

**INICIA ACCIÓN DE AMPARO. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR.
RESERVA DERECHO. PLANTEA CASO FEDERAL -**

Señor Juez:

Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), con domicilio real en Sánchez de Bustamante 27, piso 1, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada en este acto por su Director Ejecutivo y apoderado, **Andrés María Nápoli**, T° 50 F° 870 CPACF (DNI 16.392.779; CUIT 23-16392779-9, correo electrónico anapoli@farn.org.ar, Tel: 4865-4707, int. 163), y constituyendo domicilio para todos los efectos procesales en en calle Martín Palero N° 30 de la Ciudad de Mendoza, con el patrocinio letrado de Juan Carlos Nievas, mat. 8588 SCJMza, ante V.S. respetuosamente me presento y digo:

I.- PERSONERÍA. DATOS DEL ACCIONANTE:

Tal como surge de la copia certificada del poder que se adjunta, el suscripto es apoderado de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). La accionante es una fundación inscripta en la Inspección General de Justicia de la Nación (N° de Inscripción 357.184), cuyo estatuto definitivo se encuentra aprobado por Res. IGJ 000825 del 24/08/1998. Tiene su domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus objetivos estatuarios no tienen limitación territorial.

Su Director Ejecutivo y apoderado, Sr. Andrés María Nápoli, es argentino, casado, de profesión abogado, con DNI 16.392.779, y domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II.- OBJETO:

Vengo por la presente en tiempo y forma a **iniciar acción de amparo** de conformidad a lo establecido en los arts. 16, c.c. y s.s. de la Ley Provincial 5961, arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional, así como en los arts. 1 y 3 Decreto-Ley

2589/75 de Mendoza, **contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza** representado por la Dirección de Protección Ambiental del Poder Ejecutivo, con domicilio en Virgen del Carmen de Cuyo, 5500 Capital, Mendoza, y contra **Petrolera El Trebol S.A.** con domicilio en Julio A Roca 234, Mendoza, a efectos de que **se declare la inconstitucionalidad y nulidad de las Resoluciones Nros. 789/17 813/17 de la DPA**, publicadas ambas en el Boletín Oficial con fecha 31 de julio de 2017, por vulnerar el goce del derecho a un ambiente sano, impedir la participación pública y el acceso a la información ambiental (art. 41 CN, así como la Ley General del Ambiente N° 25.675), revocando los permisos que otorga y **se ordene someter la actividad de Estimulación Hidráulica de los pozos identificados como PETRE Md.N.CP-1013; PETRE Md.N.CP-1015; PETRE Md.N.CP-1017 y YPF. Md.Nq.PR-59 (Puesto Rojas) a una Evaluación de Impacto Ambiental bajo los alcances de la Ley 5961/92 y el Decreto reglamentario Nro. 437/93, y a consulta previa a las comunidades originarias** cuyo territorio se ve o se podría ver afectado, en los términos del Convenio OIT 69.

Hasta tanto se decida la cuestión de fondo, **solicito como medida de no innovar** la suspensión de los efectos de la aprobación otorgada, es decir, la fracturación hidráulica y la puesta en marcha de la explotación de los cuatro pozos aprobados (hay peligro en la demora) ya que hay riesgo ambiental según lo deducido de la información proporcionada en el dictamen técnico y en el informe sectorial del Departamento General de Irrigación, especialmente a los recursos hídricos, como se demostrará más adelante. Si bien la fracturación o estimulación hidráulica de un pozo se ha realizado, aún restan tareas de preparación para que entre en fase productiva, lo que podría ocurrir para la fecha aproximada del 15 de agosto, y en donde podría ocurrir daño ambiental por las razones que se explicarán más adelante.

Subsidiariamente solicito se suspenda todo acto autorizado por la Resolución 813/17 hasta tanto se acredite el acabo cumplimiento de los requisitos

previos que dicha Resolución ordenó para permitir la actividad solicitada por la empresa.

III.- LEGITIMACIÓN ACTIVA:

Como se verá a continuación, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales se encuentra legitimada para iniciar la presente acción, en mérito al marco jurídico y sus objetivos estatuarios y conocimiento en la problemática ambiental en general y referida a la actividad hidrocarburífera en particular, por el riesgo certero de grave daño ambiental y el incumplimiento de toda la normativa tendiente a la protección ambiental que regula la actividad.

Calificada doctrina ha definido a la legitimación como el nudo gordiano o el verdadero talón de Aquiles de la tutela procesal. Máxime en temas tan complejos como los procesos colectivos.¹

El ilustre jurista Germán Bidart Campos explica la relación directa que vincula al tema de la legitimación procesal con la Constitución Nacional: "*Con ser un problema procesal, tiene una honda raíz en el Derecho Constitucional. En efecto, las leyes no pueden disponer discrecionalmente quién está legitimado y quién no lo está. Y no pueden, porque en último término, si los derechos personales tienen base en la Constitución, la legitimación para articular las pretensiones referidas a ellos cuentan con un techo o canon constitucional.*"²

Los artículos 41 y 43 de nuestra Ley Fundamental introducen la cuestión ambiental y la defensa de intereses colectivos.

Las asociaciones son el tercer sujeto legitimado que menciona el art. 43 CN, al cual confiere habilitación para actuar en defensa de los intereses difusos.

La reforma constitucional de 1994 ha flexibilizado el reconocimiento de la legitimación. En rigor, la aparición de los derechos de incidencia colectiva junto

¹ MORELLO, Augusto M; Cafferata, Néstor; "Visión procesal de cuestiones ambientales"; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004; pág. 150.

² BIDART CAMPOS, Germán; "Manual de la Constitución reformada", T. I, p. 364.

a las acciones que posibilitan su defensa significó una trascendental ampliación en la legitimación para estar en juicio. Tal amplitud se encuentra vinculada con el derecho de todos los habitantes a disfrutar de un ambiente sano (art. 41 CN).

Corresponde destacar que la Ley 25.675 –General del Ambiente- (en adelante LGA) reconoce diferentes legitimaciones activas. Entre ellas, la de “*todo habitante*” a obtener de las autoridades la información ambiental que administren (art. 16 LGA), la de “*toda persona*” a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (art. 19 LGA), la de participar en audiencias públicas frente a actividades que puedan generar negativos y significativos sobre el ambiente (art. 20 LGA) y en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental (art. 21 LGA).

De la reseña normativa expuesta, podemos extraer que la legitimación para la defensa de cuestiones ambientales resulta amplísima. En este contexto, nos detendremos a analizar los objetivos previstos en el Estatuto de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales a efectos de fundar su legitimación para dar inicio a la presente acción.

En virtud de la legitimación que otorga el art. 43 de la Constitución Nacional no caben dudas respecto a nuestro derecho a constituirnos como actores en el conflicto que se detallará e iniciar la presente acción. Ello puesto que FARN es una organización sin fines de lucro cuyo objetivo es la protección del ambiente y la promoción de la participación ciudadana en problemáticas ambientales.

La Fundación Ambiente y Recursos Naturales es una organización no gubernamental sin fines de lucro, apartidaria, creada en 1985, cuyo objetivo principal es promocionar el desarrollo sustentable a través de la política, el derecho y la organización institucional de la sociedad.

Cuenta entre sus objetivos: "*promover la protección y el ejercicio de derecho al ambiente y a la sustentabilidad del desarrollo*" y "*promover la generación de instrumentos para un mejor desempeño de las autoridades y la*

ciudadanía en la aplicación y el cumplimiento de las normas ambientales, tomando en cuenta las desigualdades sociales e institucionales existentes en los diferentes ámbitos geográficos y poblacionales del país.”

Los objetivos estatutarios mencionados dan cuenta de que la Fundación se encuentra habilitada para la defensa ambiental del territorio afectado por los proyectos autorizados mediante la Resolución que se ataca.

Las acciones de FARN surgen desde la Política Ambiental, para que se logren modos eficientes en la definición de los ambientes deseados y posibles; desde el Derecho y la Legislación Ambiental, para que la conservación y protección del ambiente se concrete en derechos y obligaciones de todos; y desde la Organización Institucional, para que los distintos sectores asuman a través de sus entidades las tareas y responsabilidades que les corresponden en la protección ambiental.

De tal forma, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en otra causa que se intentaba la protección judicial del ambiente (se buscaba la recomposición del ambiente de la cuenca Matanza Riachuelo), se justifica nuestra legitimación para accionar para la tutela de un derecho propio *“en los fines que asignan los respectivos estatutos asociativos, de manera que no se acciona en defensa del interés general y difuso de que se cumpla con la Constitución y las leyes, sino en los respectivos intereses legítimos de las organizaciones para que se preserve un derecho de incidencia colectiva, como es el medio ambiente.”* (CSJN, causa “Mendoza”, fallo del 30 de agosto de 2006, consid. 2° *in fine*).

La pretensión de una acción colectiva debe sustentarse en la incidencia del derecho colectivo que se intenta proteger pues los derechos individuales se encuentran tutelados por otra vía procesal (acciones individuales). Del precedente “Mendoza Beatriz” surge con meridiana claridad esta cuestión.

Justamente, aquí se plantea una medida cautelar de no innovar y una acción de inconstitucionalidad basadas en la incidencia colectiva del derecho al medio ambiente sano y apropiado para el desarrollo humano, esto es sustentable (art. 41 CN). Se trata de un derecho colectivo cuya protección puede ser demandada en un mismo proceso, por un grupo de vecinos, asociaciones ambientalistas y el Defensor del Pueblo y cuya solución tendrá efectos expansivos.

A mayor abundamiento, es dable señalar que una interpretación amplia en materia de legitimación activa se encuentra estrechamente vinculada al cumplimiento de un principio fundamental de todo Estado de Derecho: la tutela judicial efectiva (art. 25 Convención Americana de Derechos Humanos). “*El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses ante el poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto*”. En virtud de este principio, el juez debe buscar siempre la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo su rechazo siempre que ella presente visos de seriedad.

Todo ello encuentra su correlato en la Ley de preservación del medio ambiente, N° 5961, cuyo artículo 20 establece que “*Las autoridades provinciales o municipales, en especial el fiscal de estado, y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituida para la defensa de los intereses colectivos, con una antigüedad no menor de un (1) año y adecuadamente representativas del grupo o categorías de interesados, están legitimados indistinta y conjuntamente para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley.*”

En el mismo sentido, la ley de amparo establece que están legitimados para iniciar esta acción toda persona física o jurídica que sea titular del derecho constitucional vulnerado, en este caso, el derecho contemplado en el art. 41 de la Constitución Nacional.

Así las cosas, cabe concluir que la FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES se encuentra legitimada en los términos de la LGA

para solicitar que se detenga la actividad de estimulación o fractura hidráulica hasta tanto sea presentada una evaluación de impacto ambiental y se produzcan las instancias de participación ciudadana determinadas por la ley.

IV.- REQUISITOS FORMALES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION DE AMPARO. TEMPORALIDAD:

La procedencia de la acción de amparo encuentra su fundamento en el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 43 de la Constitución Nacional y art. 17 de la ley de amparo provincial 2589/75.

El **acto de autoridad pública** son las Resoluciones 789/17 y 813/17, dictadas por la Dirección de Protección Ambiental de la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial del Gobierno de la Provincia. Actos que constituyen una actual amenaza al ambiente y la salud de la población, dadas las circunstancias del caso que generan un riesgo real e inminente para el ambiente de la zona y la cuenca de los Ríos Salado y Atuel, con la posibilidad de enervar el conflicto ya existente con la Provincia de La Pampa, afectando un hábitat declarado Área Natural Protegida en Mendoza y La Pampa.

Asimismo, este acto de la autoridad pública resulta manifiestamente **ilegal y arbitrario**, al atropellar derechos fundamentales y garantías constitucionales violando la normativa aplicable y los principios del derecho ambiental tal como se expone más abajo. El incumplimiento manifiesto de la legislación local (Ley 5961 de Preservación Ambiental de Mendoza, Decreto 437/93 que regula la Evaluación de Impacto Ambiental para la actividad hidrocarburífera y Decreto 170/08, complementario del anterior, entre otras normas locales) y nacional (Ley General del Ambiente 25.675, entre otras) que rige sobre los proyectos que se autorizaron mediante el acto administrativo cuestionado, sin fundamento legal alguno, tacha toda pretensión de validez que se quiera otorgar a las Resoluciones 789/17 y 813/17.

Por último, resulta a todas luces evidente que **no existe un medio judicial más idóneo** para resolver el conflicto en cuestión que garantice los derechos fundamentales afectados por el accionar ilegítimo de la autoridad. Plantear el presente reclamo por la vía ordinaria, aun cuando se obtenga una sentencia favorable, podría significar años de proceso judicial, tornando abstracta la pretensión y asegurando la violación de los derechos en juego.

