



**Ref. Expte 2745-D-2015-05179**  
**"FISCALIA DE ESTADO**  
**SOLIC. INFORME REF.**  
**AREA ANEXO VIII RIO**  
**DIAMANTE"**

**SEÑOR**

**FISCAL DE ESTADO DE MENDOZA**

**DR. FERNANDO SIMON**

**S \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ D**

**a- Antecedentes del caso**

Vienen estas actuaciones a dictamen de la Dirección de Asuntos Ambientales de Fiscalía de Estado, en el marco de un procedimiento de control, iniciado de oficio por la Fiscalía de Estado de acuerdo con sus atribuciones regladas en las Leyes 4418 y 5961.

En ese ejercicio competencial, el Sr. Fiscal de Estado solicitó oportunamente al Sr. Ministro de Tierras, Ambiente y Recursos Naturales que produzca y remita informe respecto de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) seguida a partir de la Manifestación de Impacto Ambiental (MGIA) del Área Anexo VII Río Diamante presentada por OIL M&S SA, requiriendo la remisión del Expediente 1111-D-2009-03834 en el cual ha transcurrido tal procedimiento de EIA, todo ello a los efectos de ejercer el control que corresponde a las competencias de la Fiscalía de Estado.



A fs. 3/13 de estas actuaciones, la autoridad ministerial requerida, a través del Director de Protección Ambiental, produjo informe en cumplimiento de lo solicitado, acompañando además el referido Expediente N° 1111-D-2009-03834, junto con su acumulado Expediente N° 1603-D-2014-03834.

En dichas actuaciones N° 1111-D-2009, la empresa proponente ha presentado una MGIA que obra a fs. 2/263, sobre la cual la Dirección de Protección Ambiental (DPA) por Resolución 231/09 ha iniciado un procedimiento de EIA según la legislación vigente, solicitando Dictamen Técnico (DT) de la Universidad Nacional de Cuyo, y Dictamen Sectorial (DS) del Departamento General de Irrigación, sin perjuicio de otros DS cuya necesidad surja de lo informado por el responsable del DT.

A fs. 270 y ss. (Expte. 1111-D-2009), la Universidad Nacional de Cuyo emite el DT, realizando **severas observaciones en relación a la descripción del proyecto, y a la consiguiente identificación y valoración de los impactos del mismo y el consiguiente plan de mitigación**, así como del contenido mismo del documento síntesis. Sobre la base de ello concluye que la MGIA cumple **parcialmente** los requisitos de ley.

Frente a tales observaciones, a fs. 284 y ss la proponente se expresa en cuanto a que la MGIA está referida a actividades en general de un proyecto de exploración hidrocarburífera, y que a medida en que se desarrollen estudios exploratorios se definirán las obras que conforman el proyecto. Este concepto es reiterado con respecto a las restantes omisiones que observa el DT, respondiendo de manera somera tales falencias, o remitiendo en su caso a la futura determinación del proyecto y sus obras.



Remitida esta respuesta a la Universidad Nacional de Cuyo, a fs. 302/304 se complementa el DT, concluyendo que **una vez que sea obtenida la Declaración de Impacto Ambiental (DIA)** y antes de realizarse cualquier obra, **se debe realizar un nuevo estudio de impacto ambiental** para los proyectos que se pretendan realizar.

Por Resolución 102/12 DPA, se solicitan DS de los Municipios de Malargüe, San Rafael, San Carlos, y a la Dirección de Patrimonio Cultural, instruyéndose además la presentación del DS ya solicitado al Departamento General de Irrigación. Por Resolución 246/12 también se solicita DS a la Dirección de Recursos Naturales Renovables.

El **DS del Municipio de San Carlos** se agrega a fs. 322/324, observando la **falta de determinación o la imprecisión** de aspectos vinculados a disposición de lodos, tendidos eléctricos y ubicación de perforaciones, explotaciones, canteras y escombreras en relación al recurso hídrico.

