

SENTENCIA DEFINITIVA N° 162/09.-

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 16 días del mes de diciembre del año dos mil nueve, reunidos los señores jueces de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y la actuario para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos N° 11118/08 provenientes del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial Sur, caratulados “CHINQUINI Paula Andrea y otros C/ MUNICIPALIDAD DE USHUAIA y CONCEJO DELIBERANTE s/ ACCIÓN DE AMPARO”, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 5351/09 se certifica que se llegó al acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (conf. art. 47.2 CPCC):

1°.- La doctora Josefa Haydé MARTIN dijo:

I - Los amparistas en el escrito de promoción de la presente litis, dicen que promueven la presente acción de amparo con el objeto de que V.S. “declare la nulidad e inconstitucionalidad del Decreto Municipal N° 1.128/06, de la Ordenanza N° 3121/06, y de todo otro Instrumento legal ya sea acto administrativo y legislativo que tenga origen en los mencionados, por no ajustarse a derecho, y vulnerar lisa y llanamente la Constitución Nacional y las demás leyes de orden superior (25.675), art. 82 y 248 COM, requiriendo se declare la inconstitucionalidad de la normativa aludida por ir en contra de nuestra carta magna, leyes provinciales y Carta Orgánica Municipal, lesionando así el interés social de orden superior... Los actos lesivos provienen de los siguientes organismos: Municipalidad de Ushuaia..., Consejo Deliberante...

Asimismo y a fin de evitar males mayores, solicitamos como medida cautelar la prohibición de no innovar sobre el predio de 64 has., DE LA VERTIENTE SUDOCCIDENTAL DEL VALLE DE ANDORRA (Plano signado con letra “D”, ordenando a la Municipalidad de Ushuaia, y a toda otra entidad que pudiera tener derecho a intervenir el bosque de dicha Sección, a que no se realice ninguna tarea de urbanización o de cualquier otra índole del sector hasta tanto se resuelva la acción de amparo.

2) SUBSIDIARIAMENTE, y ante el improbable caso de que S.S. considere que la Acción de amparo, no sea la vía idónea para tramitar la presente causa, teniendo en cuenta la Urgencia de las medidas solicitadas, las facultades ordenatorias y de economía y de dirección procesal que la ley le otorga a los magistrados, entre otros por el art. 51.2 CPCCLR y M.

REQUIERO:

a) SE TOME LA PRESENTE ACCIÓN EN EL ART. 654 DEL Código de Procedimiento de la Provincia (PROTECCIÓN DE INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS), A FIN DE EVITAR EL DAÑO DENUNCIADO AL MEDIO AMBIENTE, Y SE:

b) DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDENANZA 3121 Y EL DECRETO 1128/06...” (fs. 84).

Desarrollado el proceso en el que las partes expusieron sus razones y ejercieron sus derechos, el primer sentenciante arribó a la solución que en lo substancial declara:

“FALLO:

1) Desestimando la acción de amparo deducida pro PAULA ANDREA CHINQUINI, MILLAPEL SALDIVIA LESTA, ALEJANDRO CESAR MALDONADO, RUTH PACHECO, CARLOS PRAUSELLO, NORA SANDRA GIOIA, GRACIELA ELISABET QUAGLIO y MÓNICA GABRIELA VALE contra de la Municipalidad de Ushuaia y el Consejo Deliberante de la Ciudad de Ushuaia...” Alejandro Fernández - juez (fs. 539/vta.).

II - A fojas 546/590, los actores CHINQUINI, Paula Andrea, MILLAPEL, Valdivia, PACHECO, Ruth,

PRAUSELLO, Carlos, GIOIZ, Nora Sandra y QUALIO, Graciela Elisabet, interponen recurso de apelación con el patrocinio del letrado Dr. Gregorio B. LUNA ITURRES y expresan agravios en los siguientes términos:

La sentencia es criticada en primer lugar porque S.S. “considera que se ha cumplido con los pasos legales correspondientes en relación a la urbanización que se pretende realizar en el lugar, sin decir, de manera positiva porqué esto es así...” (fs. 547).

Agrega que nada se ha dicho referente a la audiencia pública, que al faltar torna nula de nulidad absoluta todo el procedimiento ambiental.

En segundo lugar se agravia por entender que la sentencia es incoherente, al validar la infracción a la Constitución Nacional, la Carta Orgánica, la ley general del ambiente, la ley de bosque nativo, y la ley 55.

Sostiene que es irrazonable lo afirmado por S.S. al admitir la inconstitucionalidad de la norma “poniendo como excusa el tiempo que se perdería en cumplir con la manda legal, la demora en las entregas de los terrenos prometidos por el Municipio a los vecinos y el perjuicio económico ante la eventual paralización de la obra por mayores costos, además de otras cuestiones...” (fs. 550).

En el tercer ítem se refiere a la imposición de costas, debido a que su parte tuvo razones para creerse con derecho a peticionar en ese sentido, y en consecuencia deben disponerse las mismas por su orden.

Concluye peticionando la revocación de la sentencia atacada.

III - A fojas 599, se ordenó el traslado de los agravios expuesto a la contraria por el término de ley, quien ejerció su derecho respondiendo a fojas 604/634, por medio de su letrada apoderada de la Municipalidad de Ushuaia, Dra. Patricia R. BERTOLIN, con el patrocinio letrado de los abogados Dras. Marcela F. FONTENLA, David PACHTMAN y Federico Germán LUCINI y José Luis VERDILE en su carácter de Presidente del Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia, con el patrocinio letrado de la Dra. Patricia BORLA.

En primer lugar refieren que la sentencia se halla firme respecto a los co-actores Santiago Lesta, Paula Togni, Alejandro Maldonado y Mónica G. Valle, dado que no se encuentran en el escrito de apelación y el abogado de los actores actúa sin representación.

En dicha pieza procesal solicitan que oportunamente se rechacen los agravios manifestados y se confirme la sentencia de grado en todos sus términos.

Para luego abocarse a exponer su opinión que en la oportunidad no será transcripta en virtud del principio de economía procesal (art. 16 de la ley 110).

En fecha 8 de octubre del año 2009, se cumple con la elevación ordenada de los presentes actuados a esta instancia (fs. 636/637).

IV- Antes de pasar a resolver el conflicto expuesto, corresponde recordar que la competencia de esta Sala se circunscribe a decidir si los agravios esgrimidos logran derrumbar los argumentos que motivan el dictado de la sentencia de fojas 533/540, dado que en esta oportunidad la actora intenta descalificar los fundamentos que sustenta el pronunciamiento de grado.

En los escritos tanto de inicio como de presentación de la demandada, quedo expuesto el conflicto que nos llega al análisis en los siguientes términos:

A - La amparista en su escrito de presentación nos relata que en fecha 17 de noviembre del año 2008, toman conocimiento por los medios de la urbanización del barrio Valle de Andorra, pues a la mayoría de ellos se los intimó para que corrieran los cercos.

Agregan que se pusieron a buscar todo tipo de información encontrando que mediante ORDENANZA n° 3121, las tierras estaban desafectadas y listas para ser urbanizadas.

Destacan que dicho acto administrativo viola la normativa vigente, pues no se ha realizado estudio de evaluación e impacto ambiental, según el art. 82 de C.O.M., art. 82 de la ley 55, art. 41 de la Constitución Nacional y la ley nacional n° 25.675, art. 11 C.C.

Dicen que ello representa un peligro de incalculables dimensiones y efectos para los vecinos y la comunidad, pues al no realizar el informe técnico ambiental previo, ni la convocatoria a audiencia pública, se impacta una zona del valle nativo en un superficie de 64 hectáreas, pudiendo causar un daño de carácter irrevocable sobre especies arbóreas de vieja data de las que debe cuidar el estado.

Añade que la urbanización importa la apertura de calles principales y secundarias, cortes y movimientos de suelos para la nivelación de terrenos, lo que significa que la obra a realizarse será de tal importancia que exige un estudio de impacto ambiental.

Refiere que la guía de aviso de proyecto, no es un estudio de impacto ambiental, pues sólo explica lo que se piensa hacer, no cubriendo los requisitos del art. 13 de la ley 25.675.

B – Oportunamente a fojas 455 a 4484/vta., la demandada al responder la pretensión, manifiesta que “los actores invocan falsamente un derecho de incidencia colectiva como es el medio ambiente con sustento en un supuesto fin altruista, cuando lo cierto y concreto es que, tal cual podrá apreciarse de lo expuesto a lo largo del presente responde, no se trata de vecinos desinteresados que buscan proteger el medio ambiente, sino de personas que pretenden obtener un beneficio particular y patrimonial con la declaración de inconstitucionalidad que nada más alejado del derecho invocado” (fs. 457).

Al desarrollar los hechos manifiestan que la parte actora ha demostrado desconocimiento de las normas del procedimiento y omitido investigar para tomar un acabado conocimiento de las actuaciones administrativas.

Desarrolla un extenso y acabado relato respecto a la génesis de la problemática habitacional, así también se expulsa sobre el proyecto de recuperación, saneamiento y urbanización del Valle de Andorra, e ilustra respecto al tratamiento administrativo parlamentario.

En lo que se refiere a la supuesta inobservancia normativa del art. 82 COM, en cuanto a la presentación de estudio e informe de evaluación de impacto ambiental, dice que es falaz lo afirmado por los actores pues entiende que “el procedimiento de llamado a audiencia pública debe efectuarse cuando “proyectos de obras o actividades públicas o privadas...”, en la norma atacada no se aprobó proyecto de obra como tampoco de actividades” (fs. 472).

En su apartado VII de su escrito de presentación reseña la condición de ocupación real de los accionantes para concluir luego de un importante análisis de las normas aplicables al tema en miras del bien común, que lo petitionado por los demandante no condice con la realidad pues entiende demostrado que las normas aplicables han sido absolutamente respetadas.

Resalta que los actores han agredido el sector tomándolo para sí y al decidir el Estado llevar adelante un programa para desarrollar el saneamiento y recuperación urbana del Valle de Andorra, encubren su malestar ante la parcelación del terreno ocupado, atacando un proceso absolutamente normal.

Ofrece prueba y peticona el rechazo de la acción incoada con expresa imposición de costas.

V - La presente acción es un amparo colectivo, y se rigen por los principios que prescribe el instituto tradicional, por lo que podemos entender constituye una especie de aquel, con la característica de que se le va a brindar tratamiento a intereses que abrigan en su seno una potencialidad multiplicadora, que partiendo de motivaciones individuales reconocen ciertas pautas colectivas, lo que le otorga una significativa

raigambre fortalecida.

En los dos tipos de amparos que establece el art. 43 de la Constitución nacional, es necesaria la legitimación para promover la acción, en lo que respecta al amparo colectivo la legitimación se encuentra reservada "...al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme la ley...".

Por su parte el art. 41 de la C.C. establece el derecho-deber de todo individuo de gozar de un ambiente sano y deja instalado el principio fundamental en esta materia que es la obligación de recomponer, es decir retornar las cosas a su estado anterior.

Es importante traer lo expuesto sobre el tema por el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO - Sala 04 - CODECI DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ ACCION DE AMPARO – sentencia, 0000000072 del 16 de agosto de 2005.

“La CSJN el 07-05-98 en "Prodelco v. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo" señaló que: "El nuevo art. 43 CN. reconoce legitimación para promover la acciones de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Pero de esa ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal no se sigue la aptitud para demandar sin que exista cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción.

De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares".

2. "La comprobación de que existe un `caso', constituye un recaudo básico e ineludible, de neta raigambre constitucional, que tiene su origen en la división poderes. Así el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio - la afectación de un interés jurídicamente protegido - de orden personal, particularizado, concreto y, además, susceptible de tratamiento judicial.

Que esa tarea exige un cuidadoso estudio de las cuestiones propuestas, para decidir si ellas se ubican dentro de las facultades otorgadas con exclusividad a alguno de los poderes públicos y si han sido ejercitadas dentro de los límites que la Constitución les impone"...

4. La incorporación de intereses generales o difusos de protección constitucional en nada enerva la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a efectos de viabilizar la acción de amparo. Los demandantes deben demostrar que la norma impugnada les causa un perjuicio directo, real y concreto -actual o en ciernes-, que transforme la cuestión en justiciable" - SAIJ : F0024884.

A ello agregamos y destacamos la siguiente reflexión:

“Es realmente interesante la reseña elaborada por Néstor A. Cafferatta... En dicha oportunidad se dijo que ante la obligación de amparar intereses llamados de "pertenencia difusa", concertados en el caso en la defensa del medio ambiente, más específicamente del "hábitat" que alberga a un sector de la comunidad, advertimos que, conforme lo dijo Bidart Campos, "la titularidad personal de un derecho o un interés legítimo no desaparece cuando el derecho o el interés son compartidos con y por otros, o con y por todos los demás que se hallan en igual situación".

Es en definitiva el interés legítimo de cada reclamante el que conforma con los demás, en la suma de todos y cada uno de ellos, ese interés de pertenencia difusa, extendida.

Esta "imbricación de intereses" entre el uno y la comunidad ya había sido captada por el derecho romano (el daño ocasionado al *populus*, en cuanto tal, comportaba a la vez un daño de naturaleza similar para todos y cualquiera de los miembros integrantes de dicho *populus*; por ello, este ciudadano asumirá la iniciativa del proceso popular, solicitará una sanción para aquel o aquellos que hayan transgredido ese "derecho suyo" como ciudadano.

Es decir, tutela los derechos colectivos porque también son suyos).

Aun a riesgo de reiterar la remanida figura de las caras de una moneda, interés individual y plural se corresponden sin que resulte posible escindirlos” - SAIJ: F0024877.

Por su parte la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERIA, SAN JUAN, SAN JUAN ha dicho:

“En los dos tipos de amparo que incorpora el art. 43 de la Const. Nacional, es necesario hablar de legitimación para promover la acción. En el amparo individual, el sujeto, legitimado es toda persona susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30, C.C.); es decir, todos los entes con capacidad de derecho.

Mientras, en el amparo colectivo, se reserva la legitimación para quienes estén afectados en sus derechos de protección del medio ambiente, "así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la Ley" (art. 43 C.N.).

La pertenencia de los llamados derechos colectivos o difusos esta claramente señalada por la legitimación de tres sujetos en particular: el defensor del pueblo y las asociaciones de defensa de aquellos fines. - Sala 01 - CAMARA DE GESTORES DEL AUTOMOTOR DE SAN JUAN c/ PROVINCIA DE SAN JUAN s/ AMPARO - sentencia, 18212 del 12 de mayo de 2005.

El maestro QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, en su artículo - PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-REFORMA DE LA CONSTITUCION nos enseña que:

“El artículo 43 regula el amparo ambiental como una especie del amparo, legitimando para la interposición del mismo al afectado, las asociaciones ambientales y al Defensor del Pueblo. Legitimar al afectado para interponer una acción de amparo ambiental colectivo, no implica que se haya constitucionalizado la acción popular. Sólo se ha reconocido una acción de clase, debiéndose probar que pertenece al grupo de afectados para poder interponer dicha acción.

Dado que antes de la reforma constitucional no existía una protección efectiva de los derechos públicos de la sociedad, en el ámbito jurisdiccional se planteaba si el accionante estaba o no

legitimado para interponer la acción; a pesar de ello, muchos jueces

y tribunales nacionales y provinciales reconocieron dicha

legitimación.” - LA LEY - 18 DE MARZO DE 1996 - REVISTA: 0055 Página: 0001 - Editorial: LA LEY S.A.E. e I.

VI - Debido al proceso incoado hemos de considerar los planteos expuesto en la demanda, referidos a la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 3121/06 y del decreto Municipal N° 1128/06, los que serán atendidos en la medida en que evidencien infracción constitucional.

La Subsecretaría de Planeamiento - Secretaría de Obras y Servicios Públicos de la Municipalidad de Ushuaia el 28 agosto del año 2006, solicita la apertura de un Expediente caratulado:

TEMA: 644 – Guía de Aviso de Proyecto

ASUNTO: “GUIA DE AVISO – Proyecto: Saneamiento, Ordenamiento y Recuperación Urbana del Valle de Andorra, que lleva la firma del jefe del departamento de diagnóstico y Protección Ambiental - Walter Dalpiaz (fs. 32).

El proyecto se halla definido en los siguientes términos:

“En principio se trata de la creación de nuevas unidades urbanas denominadas macizos, los que a su vez contemplarán la subdivisión en parcelas, según cada caso, teniendo en cuenta las ocupaciones a regularizar en el lugar donde se encuentran, aquellas que deben ser reubicadas por su condición de precariedad y/o estar obstruyendo alguna calle a consolidar, y para la adjudicación directa de parcelas para la ejecución de nuevas construcciones.

Las nuevas parcelas se crearán bajo criterios de aprovechamiento del recurso, bajo la modalidad de parcelas de interés social, incorporando el concepto de conjuntos urbanos, con la incorporación de espacios verdes linderos de expansión comunes” - (Anexo V Plano de conjunto) (fs. 19).

De conformidad con el programa propuesto el Concejo Deliberante de la Ciudad de Ushuaia sanciona en su sesión ordinaria de fecha 11-10-2006, la Ordenanza Municipal N° 3121 estableciendo en su art.1:

“APRUEBASE el Programa de Saneamiento Ordenamiento y Recuperación Urbana de la Vertiente Sudoccidental del Valle de Andorra que como ANEXO I se incorpora a la presente y el que será regido por las Ordenanzas Municipales 2750, 3085, 3099, lo dispuesto en la presente Ordenanza y los reglamentos a que ella se refiera”...firmada por Juan Carlos Arcando - Ricardo Das Neves Rosa (presidente y secretario del Concejo Deliberante de Ushuaia) (fs. 1).

Ya en fecha 30 de octubre de 2006, el ejecutivo Municipal mediante Decreto N° 1128, promulga la Ordenanza Municipal N° 3121, sancionada por el Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia (fs. 12).

VII - Del examen de las actuaciones administrativas adjuntadas, no surge que hayan contado con estudio de impacto ambiental y su publicidad mediante audiencia pública.

Recordemos que previo a todo debe evaluarse la significación de la decisión futura, respecto a los efectos ambientales, brindando la información para conocer los impactos del proyecto, a lo que se debe agregar la etapa de divulgación, sometiendo el plan a audiencia pública.

Ello de conformidad a lo demandado por el art. 82 de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Ushuaia, donde se encuentra consagrado los principios que rigen el impacto ambiental.

“Todos los proyectos de obras o actividades públicas y privadas que, por su magnitud modifiquen directa o indirectamente el ambiente del territorio municipal, deben contener una evaluación previa del impacto ambiental, con obligación de convocatoria a audiencia pública”.

A su vez el adecuado cumplimiento de los principios que resultan del artículo 54 de la Constitución Provincial, en lo que se refiere a la incidencia sobre el ambiente.

En consecuencia no se ha dado cumplimiento a lo normado por la Ordenanza N° 2582, del mismo cuerpo legislativo donde se instituye “el marco normativo para el llamado a Audiencia Pública creada en el Artículo 248 de la Carta orgánica Municipal” (art.1°).

Cabe reflexionar que al menos prima facie existe la posibilidad de una incidencia negativa en el entorno, como consecuencia del desarrollo habilitado por la Ordenanza N° 3121/06 y promulgado por el Decreto N° 1128/06, sin hallar una declaración de impacto ambiental que respalde la norma municipal.

Nos encontramos con la responsabilidad como prevención, que significa “la posibilidad de que algo ocurra, con el objeto de intentar neutralizarlo si nos va a provocar un daño, pues no tendría sentido que pensáramos que algo pueda dañarnos y no intentar evitarlo” – Tomás Hutchinson – Daño Ambiental – T° II . p. 273.

Esta relación prevención – evitar daños, es el fundamento del principio de precaución que tiene por objeto sortear la declinación ambiental, protegiendo al entorno, dicho principio afirma que si las consecuencias implican algún riesgo para la gente por pequeño que pueda parecer, deben tomarse las acciones preventivas.

En consecuencia aparece el rol el juez como esencial al velar por el cumplimiento de la constitución, en la protección del medio ambiente, pudiendo disponer “...todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general...” (art. 32 – ley 25.675).

Si bien en principio la defensa de los intereses se halla encomendada a la Administración, debemos destacar que también debe brindarse participación a los ciudadanos con las llamadas técnicas participativas, que consolida el reconocimiento de los derechos de información, concertación y de defensa de los derechos de incidencia colectiva.

La intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos es sencillamente transcribir en un sistema democrático el derecho de participación política, es así que la participación que expresamente destaca la Constitución Nacional en su art. 42 para los consumidores y usuarios de bienes y servicios, adquiere una concepción desplegable a otros espacios.

VIII - Análoga situación fue planteada ante estos estrado en la causa “GARTNER, Favio Ernesto y otro s/ ACCIÓN DE AMPARO”, que tramitó bajo el N° 4477/07, cuya sentencia es de fecha 10 de julio del año 2008, con un voto realizado por el juez Ernesto Löffler, que merece ser destacado y en esta oportunidad transcribimos:

“... la norma vecinal atacada por el recurrente (ordenanza 2819/04, promulgada por el decreto 40/05), se da de bruces con la Carta Orgánica Municipal (art. 82), en tanto impone la realización de estudios de impacto ambiental, con obligación de convocatoria a audiencia pública en casos donde se pretenda la ejecución de obras que directa o indirectamente modifiquen el medio ambiente dentro del ejido urbano.

Por igual, la ordenanza 2582 (ley especial), vigente con anterioridad al dictado de la norma cuestionada por los amparistas, reglamenta el instituto de la audiencia pública estableciendo en su art. 19 que “La autoridad convocante deberá realizar la convocatoria con al menos TREINTA (30) días de anticipación a la fecha prevista para la Audiencia Pública [...]” (sic). Luego el art. 20 del referido texto normativo exige que “La convocatoria a la que hace referencia el Artículo anterior deberá ser publicada al menos durante los QUINCE (15) días previos a la celebración de la Audiencia y por lo menos en los siguientes medios de comunicación: a) En al menos dos emisoras radiales de la Ciudad de Ushuaia; b) En todo otro medio de difusión gráfico, televisivo, radial o informático del que disponga el Concejo Deliberante o el Departamento Ejecutivo de la ciudad de Ushuaia; c) En DOS (2) de los diarios de mayor circulación en la Ciudad” (sic).

Surge tan claro como la luz del mediodía, que los requisitos vinculados a la audiencia pública en el ámbito de la ciudad de Ushuaia no han sido observados por el Concejo Deliberante -previo al dictado de la ordenanza 2819/04-. Dicho con otro giro luce patente que el órgano Concejo Deliberante incumplió con el procedimiento reglado razonablemente por la ordenanza 2582, norma que se concibe a partir del art. 82 de la “Constitución Municipal”; artículos 25 y 54 de la Constitución Provincial y 41 y 28 de la Constitución Nacional.

Igual conclusión cabe respecto del estudio de impacto ambiental previo que la Carta Orgánica exige respecto de “todo” proyecto que modifique directa o indirectamente el ambiente del territorio municipal. Resulta en tal sentido evidente, que un proyecto de la magnitud del que motiva la interposición del amparo (compromete de manera directa el uso de alrededor de 50 hectáreas), se encuentra alcanzado por el requisito

que, en resguardo del ambiente sano, incorporó el convencional municipal al texto del art. 82. No surge de las constancias de estos actuados, especialmente a través de lo informado por el Concejo Deliberante y el Ejecutivo Municipal, de la realización de estudios de impacto ambiental previo a la presentación del proyecto tratado por la ordenanza impugnada y su valoración y crítica por quienes se interesen a través de la audiencia pública.

A mayor abundamiento, la ordenanza en estudio, también afecta de manera palmaria principios que el profesor Vigo ha denominado como “principios jurídicos positivos sectoriales”¹, y que brotan del artículo 4º de la ley 25.675 entre otros “el principio de prevención” en virtud del cual las causas y las fuentes de los problemas ambientales deben atenderse en forma prioritaria, es decir tratando de evitar los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir –por ejemplo en autos, a través de su valoración mediante el estudio previo de impacto ambiental-; el “principio de equidad intergeneracional” en virtud del cual los responsables de la protección ambiental deben procurar el uso racional del ambiente de las presentes generaciones de modo que las venideras puedan gozar de un ambiente igualmente sano, situación que al no contarse con los estudios de rigor no es posible dimensionar adecuada y racionalmente.

La ordenanza 2819/04, también transgrede el art. 11 de la ley 25.675, en tanto soslaya el estudio de impacto ambiental previo que impone la instrumentación de la política y la gestión ambiental.

Podríamos seguir enunciando preceptos o principios que de manera manifiesta, sin mayor esfuerzo intelectual son contrariados por la norma de menor jerarquía cuya invalidez predicen los amparistas, entre otros, los arts. 28 y 41 de la Constitución Nacional; los arts. 25, 50 y 54 de la Constitución Provincial; los arts. 86 inc. c) y 88 de la ley local 55 y especialmente el art. 3 de la Carta Orgánica de la Ciudad de Ushuaia, en tanto establece la supremacía de ella por sobre las ordenanzas que en su consecuencia dicte el poder constituido municipal.