La impugnación ordinaria del acto, que mantiene así su vigencia hasta la resolución definitiva nos expondría a un serio peligro de daños irreparables para el ambiente y tornaría ilusoria la pretensión de esta parte.

Se puede considerar que toda duda ha quedado definitivamente zanjada después de la Reforma Constitucional de 1994, que en su art. 43 se refiere sólo al caso de vías judiciales más idóneas (CFR: ARRABAL, Olga; El Amparo en la Reforma de la Constitución Nacional en "La Reforma Constitucional Interpretada", Sarmiento García y Ots., Depalma, 1.995, pág.188).

En efecto, con anterioridad a la reforma, tanto la doctrina como la jurisprudencia ya se habían expedido acerca de la falta de idoneidad de las denominadas "vías paralelas", señalando que: "*... De exagerarse el principio de que la existencia de la vía paralela torna improcedente el amparo, se podría llegar a la conclusión de que el amparo no es viable nunca, (...) en consecuencia, es preciso depurar aquél principio para situarlo debidamente y hacerlo funcionar con exactitud*" (BIDART CAMPOS, J. Germán; Régimen Legal y Jurisprudencial del amparo, p. 161).

Sin embargo, con fines aclaratorios y expositivos, sin ánimos de ahondar en demasía sobre este aspecto, se ha señalado que el agotamiento previo de las acciones administrativas o judiciales previstas como vías normales para la impugnación del acto, no es necesario cuando la remisión del examen de la cuestión al procedimiento ordinario pueda causar un daño grave o irreparable. Tal es lo que sucedería, de rechazar formalmente el presente.

Finalmente, la redacción del artículo 4° de la Ley de Amparo de la provincia elimina para el presente caso cualquier alternativa, en tanto establece la procedencia del amparo cuando aún existiendo vías administrativas para la impugnación de un acto, *“la remisión del examen de la cuestión al procedimiento ordinario para la sustanciación de las mismas, cause o pueda causar un daño grave e irreparable”*.

Respecto del plazo de caducidad de la acción de amparo manifiesto que la presente acción se inicia dentro de los 10 días corridos desde que esta parte tomó conocimiento del acto lesivo (tanto de la resolución 789 como la 813, que fueron publicadas ambas en el Boletín Oficial del 31 de julio de 2017). Sobre este punto cabe resaltar que la ley de amparo fija un plazo de 10 días, sin aclarar si son corridos o hábiles, debiendo entenderse por regla general que cuando no se aclara debe contarse días hábiles.

Asimismo, al pretender la protección del ambiente, entiendo que debe aplicarse lo sostenido por la I Cámara de Apelaciones in re *“Asociación OIKOS Red Ambiental c/ Gobierno de Mendoza p/acción de amparo”*, autos N° 80.866 / 36.237, originarios del Décimo Quinto Juzgado Civil, Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial, por sentencia de apelación contra la resolución de primera instancia de fecha 31/07/2.003. En dicho antecedente, la Excm. Cámara del fuero, dispuso que el plazo de caducidad establecido por las normas procesales resulta inaplicable para los amparos ambientales, en razón de que en la materia se encuentra en juego intereses colectivos y normas de orden público que devienen en la inaplicabilidad del precepto procesal, por lo que no existe tal plazo de caducidad. Dijo la Cámara concretamente: *“esta Cámara, atento al bien público que trata de resguardar el amparista, consideró que era admisible la acción intentada, aunque se haya demorado en el tiempo (ver en especial fs.383 vta. a 384 de autos)”*.

Al tratarse de daños al ambiente, que al producirse se extienden en el tiempo de forma continua e ininterrumpida, estas circunstancias constituyen otra

razón más para sostener que no se podría plantear la caducidad del plazo para interponer la presente. Tal eventual defensa por la demandada resulta inaudible.

V.- COMPETENCIA:

V.E. resulta competente para entender en el presente planteo en razón de la materia, instancia, fuero y territorio (arts. 9º y 11 Ley 2589).

VI.- HECHOS:

A) Antecedentes de hecho. Procedimiento de aprobación sin Evaluación de Impacto Ambiental. Las resoluciones 789/17 y 813/17:

La Dirección de Protección Ambiental (DPA), órgano dependiente de la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial (SAyOT) del Gobierno de Mendoza, es la autoridad de aplicación (AA) de las normas que regulan la actividad petrolera en la provincia de Mendoza, a través del Decreto Nro. 437/93 reglamentario de la Ley 5.961.

Con fecha 18 de Julio de 2017, la DPA emitió la Resol. 789, publicada en el Boletín Oficial del 31 de julio (junto con la resolución que da por terminado el proceso y aprueba la solicitud), dando inicio al análisis del Informe de Adecuación de Infraestructura presentado por la empresa El Trebol S.A. que solicita autorización para probar la tecnología de fracturación o estimulación hidráulica en cuatro pozos cuya perforación había sido previamente aprobada por la AA.

Sobre este punto cabe resaltar que meses antes de solicitar permiso para utilizar la tecnología de fractura hidráulica mediante un procedimiento abreviado, que no incluye Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), la misma empresa solicitó un permiso para la actividad mediante la tecnología tradicional, a través del procedimiento que incluye la EIA. De esta forma, la solicitud del permiso mediante el cuestionado procedimiento creado por la Resolución 589/14, es un artilugio del solicitante para evadir las normas de protección ambiental, y por la celeridad del

procedimiento, se infiere que la administración ha prestado su aquiescencia para semejante violación de los derechos de la ciudadanía mendocina y del país todo.

Esta maniobra espuria por parte de la empresa, sumada a la publicación de la resolución que acepta el tipo de proceso junto con la resolución que lo da por terminado en sentido favorable a la solicitud, no hacen más que confirmar la potencialidad dañina de la tecnología aprobada, que se vería reflejada en una Evaluación de Impacto Ambiental, razón por la cual la empresa, con la aquiescencia de los funcionarios responsables elucubraron todo este actuar ilegítimo e ilegal.

Los Informes de Adecuación de Infraestructura se rigen por la Resolución de la DPA Nro. 589/14, que estableció un procedimiento administrativo para la **evaluación rápida de obras pequeñas** que deben ser resueltas en poco tiempo por **razones de seguridad o su escasa magnitud**, en la que un procedimiento de EIA superaría con creces el nivel de evaluación requerido. La AA en lugar de someter esta nueva tecnología con alto riesgo ambiental a la EIA donde los estudios son más complejos, que brinda acceso a la información pública y permite la participación ciudadana, optó por el procedimiento abreviado y la disfrazó de “adecuación de infraestructura”.

La Resolución 813/17 se torna absolutamente arbitraria e ilegítima al aprobar mediante el procedimiento para obras de “escasa magnitud”, una actividad que trae serios riesgos de daños ambientales graves e irreversibles. Dada la potencialidad dañina para el ambiente de la fractura hidráulica, resulta un acto sumamente ilegal catalogar de “escasa magnitud” las acciones que fueran permitidas mediante la Resolución que se ataca.

La AA en dicha resolución (N° 789 del 18 de julio de 2017) da por iniciado el procedimiento administrativo, acepta los estudios ambientales presentados por el proponente (Empresa El Trébol) designa a la Fundación Cricyt (perteneciente al CONICET) como ente dictaminador técnico, y al Departamento General de Irrigación (DGI) y al municipio de Malargüe para elaborar sendos

informes sectoriales. Observe V.E. el malicioso actuar de la Autoridad que no ha publicado la resolución que da inicio a este espurio proceso, sino hasta que se hubo culminado en sentido favorable a la empresa solicitante y exponiendo a un peligro de daño irreparable el ambiente de la zona. De esta forma, el actuar del Gobierno de la Provincia de Mendoza ocultó información a la ciudadanía, con el único fin de impedir cualquier obstáculo legal, que constituyen derechos constitucionales de la población (defender el ambiente, reclamara por sus derechos), a la decisión previamente tomada de autorizar el uso de esta nociva tecnología.

Fundación Cricyt y el Departamento General de Irrigación entregan en tiempo record (3 días hábiles) sus respectivos dictámenes e informes, y para el día miércoles 26 de Julio se dicta la Resolución 813 aprobando la Adecuación de Infraestructura. En total, descontando los días no laborables para la administración pública provincial (incluyendo el feriado de Patrón Santiago el 25 de Julio) el Gobierno de Mendoza aprobó la fractura hidráulica de cuatro pozos en el tiempo record de 6 días. El día 27 de Julio de 2017 la empresa, ante un conjunto de invitados, entre quienes estaban el Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial y la Directora de Protección Ambiental, comenzaba la fracturación hidráulica, siendo que aún no había sido publicada en el Boletín Oficial, consumando el hecho y anulando de esta manera cualquier intento preventivo de obstaculizar los efectos nocivos de la norma por parte de algún afectado, negando en este acto el derecho a la información y a la participación ciudadana y la garantía constitucional de protección de los derechos. En estos momentos, el pozo está siendo preparado para entrar en producción, lo que puede ocurrir en poco tiempo.

A fs. 233 del expdte Nro. 791-D-17-03834, por el cual tramitó la aprobación del proyecto, Punto 1 Documentación presentada, el Departamento General de Irrigación (DGI) puntualiza que el proyecto de estimulación es un “*ensayo piloto*” cuyo objetivo es evaluar la factibilidad de extender la experiencia en toda el área. Téngase en cuenta que para el caso de nuevas tecnologías en fase de prueba piloto, donde se trabaja con Residuos Peligrosos (abajo se explicará el deber

de incluir este proyecto en dicha categoría) la Dirección de Protección Ambiental debe utilizar una normativa especial, Resolución Nro. 667/08 y Resol. Ampliatoria Nro. 54/12, que establecen los criterios que deben reunir estas experimentaciones, entre los cuales obviamente está la evaluación de impacto ambiental, que en este caso fueron alevosamente obviados.

Un detalle de interés es que el DGI interpreta que el agua que se utilizará en la fracturación o estimulación hidráulica proviene del agua de producción obtenida de la explotación del hidrocarburo. Sin embargo, el agua que normalmente se utiliza para este tipo de tareas es de calidad industrial y no un residuo contaminado, ya que es necesario agregarle químicos y arena que naturalmente podrían reaccionar con los componentes del agua residual y mermar la calidad de las tareas, por lo cual entiendo que este punto debe ser aclarado en detalle, ya que de otra manera deberá tomarse del río o una fuente cercana, lo que incrementa el riesgo ambiental. La empresa advierte que la conducción del agua residual será enviada a los pozos a través de un sistema de mangas y no a través de transporte por camiones o por acueducto, lo que deja la duda de la seguridad de las operaciones.

El informe del DGI nada dice acerca de una cuestión central, que es la utilización de un conjunto de sustancias químicas que serán incorporadas al agua utilizada para la fractura hidráulica, siendo que este organismo es el encargado de cuidar el agua de los mendocinos, y solo se limita a mencionar la información proporcionada por la empresa.

A fs. 235 la empresa manifiesta que los trabajos tendrán como resultado –además de la producción de petróleo- la generación de 500 metros cúbicos de la llamada “agua de retorno” o flowback por cada pozo fracturado. Esto nos lleva a la cifra de 2.000 m³ o 2 millones de litros de agua con sustancias tóxicas en un lapso muy breve de tiempo (máximo 15 días), que son **efluentes categorizados como residuos peligrosos** que es necesario tratar, aunque la empresa informa que serán depositados en piletas metálicas y transportado (no se sabe en qué medio,

resultando esta etapa del proceso por sí misma merecedora de EIA) hasta la planta de tratamiento de la empresa donde luego serán inyectadas al subsuelo.

En la misma foja, en el apartado donde menciona el área en la cual tendrá incidencia el proyecto, a través de una metodología ad hoc no empleada en la jerga petrolera, se menciona una superficie que representa unas seis veces la superficie de un círculo que rodea a la locación donde se ubican los equipos de perforación y otras instalaciones. Si tomamos esta metodología, tenemos que algunas locaciones tienen como área de influencia directa el cauce del río Salado, que luego se une al río Atuel y a nivel subterráneo termina en la Laguna de Llancanelo y en el sistema del río Atuel, lo cual demuestra el riesgo ambiental que posee el proyecto, y las consecuencias que podrían devenir de un derrame o de la contaminación del agua subterránea. A todo esto no podemos dejar de mencionar que la provincia de La Pampa posee un conflicto con Mendoza por este río que tramita ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con lo cual en el caso de que el río se contaminase, además del desastre ambiental tendríamos un conflicto político interprovincial.

A fs. 237 el DGI confirma que aguas abajo de la explotación petrolera el agua superficial se infiltra en el suelo y pasa a formar parte de las corrientes subterráneas que van hacia la laguna de Llancanelo, un humedal reconocido a nivel internacional por la Convención Ramsar, y que fuera protagonista de un amparo colectivo interpuesto por la ONG Oikos red ambiental en 2003 y que llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallando en contra de la Petrolera Repsol YPF y del Gobierno de la provincia en 2005 en un caso con algunas características similares al proyecto cuestionado.

Como otro elemento destacado, el informe indica que el agua subterránea se encuentra en su primer nivel en un rango que va desde los 5 hasta los 37 metros de la superficie (luego se corrige en la página siguiente y se dice “entre 5 y 15”), lo que refuerza la idea del riesgo ambiental de la explotación

hidrocarburífera y de la necesidad de evaluar exhaustivamente el proyecto y no a la medida de la empresa.

La foja 238 enumera las actividades con potencial de generar impactos negativos a la calidad del agua y concluye en el siguiente punto que, a pesar de la escasa información disponible presentada por la empresa petrolera, el proyecto cumple con toda la normativa internacional, nacional y local, y que “*se adecua en todos sus términos*”, a pesar de la pobreza del estudio ambiental y de que se tramita bajo un procedimiento, al menos, irregular y arbitrario.

Sin embargo, dentro de las recomendaciones especifica que la empresa deberá comunicar con 72 horas de anticipación al DGI el inicio de los trabajos. Esto nunca pudo haber sido posible porque la Resolución Nro. 813 que aprueba la estimulación o fracturación hidráulica se emitió el día 26 de julio (dos días después que se entregara este informe a la AA) y las operaciones comenzaron al día siguiente, por lo que no hubo tiempo material para tal comunicación.

A fs. 241 inicia el dictamen técnico elaborado por la Fundación Cricyt, que conformó un grupo de especialistas. Estos especialistas son los mismos que por disposición de la Dirección de Protección Ambiental, además de dictaminar si el proyecto petrolero cumple o no con criterios ambientales, una vez aprobado serán quienes auditen las operaciones de estimulación hidráulica. El costo de la auditoría deberá ser afrontado por la empresa petrolera. De esta manera, resulta evidente el conflicto de intereses en que se coloca esa fundación con la configuración que se le dio al control que ejercerá. Creemos honestamente que la Autoridad de Aplicación debió proteger la transparencia del proceso, y no involucrar a la Fundación Cricyt y al CONICET en un conflicto de intereses como en el que está en este momento.

El dictamen técnico de Fundación Cricyt fue entregado el mismo día en que la AA emitió la autorización cuestionada (Res. 813/17), demostrando una vez más la notable celeridad que esta repartición le imprimió al procedimiento administrativo y poniendo en ridículo a quienes osan atribuirle lentitud a los organismos públicos. El dictamen sin embargo muestra aspectos sumamente

llamativos que es necesario destacar, ya que la AA no lo hace en su búsqueda por maquillar el proyecto.

Llamativamente, a fs. 243 el equipo dictaminador –compuesto por profesionales de la ciencias geológicas, ingenierías especializadas y otros- anticipa que *“el informe evaluado incluye datos técnicos acerca de los procesos de estimulación hidráulica a realizar pero no describe detalladamente la tecnología a utilizar”*, con lo cual, tras este sinceramiento brutalmente honesto, aporta información de base para “rellenar” de alguna manera el vacío de información existente. El resto de las páginas son dedicadas a explicar la tecnología a utilizar y a describir el proyecto evaluado con las mismas palabras que las que empleó el DGI en su informe, y que seguramente fue transcrito del informe presentado por la empresa.

A fs. 249 el ente dictaminador hace revelaciones sorprendentes, afirma que la empresa no presenta planos topográficos con curvas de nivel, por lo tanto se desconocen las pendientes y por ende, ante una posibilidad de derrame, no está estudiado hacia donde escurrirá el fluido derramado, aunque por la simple observación irá en dirección al cauce del río Salado, tal como se puede apreciar en la escasa información aportada.

Otro hallazgo del grupo dictaminador es que no hay datos geológicos detallados para el área y que **la escala de trabajo no permite conocer los posibles impactos ambientales de la técnica evaluada**. Tampoco hay una descripción geomorfológica a una escala que permita conocer pendientes y geoformas, lo cual refuerza lo dicho en el plano topográfico. Más grave aún, a fs. 250 se manifiesta que no hay información de calidad que permita conocer la hidrogeología del sitio, y la información aportada se refiere a un estudio regional de 2008, que no tiene valor para evaluar en detalle el proyecto. A fs. 251 primer párrafo, referido a la sismicidad inducida por la técnica presentada, los dictaminadores manifiestan por primera vez que habría una posible relación entre los sismos y la estimulación o fracturación hidráulica, que es necesario analizar en detalle y no a partir de la

escasa información a nivel general aportada por la empresa, tal como afirman los profesionales dictaminadores. Tampoco está analizada la capacidad de resistencia de las piletas depositarias de los residuos peligrosos, respecto de la sismicidad propia de la zona, probablemente aumentada por la tecnología aquí aprobada. Nuevamente vemos cómo la categorización de escasa magnitud es un capricho de la AA en favor de la empresa solicitante, categorización mediante la cual la funcionaria competente está prestando su aquiescencia para el deterioro grave e irreversible del ambiente y la afectación del derecho a la salud de los habitantes de la zona, en un acto cercano al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

A fs. 254 el dictamen técnico enfatiza que no existen estudios de suelo adecuados que permitan inferir como deberán gestionarse los impactos ambientales de la actividad, ni se presenta información adecuada respecto a la flora y fauna posiblemente impactada por las operaciones petroleras. Se afirma que la información presentada no condice con lo observado en el sitio por los dictaminadores, o que se presenta información sobre organismos acuáticos cuando no hay cuerpos de agua en los alrededores. Tampoco se presentan mapas de sensibilidad ambiental, lo cual dificulta enormemente a los dictaminadores conocer el verdadero estado del sitio y la capacidad de respuesta del ecosistema ante posibles impactos negativos.

A fs. 255 se hace una notable omisión, no se presenta información sobre comunidades indígenas en la zona. Sin embargo existen habitantes mapuches reconocidos por el INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas). Este “detalle” es crucial, ya que el Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que las empresas deben obtener de las comunidades de pueblos indígenas el consentimiento informado para operar en las tierras que habitan. No hacerlo de alguna manera constituye un incumplimiento palmario de la legislación internacional ratificada por la Argentina.

Para finalizar, la visita del equipo de dictaminadores encontró puestos habitados y algunos elementos de interés ecológico como vegas y mallines que no estaban presentados en el informe proporcionado por la empresa, lo que indica la escasa calidad de la información aportada y que tiene su contraparte en la notable incertidumbre científica que no le ha permitido a los dictaminadores técnicos evaluar correctamente el proyecto hidrocarburífero.

En el apartado “4.0. Recomendaciones” de fs. 258, los dictaminadores entregan un conjunto de medidas preventivas, que la resolución ha hecho obligatorias al incorporarlas como Anexo. El detalle de las medidas para resguardar a los productos químicos de la intemperie y evitar así que se degraden, indica que muchos de ellos son altamente tóxicos para el ambiente, con lo cual la AA debió considerar una evaluación más profunda para conocer si su uso podría devenir en consecuencias ambientales de gran magnitud.

Para rematar el informe, los dictaminadores aseveran a fs. 201 que *“En general la información aportada en el Título 5. “Descripción ambiental del área de estudio” es genérica y obtenida de bibliografía. No hay datos de campo que permitan elaborar información precisa del ambiente que dará soporte al proyecto. Esta información ayudaría a tomar medidas de mitigación y control efectivas para minimizar los efectos negativos”*. Como se puede deducir, la información aportada es tan escasa que no permite tener certeza científica sobre los impactos negativos que la estimulación hidráulica podría ocasionar al ambiente, dicho por el equipo de profesionales que analizó el estudio ambiental y elaboró el dictamen técnico.

Toda esta incertidumbre científica respecto de los impactos ambientales que tendrá la obra, conociendo el potencial dañino de la tecnología de fractura hidráulica no hace más que justificar la necesidad de suspender con fundamento en el principio precautorio que rige la normativa ambiental, toda acción hasta tanto se realice una EIA suficiente, basada sobre una línea de base ambiental certera y contemple las medidas de seguridad necesarias así como las acciones mitigación y garantice las obligatoria instancias de participación ciudadana.

Seguidamente, el grupo dictaminador solicita estudios sobre el suelo, geomorfología, topografía, hidrología de superficie, flora y fauna presente en el sitio de explotación, relevamiento social para incorporar la información de los habitantes de la zona, que aunque pocos, existen y merecen ser consultados, particularmente las comunidades de pueblos indígenas existentes en la zona. Estos estudios usualmente son previos y no van a la zaga de las autorizaciones ya que se trata de prevenir las consecuencias negativas y no de remediarlas una vez que se han producido, lo que en este caso no se ha dado. Por lo que la aprobación se ha dictado sin siquiera ser cumplidos los requisitos previos que fijó la misma AA para aprobar la solicitud.

En conclusión, existe incertidumbre científica acerca de los potenciales impactos negativos del proyecto sobre el ambiente, lo cual habilita el principio precautorio para determinar la suspensión de todos los actos de ejecución de la Resolución 813/17. Con todo lo mencionado, el dictamen técnico se manifiesta favorable a la obra siempre y cuando se cumplan con las exigencias enumeradas anteriormente, es decir, aquellas que nunca se llevaron a cabo ya que al día siguiente la empresa comenzaba la fractura hidráulica.

Con toda la situación planteada, uno imaginaria que el funcionario público, alertado por los riesgos de una actividad que genera tanta resistencia social, tomaría las necesarias precauciones para reducir el margen de incertidumbre científica y generar un conjunto de medidas preventivas que eviten o minimicen los impactos ambientales negativos. Sin embargo, aquí se realiza uno de los actos más sorprendentes de todo este procedimiento administrativo. Seguidamente a la presentación de los dictámenes e informes, figura sin foliar el Informe Técnico de la Dirección de Protección Ambiental Nro. 1436/17, evaluando las presentaciones del Departamento General de Irrigación y la Fundación Cricyt, de las cuales solamente figuran aquellos párrafos que orientan la lectura hacia la idea de que ambos organismos no tendrían objeciones a la realización de la estimulación hidráulica, cuando un análisis más detallado y cuya información se encuentra

disponible en el Boletín Oficial, revela **graves deficiencias de información y la preocupación de los organismos evaluadores**, algunas de las cuales se han presentado en este escrito, que remata diciendo que *“Analizado el dictamen técnico y la información aportada por el DGI se concluye que el proyecto presentado por la empresa está en condiciones de ser aprobado para su ejecución siendo de carácter obligatorio el cumplimiento de las recomendaciones realizadas por ambos organismos”*.

El detalle curioso es que el informe no lo firma un funcionario del Área de Petróleo, que es el órgano natural de la administración con competencia en el tema, sino que es elaborado y firmado por la propia Directora de Protección Ambiental, asumiendo la responsabilidad total por la evaluación del proyecto, que luego aprobará firmando la resolución que hoy se cuestiona.

Como dato anecdótico, según obra a fs. 241, el informe fue recepcionado en Mesa de Entradas de la Dirección de Protección Ambiental el día 26 de julio de 2017 a las 11:43 am, el Informe Técnico de evaluación de los informes del DGI y de Fundación Cricyt debió haberse realizado junto con la Resolución Nro. 813 aprobatoria del proyecto petrolero en el transcurso de las siguientes dos horas antes de terminar el horario de trabajo. Todo un alarde de eficiencia al servicio de las empresas petroleras.

B) La fractura hidráulica. Riesgos ambientales:

Dentro de la actividad petrolera hay dos grandes modalidades de explotación: la del pozo en yacimientos convencionales y la de fractura hidráulica en yacimientos no convencionales donde la permeabilidad del suelo es escasa a los efectos del fluido del hidrocarburo y entonces se hace necesaria la estimulación hidráulica.

La fractura o estimulación hidráulica (fracking) es una técnica para posibilitar o aumentar la extracción de gas y petróleo del subsuelo que consiste en la perforación de un pozo vertical u horizontal, entubado y cementado, a más de

2500 metros de profundidad, con el objetivo de generar uno o varios canales de elevada permeabilidad a través de la inyección de agua a alta presión, de modo que supere la resistencia de la roca y abra una fractura controlada en el fondo del pozo, en la sección deseada de la formación contenedora del hidrocarburo.

El proceso insume grandes cantidades de agua a presión que es mezclada con algún material que apuntala (arena) y una gran variedad de productos químicos (más de 300), con el objetivo de ampliar las fracturas existentes en el sustrato rocoso que encierra el gas o el petróleo, generando una porosidad artificial en el suelo, y favorecer así su salida hacia la superficie del hidrocarburo, lo que éste hace junto con el agua utilizada con los químicos que se le agregaron para el proceso. Agua que se configura así como residuo peligroso.