El **DS de la Dirección de Patrimonio Cultural** se agrega a fs. 334 y ss., observando que no se ha contemplado en la MGIA el marco legal sobre patrimonio cultural, arqueológico y paleontológico, para luego **cuestionar** la resolución de los mapeos y que a pesar de que existen áreas de alta potencialidad **se considera de baja importancia el impacto negativo que se ha identificado sobre el patrimonio cultural, habiéndose omitido el aspecto paleontológico, con lo que se estima insuficiente la información para realizar una EIA.**

El **DS del Municipio de Malargüe** se agrega a fs. 346 y ss. En él, la autoridad municipal requiere genéricamente "que los proyectos cumplan con las normativas vigentes y que se entregue la mayor información a fines de poder realizar una correcta evaluación". Y en



particular detalla **numerosas falencias y omisiones** en los estudios presentados por el proponente, en cuanto: no se informa sobre las etapas de obra del proyecto que son susceptibles de impactar el ambiente; no se especifica el combustible a utilizar; ni la cantidad, tipo y gestión de residuos y efluentes; tampoco sobre la gestión de vehículos livianos ni pesados; ni sobre los desmontes que se realizarán. Sobre esas bases, recomienda que se amplíe la información y se adecue el plan de contingencia.

El **Municipio de San Rafael acompaña su DS** a fs. 353 y ss., realizando recomendaciones generales sobre el respeto de las competencias municipales a su cargo.

A fs. 356 y ss. la **Dirección de Recursos Naturales Renovables aporta su DS**, considerando **necesario que se desarrollen aspectos vinculados a la mitigación** de fauna silvestre en base a las acciones del plan de obras; y que en la MGIA **no puede identificarse una clara relación de las acciones involucradas por la actividad y obra sobre el recurso, lo que reduce la posibilidad de determinar las potenciales afectaciones**. Se señala además que por la existencia de **Áreas Naturales Protegidas vinculadas al proyecto es necesario considerar la afectación** de corredores biológicos, **y el impacto** sobre cada unidad de conservación. También se expresa la necesidad de que el estudio de flora que realiza la MGIA tenga **mayor especificación, y en especial identifique áreas de desmonte**, observando que el **marco jurídico tenido en cuenta en la MGIA omite considerar las normas de tutela de la flora** (Leyes 26331, 13273 y 8195).

El **DS del Departamento General de Irrigación** se agrega a fs. 363 y ss. Dentro de los informes que comprenden tal DS, a fs. 373



se observa que la Subdelegación de Aguas del río Diamante entiende que la MGIA **"no da cuenta del tipo de operación a realizar por parte de la empresa (es decir, no se detallan si se realizarán prospecciones sísmicas, perforaciones, instalaciones permanentes o semipermanentes, consumo de agua u otros insumos)"**, observándose que "carece de sentido hablar de una EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, cuando no hace descripción alguna del proyecto en sí. Es decir más que un EVALUACION DE IMPACTO, se trata simplemente de una información parcial que podrá formar parte de un posterior estudio o Evaluación de Impacto Ambiental, pero lejos está en construirse en sí una MGIA", concluyéndose que **"no están dadas las condiciones mínimas para aceptar la MGIA, ni se puede emitir DICTAMEN SECTORIAL sobre un PROYECTO que no se detalla y que por tanto no permite evaluar si el recurso hídrico, superficial o subterráneo, se puede ver afectado real o potencialmente por el mismo"**. Aunque otra oficina del mismo organismo relativiza estas observaciones refiriendo a fs. 377 que las mismas exceden las competencias del DGI, en contradicción con esta última postura el área legal recomienda -según obra a fs. 378- que se debe "cumplimentar las observaciones descriptas" por la referida Subdelegación, lo que evidentemente ha sido compartido por la Superintendencia General de Irrigación que ha incorporado el informe de la Subdelegación como parte de su Resolución 316/13.