Con relación a la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que debe ostentar el acto atacado, “... la doctrina y jurisprudencia nacionales [...] han exigido que los vicios citados sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles, palmarios, notorios, indudables, etc. La turbación del derecho constitucional, en síntesis, debe ser grosera: Quedan fuera del amparo, pues, las cuestiones opinables”².

En igual sentido se dijo que “La arbitrariedad o ilegalidad manifiestas a que aluden a ley 16.986 y la jurisprudencia anterior y posterior a su sanción, requieren que la lesión de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional resulte del acto y omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de amplio debate o prueba”.

IX - Llegado el presente caso, hemos desarrollado aquellas cuestiones que resultan necesarias para poder llegar a una decisión, es decir aquellos puntos de cuya determinación depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento.

Es así que en las sentencias el juzgador se haya obligado a articular opinión sobre los puntos propuestos por los litigantes, que en función del objetivo de dar solución al conflicto, los mismos sean los adecuados o dicho con mayor precisión sean CUESTIONES ESENCIALES.

En tal sentido se ha establecido, a través de la doctrina de la casación bonaerense, "que cuestiones esenciales con aquellas que son necesarias, según las modalidades del caso, para la correcta solución del pleito (Ac. y Sent., 1996, v. II, p.503; 1970, v. I, p.507) o están constituidas por puntos de cuya decisión dependa, directa y necesariamente el sentido o el alcance del pronunciamiento (Ac.y Sent., 1960, v. V p. 691; 1964, v. I, p. 297) o que por su naturaleza influyan con preponderancia en el pronunciamiento a emitir (Ac. y Sent., 1974, v.III,p.331) o vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto mediato de la pretensión (ac. 21.844, 24-II-76) siempre que, desde luego, integren la litis (Ac 21.083, 14-X-75) SCBA, Ac. Y Sent., 1976, v. III, p. 386; 1978, v. III, p. 352; DJBA, v. 119, p. 640; v. 120, pp. 11,206 y 229; Juris. Arg.,1981, v. III, p. 558; DJBA, v. 121, pp. 234 y 381.

X – En este ítem nos referiremos al modo irrespetuoso, desconsiderado y agravante con el que se expresan los recurrentes y su abogado Dr. Gregorio B. LUNA ITURRRES (matricula profesional nº 56 S.T.J.) hacia el sentenciante.

En efecto las expresiones tales como “...la incongruencia puesta de manifiesto y desconocimiento legal de S.S.” “...ya que por más que no haya leído completamente la demanda presentada...” (fs. 551).

“...consideramos que el juez no ha sido imparcial, ya que de la lectura de la sentencia se nota un esfuerzo por llegar a una conclusión buscada, esbozando argumentos de un ciudadano común para arribar al rechazo de la demanda. De ahí la confusión y el enredo de la sentencia” (fs. 596).

Estas afirmaciones, entre otras, no señalan objetivamente los defectos o errores que se le atribuyen a la resolución recurrida, siendo a todas luces innecesarias para garantizar el ejercicio de la defensa en juicio de sus patrocinados.

Lo referido nos conduce a reflexionar respecto al sentido de las palabras en su utilización técnica, por quienes nos desempeñamos como operadores del derecho.

Nos llega a la memoria lo dicho por Ramos Feijóo, quien al hacer un llamado al respecto recíproco, refiere que “hay quienes hacen del mostrador de mesa de entrada una inexistente “línea Maginot” que separa a abogados en “los aliados “ y “el eje”.

Es cierto que el ejercicio de la abogacía debe ser enérgico puesto que por el derecho se “lucha”; pero con él no se hiere”.

No es verdad aquella que ofende, sino la que, reconocida, hace ver los errores cometidos.

Hacer ver y ver esta última, es uno de los deberes placeros de quienes ejercemos la abogacía” – El Recurso de la Recusación – Estilo Forense: Por el derecho se lucha pero con el no se hiere -por Claudio RAMOS FEIJÓO – L.L. – tº 1999-D – p. 503.

Como consecuencia de lo expuesto y en atención a que el letrado que suscribe el recurso no posee antecedentes de sanción, por parte de este Tribunal, proponemos a los colegas que continúan en orden de votación aplicar un llamado de atención al abogado patrocinante de los actores.

