



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

COPIA PARA SELLAR

23 FEB 2011
8:10 HS



Señor Juez,

Anselmo Agustín Sella, Adjunto I del Defensor del Pueblo de la Nación, sin revocar poder, con domicilio constituido en Ipiranga 21, Casillero N° 923 de esta ciudad, en autos: **"CAMARA ARGENTINA DE ARENA Y PIEDRA C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTROS s/ Acción Declarativa"**, expediente N° 57/10, a V.S digo:

I. PRELIMINAR.

Que el contenido del presente escrito es la resultante de la labor realizada y de las conclusiones alcanzadas por el Cuerpo Colegiado cuya coordinación está a cargo del Defensor del Pueblo y que se encuentra integrado por las siguientes organizaciones: FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES, CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, ASOCIACIÓN DE VECINOS LA BOCA, FUNDACIÓN GREENPEACE ARGENTINA Y ASOCIACION CIUDADANA POR LOS DERECHOS HUMANOS.

II. OBJETO.

Que en cumplimiento de las tareas asignadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 19 del fallo "Mendoza", (Fallos 331:1622) vengo en tiempo y forma a manifestar opinión respecto de los traslados ordenados por V.S en el Expediente N° 57/10 con fecha 11 de febrero de 2011.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

III. MANIFIESTA OPINIÓN

Vengo a manifestar opinión respecto de la presentación realizada por la Cámara Argentina de Arena y Piedra en la que se solicita la declaración de la inconstitucionalidad de la pretensión de desalojar instalaciones que obstaculizan el camino de sirga, así como respecto de la declaración de certeza acerca de la presunta prohibición de cierto tipo de navegación en el Riachuelo.-

Lo hago en el marco del rol encomendado por la Corte de velar por el cumplimiento del fallo Mendoza y, en particular, en relación con el logro de los objetivos de mejorar la calidad de vida, recomponer el ambiente de la cuenca, y prevenir el daño futuro, así como las disposiciones del considerando 17 punto V.2. del fallo mencionado.

Adelantamos al respecto nuestra opinión que la presentación debe ser rechazada por los fundamentos que a continuación se exponen.

III a. EL FALLO MENDOZA, EL "CAMINO DE SIRGA" Y EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO.

En el punto V.2 del considerando 17 de la sentencia del 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia ordenó a los Estados Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de ACUMAR, a informar acerca del avance de las obras para transformar toda la ribera (de la cuenca Matanza-Riachuelo) en un área parqueizada.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Esta obligación de informar tiene fundamento en el hecho que los obligados identificaron esta acción como necesaria para cumplir con el objetivo de recomposición del ambiente de la cuenca Matanza Riachuelo.

Así, la exigencia del Alto Tribunal tiene como supuesto la relación positiva entre la parqueización de la ribera y el logro de los objetivos ambientales del fallo: mejorar la calidad de vida, recomponer el ambiente de la cuenca, y prevenir el daño futuro, lo que implica que para que esta acción sea posible es necesario acceder e intervenir sobre el territorio adyacente al río.

Es en el contexto de la ejecución de este mandato (recomponer el ambiente de la cuenca mediante la parqueización de la ribera, lo que implica una franja de territorio accesible) que se plantea la necesidad de adecuar el derecho a usar y disponer de la propiedad al imperativo de garantizar el derecho a un ambiente sano y a un desarrollo sustentable.

Entendemos que uno de los medios para instrumentar esta necesidad puede estar dado por las normas que rigen las restricciones al dominio en los terrenos ribereños. Mientras que en materia civil se prohíbe a los propietarios de los terrenos ribereños realizar construcciones y degradar el suelo en una franja de 35 metros desde la línea de ribera (Artículo 2.639 del Código Civil), otras normas de carácter ambiental como la ley de Aguas de la Provincia de Buenos Aires N°12.257 también prevén numerosas restricciones en este sentido. A saber, en su artículo 136 faculta a la autoridad de aplicación a establecer restricciones al dominio, también las establece en el artículo 140 apartado II b, y en los artículos 142 y 143, en este último caso en una franja de cincuenta metros aledaña a los ríos, canales y lagunas de dominio público.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Aunque el “camino de sirga” reconoce su origen en ciertos requerimientos de la navegación fluvial, actualmente las restricciones al dominio de los ribereños no pueden quedar sujetas a las circunstancias históricas en las que fueron dictadas, sino que deben interpretarse a la luz de los cambios paradigmáticos, y los avances legislativos que conformaron el nuevo derecho ambiental argentino.