A fs. 379/424 la proponente acompaña un estudio de impacto paleontológico, el que es objeto de una ampliación de DS de la Dirección de Patrimonio Cultural, que a fs. 425/430 contempla recomendaciones en esa materia. **No hay constancia de que esta ampliación de la MGIA haya dado lugar a la consiguiente ampliación del DT.**



En este estado, por Resolución 135/13 DPA se convoca a audiencia pública, estableciéndose el procedimiento y actos propios para sustanciar la misma, agregándose las publicaciones que a cargo de la proponente contempla el régimen reglamentario a fs. 451/455. Sin embargo, por Resolución 168/13 se suspende tal convocatoria, dejándose sin efecto la Resolución 135/13, en mérito a una **marcada discrepancia entre la publicación de la convocatoria de la Audiencia Pública, y el contenido del proyecto objeto de esa pieza** administrativa. Seguidamente, por Resolución 253/14 DPA se emplaza a la proponente a dar respuesta a la discrepancia referida, disponiéndose la continuidad del procedimiento según la MGIA presentada, sin perjuicio de que cualquier modificación pueda ser objeto de un nuevo estudio. Este acto fue objeto de la vía recursiva por parte de la proponente en el expediente 1603-D-2014, donde a la vez que cuestionó la exigencia de mantener su proyecto acorde a la MGIA, aclaró que **las tareas que pretende realizar a esa fecha (2014) han variado desde su presentación inicial (2009)**, centrándose ahora en tres bloques de interés en los que pretende desarrollar las técnicas y labores de la publicación. Con posterioridad la proponente desistió del recurso interpuesto contra la resolución 253/14 (fs. 550 del Expte 1111-D-2009), **aunque no ha hecho lo mismo con su intención de efectuar actividades no contempladas en la MGIA, las que no han sido objeto de DT ni DS.**

A fs. 491/527, obra un estudio complementario que presenta la proponente, denominado "Mapa de sensibilidad ambiental basado en humedales". Solicitada opinión sobre el mismo al **Departamento General de Irrigación**, a fs 528 y ss informa que "no existe descripción alguna del proyecto a ejecutarse", y aunque realiza por ello recomendaciones "de tipo general", aclara que "**de no**



**presentarse los proyectos definitivos, en tiempo y forma, no se dará curso a ninguna tramitación"** vinculada a la competencia de ese organismo. Sobre este "mapa" ampliatorio del soporte técnico postulado por la proponente, tampoco existe constancia de análisis en el marco del DT que exige la ley.

A fs. 550 la proponente solicita nueva fecha para Audiencia Pública, anunciando los textos de las publicaciones edictales y de la síntesis de la MGIA que efectuará, los que a fs. 553 son considerados "aceptables". Sobre esta base, por Resolución 651/14 DPA se convoca nuevamente a Audiencia Pública, estando agregado a fs. 560/562 y 564/566 las publicaciones de rigor.

En ese estado, y ante un resolutivo del Cuarto Juzgado Civil de San Rafael que ordena la abstención de llevarse a cabo la Audiencia Pública convocada, dispuesto como medida cautelar innovativa en los autos 122349 y cuya constancia obra a fs. 589, por Resolución 53/15 DPA se suspende nuevamente la Audiencia Pública y se deja sin efecto la resolución que la convocara.

Con posterioridad, la proponente a fs. 599 se presenta exponiendo diversos aspectos de la tramitación que propicia, y **sin desistir del procedimiento que sustancia** en el trámite en curso solicita que se la autorice a presentar una nueva MGIA, delimitando el área geográfica del proyecto que pretende y enmarcando el mismo en un proceso de zonificación ambiental.

En base a estos antecedentes, se considera que existen diversas falencias procedimentales que repercuten en el estado y viabilidad futura del trámite en marcha. En los siguientes puntos, junto a contextualizar el alcance y característica del trámite en consideración, se analizan tales falencias y sus efectos.



