipo de valor, o por lo menos no el que debería establecérselos. En esto mucho tiene que ver la falta de conocimiento de difusión sobre los estudios de valorización económica de la naturaleza. Pero queda claro que la realidad de muchas de las reservas y áreas naturales está muy relacionada con éste inconveniente.

Por ello resulta tan satisfactorio encontrarse con sentencias como la que anotamos, pues evidencian por un lado un compromiso moral de los magistrados intervinientes con la defensa de la manda del constituyente sobre todo reflejada a través de la actuación suspensiva en tiempo idóneo, y por otra parte sobre todo por el alto grado de especialización que evidencian las tres instancias, que permiten ver ya no sólo un haz de luz en el final del túnel sino una puerta de salida que acerca la brisa del pasadizo y del páramo final. En nuestro ámbito ello será empezar a intuir que cada vez estamos más cerca de compatibilizar los contenidos formales con los materiales del sistema ambiental. Podemos entonces decir que con piezas como la resolución "Oikos" estamos más cerca de esos espacios, donde las mandas de las normas serán letra viva, operativa y no sólo derecho de ficción, todo a los fines del logro de una administración de los recursos actuales por las generaciones de hoy en el que no se comprometan los mismos derechos en las generaciones futuras.