Los partidarios de la fracturación hidráulica argumentan que la técnica no tiene mayores riesgos que cualquier otra tecnología utilizada por la industria, e inciden en los beneficios económicos de las vastas cantidades de hidrocarburos previamente inaccesibles, que esta nueva técnica permite extraer. La industria argumenta que aquellos casos excepcionales en los que se haya podido producir contaminación, ha sido debido al uso de malas prácticas como defectos en la construcción de los pozos o en el tratamiento de aguas residuales, pero no de la fracturación hidráulica en sí misma.

Sus oponentes, en cambio, señalan el impacto ambiental de esta técnica, que en su opinión incluye la contaminación de acuíferos, elevado consumo de agua, contaminación de la atmósfera, contaminación sonora, migración de los gases y productos químicos utilizados hacia la superficie, contaminación en la superficie debida a vertidos, y los posibles efectos en la salud derivados de ello. También argumentan que se han producido casos de incremento en la actividad sísmica, la mayoría asociados con la inyección profunda de fluidos relacionados con la estimulación hidráulica.

Si bien el Fracking no es una tecnología nueva (empezó a usarse en 1947 cayendo en desuso por sus altos costos) hoy, ante la creciente demanda y

consiguiente escasez del recurso, EEUU es el verdadero impulsor y exportador de esta técnica y el que la está expandiendo en el resto del mundo.

Vale acotar que nunca esta tecnología fue aplicada en suelo provincial y por ende no existe norma que la regule.

En Europa ya se ha prohibido el fracking, en países como Francia, Bulgaria, Irlanda, Rumanía, y algunos estados alemanes. En otros, como Austria, se imponen límites ambientales muy severos para el uso de la técnica.

Nos dice Dolores Duverges, actual Subsecretaria de Planificación y Ordenamiento Ambiental del Territorio del Ministerio de Medio Ambiente de la Nación:

“Es indudable que la ausencia de un marco legal ambiental, para las actividades que involucran la fractura hidráulica, atenta seriamente contra los principios más arraigados de la protección ambiental, como lo es el de prevención y acceso a la información pública ambiental.”

“Se entiende que el desarrollo de dichos proyectos de inversión sin los requerimientos ambientales necesarios, y que contemplan la participación de la sociedad en dicho proceso, podrían generar graves daños al ambiente y promover situaciones de tensión y conflictividad social creciente” (Hidrocarburos No Convencionales en Argentina: una actividad sin regulación ambiental Informe elaborado por FARN, Directora de Política Ambiental FARN.)

En nuestro caso, como fuera expuesto, no solo nos encontramos con la ausencia absoluta de normativa que regule semejante riesgo ambiental (cosa que paradójicamente reconoce en sus considerandos la Res. 789 que habilita el procedimiento reducido), sino que no se aplicaron tampoco las normas de prevención que están disponibles, diseñadas para actividades de menor impacto ambiental.

Todo lo expuesto hasta aquí, no permite más que concluir en la necesidad de un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental exhaustivo

previo al inicio de cualquier actividad de fracking. No caben ya dudas respecto de que la empresa en connivencia con la AA realizaron el procedimiento para aprobar los pozos en cuestión cumpliendo toda la normativa que regula la actividad hidrocarburífera, con la tecnología convencional, previendo la posterior utilización de este mecanismo reducido para la actividad que justamente mayores riesgos genera para el ambiente.

VII.- INCONSTITUCIONALIDAD RESOLUCIONES 789/17 Y

813/17:

La magnitud de la obra / actividad no puede nunca categorizarse de escasa por los altos riesgos de producir impactos negativos significativos en el ambiente. Dicha categorización no es más que un acto ilegítimo y arbitrario de parte de la AA.

La resolución atacada vulnera la Constitución Nacional al violar la normativa de orden superior. En este sentido, atento a los riesgos propios de la actividad, su aprobación sin EIA deviene una clara violación de la LGA, que obliga a la realización de EIA previo a la autorización, cuando exista riesgo de un impacto dañino relevante.

Asimismo, la aprobación del proyecto vulnera toda la normativa local referida a hidrocarburos, particularmente la regulación de los procesos de EIA para actividad hidrocarburífera, a lo que se suman las resoluciones sobre nuevas tecnologías en fase de prueba piloto que utilizan residuos peligrosos:

A) Importancia de la Evaluación de Impacto Ambiental. El procedimiento de evaluación ambiental para la actividad petrolera en la Provincia de Mendoza:

Evaluación de Impacto Ambiental: El procedimiento de evaluación de impacto ambiental busca identificar los efectos que las actividades, obras o proyectos pueden generar en el ambiente y la calidad de vida de las personas, con el fin de prevenirlos. Es un proceso técnico-administrativo, interdisciplinario, de

múltiples pasos, que incluye la obligación de informar y generar instancias de participación ciudadana.

De acuerdo a la Dra. Berros³, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental es uno “*de los dispositivos jurídicos que dan cuenta de la emergencia de la racionalidad precautoria y que pueden inscribirse en el llamado “paradigma de la seguridad” en el que se enrolan casos inmersos en un contexto de incerteza o controversia científica y donde se destaca la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles* (Ewald, 1997).” Así, sostiene la citada jurista, como dispositivo de gestión de riesgos, ensambla aspectos científicos con políticos para la toma de decisión sobre riesgos.

El marco legal del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en el ordenamiento jurídico se encuentra en armonía con el sistema federal de gobierno argentino. Las provincias que componen el sistema político preexisten a la nación y conservan todo el poder que no delegaron en el momento de la conformación del Estado nacional (1810-1880).

Este régimen federal se modificó al incorporarse en la última reforma constitucional el derecho al ambiente sano⁴. A partir de esta reforma, las provincias volvieron a delegar en la nación determinado tipo de potestades: el dictado de normas que contienen estándares mínimos exigibles en todo el territorio nacional para que todos los habitantes de Argentina estén en igualdad en cuanto a su protección ambiental.

De esa manera, se crea el sistema de normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: la nación dictará las bases y las provincias podrán

³ Berros, Valeria (2010), “Evaluación de impacto ambiental, una mirada como dispositivo jurídico de gestión de riesgos”, Revista Derecho y Ciencias Sociales. Febrero 2010. Nº2. Pgs 68-83. ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP

⁴ Constitución Nacional, según reforma de 1994. Artículo 41: “Todos los habitantes gozan del 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; y tienen el deber de preservarlo (...)”.

complementar dichas normas con otras que pueden ser más exigentes, pero nunca inferiores a las establecidas por la nación.

En función de esta competencia delegada, el Congreso Nacional sancionó en el año 2002 la Ley N° 25.675, conocida como Ley General del Ambiente (LGA), que establece los lineamientos e institutos principales de la política ambiental nacional. Esta ley funciona como marco para las demás leyes nacionales ambientales, las cuales deben adecuarse a sus disposiciones. Esta norma prevé la utilización de principios de política ambiental para la aplicación e interpretación de toda normativa, y establece los instrumentos de la política ambiental para la gestión del ambiente, entre los que se encuentra el EIA. También es el piso mínimo que deben respetar las provincias, cuestión que en el presente no hace la demandada.

La LGA establece la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental con carácter previo a toda obra o actividad que puede producir impactos significativos en el ambiente o alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población⁵. Este procedimiento debe usarse tanto para proyectos públicos como privados, y alcanza también a las obras que realice el Estado. Prevé una instancia de participación ciudadana obligatoria para la discusión del proyecto y, ante la falta de esta instancia, la nulidad del proceso.

Las diferentes etapas de este procedimiento varían de acuerdo con la legislación de cada provincia, pero como mínimo deberá incluirse:

Una **manifestación del interesado** de realizar una actividad en la que se explica si se afectará o no al ambiente.

La **presentación de un estudio de impacto ambiental** (EIA), con la identificación de los impactos que se realizarán y medidas de mitigación.

La **existencia de una instancia de participación ciudadana** (consulta o audiencia pública). La audiencia pública sirve para que la autoridad pueda

⁵ Ley N° 25.675 - Ley General del Ambiente. BO: 28/11/2001. Artículos del 11 al 13.

escuchar las opiniones de todos los que tienen alguna objeción al proyecto que se está analizando. La consulta es la posibilidad de realizar observaciones por escrito. Esta instancia requiere el acceso adecuado y oportuno a la información ambiental vinculada al proyecto para garantizar una participación ciudadana efectiva.

La **decisión de la autoridad** respecto del proyecto de obra o actividad. Existen tres posibilidades: autorizar el proyecto mediante declaración de impacto ambiental (DIA), rechazarlo o autorizarlo con condiciones; es decir, exigiendo variaciones o cambios en el proyecto original.

Los estudios de impacto ambiental son considerados un eje central de las evaluaciones de impacto ambiental. Así, sostiene Berros el estudio de impacto ambiental es primer documento, que permite estructurar el procedimiento, tras lo cual se pasa a una segunda etapa, en el que se articulan los aspectos científicos y políticos de la decisión que se trate.

En ese sentido explica Berros que este estudio es presentado ante la autoridad competente, que en la mayoría de los casos es la autoridad con competencia ambiental, se comienza una etapa de *“analizar la documentación presentada, ponerlo a consideración y, finalmente, decidir respecto de la permisión o denegación de lo proyectado por el solicitante. Se genera un ámbito de necesario diálogo entre el “costado científico” y la autoridad administrativa que tiene a su cargo la construcción de una decisión suficientemente fundada a los efectos de autorizar o no la realización del emprendimiento.”*

Allí *“se pone a consideración el emprendimiento en un doble sentido: a la autoridad administrativa competente y a la “sociedad”. Esto último a través de mecanismos de participación ciudadana, como puede ser la audiencia pública u otras formas de consulta institucional. Con relación a lo actuado por la autoridad administrativa, lo que se problematiza en este momento son los criterios para la valoración del estudio de impacto ambiental. Es decir, de qué modo se arbitran, jerarquizan y se sopesan probables o potenciales riesgos (Noiville, 2003) que estructuran el estudio, a los efectos de decidir y fundar la decisión. Decisión que, a*

la vez, debe estar fundada en herramientas teóricas sólidas que permitan una valoración crítica de lo esgrimido en la presentación que se analiza.

“Asimismo, es importante señalar que las consecuencias que puedan devenir de la instauración de un proyecto no sólo pueden ser analizadas desde una perspectiva técnica, reduciendo el problema del riesgo a una dimensión técnico-científica. Lo expuesto, deja abierto el desafío de diseñar el modo a partir del cual se articulan los conocimientos técnicos (que son los que generalmente forman parte de los estudios de impacto ambiental) con otro tipo de conocimientos. Como incorporar los aportes de las diversas ciencias sociales y humanas, hasta las contribuciones de formas de conocimiento que exceden a aquellas que la modernidad tornó “legítimas” y que, por ejemplo, tienen que ver con el sentido común o con otras formas de “producir verdades” por fuera de los marcos institucionales considerados “válidos”(op. cit. Nota al pie 3).

Dicho todo lo expuesto, cabe señalar aquí la doctrina del actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a la Evaluación de Impacto Ambiental. El eminente jurista Ricardo Lorenzetti, sostiene que no puede aprobarse una actividad sin que el solicitante haya demostrado la inocuidad de la actividad para el ambiente, requisito que de ninguna manera puede darse por verificado en el presente caso.

En palabras del Dr. Lorenzetti (“La nueva ley ambiental argentina”, Publicado en: LA LEY 2003-C, 1332-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1541-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 737): *“La ley establece la obligatoriedad del estudio de impacto ambiental, (art. 11), mediante el siguiente texto: “Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución”. También aquí notamos un efecto sustancial, ya que el ejercicio de toda industria lícita previsto en la norma constitucional, preveía implícitamente, la apropiación*

*de los recursos ambientales. Ello era congruente con el régimen de dominio del Código Civil, que prevé como regla el uso y el abuso del derecho subjetivo de dominio. A lo largo de la historia se fueron imponiendo restricciones al dominio, entre las cuales sobresale el límite del abuso del derecho y la buena fe. **La limitación basada en la lesión ambiental es un límite externo, que destruye la presunción de legitimidad de la apropiación del recurso ambiental común (5). El emprendedor de una actividad potencialmente lesiva del ambiente, tiene la carga de demostrar que no lo es. La exigencia de un estudio de impacto ambiental, se relaciona con el principio de libertad de ejercicio de una actividad lícita y es un límite externo que invierte la carga de la prueba en materia de externalidades negativas probables.***” (el resaltado es propio).

Por todo ello, no puede entenderse que sea una mera formalidad, sino que es la única herramienta con que cuentan la ciudadanía para evitar la concreción de daños irreversibles al ambiente y resulta de suma necesidad que sea llevado a cabo antes de aprobar una actividad como la impugnada en autos, máxime cuando se desarrollará en un área natural de protección especial. Así, se debe cumplir siempre con este procedimiento, garantizando la independencia de los técnicos intervinientes y la información certera y completa de la población a efectos de lograr su participación en el proceso con la seriedad que requiere.