## **b- Los procedimientos ambientales y su contenido de orden público**

En definitiva, los presentes obrados tienen por objeto un procedimiento de contralor en torno a una actuación administrativa en la que se sustancia un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental de un proyecto hidrocarburífero.

Este tipo de actuaciones son propias de las regulaciones surgidas en un tiempo relativamente reciente, en el que el manejo de lo público se ha reconfigurado bajo un nuevo paradigma de contenido ambiental (Lorenzetti, R, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 7), que en nuestro país se ha consolidado desde la introducción en 1994 del art. 41 CN, dándose lugar a una nueva concepción del rol estadual y de las autoridades en la que la configuración del poder público y sus instituciones ha sido identificado gráficamente como un "Estado Ecológico de Derecho", que otorga a las autoridades en general una obligación concreta de protección del entorno (Quiroga Lavié H, "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", La Ley, T° 1996-B, pp. 950/960).

En ese contexto, dentro del procedimiento administrativo genérico, los procedimientos ambientales se constituyen como una especie que adquiere particularidades procedimentales específicas, donde los principios y reglas del Derecho Administrativo son reforzados con otros específicos, que encauzan el obrar de las autoridades hacia el deber de proveer el derecho al ambiente que les ha impuesto el nuevo texto constitucional de manera expresa.

La Ley 25675 ha regulado de manera explícita un conjunto de principios jurídicos de corte ambiental, que condicionan la





interpretación y aplicación del régimen jurídico como sistema, otorgando interpretativamente *a posteriori un* contenido proteccionista a las tradicionales reglas procedimentales y sustanciales (Lorenzetti, *Teoría del Derecho Ambiental*, ob cit, p. 51 y 63).

Pero junto a ello, el régimen jurídico se ha enriquecido con diversas instituciones concretas, regladas, que conforman procedimientos administrativos de gestión ambiental que son expresamente previstos en las normas nacionales de presupuestos mínimos de protección, y en las complementarias locales. De esas regulaciones se configuran las expresiones de la actividad concreta del Estado ejerciendo la función policial para la protección del ambiente humano, lo que da lugar a diversos procedimientos administrativos que tienden a la materialización de medidas de prevención o seguridad, represión y reparación o mitigación mediante instrumentos que incluyen diversas habilitaciones como técnica de control previo y preventivo (Hutchinson T. y Falbo A., *Derecho Administrativo Ambiental*, Platense, 2011, pp. 122 y ss.).

**El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental** es uno de esos casos, y por ello se rige por las particularidades aludidas en relación a la materia ambiental. Este instituto implica un procedimiento previo a la toma de decisión, en el que la autoridad pública que debe aprobar un emprendimiento que puede causar efectos significativos al ambiente, evalúa sistemáticamente los potenciales resultados a efectos de autorizarlo o no (Bustamante Alsina, J. *Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, 1995, p. 100); e implica una importante restricción policial preventiva que destruye la presunción de licitud del derecho a ejercer la industria, al imponerle la carga de demostrar previamente que tal actividad no es ilícita



desde el punto de vista ambiental (Lorenzetti, R, "La nueva ley ambiental argentina"; La Ley, T° 2003-C, p. 1332).

Éste es también el espíritu que informa al artículo 240 del Nuevo Código Civil y Comercial, al disponer que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes "debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva" y *"no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros"*, de modo que el ejercicio de derechos individuales sobre bienes propios –y disponibles- debe ser siempre armónico con los derechos de incidencia colectiva que resultan indisponibles, lo que obliga a los operadores jurídicos a actuar anticipatoriamente en la etapa del pre-daño. (Cafferatta, N, *"El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado"*, Revista de Derecho Ambiental, n°40, oct-dic 2014, p. 32)

Este tipo de procedimientos ambientales, y en particular la evaluación de impacto ambiental, están reglados por normas que integran un nuevo **orden público** que se han configurado desde el advenimiento de una política ambiental y su reconocimiento por el interés general, siendo la consecuencia más importante de ello que tales normas deben ser tenidas en cuenta en toda ocasión o decisión pública o privada que conlleve un riesgo de impacto sobre el medio ambiente (Bustamante Alsina, J., "El orden público ambiental", en suplemento especial "La Ley, sesenta años", 15/11/1995, La Ley, Buenos Aires, p. 31).