En particular, es de aplicación en este contexto el nuevo paradigma ambiental que se incorpora plenamente al derecho nacional a partir de la reforma constitucional de 1994, la Ley General del Ambiente y las leyes de presupuestos mínimos para la protección ambiental.

En este sentido, dice Lorenzetti,: “Quien se basa en paradigmas da preeminencia al contexto por sobre la norma. El procedimiento habitual es subsumir un término legal en un contexto que le da sentido...” (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría del derecho ambiental”, Ed. La Ley, Bs. As. Año 2008; p. 7)

Como reseña Liber Martin: “La doctrina ha puesto de relieve el efecto jurídico reestructurante que los principios ambientales tienen sobre el sistema normativo en su conjunto, en particular el carácter reestructurante que el principio de sustentabilidad tiene sobre el régimen dominial”. (Liber Martin, “Cuestión de Principios. Uso Racional y Sustentable y Derechos de Agua en la legislación de Mendoza y Comparada”. Revista de Derecho Ambiental N° 23 Julio/Septiembre 2010, ED Abeledo Perrot p. 260).

IIIb. LA CUENCA COMO UNIDAD AMBIENTAL



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Un río es un espacio continuo, llenado por un fluido - el agua- que es a la vez soporte y vehículo, el río fluye por gravedad desde las zonas altas hacia las bajas.

Aunque, analíticamente, pueden establecerse diferenciaciones entre sus partes: el cauce (lecho y agua), la playa y la ribera, constituyen una unidad inescindible, cuyos componentes, una vez consideradas sus múltiples funciones y usos, no pueden comprenderse ni existir aislados los unos de los otros.

Esta visión puede extenderse para comprender también a la vida que se desarrolla en los ríos, a los intercambios de materia y energía y a las funciones que cumple.

Al considerar la complejidad de estas relaciones, la misma noción de río, aún ampliada, aparece como insuficiente. Es así que, para poder actuar de un modo efectivo sobre la realidad de un río, el espacio relevante a considerar se extiende a la totalidad de la cuenca hídrica, incluyendo el territorio.

Concebir a las cuencas como una totalidad, considerar su dimensión ambiental, nos lleva a la necesidad de interpretar bajo una mirada más abarcativa las normas jurídicas que regulan las relaciones sociales que se establecen en torno a ellas.

Esta interpretación, además de dictada por la necesidad de reconocer un nuevo consenso científico y social en torno a esta realidad, es también una exigencia jurídica.

Ello, a partir del reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano y a un desarrollo sustentable (artículo 41 CN), de los objetivos y principios de interpretación establecidos por la Ley General del Ambiente N° 25.675 y de



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

las prescripciones de la Ley N° 25.688 de Gestión Ambiental de las Aguas, que expresamente establece en su artículo 3° que “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles.”

III c. NUEVAS CONDICIONES QUE JUSTIFICAN LA LIMITACIÓN AL DOMINIO RIBEREÑO.

1. La comunicación por agua y el papel ecológico de los ríos y su entorno.

Una cuenca hídrica se comunica a través del agua. En un sentido profundo y práctico, el agua es un medio de comunicación que excede ampliamente su capacidad de transportar embarcaciones. Esta comunicación es, además, de un valor social inconmensurable, cuya preservación es indispensable para garantizar el modelo de desarrollo sustentable exigido por el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Los ríos comunican las zonas más altas a las zonas más bajas, cumplen así el papel de transportar el agua que de otro modo anegaría el territorio circundante.

Los ríos se comunican con las napas subterráneas, conducen excedentes hídricos y mantienen la humedad del suelo, recargando acuíferos.

Los ríos comunican territorios cuando transportan sedimentos, crean islas, rellenan bajos, transportan nutrientes y alejan desechos.

Los ríos comunican también males, como tóxicos, bacterias y crecidas.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Desde un punto de vista ambiental, todo río “sirve a la comunicación por agua” y esta comunicación involucra a la totalidad de la cuenca hídrica.

2. La comunicación por agua y la relación entre el río y la ciudad: Importancia de la accesibilidad al río.

Un modo de comunicación, de gran importancia para las sociedades, es la interacción entre personas en áreas de acceso público. Los ríos son espacios privilegiados de comunidad, habiéndose negado en el Riachuelo su disfrute y accesibilidad durante décadas. Reconstruir la relación entre el hombre y sus recursos naturales es indispensable para recomponer el ambiente dañado en la CMR.

El agua, en tanto soporte indispensable para la vida, fue un determinante del establecimiento permanente de las comunidades humanas, a partir de las cuales fue posible el modo de vida urbano actual. Ciudades y ríos tienen una larga y profunda historia común.