Antecedente: En la provincia de Mendoza, se ha dado hace muy poco tiempo un conflicto similar al presente, que afectó la misma zona que esta acción busca proteger: Laguna de Llanquanelo. Este sitio resulta de suma importancia para el equilibrio del ecosistema y la biodiversidad, motivo por el cual es un área protegida. La relación de este caso servirá para ilustrar a V.E. la importancia que reviste el cumplimiento del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental a las actividades aprobadas por la Resolución 813/17, que no pasaron por esta etapa gracias a la Resolución 789/17, quizás sabiendo de antemano que los impactos serán tales que de ninguna manera se permitiría su implementación en caso de cumplir las normas correspondientes. También permite deducir las razones que

llevaron a la Autoridad y al solicitante a pergeñar la estratagema denunciada por la cual se vieron exentos del procedimiento de EIA (esto es, solicitar por la vía ordinaria un permiso para explotar pozos petroleros con tecnología convencional para solicitar inmediatamente por proceso abreviado el empleo de la tecnología de explotación de hidrocarburos más resistida socialmente debido a los desastrosos impactos ambientales que genera).

La empresa Repsol-YPF⁶ propuso, a fines de los años noventa, un plan de explotación petrolera dentro de los límites de la laguna Llanquanelo, un ecosistema de humedales ubicado en las cercanías de Malargüe, provincia de Mendoza. Es una de las áreas con mayor valor de biodiversidad del país, y además de ser una reserva de carácter provincial, fue reconocida internacionalmente como sitio Ramsar (1995)⁷. La laguna se encuentra sobre la cuenca cuyana, gran reservorio de petróleo que ha sido explotado en distintos momentos desde 1930. Sin embargo, gradualmente se fue sujetando dicha explotación petrolera a distintas condiciones hasta que en 1995 se prohibió mediante una ley provincial que declaró la zona como área Protegida Natural.

Al principio, el proyecto propuesto involucró la creación de ocho pozos horizontales como experimento (etapa de exploración); después, contempló la perforación y extracción de otra serie de pozos (etapa de explotación). En la primera fase (agosto de 1999), no se llevó a cabo un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, sino un procedimiento abreviado y rápido. Posteriormente, en el 2000 cuando la empresa pidió una nueva autorización para continuar con la segunda etapa del proyecto, el gobierno abrió un procedimiento de EIA. Este procedimiento tuvo distintos momentos, fue suspendido y retomado, e incluyó intervenciones de distintos actores y decisiones judiciales de diversas instancias.

⁶ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A. (YPF) fue fundada a comienzos del siglo XX como una empresa estatal. Fue transformada en YPF S.A. en 1992 para formar parte de Repsol-YPF tras la adquisición por la española Repsol, cuyo proceso de privatización culminó en 1999. Finalmente, en abril del 2014, se promulgó la Ley N° 26.932, a través de la cual se volvió a estatizar a la empresa.

⁷ La laguna de Llanquanelo fue designada como el sitio Ramsar N° 759 el 8 de noviembre de 1995. Posee una superficie de 65.000 ha y, asimismo, es una Reserva Provincial de Fauna Silvestre Ramsar Convention <http://www.ramsar.org/pdf/sitelist.pdf> (última visita 02.09.2014)

La autoridad responsable de llevar a cabo el procedimiento de EIA fue la entonces Dirección de Saneamiento y Control Ambiental, actual Dirección de Protección Ambiental. Su misión consiste en evaluar ambientalmente obras y/o actividades⁸.

Si bien la extracción no había sido autorizada, cuando Repsol-YPF realizó su estudio de impacto ambiental, ya había varios pozos activos en el área de Llancanelo. El informe técnico inicial fue realizado por el Instituto Argentino de Zonas Áridas (IADIZA)⁹ y se supone financiado por Repsol-YPF.

Las opiniones respecto de la calidad técnica del informe estuvieron divididas entre quienes alegaron que era suficientemente sólido y aquellos que lo consideraron deficiente. Entre las opiniones que consideraron el informe deficiente, se destaca la crítica de organización ambiental Oikos¹⁰. Además de objeciones procedimentales al no brindar oportunamente la información necesaria, la organización centra sus críticas en el deficiente análisis de los efectos negativos para la vida natural de la laguna. El estudio no incluyó la opinión de biólogos, que permite delimitar la reserva desde sus valores biológicos; por esta razón se subestimaron los riesgos potenciales asociados al proyecto, particularmente los riesgos de contaminación del agua subterránea y de daño a la vida orgánica. De ese modo, el eje central de las críticas resultó la necesidad de definir los límites de la reserva para saber dónde operaba la prohibición.

Ante estas preocupaciones, se ordenaron nuevos estudios, que quedaron a cargo de Repsol-YPF. Entre ellos, se incluyó, por ejemplo, un estudio anual sobre

⁸ Dirección de Protección Ambiental, competencia de acuerdo a la Ley N° 5691, y decretos modificatorios 2109/04, 437/93 y 820/06: <http://www.ambiente.mendoza.gov.ar/index.php/organismos/direccion-de-proteccion-ambiental> (última visita 15.08.2014).

⁹ El Instituto Argentino de Investigaciones de Zonas Aridas (IADIZA) depende del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina.(CONICET), y forma parte del centro científico de Mendoza. IADIZA constituye una institución tripartita por un convenio entre el CONICET, la Universidad Nacional de Cuyo y el Gobierno de Mendoza.

¹⁰ Oikos Ambiental. Llancanelo Sustentable: www.oikosredambiental.org/documentos/Llancanelosusten.pdf (última visita 17.08.2014)

los pájaros de la laguna, que fue financiado por la empresa, sin el involucramiento de actores externos.

Posteriormente, en el año 2001, el jefe de Departamento de Irrigación solicitó la clausura de uno de los pozos al detectar una importante fuga, circunstancias que generaron tensión con el resto de los departamentos gubernamentales. Esta tensión fue luego resuelta cuando, al finalizar el mandato de dicha autoridad ese mismo año, el cargo fue ocupado por alguien cercano al gobierno¹¹. Al renovar las autoridades, se aprobó la continuación del proyecto, aun cuando los estudios ordenados para verificar la situación del escape no habían sido concluidos.

Las críticas al proyecto respecto de la delimitación de la reserva generaron que se invitara a un actor externo a analizar la situación. Es así que la Misión de Ramsar¹², luego de su visita en el 2001, concluyó que se podían realizar actividades extractivas bajo criterios ambientales y de seguridad. Además, recomendó un plan de gestión ambiental, la delimitación biológica de la reserva y la creación de un organismo para supervisar la laguna. Este informe fue también objeto de críticas.

La instancia de participación pública que se llevó a cabo en este caso fue la audiencia pública, realizada en agosto del 2000 durante el procedimiento de EIA. El acceso a la información relevante fue un problema en este caso, habida cuenta de que una parte del estudio (el último informe sectorial) fue entregado solamente dos días antes de la celebración de la audiencia pública. El público no tuvo tiempo suficiente para analizar la información completa del proyecto¹³.

¹¹ Este departamento renueva sus autoridades cada cuatro años; se superpone por dos años de una gobernación y luego de otra de acuerdo al resultado de la elección.

¹² Las misiones Ramsar son a pedido de parte y consisten en una visita de una comitiva integrada por dos o tres expertos extranjeros, representantes locales y resulta en la entrega de un informe con recomendaciones a las autoridades nacionales competentes.

¹³ Oikos Red Ambiental. *Laguna Llancanelo y el dilema de la sustentabilidad*: <http://www.oikosredambiental.org/documentos/Llancanelosusten.pdf>. (última visita 11.08.2014)

Entre los participantes de la audiencia pública –a cuyo listado de participantes y transcripciones no se pudo acceder–, la organización Oikos resultó el principal actor con postura crítica al proyecto. Esa organización tuvo un papel muy importante en exigir la definición de los límites de la reserva, dándole intervención a la justicia (en sus distintas instancias).

Si bien su postura puede ser vista en una primera instancia como de rechazo al proyecto, al exigir una definición más estricta de la reserva –dentro de las cuales no podría efectuarse la explotación–, dicha postura no implicaba necesariamente un rechazo a la actividad, que podría realizarse fuera de los límites biológicos de la reserva.

Posteriormente, en el 2005 y tras más de cinco años de disputa, que involucró la decisión de la Corte Suprema provincial, se inició un proceso –que duró otros dos años– para definir los límites de la reserva. En este proceso, el gobierno trabajó con Repsol-YPF, hacendados locales, grupos de ONG y el gobierno local. Por lo expuesto, las objeciones de los actores sociales (principalmente Oikos) no fueron reflejadas en la decisión de la autoridad que aprobó el proyecto, que no pareció dispuesta a revisar su decisión hasta que intervino la justicia, resaltando así la importancia que reviste actualmente V.E. para evitar los graves daños al ambiente que se producirán o están produciendo por el actuar ilegítimo de la AA.

Luego de aprobado el estudio de impacto ambiental mediante resolución, la organización ambiental Oikos interpuso una acción de amparo colectivo para impugnar dicha decisión hasta que se delimitara la reserva. La justicia hizo lugar a la medida cautelar interpuesta, paralizando las obras hasta que se resolviera la cuestión de fondo. Esta decisión fue apelada por el gobierno mendocino y confirmada en Cámara. En julio del 2003, la justicia decretó la inconstitucionalidad de la norma. Frente a esta decisión ambas partes apelaron nuevamente, llevando la causa al máximo tribunal mendocino, que terminó rechazando los recursos interpuestos. La etapa de negociación, que culminó con la

designación de su perímetro (siete años más tarde de emprenderse el procedimiento de EIA), se inició en paralelo a la intervención de la justicia.

En el plano político, la coalición gobernante, llamada la Alianza (UCR-Frepaso), apoyaba el proyecto por razones de desarrollo económico: traería ingresos y creación de puestos de trabajo. La posición de apoyo, así como la estrecha relación de la empresa con el gobierno, se puso en evidencia a través de manifestaciones públicas del gobernador de Mendoza. Algunos miembros del gobierno dijeron públicamente que el proyecto no implicaba riesgos ambientales y respetaba la regulación local, todas circunstancias similares a la situación actual, que nuevamente pone en riesgo el ambiente de un área protegida.

EIA en Mendoza para la actividad hidrocarburífera: En la provincia de Mendoza las actividades petroleras están sometidas a la evaluación de impacto ambiental (EIA) a partir de la promulgación de la Ley 5961. El art. 27 de la mencionada norma establece que los proyectos de obra o actividades capaces de modificar el ambiente en el territorio provincial deben obtener la llamada “Declaración de Impacto Ambiental” o DIA que emite la autoridad de aplicación a aquellas obras que han sido sometidas al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental previsto por esta norma¹⁴. La DIA puede autorizar, denegar o autorizar una obra con requerimientos previos. El Anexo I establece una lista de proyectos que deben someterse invariablemente a la EIA, entre los cuales figuran la exploración y explotación de hidrocarburos. El Decreto 437/93 a su vez reglamenta el procedimiento de EIA de manera específica para la actividad hidrocarburífera, tomando como base la Resolución Nro. 105 de la Secretaría de Energía de la Nación. El decreto establece que los proponentes deberán presentar –sea en la etapa de *exploración o explotación*- una Manifestación General de Impacto Ambiental (o Estudio Ambiental Previo para la Resol. Nro. 105/92 de la SEN) y someterse al

¹⁴ **ARTÍCULO 27º** - TODOS LOS PROYECTOS DE OBRAS O ACTIVIDADES CAPACES DE MODIFICAR, DIRECTA O INDIRECTAMENTE EL AMBIENTE DEL TERRITORIO PROVINCIAL, DEBERÁ OBTENER UNA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (D.I.A.) , EXPEDIDA POR EL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, URBANISMO Y VIVIENDA O POR LAS MUNICIPALIDADES DE LA PROVINCIA, QUIENES SERÁN LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY, SEGUN LA CATEGORIZACIÓN DE LOS PROYECTOS QUE ESTABLEZCA LA REGLAMENTACIÓN Y DE CONFORMIDAD CON EL ANEXO 1, QUE FORMA PARTE DE LA PRESENTE LEY.

procedimiento administrativo previsto en los artículos 29¹⁵, 30¹⁶ y concordantes de la Ley 5961, es decir, la elaboración de dictamen técnico, *audiencia pública* y la emisión de la Declaración de Impacto Ambiental. En los años '90, y para atender el pedido del sector hidrocarburífero respecto de la excesiva burocracia administrativa, la AA comenzó a utilizar el procedimiento de exención de la obtención de la DIA previsto en los artículos 9º, 10 y 11 del Decreto N°. 2.109/94 (también reglamentario de la Ley 5.961 pero para el resto de las actividades sometidas a EIA), denominado Aviso de Proyecto. Fiscalía de Estado en su momento objetó al mismo por considerarlo como una excepción no prevista por la norma de mayor jerarquía (Ley N° 5.961), sin embargo su uso consuetudinario terminó por consolidar este procedimiento administrativo abreviado, que hoy se utiliza para proyectos con escasa incidencia ambiental.

En 2008 se dictó el Decreto N° 170, complementario del Decreto N° 437/93, que estableció nuevas pautas para la adecuación del procedimiento de EIA de proyectos hidrocarburíferos. Para el caso de empresas que ya estuvieran operando yacimientos (como el caso que nos ocupa), el art. 15 establece la

¹⁵ **ARTÍCULO 29º** - EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, ESTARÁ INTEGRADO POR LAS SIGUIENTES ETAPAS:

- A) LA PRESENTACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y, EN SU CASO, LA MANIFESTACIÓN ESPECÍFICA DE IMPACTO AMBIENTAL;
- B) LA AUDIENCIA PÚBLICA DE LOS INTERESADOS Y AFECTADOS;
- C) EL DICTAMEN TÉCNICO;

LAS ETAPAS INDIVIDUALIZADAS COMO C) Y D) SE CUMPLIRÁN EN FORMA SIMULTANEA.

¹⁶ **ARTÍCULO 30º** - A LOS EFECTOS DE OBTENER LA D.I.A. , EL PROPONENTE DE LAS OBRAS O PROYECTOS, DEBERÁ PRESENTAR ANTE EL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, URBANISMO Y VIVIENDA O EL MUNICIPIO JURISDICCIONALMENTE COMPETENTE, LA CORRESPONDIENTE MANIFESTACIÓN GENERAL DE IMPACTO AMBIENTAL, CONTENIENDO LOS REQUISITOS QUE ESTABLEZCA LA REGLAMENTACIÓN.

CUANDO LAS CONSECUENCIAS O EFECTOS DEL PROYECTO O ACTIVIDAD SEAN SUSCEPTIBLES DE AFECTAR A MÁS DE UNA JURISDICCIÓN TERRITORIAL, LA PRESENTACIÓN SE HARÁ POR ANTE EL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, URBANISMO Y VIVIENDA, EL CUAL CONVOCARÁ A LOS MUNICIPIOS IMPLICADOS, CON EL OBJETO DE PRESENTAR UNA SOLA D.I.A. EN CUYA EVALUACIÓN INTERVENGAN LOS ENTES U ORGANISMOS POTENCIALMENTE AFECTADOS.

LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN PODRÁ REQUERIR ADEMÁS, CUANDO LAS CARACTERÍSTICAS DE LA OBRA O ACTIVIDAD LO HAGAN NECESARIO, Y CON EL OBJETO DE OBTENER MAYORES DATOS Y PRECISIONES, MANIFESTACIONES ESPECÍFICAS DE IMPACTO AMBIENTAL, DE CONFORMIDAD CON LO QUE ESTABLEZCA LA REGLAMENTACIÓN.

LAS MANIFESTACIONES TENDRAN CARÁCTER DE DECLARACIÓN JURADA Y SERAN SUSCRITAS POR PROFESIONALES IDONEOS EN LAS MATERIAS QUE COMPRENDAN Y DEBIDAMENTE HABILITADOS.

obligación de presentar un plan de obras e incorporarlo al Informe Ambiental 2008, y para cada proyecto que integre el Plan de Obras, la AA categorizará el mismo de acuerdo a su complejidad en Informe Ambiental Específico, Aviso de proyecto o Manifestación General de Impacto Ambiental. Estas son las únicas opciones a las que puede apegarse la autoridad.

Es obvio que un proyecto que utilizará una tecnología nueva para la región, que involucra el manejo de grandes cantidades de residuos y efluentes conteniendo residuos peligrosos, que presenta riesgo ambiental para los acuíferos y las aguas superficiales, que además es socialmente resistido y que no posee un marco normativo acorde, debería considerarse como proyecto de alta complejidad y por ende someterse a la máxima categoría de evaluación (la Manifestación General de Impacto Ambiental).

Sorprendentemente, la AA no solo no utilizó ninguna de las categorías previstas por todo el marco normativo mencionado, sino que utilizó una resolución cuyo espíritu es atender a pequeñas obras de infraestructura que por su escasa incidencia ambiental pueden prescindir de una evaluación más exhaustiva. Lógicamente, los tiempos de respuesta del Poder Ejecutivo se acortan enormemente, aunque podemos afirmar que este caso supera toda previsión por la celeridad del trámite (6 días).

B) La Resolución Nro. 589/DPA/14:

Para aquellas obras de infraestructura que requieren reparaciones, o que por su escasa incidencia ambiental no sería adecuado evaluarlas bajo los procedimientos administrativos existentes, o porque se torna urgente su modificación para evitar daños ambientales, la autoridad ambiental creó esta norma que enlista una serie de infraestructuras no contempladas por el resto de la normativa.

En los considerandos de la norma se establece que *“Que el formato de Adecuación de Infraestructura se hace necesario fundamentalmente para agilizar*

los trámites administrativos de aquellas obras que por su envergadura no requieren de una evaluación ambiental como las señaladas por el Decreto Provincial N° 170/08”, es decir, que todas aquellas obras que no se encuentren en esta resolución deben ser evaluadas a través del procedimiento establecido por el Decreto N° 437/93 y su Decreto complementario N° 170/08. A mayor abundamiento y a riesgo de ser reiterativo, **la resolución menciona OBRAS y no menciona ACTIVIDADES** como la que aprueba la Resolución 813/17.

Por otro lado, de la lectura de la resolución surgen más elementos que constituyen la plataforma fáctica para su nulidad:

- 1) Las sustancias utilizadas en la fractura son en su mayoría tóxicas para los organismos acuáticos, es decir, tiene al menos una de las características para ser considerada residuos peligrosos, con lo cual tenemos que de los 4 pozos puede haber al menos 2 millones de litros de flowback (agua de retorno) de los cuales la resolución dice muy poco. Si un camión tiene unos 20m³ de capacidad, entonces tenemos el equivalente a 100 camiones de residuos peligrosos que se generan en no más de 3-10 días. La resolución menciona unas piletas de contención, que al parecer son a cielo abierto con sistema de flotante, y más allá de que las piletas a cielo abierto fueron prohibidas en 1995 por la SEN, si se llega a producir una filtración (posible y hasta probable por el aumento sísmico que la propia actividad genera), y dependiendo de la red de drenaje local, puede ir a parar al río Salado, de ahí al sistema de La Junta y podría llegar hasta Llancanelo, o al sistema del río Atuel y la zona irrigada, con daños ambientales irreversibles, no solo en la Provincia de Mendoza;
- 2) No hay estudios previos que la Autoridad de Aplicación haya solicitado. Los estudios recomendados por el dictamen técnico y

luego incorporados a la Resolución Nro. 813 no se han realizado de manera previa al inicio de las operaciones petroleras;

- 3) La Resol. 709/17 DPA autoriza la perforación de dos pozos de desarrollo mediante la técnica convencional;
- 4) El área técnica de Petróleo sugiere que el procedimiento se lleve adelante a través de una Manifestación específica de Impacto Ambiental, lo cual es descartado por la Directora de Protección Ambiental;
- 5) El Decreto 170/08 exige en su art. 7 la reglamentación de un seguro ambiental para las empresas concesionarias, y que aquí no se ha constituido;
- 6) El decreto 170 establece en su art. 13 punto 2) que para cada proyecto nuevo que no haya sido contemplado en el Informe Ambiental 2008, la autoridad de aplicación solicitará –según la magnitud y complejidad ambiental de la obra- un informe específico, un aviso de proyecto o una MGIA. En este caso la solicitud de aprobación del fracking se tramitó a través del Informe de Adecuación de Infraestructura (Res. N° 589/14);
- 7) La Res. N° 589/14 se pensó para pequeñas obras que no sean ambientalmente significativas y necesiten ser resueltas rápidamente, pero en el camino se incorporaron obras como perforación de pozos, que desvirtúan el espíritu de la norma. Dentro de las actividades alcanzadas por la norma no se encuentra la fracturación hidráulica (que es una técnica) sino que se restringe a obras específicas, o sea, no contempla la evaluación de actividades sino de obras;
- 8) La Res. 813 en su art. 1° aprueba la adecuación de infraestructura, siendo que la actividad propuesta no implica nueva infraestructura, según se desprende del mismo informe, sino que se trata del empleo

de una técnica nueva para la provincia llamada estimulación hidráulica. En resumen, la resolución 813 aprueba una actividad que debería estar sometida a otra norma, en este caso el decreto 437/93 reglamentario de la ley 5961/92 para la evaluación ambiental de las actividades petroleras;

- 9) En su art. 3° la Res. 813 obliga al proponente a cumplir con todas las recomendaciones surgidas no solo de la norma sino de los informes sectoriales, dictamen técnico y el Informe técnico de la DPA que obra anexo a la resolución. Al respecto, existen una serie de solicitudes previas al inicio de la actividad que nunca fueron realizadas (instalar freatímetros, instalar sondas sísmicas, tomar muestras de agua antes y después de cada fracturación, avisar 48 hs. antes del inicio de las operaciones, la inscripción ante la DGI para autorizar el uso de aguas, o la gestión de las aguas residuales), que no han sido finalizadas. Son obras que debieron ser previas al inicio de las actividades, no posteriores.

IX.- OBLIGACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS:

De acuerdo a la información del INAI, se sabe que en la zona habitan comunidades mapuches, lo que torna obligatoria la realización de consulta previa, en la que se otorgue el consentimiento de los pueblos originarios, que debe ser libre e informado, previo a la autorización y más aun al inicio de la actividad. Esta obligación no puede ser soslayada, dado el reconocimiento constitucional de estos pueblos y sus derechos (Art. 75, inc. 17) y por las previsiones del Convenio 169 de la OIT, tratado ratificado por Argentina, e incluso de rango superior a las leyes nacionales. De allí surgen mandatos expresos e inequívocos en torno a las políticas que puedan afectar los derechos indígenas en relación a las tierras, los recursos

naturales, su entorno, cultura, espiritualidad y sus aspiraciones en relación al modelo de desarrollo local.

Este convenio compromete a los Estados Parte a desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de estos pueblos y a garantizar su integridad, estableciendo el deber de adoptar medidas especiales para salvaguardar la cultura y el ambiente de los pueblos originarios. Particularmente reconoce el derecho de los pueblos sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, y en particular en relación a los recursos minerales establece el deber de realizar las consultas con carácter previo a la autorización o inicio de las actividades.

Así su art. 4º establece que la obligación de los Estados de adoptar medidas que salvaguarden los derechos de estos pueblos, que no pueden ser contrarias a lo expresado por los pueblos afectados. Por su parte, debemos resaltar que el art. 6º determina que al aplicarse las disposiciones del Convenio los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, establecer los medios a través de los cuales puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población. Enfatiza en este punto **que la finalidad de esta participación será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas**. Por último, el art. 7 establece especialmente la participación de los pueblos originarios en todas las decisiones sobre proyectos de desarrollo susceptibles de afectar el ambiente que habitan.

Ante ello, cabe remarcar que el consentimiento al que tenderá la participación de los pueblos originarios debe ser previo, libre e informado. En el sistema interamericano el derecho al consentimiento libre, previo e informado ha sido reconocido como un estándar vigente y exigible a partir del derecho a la propiedad garantizado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que Argentina es parte. Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que la propiedad comunal indígena tiene plena

protección bajo el artículo 21 de la Convención Americana, fundamentándola en la especial relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio¹⁷.

Para mejor ilustración de V.S., precisamos los alcances y significados de este concepto fundamental:

-Libre significa que no hay coerción, intimidación ni manipulación.

-Previo significa que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas.

-Informado significa que se ha proporcionado que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, reversibilidad y alcance del proyecto o cualquier actividad propuesta; b. El objetivo u objetivos; c. La duración; d. Las zonas que se verán afectadas; e. Probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios; f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto.

La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible, entre otras cosas en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente. La información debe difundirse de manera que tenga en cuenta sus tradiciones orales e idiomas.

En el fallo “Acción de amparo: Andrada de Quispe, Rosalía y otros c/Estado Provincial”, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy condenó a la administración provincial a dar cumplimiento a lo establecido por el art. 15 inc. 2 del Convenio 169 de la OIT, “*dando obligatoria participación en todas las actuaciones administrativas a las comunidades aborígenes referidas a*

¹⁷ 14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

*trámites sobre territorios que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, en particular las que se tramiten por ante el Juzgado Administrativo de Minas*¹⁸.

En el presente caso, ninguno de estos derechos ni consideraciones han sido tenidos en cuenta.

Por su parte la cláusula constitucional del art. 75 inc. 17, resulta de la mayor importancia en el tema que nos ocupa: expresamente efectúa el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, reconociendo también el deber de “*garantizar el respeto a su identidad ... reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano*” como el de “*asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan*”. Como es evidente, el constituyente ha planteado las más amplias y llanas garantías para estos pueblos ancestrales, que aún ven postergadas la titulación de sus tierras y el efectivo goce de los derechos más básicos. Un ejemplo reciente de esta postergación y del inexorable vínculo que existe entre el reconocimiento del derecho a las tierras, la participación pública, el derecho a la consulta y el ordenamiento ambiental del territorio, es la “Causa Salas”.

Por último, de acuerdo a los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”), es necesario que la consulta sea comenzada cuanto antes posible; es decir, antes de que se otorgue cualquier aprobación y más aun antes del inicio de la explotación.

Sobre la base de los argumentos expuestos, deben suspenderse las autorizaciones hasta tanto se someta a consulta de las comunidades indígenas cualquier tipo de decisión que pueda afectar su derecho a elegir libremente su modo de desarrollo.

¹⁸ Sentencia del 2 de mayo de 2006.

**X.- PLANTEO SUBSIDIARIO: SUSPENSIÓN DE LAS
ACTIVIDADES:**

Tal como fuera expresado, la Resolución 813/17 estableció una serie de requisitos previos al inicio de las actividades que no fueron cumplidos. Por tal motivo, V.E. debe suspender todo acto autorizado por la Res. 813 hasta tanto se acredite el cumplimiento de los requisitos previos que no han sido satisfechos.

XI.- SOLICITA MEDIDA CAUTELAR:

Debido a la existencia de una lesión actual de derechos constitucionales, **SOLICITO** a V.S., en los términos del art. 112 y cc. del CPC de la Provincia que, hasta tanto se resuelva favorablemente la demanda aquí deducida, se decrete una medida cautelar de no innovar que ordene la suspensión de los efectos de la aprobación otorgada, es decir, la fracturación hidráulica y la puesta en marcha de la explotación de los cuatro pozos aprobados (hay peligro en la demora) ya que hay riesgo ambiental según lo deducido de la información proporcionada en el dictamen técnico y en el informe sectorial del Departamento Gral. de Irrigación, especialmente a los recursos hídricos, como se demostrará más adelante, máxime teniendo en cuenta que la actividad hace uso de residuos peligrosos. Si bien la fracturación o estimulación hidráulica de un pozo se ha realizado, aún restan tareas de preparación para que entre en fase productiva, lo que podría ocurrir para la fecha aproximada del 15 de agosto, y en donde podría ocurrir daño ambiental por las razones que se explicarán más adelante.

En la especie se cumplen acabadamente los requisitos que la ley exige para el decreto de esta medida cautelar, a saber:

A) Verosimilitud del derecho:

Este requisito queda demostrado mediante la ilegalidad que significa haber dado la aprobación mediante un procedimiento que no incluye Evaluación de Impacto Ambiental ni instancias de participación ciudadana.

En materia ambiental, la LGA– *de presupuestos mínimos*, art. 41, 3° párrafo Constitución Nacional- resulta a todas luces clara sobre la obligatoriedad de la participación ciudadana en la consideración de los proyectos que tengan incidencia sobre el medio ambiente. Al referirse a la participación ciudadana, pone especial énfasis en la necesidad de una instancia de consulta y opinión frente a evaluaciones de impacto ambiental y al proceso de ordenamiento ambiental del territorio (art. 21 LGA). Dicha norma debe ser celosamente observada por tratarse de una ley nacional de presupuestos mínimos. En efecto, resulta imperativa para todas las provincias (art. 41, 3° párrafo, CN).

No perdamos de vista que la Declaración de Río de Janeiro de 1992, producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (ECO 92), en su Principio N° 10 establece:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. De este modo queda consagrada la denominada teoría de los “tres accesos” que plasma la institucionalidad requerida desde el derecho ambiental internacional para la toma de decisiones en que se encuentre en juego el modelo de desarrollo sustentable que desde 1994 contempla nuestra Constitución Nacional.

En referencia a la evaluación de impacto ambiental, cabe destacar que la LGA establece que, en forma previa a su ejecución, toda obra susceptible de degradar el ambiente en forma significativa estará sujeta a un

procedimiento de evaluación de impacto ambiental (art. 11). En el marco de dicho procedimiento, las empresas responsables deberían presentar un estudio de impacto ambiental, el cual deberá contener como mínimo *“una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos”* (art. 13 LGA).

Lejos de tratarse de una cuestión menor, el referido incumplimiento pone de relieve que la aprobación otorgada por la Resolución 813/17 y el inicio de las actividades resulta ilegal.

La evaluación de impacto ambiental constituye el mecanismo legal por excelencia para prevenir daños ambientales potenciales. Se exige completarlo antes del inicio de la actividad y tiene por objeto comprobar los efectos nocivos que la misma pueda provocar¹⁹.

En este contexto, la ausencia de información, de estudios ambientales profundos e independientes y de evaluaciones técnicas y/o científicas nos impide conocer cuáles serán los efectos del empleo de la tecnología de fractura hidráulica en el ambiente de la zona, y en las cuencas de los Ríos Salado y Atuel.

La instancia de participación ciudadana y de acceso a la información ambiental se encuentra estrechamente vinculada con el principio precautorio: *“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”* (art. 4 LGA).

Es dable poner de relieve la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *“Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional”*²⁰

¹⁹ ESAÍN, José Alberto, “Evaluación de impacto ambiental y medida autosatisfactiva” en *“Derecho ambiental (su actualidad de cara al tercer milenio),* Coordinador: Eduardo Pablo Jiménez, Ed. Ediar, p. 179.

²⁰ Fallos 332:663.

a efectos de comprender los alcances del principio precautorio. A saber: *“El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios”*²¹.

En el citado caso, la Corte Suprema, por aplicación del principio precautorio, suspendió autorizaciones de tala y desmonte hasta tanto se efectuara un **estudio de impacto acumulativo** de dichos procesos, debiendo darse amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada²².

El espacio institucional habilitado como garantía para la expresión de opiniones ciudadanas resulta de suma trascendencia. No olvidemos que la ausencia de una audiencia pública fue la que provocó la paralización del emprendimiento minero en el célebre caso “Villivar Silvia Noemí c/ Provincia del Chubut y otros s/ amparo”²³.

La decisión judicial en el citado amparo ambiental consistió en paralizar toda obra o acto a ejecutarse en el emprendimiento minero Cordón Esquel por parte de Minera El Desquite hasta tanto se cumpliera con la audiencia pública prevista en la Ley 4032 de la provincia de Chubut (Evaluación de Impacto Ambiental).

El citado caso revela la importancia de que las autoridades den cumplimiento con la legislación ambiental nacional convocando siempre a audiencias públicas. En rigor, la aplicación de la ley es obligatoria para la autoridad

²¹ Fallos 332:663. Considerando 2.

²² Fallos 332:663. Considerando 3.

²³ Fallos 330:1791.

ambiental.

Siguiendo la línea jurisprudencial descripta, la utilización de la tecnología de fractura hidráulica debe ser detenida sin más demora. Ello, en virtud de que no ha tenido lugar la instancia participativa a la que nos referimos con anterioridad.

Los propios precedentes del Alto Tribunal destacan que, dada su naturaleza jurídica, las medidas cautelares no exigen el examen de certeza del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud. Incluso agregan que *“el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”*²⁴.

La medida precautoria tiene carácter conservativo toda vez que el objetivo último es mantener el *statu quo* de una relación jurídica mientras se dirime la cuestión de fondo. Nuestro Máximo Tribunal la ha interpretado de esta manera:

*“La finalidad de la medida cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.”*²⁵

El art. 32 LGA establece que podrán solicitarse medidas de urgencia en cualquier estado del proceso, aún sin audiencia de la otra parte.

En autos puede apreciarse fácilmente la violación de los arts. 41 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 23 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 4º, 11, 13, 19, 20, 21 LGA, art. 7 Ley 26.639, entre otros.

²⁴ Fallos 326:4981; 329:4822; 330:2470.

²⁵ Fallos 326:4409.

Reciente jurisprudencia del Alto Tribunal ha establecido que, en virtud de los principios preventivo y precautorio, no debe exigirse prueba determinante de la degradación ambiental ni restringirse el acceso a la jurisdicción. A saber: “*El segundo párrafo del art. 7 de la Ley General del Ambiente está inmerso dentro de un sistema que tiene como principios fundantes la prevención y precaución que resultarían aniquilados si se exige una prueba de la efectiva degradación o contaminación interjurisdiccional al momento de la exposición de los hechos en la demanda. Asimismo y como señala el art. 32 de la citada norma, el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie y el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*”²⁶.

De la misma forma en que existe un principio *in dubio pro debitoris*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro consumatore*, resulta imprescindible comenzar a aplicar un principio *IN DUBIO PRO NATURA*.

Como fuera expresado en el pto. VII. A) de este escrito, el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental es la herramienta que cuenta la ciudadanía para evitar que se degrade el ambiente de manera irreversible. En este sentido, se observa en el presente caso que el análisis previo de los impactos que generará la actividad aprobada, cuya suspensión se solicita, no alcanza siquiera el estándar del principio de prevención (art. 4º LGA: “*La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: ... Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.*”). La medida precautoria que se solicita, sin perjuicio de su procedencia justificada por el principio precautorio

²⁶ Fallos CSJN “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF S.A. y otros s/ daño ambiental”, 30/12/2014.

arriba desarrollado, encuentra fundamento más que suficiente en el principio de prevención, rector del derecho ambiental.

La realización del procedimiento de EIA, proceso del cual se apartó la AA en este caso, es la materialización de este principio y no puede ser ignorado al aprobar un permiso para una actividad con tanto potencial dañino como la estimulación hidráulica de pozos petroleros, sin configurar una violación al art. 41 de la CN y un incumplimiento de los deberes del funcionario público competente. La prevención de daños al ambiente es uno de los objetivos rectores de la política ambiental nacional, que constituye un presupuesto mínimo para las políticas provinciales. Así lo establece el art. 2° de la Ley 25.675: “...*La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:... g) **Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo.... k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental....***”.

El inc. k), del artículo 2° Ley 25.675, arriba citado, señala claramente la necesidad de realizar **procedimientos adecuados** para la prevención de daños al ambiente. De tal forma, la obtención del permiso cuestionado en autos por medio del procedimiento establecido en la Resolución 589/DPA/14, no resulta más que una violación de la LGA y obliga a V.E. a dictar la medida precautoria que se solicita, con fundamento en el principio de prevención.

Este principio, al decir del Dr. Cafferatta, actual Titular de la Secretaría de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se diferencia del precautorio por cuanto actúa sobre el riesgo “*sabido, conocido, verificado, comprobado, real, en tanto que el de precaución interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, el posible*” (Cafferatta, Néstor: “Los principios y reglas del Derecho ambiental”, artículo publicado en la web <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASE>

[S%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf](#)). Es esta la función que cumple el procedimiento de EIA, función que configura uno de los objetivos de la política ambiental, y constituye uno de los principios jurídicos de la normativa ambiental. Su falta de realización no puede considerarse nunca un hecho menor, sino que significa violar la ley y poner en riesgo el ambiente, riesgo muy alto en el presente caso por la naturaleza y características de la actividad aprobada ilegítimamente por la demandada.

Y debo resaltar en este punto que, tal como fuera señalado en el acápite VII. A), no es cualquier procedimiento sino que debe cumplir al menos las instancias allí señaladas, previo al inicio de la actividad.

Así las cosas, cabe concluir que el recaudo de verosimilitud del derecho se encuentra ampliamente cumplido.

B) Peligro en la demora:

El peligro existente en la demora resulta en la especie más que evidente, pues ha comenzado la utilización de fractura hidráulica cuyos efectos ambientales negativos desconocemos. Incluso antes de la publicación de la Resolución 813/17 en el Boletín Oficial, la empresa dio inicio a las actividades aprobadas por dicha resolución.

De no adoptarse rápidamente la medida cautelar solicitada, la utilización de fractura hidráulica avanzará ubicándose en un margen de ilegalidad como consecuencia de la omisión de la presentación de un estudio de impacto ambiental, de una evaluación de impacto ambiental y de las instancias de participación ciudadana.

El peligro en la demora se traduce en el temor fundado de un daño inminente²⁷. Acerca de este requisito la Corte ha establecido que *“el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad*

²⁷ HIGHTON, Elena, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”; Tomo 4; Ed. Hammurabi; 2005, pág. 38

comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego”²⁸.