XI – Como reflexión final recordamos que la evaluación del impacto ambiental comprende “...cuestiones: socio-económicas (costo-beneficio); jurídicas, ya que se trata del cumplimiento de normas que regulan el proceso y políticas, es decir que hacen a la política ambiental y su relación con la política socioeconómica del Estado” – Ley General del Ambiente de la República Argentina – Lexis Nexis – agosto/2007, p. 109.

A ello agregamos la enseñanza del maestro Morello, al decir que “en respuesta al daño ambiental, aflora una muy diferente cultura jurídica para asumir creativamente situaciones y relaciones que cubren una inédita dimensión social. De la visión patrimonialista del daño resarcible individual a un “registro publicístico”, en donde “lo colectivo” requiere una lectura diferente y una tutela “preventiva efectiva” – La justicia frente a la realidad – Rubinzal Culzoni Editores – Santa Fe, 2002, p. 177.

Por todo lo expuesto, teniendo en mira las garantías constitucionales, la tutela de los derechos invocados, proponemos al acuerdo hacer lugar a la acción de amparo y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad de la ORDENANZA N° 3121/06 y del DECRETO N° 1128/06.

Y desde la tutela del ambiente y en armonía con el principio precautorio, deberá la autoridad administrativa en un plazo de noventa (90) días efectuar un estudio del impacto ambiental dando amplia participación a la comunidad que habita la zona afectada.

Habiendo propuesto hacer lugar a la procedencia de la vía elegida, las costas corresponden a la perdedora en ambas instancias (art. 78.1 C.P.C. y art. 14 ley 16.986).

2º.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo:

Cumple traer a la memoria que el Excmo. Superior Tribunal de Justicia interpretando el alcance del art. 152 de la Constitución local, abrigó la conclusión a que arribara el entonces Ministro de esa Corte doctor González Godoy (en autos: “Banco Provincia de Tierra del Fuego c/ Oliveria, Hugo Ismael y Pavlov, Norberto Luis s/ Acción de simulación” expte. N° 393/00 STJ-SR sentencia del 14.07.00, registrada en el T. VI, F. 524/528) al sostener que “[...] los jueces que componen un tribunal colegiado no pueden emitir su pronunciamiento de manera impersonal, debiendo cumplir los pasos necesarios para hacer efectivo el acuerdo. Pero, debe destacarse, distinto es el resultado de haber habido voto individual, bien que expresado mediante simple adhesión, porque esta adhesión no transgrede la disposición constitucional citada [...]” (S.T.J. in re “Trujillo Nores, Juan s/ Sucesión Ab Intestato” s/ Recuso de Queja” Expte. N° 519/02 de 6 de noviembre de 2002 –apartado VII- registrada en los folios 635/641, tomo VIII del libro de resoluciones y sentencias de la Secretaría de Recursos).

En este orden, debo manifestar que comparto el criterio sustentado por el magistrado votante en primer término, ello por razones análogas a las expuestas en su ponencia (art. 178 CPCC).

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría

SENTENCIA

Iº.- HACIENDO LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, ADMITIENDO la acción de amparo, DECLARANDO la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 3121/06 y el Decreto 1121/06 de la Municipalidad de Ushuaia, DEBIENDO la autoridad administrativa en un plazo de 90 (noventa) días efectuar un estudio del impacto ambiental, dando amplia participación a la comunidad.

IIº.- IMPONIENDO las costas de ambas instancias a la vencida. (art.14 ley 16.896).

IIIº.- ESTABLECIENDO los honorarios por la tarea desempeñada en la Alzada por el Dr. Gregorio B. LUNA ITURRES en la suma de pesos seis mil (\$ 6.000). Y en cuanto a la actividad desarrollada en forma conjunta por los Dres. Patricia BERTOLÍN, Marcela FONTENLA, David PACHTMAN y Federico LUCINI, en su calidad de apoderados de la Municipalidad de Ushuaia y la Dra. Patricia BORLA, en su calidad de patrocinante del presidente del Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia José Luis VERDILE les corresponde la suma de pesos tres mil (\$ 3.000).

IVº.- MANDANDO se copie, registre, notifique con habilitación de días y horas inhábiles y, oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen.

El doctor Francisco Justo de la Torre no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

-Jueces de Cámara-

Dra. Josefa Haydé Martín Dr. Ernesto Adrián Löffler

Ante mi, Marcela Cianferoni, Secretaria de Cámara

Registro n° 162, Tomo n° VI, Fs. 1197/1207

??

??

??

??

21