En condiciones de gran densidad y fragmentación del espacio urbano los ríos y sus márgenes pueden conformar un territorio amplio de continuidad, y brindar así un soporte físico a esa comunicación.

Así lo entendió ACUMAR, y en cumplimiento del mandato de la Corte de “transformar toda la ribera en un área parqueizada” (Conf. Cons. 17 punto V. 2), presentó un Plan al respecto en el capítulo 4.8 del PISA (Diciembre de 2009). En el mismo sentido se concibe el proyecto realizado por la Universidad de Buenos Aires en el marco del convenio con AYSA y ACUMAR.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Resulta claro que, también en un sentido social y urbano, el Riachuelo sirve a la comunicación y ello justifica las restricciones al dominio necesarias para que la franja de terreno adyacente a la ribera acompañe esa continuidad.

3. La comunicación por agua y la dimensión territorial de la potestad estatal.

El río transporta la contaminación y en las crecidas deposita los contaminantes en los suelos, por ello una razón de gran importancia para la justificación de la existencia de una calle, o camino público, adyacente al Riachuelo está dada por la necesidad de crear las condiciones territoriales fácticas, reducir los impactos de las crecidas y asegurar el ejercicio del poder de policía ambiental respecto del ordenamiento territorial y el control de las actividades antrópicas que impactan sobre la calidad del ambiente (Conf. Artículo 8 Ley N° 25.675).

En efecto, un ejercicio efectivo del poder de policía requiere poder acceder a los posibles puntos de vuelco, realizar una actividad preventiva mediante la presencia disuasiva de personal estatal, facilitar el control social difuso permitiendo el uso por parte de los ciudadanos de la zona. Acciones que necesitan de un espacio apto para el acceso y la circulación sin restricciones.

III D. PRIMACÍA DEL ORDEN PÚBLICO AMBIENTAL.

La Corte ha ordenado recomponer el ambiente de la Cuenca, incluidos tanto el agua como los demás componentes naturales y culturales, en base a los derechos ambientales establecidos en la Constitución Nacional, los que



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

constituyen el fundamento del orden público ambiental. Otros derechos constitucionales, como el de libre navegación de los ríos, deben adecuarse a este mandato constitucional y para el caso en que la autoridad de aplicación no hubiere tomado recaudos al respecto, ello podría realizarse a través del accionar de la justicia.

El Riachuelo no dejaría de ser navegable en caso que la autoridad de aplicación fluvial regulara ciertos tipos de navegación, con miras a garantizar el cumplimiento del fallo durante el tiempo que exija el proceso de recomposición ambiental, que dadas las condiciones críticas actuales exige adoptar máximos recaudos protectorios.

Toda aquella actividad productiva que pudiere poner en riesgo la calidad de los recursos naturales, o los procesos de restauración u ordenamiento territorial, es pasible de sufrir restricciones en su desarrollo normal y habitual en la medida en que no se ajusten al PISA, cuya ejecución fue ordenada por la Corte.

CONCLUSIÓN

Por estas razones somos de la opinión que:

1. El cumplimiento del fallo de la Corte, en cuanto al mejoramiento de la calidad de vida, la recomposición del ambiente de la cuenca y la prevención del daño futuro, implican asegurar la accesibilidad a la franja adyacente a la ribera de los ríos y arroyos de la Cuenca Matanza Riachuelo (conforme Considerando 17 puntos I y V.2).



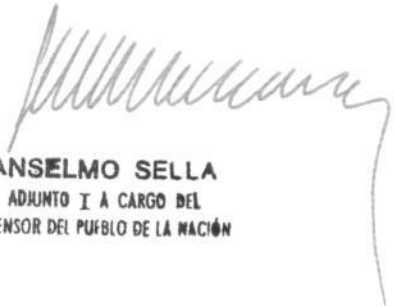
DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

2. La accesibilidad a la franja adyacente a la ribera de los ríos y arroyos se garantiza entre otros instrumentos mediante las restricciones al dominio previstas tanto en el Código Civil como en las leyes de aguas, las que deben ser resignificadas a la luz del nuevo paradigma ambiental.

3. Las restricciones al ejercicio de los derechos económicos, y del dominio de los propietarios adyacentes a los ríos y arroyos, encuentran su fundamento, primordialmente, en las exigencias de adecuar el ejercicio de los derechos individuales con la supremacía del interés colectivo y público propio de los derechos ambientales reconocidos en la Constitución y las leyes.

Proveer de Conformidad

SERÁ JUSTICIA.


ANSELMO SELLA
ADJUNTO I A CARGO DEL
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION