

ESTUDIO
JOSÉ ALBERTO ESAIN

ACCIÓN DE AMPARO POR UN TEMA DE MINERÍA AMBIENTAL

“Yane Salvador C/ Municipalidad de Gral. Alvarado S/ amparo”

EL PRESENTE AMPARO TUVO POR OBJETO LA **SUSPENSIÓN** DE LA **ACTIVIDAD** EN UNA CAVA, POR **APLICACIÓN** DEL TÍTULO AMBIENTAL DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Y UTILIZANDO LA NORMATIVA QUE EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES REGLAMENTA DICHO SECTOR NORMATIVO CONJUGADO CON LAS LEYES AMBIENTALES PROVINCIALES. LA SENTENCIA HA QUEDADO FIRME PORQUE NO HA SIDO APELADA POR LA DEMANDADA.

Juzgado de Primer Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 4 de la ciudad de Mar del Plata, expediente Nro. 74.270, Registrada F:2-534, en autos “Yane Salvador c/ Municipalidad de Gral. Alvarado s/ Amparo.-

TEXTO COMPLETO

Mar del Plata, 02 de septiembre de 2004.-

Y VISTOS:

Estos autos caratulados “YANE SALVADOR c/ MUNICIPALIDAD DE GRAL. ALVARADO s/ Amparo”, en estado de dictar sentencia y de los que,

RESULTA:

Que a fs. 46/88, se presenta el Sr. Salvador A. Yane, con el patrocinio letrado de los Dres. José A. Esain y Carlos A. Berges, y promueve amparo ambiental contra la Municipalidad de Gral. Alvarado.

A través de la pretensión incoada persigue que: se proceda a la clausura de la tosquera que funciona en el inmueble que denuncia como parcela 64 d), que se suspenda toda actividad en el predio, y accesoriamente se proceda a la limpieza del lugar y a la colocación de un cerco perimetral para evitar accidentes.

En cuanto a la causa de la pretensión ejercida, explica que a pocas cuadras del centro de la ciudad de Miramar existe una cava de increíbles dimensiones. La misma se ubica en la Avda. del Mar, aproximadamente al 900 (a la altura de la intersección con la Avda. del

Parque) y ocupa una superficie de 200 por 100 mts. y una profundidad de 5 mts. El faltante de tierra es aproximadamente unos 50.000 mts. cúbicos.

Explica la zona en que se ubica el predio, individualizando a los linderos, y agrega que el principal problema radica en que se ha formado un basurero clan destino.

Señala que la Municipalidad retiró durante el año 2000 tierra de ese predio para ser utilizada en la reparación de caminos y calles y que nunca obtuvo para ello la autorización ambiental previa.

Expresa que, el Municipio, nunca cumplió con la normativa ambiental que requería realizar el procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental (EIA), previo a la ejecución de la actividad, por lo que la misma ha sido realizada en contra de las normas legales ambientales (en el caso minería ambiental) provocando un acto lesivo del ambiente que requiere una actuación urgente. Por esa razón es que solicita la suspensión de esa actividad.

Describe nuevamente el lugar donde se encuentra la cava y por esa circunstancia manifiesta que ello es demostrativo de la grave incidencia que esta tiene sobre el medio humano, ya que se ha inundado de agua. De un simple pozo, se ha convertido en el hoyo de la muerte.

Analiza y describe el daño ambiental.

Señala de que manera influye, la actividad desarrollada en el predio, en la producción del daño ambiental. Cita y detalla informe científico. Indica la posible contaminación de las napas subterráneas.

Explica que todo ello responde a la falta del Estudio de impacto ambiental. Detalla los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la pretensión intentada: a) legitimación activa y pasiva; b) derechos conculcados y normas que los protegen; c) ilegalidad manifiesta e inexistencia de otro medio judicial más idóneo; d) daño que le irroga recurrir a otras vías procesales.

Analiza el concepto e implicancias del Estudio de Impacto Ambiental.

Justifica los presupuestos de la medida cautelar que solicita junto a la promoción de la demanda.

Funda en derecho y ofrece la prueba de la que intenta valerse.

A fs. 108/112 se presenta el Dr. Ezequiel A. Martínez, como apoderado para asuntos judiciales del Municipio de Gral. Alvarado, y en esa calidad contesta el informe requerido.

Niega que se este provocando un daño ambiental en las napas en un terreno cercano al mar y es absolutamente falso que el predio constituya un basurero clan destino.

Reconoce que el predio pertenece a la Pcia. de Bs. As., el cual ha sido transferido en cuanto a su explotación, uso y goce a la Municipalidad. Manifiesta acompañar copia del respectivo acto administrativo.

Expresa que la actividad que se ha llevado a cabo en el terreno consistió en la extracción de tierra y tosca para la reparación de calles y caminos de Miramar, rellenándose

luego con materia inerte, ramas, restos de poda y materia inorgánica. Desestima que esa actividad requiera de la previa certificación o estudio de impacto ambiental.

Señala que la actividad desplegada no tiene nada de ilegal y que el estudio de impacto ambiental, ha quedado desarticulado con el veto del inc. e) del art. 66 de la ley 11723. Manifiesta a título de síntesis, que no existe ninguna normativa que impida al estado municipal atribuirse competencia exclusiva sobre la evaluación ambiental de los residuos domiciliarios.

Por otra parte, insiste en que no se ha realizado ninguna actividad ilegal.

Niega que estén reunidos los presupuestos de admisibilidad del amparo.

Acompaña prueba documental y ofrece el resto de la prueba de la que intenta valerse.

A fs. 222 se abre el juicio a prueba, proveyéndose las mismas a fs. 251.

Y CONSIDERANDO:

Que el actor ha promovido esta pretensión cuyo objeto inmediato es el amparo del derecho a un ambiente sano y mediatamente que se suspenda la actividad que se lleva a cabo en el predio identificado como parcela 64 d) del Municipio de Gral. Alvarado y ubicado en la Avda. del Mar al 900. Accesoriamente, peticiona que se proceda a la limpieza del lugar y que se construya un cerco perimetral, para evitar accidentes.

El acto, denunciado como lesivo, es la actividad material que ha llevado a cabo la Municipalidad en ese predio y que ha consistido en la realización de una cava para extracción de tierra y piedra, a los fines de la reparación de calles y caminos, sin contar previamente con el Estudio de Impacto Ambiental.

No sólo cuestiona esas actividades, sino las con secuencias que ellas aparejan para el medio ambiente y la salud pública.

La municipalidad, ha reconocido expresamente que lleva a cabo tal actividad a fs. 109 cuando dice... que la actividad que allí se desarrolló fue la extracción de tierra y tosca para la reparación de calles y caminos de Miramar, rellenándose luego con materias inertes: ramas, poda y materia inorgánica... .

Ello también surge de lo informado por el Director General de Servicios a fs. 237 vta.

Al mismo tiempo, la actividad de excavación y extracción ha sido comprobada por el Oficial de Justicia. Dicho oficial constató, además, que una vez realizada la extracción de la piedra o tosca, el lugar se cubre con ramas, poda y material inorgánico. Manifiesta no haber percibido olores de emanaciones, ni haber advertido la acumulación de líquido alguno (fs. 130).

También, aunque de manera diferente, la actividad de excavación y extracción ha sido constatada por los Concejales del Bloque Justicialista de Gral. Alvarado (fs. 153), quienes requirieron informe al Ejecutivo por advertir que el terreno se utilizaba como basural.

Esto último es lo que ha sido negado expresamente por el Municipio. En efecto, si bien como resaltamos, en los párrafos precedentes, reconoció el desarrollo de actividades de excavación y extracción, negó que en el mismo se acumularan residuos y agua.

No obstante de la constatación de los concejales surge lo contrario.

No sólo los concejales han verificado esa realidad, sino que también ello ha sido acreditado con la presencia de un escribano, el que describe el estado del terreno mediante acta de constatación y fotografías que certifica (fs. 297/328; arts. 993, 994 del C.C.).

Sustenta, asimismo, la existencia de la cava, como del basural, la información periodística, agregada a fs. 430.

Finalmente, al apersonarme en el lugar (fs. 443)., si bien no se comprobó que en la actualidad se llevara a cabo actividades extractivas de tosca, si pude verificar la existencia de una cava de importantes dimensiones, con agua acumulada y rodeada en su perímetro, no sólo por restos de poda y material inorgánico, sino también por residuos de todo tipo. Cabe agregar a ello, que no hay ningún cartel de prevención sobre la existencia de la cava y el peligro que ella implica para la salud y vida de las personas; y que, pese a existir una tranquera para ingresar al predio, la misma no ofrece obstáculos para sortearla, amén de existir un sector libre de toda valla para el ingreso (ver reconocimiento de fs. 443).

En síntesis, en cuanto a la plataforma fáctica, si bien no se ha comprobado que en la actualidad se desarrolle la actividad de extracción de tosca, tengo para mí, con la otra prueba producida en autos, que ello ha acaecido anteriormente (art. 384 del CPCC.) y que, para desplegar tal actividad, no se han cumplido con los mínimos recaudos legales para poder hacerlo, ni se han cubierto las elementales precauciones en tutela de los intereses de los habitantes, cuya salud y seguridad tiene obligación el Municipio de resguardar.

Digo esto último, porque la cava esta ubicada en un lugar urbano, a 200 mts. de los balnearios céntricos de la ciudad, lindado con lugares concurridos por personas (campings) y no existe en el lugar ninguna prevención sobre el peligro que semejante excavación implica para los habitantes, es de fácil acceso y no hay cercos de seguridad que impidan el ingreso, lo que significa un peligro abierto para la seguridad de las personas y, al mismo tiempo, una invitación para que gente desaprensiva use el lugar como basurero.

Cabe agregar que la propia Municipalidad ha reconocido que ha realizado tal actividad sin ningún estudio de impacto ambiental.

La tutela del medio ambiente, ha adquirido tal relevancia para nuestra sociedad que se ha constitucionalizado la necesidad de preservarlo en el art. 41 de la C.N. y se han establecido los medios procesales para efectivizar su protección en el art. 43.

En línea coincidente, la Constitución provincial, reforma constitucional mediante, ha reconocido en el art. 28 que todos los habitantes de la provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y el de las generaciones futuras. En el último párrafo de este dispositivo se agrega que toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar al ambiente esta obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo (la negrilla nos pertenece).

Podríamos adicionar que, si bien todas las personas tienen obligación de preservar el medio ambiente, el Estado, sea nacional, provincial o municipal, tiene un plus en

tanto es el encargado de velar por el interés público y tiene por objeto inmediato armonizar la vida pública.

No cabe duda que la vía judicial, mas apropiada, para proteger el medio ambiente y la salud pública es la del amparo. Esta institución, que es al mismo tiempo derecho, garantía y pretensión procesal, es el instrumento o herramienta que se brinda al habitante para que pueda cumplir con los deberes y obligaciones que le impone la Constitución.

El medio ambiente, por su propia naturaleza, es un bien de carácter indivisible, sobre el cual nadie puede reclamar un derecho propio, exclusivo y diferenciado del de los demás. Sin embargo, esa característica, no impide, en la actualidad, que se reclame la tutela judicial cuando el mismo es afectado.

En efecto, si bien el derecho a un medio ambiente sano es compartido en su titularidad por toda la comunidad, la legislación ha determinado quienes de la comunidad pueden ser sus portavoces ante la justicia para reclamar por su protección.

Lo expuesto, nos vincula con la cuestión atinente a la legitimación o, en el caso, derecho del amparista a promover la presente pretensión. Concepto aquél que no puede ser encuadrado en las construcciones clásicas acerca del mismo y que fueran elaboradas para otra realidad.

Si bien en autos no se ha cuestionado la legitimación del Sr. Yane, es deber de los Magistrados observar la presencia de este recaudo como paso previo al dictado de una sentencia judicial.

En el caso, el Sr. Yane, ha invocado su calidad de afectado por la acción desplegada por la Municipalidad y sus consecuencias. Teniendo en consideración que es un habitante que reside en Miramar, es dable considerar que su círculo vital de intereses, jurídicamente protegidos (arts. 41 C.N., 28 C. Provincial), puede ser lesionado o afectado, aún de manera mediata, con la actividad y omisiones de la Municipalidad, por lo cual debe tenérselo por uno de los legitimados contemplados en el art. 43 de la C.N..

Sin perjuicio de ello, la ley 25675 difumina la legitimación, cuando se trata de un amparo tendiente a que cesen actividades generadoras de daño ambiental, en toda persona (art. 30). Coincidimos con Sagüés en que la ley 25675 tiene pretensión de vigencia en todas las jurisdicciones, como reglamentación de los arts. 41 y 43 de la C.N. (Sagüés, Néstor, El amparo ambiental, L.L., 11/6/2004).

Ello resulta más congruente con la manda constitucional que impone el deber a toda persona de preservar el medio ambiente y tomar las medidas que fueran necesarias para ello.

Por otra parte, es propio de una sociedad en la cual es compromiso de todos los habitantes el ocuparse de la preservación del medio ambiente y salud pública. Es un problema que abarca a todos y, en consecuencia, la ley, en base a la concepción una sociedad que gestiona lo suyo, permite que cualquiera de nosotros interponga el amparo en protección de ese bien indivisible y que, reitero, es de todos.

En síntesis, cualquiera puede ser el representante de la comunidad en la justicia en pos de lograr la protección del derecho a gozar de un medio ambiente sano.

Tomando el marco fáctico al cual me refiera y la plataforma jurídica y a los fines de resolver la cuestión, siguiendo al Dr. Morello, sostenemos que la misma se ubica en la categoría de litigios complejos y que la solución a la que se arribe debe serlo compatibilizando conductas y el orden y la prioridad de los intereses y derechos a proteger, con prudencia y equilibrio. Debemos guiarnos no sólo por lo que se debió hacer, sino atendiendo hoy a lo que se puede hacer (Ver Morello, Augusto M., Las causas ambientales y su complejidad, D.J.2004-1103).

Debemos compatibilizar el derecho del conjunto de los habitantes a gozar de un ambiente sano con el fin público que persigue la Municipalidad al excavar y extraer las piedras o rocas. No obstante esa compatibilización es posible en tanto no implique sacrificar lo primordial, el ambiente y, en cuanto, llevar a cabo actividades públicas no lleven a la violación de la ley. Es que en este último caso no habría coordinación y armonización del interés público, ya que la conculcación del ordenamiento jurídico hace presuponer lo contrario.

En cuanto al objeto mediato de la pretensión, podemos distinguir dos cuestiones fundamentales: a) uno es la clausura y suspensión de las actividades por no contar con el Estudio de impacto ambiental; 2) limpieza y cerco del predio donde se lleva a cabo la actividad.

Analizaremos cada una en forma separada.

Es dable poner de relieve que el estudio de impacto ambiental actúa como elemento preventivo a toda actividad que de una u otra manera pueda tener efectos contaminantes sobre el medio ambiente (art. 5 inc. b) de la ley 11723). En consecuencia, toda persona, sea física o ideal, que pretenda gestionarla debe contar con él, independientemente que sea la autoridad encargada de efectuarlo o requerirlo.

La actividad desplegada por la Municipalidad, y reconocida expresamente en esta causa, encuadra dentro lo previsto por el precepto citado y le impone como a todo habitante abstenerse de realizar acciones u obras que pudieran tener como consecuencia la degradación del ambiente (art. 3 inc. b de la ley 11723).

Más específicamente, lo ejecutado se ha llevado a cabo en lo que puede ser considerado como minas de 3ra. categoría (arts. 2 y 5 del Cgo. Minería) y que por tanto debe respetar lo preceptuado por la ley 24585, el previo estudio de impacto ambiental.

En consecuencia, nada impide que el Municipio se proponga extraer piedra, roca o turba a los fines de obras de bacheo o pavimentación, más ello no implica que puedan hacerlo fuera del marco jurídico.

Si bien no se ha podido comprobar que en la actualidad extraiga roca, es factible que lo pueda hacer - la cava existe-, por lo que debe ordenarse que el Municipio se abstenga de realizar actividades extractivas sin contar con el previo estudio de impacto ambiental.

Lo que si he comprobado, como surge de los considerandos precedentes, es que el lugar es una invitación a la ocurrencia de accidentes y la contaminación.

En cuanto a los accidentes y riesgos que la cava puede generar, tengo en cuenta su ubicación en el centro urbano de la ciudad, la ausencia de prevenciones sobre su existencia y riesgos para la vida y salud de las personas. Esto último está dado por su profundidad, declive, falta de seguridad, posible foco infeccioso y acumulación de agua y basura. Ello se ve potenciado por el fácil ingreso al predio donde esta ubicada, lo cual permite que fácilmente se pase al terreno, pudiendo ocurrir, no sólo afecciones a la salud de quien lo haga, sino también un hecho fatal.

En cuanto a la basura, aún cuando no este comprobado que el Municipio lo use como basural, ni que este efectivamente exista, si es cierto que lugares como estos son propensos para que en ellos se tire basura, ya sea por vecinos o por quien circunstancialmente aprovecha el lugar para hacerlo.

Por ello, teniendo en cuenta que tal estado de cosas afecta o puede afectar, en forma inminente, la salud pública y el medio ambiente, corresponde ordenar al Municipio que a) tome las medidas pertinentes para cerrar el ingreso del público a la cava en toda la extensión del terreno; b) que ponga carteles suficientes que prevengan al público sobre la existencia de la cava y los peligros que ella encierra para la salud y seguridad de las personas; c) iluminar la cava para que sea visible en la noche; d) llevar a cabo en forma permanente la remoción de residuos, fuera de la poda y/u otro material inorgánico, que puedan acumularse en el lugar.

Es por todas las consideraciones que anteceden, que

FALLO: Haciendo lugar a la pretensión de amparo interpuesta por el Sr. Salvador Yane contra el Municipio de Gral. Alvarado, ordenando en consecuencia: a) que el Municipio se abstenga de realizar toda actividad extractiva en el predio en cuestión hasta que cuente con el respectivo estudio de impacto ambiental; b) para que en el plazo de 45 días cumpla con lo dispuesto en el último párrafo de los considerandos. Costas a la parte vencida (art. 68 del CPCC.). Se difiere la regulación de honorarios para una vez firme la presente. Regístrese. Notifíquese.

FDO. Dr. Ramiro Rosales Cuello
Juez Civil y Comercial