Es evidente que, de avanzar la utilización de fractura hidráulica sin que, previo a ello, sean presentados los correspondientes estudios y evaluaciones de impacto ambiental, se lesionará no sólo el derecho de la FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES sino el derecho de toda persona a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente.

Es de pura lógica inferir que, a medida que la actividad avance, se tornará mucho más complejo detenerla. Por ello, resulta imperioso que hasta tanto no sean presentadas las evaluaciones técnicas que den cuenta de la sustentabilidad ambiental del proyecto en relación al ambiente de la zona y las cuencas hídricas que afectará debe ordenarse el cese inmediato de la utilización de fractura hidráulica. Así, el peligro en la demora se enlaza con la satisfacción de principios ambientales como el precautorio y el de prevención.

El principio de prevención implica que *“las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”* (art. 4 LGA).

Froncosa jurisprudencia y calificada doctrina han establecido que los referidos recaudos son inversamente proporcionales. En efecto, a mayor verosimilitud del derecho se flexibiliza la exigencia procesal de peligro en la demora y lo mismo acontece en caso de que un peligro inminente se presente de manera más clara que el derecho que se pretende asegurar.

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que se encuentra cumplido el recaudo legal de peligro en la demora.

²⁸ Fallos 331:108.

C) Contracautela:

Sobre este requisito de las medidas precautorias, solicito se otorgue el beneficio de litigar sin gasto, en virtud de la persona demandada, y se exima por tanto de otorgar contracautela. Ello así, atento que la acción se entabla contra el Estado Provincial, persona que goza del beneficio solicitado de acuerdo a lo establecido en el art. 95 del CPC. Esta solicitud encuentra su asidero en el art. 97 V del CPC, que reconoce éste derecho para la parte contraria a la que goza del beneficio. Tal ha sido el criterio de la pacífica jurisprudencia que dice: *“Se admite la eximición de prestar contracautela mientras dure el trámite del beneficio de litigar sin gastos, acorde a la doctrina de la Corte que ubican a la justicia social, como principio de interpretación jurídica de jerarquía constitucional. La obtención de precautorias no puede quedar limitada a quienes poseen medios económicos”* (I Cámara Civil, fallo del 1/1/99, “Discépolo, Miguel y otros en J. Discépolo Carolina y Miguel C/Instituto de Nefrología y Hemodiálisis P/Des. Daños y perjuicios”, LA 164, Pág. 296).

La actora es una entidad sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del ambiente, derecho expresamente protegido por el art. 41 de la CN. Este no es solo un interés de mi parte, sino un interés de incidencia colectiva (art. 43 de la CN). Existe amplia jurisprudencia en esta materia según la cual puede otorgarse la medida cautelar sin contracautela, atento a la naturaleza y finalidad de la entidad que representa, en el caso, de usuarios de la prestación eléctrica, previstos, fomentados y protegidos por la Constitución Nacional (14° Juzgado Civil, causa N° 127937 “Prodelco C/EPREP/Acc. Declarativa, Med Prec”; 126317 “Prodelco C/Municipalidad de Maipú p/ Amparo Ambiental”, confirmada por la Exma. Cámara Civil el 3 de mayo de 1998).

Atento a dicha jurisprudencia, a la naturaleza de los intereses en juego en la acción y a que mi parte goza del beneficio de litigar sin gastos, solicito la eximición de otorgar contracautela del art 112 del CPC.

A todo evento, de manera subsidiaria, en atención a la naturaleza del pleito, las cuestiones articuladas y los intereses en juego, se ofrece la caución juratoria como contracautela.

Por lo expuesto, a V.E. **SOLICITO** el otorgamiento de la presente medida cautelar.

XII.- PRUEBA:

Que viene a ofrecer la siguiente prueba:

A) Documental

- 1) Estatuto de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales;
- 2) Acta de designación de autoridades;
- 3) Poder judicial a favor de su Director Ejecutivo Andrés Nápoli. Estos 3 documentos se presentan en copia simple, haciendo uso del artículo 29 del CPC de la Provincia, y asumiendo el compromiso de presentar copias certificadas dentro de los 10 días.
- 4) Publicación oficial de las resoluciones 789/17 y 813/17 DPA.

B) Informativa:

- 1) Se libre oficio a la Dirección de Protección Ambiental de la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial de la Provincia de Mendoza a efectos de que remita todas las actuaciones administrativas citadas en el presente escrito, particularmente las que dieron lugar a las resoluciones 789/17 y 813/17.
- 2) Se libre oficio al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas a efectos de que informe sobre las comunidades originarias que habitan en la Provincia de Mendoza, señalando su ubicación en el territorio.

XIII.- DERECHO:

Esta pretensión se funda en lo que establecen los 41 y 43 de la Constitución Nacional; Pactos de Derechos Humanos mencionados en la presente demanda por remisión del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; la Ley 25.675; la Ley 5.691 de la Provincia, y demás normativa citada en el presente escrito.

Desde la reforma constitucional de 1994, Argentina le otorgó reconocimiento al derecho a un ambiente sano, e impuso el correlativo deber de preservarlo. El ambiente debe ser *“sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las futuras generaciones”* (Artículo 41). De esta forma, el Estado Nacional y la Provincias asumen la obligación frente a la población de proteger el ambiente y tomar las medidas que sean necesarias para garantizar un ambiente sano.

Posteriormente, a través de la sanción de distintas leyes de protección ambiental sectorial se intenta garantizar la efectividad de este derecho. Dentro de ellas, se destaca la Ley General del Ambiente (LGA N° 25.675), que reúne las características principales de tratamiento de la cuestión ambiental y establece los objetivos, principios e instrumentos de la política ambiental, de aplicación en todo el territorio nacional.

Entre los principios establecidos por la LGA, cobran fundamental relevancia el de prevención y el de precaución. Ambos constituyen herramientas de interpretación del derecho positivo para los jueces, las autoridades administrativas y la ciudadanía en los aspectos a reconocer en las etapas ex ante y ex post del daño ambiental. El principio precautorio avanza aún más que el preventivo, ya que considera la necesidad de actuar para evitar el daño aun cuando no existe certeza respecto de su acaecimiento futuro, y se plantea frente al peligro que se produzca un daño grave o irreversible.

La Ley General del Ambiente, delimitando el ámbito de aplicación de los referidos principios, dedica un capítulo al daño ambiental (arts. 27 a 33). En el art. 27, *in fine* se define el daño ambiental de incidencia colectiva (tal como la ley denomina al daño ambiental): “*Se define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos*”. Allí se establece claramente lo que significa el daño al ambiente propiamente dicho, al que –como acabamos de ver- lo denomina daño ambiental de incidencia colectiva, diferenciándolo del daño a individuos a través del ambiente, que es denominado daño por contaminación. El concepto de ambiente incluye: a) los recursos naturales abióticos y bióticos, es decir el agua, el aire, el suelo, la fauna, la flora y la interacción entre estos factores; b) los bienes que componen la herencia cultural; c) los aspectos característicos del paisaje y los bienes y valores colectivos, categorías muy amplias, inclusivas de numerosos supuestos.

Esta conceptualización del daño ambiental se refiere a su clase más pura o apropiada, que reconoce el derecho al ambiente por parte de la comunidad toda, más allá del interés individual de cada sujeto. Esta clase de daño ambiental tomada por la norma que reglamenta el artículo 41 de nuestra Carta Magna es aquel de incidencia colectiva, en el que importa el perjuicio a la naturaleza más allá de los particulares.

En el caso del daño al ambiente, tal como se reclama en autos, nos encontramos con un daño al medio, ya sea mediante su alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente. Cuando existe daño al ambiente, no debe necesariamente concretarse un daño específico, o puntual a las personas o sus bienes particulares. En muchas circunstancias ambas categorías de daño (al ambiente y a las personas) coexisten. El daño ambiental *per se*, al reunir características distintas al daño a los individuos a través del ambiente, merece otro tratamiento que presente soluciones a su complejidad conceptual. En este sentido,

deviene fundamental la consideración de nuevas herramientas por parte de la LGA que recoge algunos aportes de la experiencia jurisprudencial, doctrinaria y comparada en la materia.

Otro elemento relevante a destacar, es el ya referido carácter colectivo del daño ambiental. El derecho al ambiente *per se* no es un derecho aislado del hombre, sino que se lo regla a partir de éste, y por ello siempre deberá haber una afección al hombre. Lo que sucede es que en estos casos la afección no es en la faz individual sino colectiva. Los dañados no son individualizables, sino que resultan una pluralidad de personas, demandantes legitimados que accionan con ese interés colectivo que los identifica con el ente al que pertenecen (ciudadanía), donde se diluyen para confundirse con el interés del resto de los que lo componen. Esto es lo que de colectivo tiene este tipo de daño.

Para tomar una decisión, V.S. debiera tener en cuenta ciertas particularidades de la materia jurídica en debate, cual es la protección ambiental, derecho reconocido por la Constitución Nacional y regulado por la Ley 25.675 y las normas específicas de cada sector. Esta materia tiene principios específicos de aplicación obligatoria a la presente contingencia (los principios de prevención y de precaución), además de particulares prerrogativas procesales para el Juez. Estos principios, sumandos a las disposiciones del art. 32 LGA se traducen en la exigencia para el Tribunal que intervenga en controversias ambientales de tomar todas las medidas necesarias a fin de garantizar la protección del derecho afectado. En este sentido, son de vital trascendencia los deberes del juez interviniente en relación con las probanzas.

Asimismo, la presente acción tiene su fundamento legal en las normas locales sobre el ambiente. Particularmente, la pretensión de autos se motiva en la ley 5.691 de la Provincia de Mendoza, que tiene por objeto “*la preservación del ambiente en todo el territorio de la provincia de Mendoza, a los fines de resguardar el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público*” (art. 1º). Esta acción, por cuanto persigue la preservación,

conservación y protección de un ambiente natural, que además es un área de protección especial, resulta de interés provincial de acuerdo al art. 2° de la ley 5691.

El artículo 5° de la ley, funda también la presente acción y la pretensión de esta parte. Por un lado, el inc. D) establece la obligación de los organismos públicos (en el caso DPA) de utilizar un enfoque científico inter y multidisciplinario al desarrollar actividades (la aprobación del permiso que fuera otorgado por resolución 813/17 y más la categorización de la actividad para la cual se solicitó el permiso como de “escasa magnitud”) que, directa o indirectamente, puedan impactar al medio ambiente. Y por otro lado, el inc. e) reconoce expresamente el derecho de los habitantes de la provincia de Mendoza a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Derecho que no respecta sino que viola, el Gobierno de la Provincia al autorizar la fractura hidráulica sin respetar mínimamente el principio de prevención, por la ausencia de una Evaluación de Impacto Ambiental.

Destaco por último, que la misma ley 5.691, art. 16, establece su aplicación para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos y derechos colectivos que persigan la protección del ambiente.

XIV.- RESERVA DERECHO DE AMPLIAR:

Atento la urgencia del caso dada la gravedad de los daños que se pretende evitar, y la necesidad de presentar en tiempo y forma este escrito de inicio, me reservo el derecho de ampliar los fundamentos de hecho y de derecho que se plantean.

XV.- CASO FEDERAL:

Para el supuesto e improbable caso que V.S. no hiciere lugar a la presente acción, deja introducida la cuestión federal por cuanto la conducta de las

demandadas resulta violadora de las garantías reconocidas en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, haciendo reserva de ocurrir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por vía del recurso extraordinario regulado en el artículo 14 de la Ley 48, y de ser así necesario, de recurrir ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos, atento los derechos humanos vulnerados para las presentes y futuras generaciones.

El contenido de la acción interpuesta pone de manifiesto la existencia de cuestiones federales directas en los términos de la Ley 48, pues en el proceso de autos V.S. debe interpretar el alcance y contenido de las normas constitucionales mencionadas supra ya que están en juego el ejercicio de derechos consagrados en normas federales.

En consecuencia y aunque no se duda que V.S. asumirá, a través de su resolución, el rol de garante del cumplimiento por parte del Estado, de obligaciones que le han sido impuestas por la Constitución, la legislación nacional e internacional, se deja planteada la reserva de introducir la cuestión federal en atención al origen y magnitud de los derechos impetrados

XI.- PETITORIO:

Por todo lo expuesto, a V.S. solicita:

- 1) Se tenga a FARN por presentada, por parte y por constituido el domicilio legal indicado;
- 2) Se tenga presente la prueba documental acompañada;
- 3) Se haga lugar a la medida cautelar solicitada;
- 4) Se haga lugar a la demanda decretando la nulidad de la Resolución 813/DPA/17 y se ordene la realización del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental regulado para la actividad hidrocarburífera.

**PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA**

Andrés María Nápoli
DNI 16.329.779
Director Ejecutivo
FARN
T° 50 F° 870 CPACF