La inclusión de las normas que hacen a los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental dentro de los alcances del orden público referido no es una cuestión interpretativa, sino que ello expresamente ha sido dispuesto por la Ley 25675 (art. 3) y por la Ley



5961 (art. 1). Y con ello, el cumplimiento de tales pautas de conductas es un **deber inexcusable** tanto por los particulares que acuden a dichos procedimientos, como por las autoridades responsables de sustanciarlos y, obviamente, de controlarlos.

Corolario de todo ello, es que el cumplimiento de las exigencias ambientales, y en particular del procedimiento de EIA y su contenido legal, no es un aspecto voluntarioso. Las normas se han dictado para ser cumplidas, y justamente el análisis siguiente procura atender el contenido del procedimiento actuado a la luz de esa normatividad.

### **c- El necesario contenido de la Manifestación General de Impacto Ambiental para la emisión de la Declaración de Impacto Ambiental como acto administrativo válido**

Como premisa particular del tema en análisis, es necesario detallar algunos aspectos específicos del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en la actividad petrolera, con atención en las exigencias de ley en torno a los documentos, informes y resolutivos que lo componen. Son esos elementos los que permiten valorar lo actuado a partir del trámite iniciado por la proponente, y su viabilidad como procedimiento ambiental válido que pueda ser resuelto por la autoridad competente.

La **Declaración de Impacto Ambiental** (DIA) es el acto administrativo con el que culmina el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobando o rechazando los estudios presentados por el proponente (art. 12 Ley 25675). Dichos **estudios** deben contener como **mínimo** una **descripción detallada** del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de sus



consecuencias ambientales y las acciones de mitigación previstas (art. 13 Ley 25675).

En Mendoza, el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) se encuentra reglado en los arts. 26 y ss. de la Ley 5961. En él se busca identificar y prevenir las consecuencias o efectos que los proyectos puedan tener sobre el equilibrio ecológico, la calidad de vida y la preservación de los recursos naturales, lo que se realiza a partir de un estudio -denominado **Manifestación General de Impacto Ambiental (MGIA)**- que debe presentar el proponente del proyecto, conforme el **contenido mínimo** que los arts. 2 a 8 del Decreto 2109/94 otorgan a ese estudio.

La Corte provincial, ha resaltado en este sentido que "la E.I.A. es un procedimiento cuyo resultado final, la DIA es un acto administrativo que encierra complejidad y cuyo objeto es determinar, mediante un procedimiento específico, la viabilidad ambiental de un proyecto público o privado. Para llegar a ese acto administrativo, se necesita de **un conjunto de estudios de naturaleza técnica que permiten estimar los efectos de la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad** (complejo carcelario) **causan sobre el medio ambiente**. En otros términos, el procedimiento administrativo de evaluación culmina con la D.I.A., por lo que el ejercicio de la potestad de evaluación configura una autorización previa e instrumental del procedimiento sustantivo, de naturaleza discrecional y, por lo tanto, **debidamente motivada**, que a su vez se suma a otra autorización, dada por otro organismo, para la construcción de la obra". (CSJN, in re Municipalidad de Luján de Cuyo - Gobierno de la Provincia de Mendoza s/Conflicto de poderes, LS346 - 023).



Dentro de los **contenido mínimos** que debe presentar la MGIA, la norma reglamentaria enumera que **entre otros extremos** debe existir una **descripción del proyecto y las acciones que incluye**, en la que se expongan las relaciones de todas las acciones inherentes al mismo mediante un examen detallado de sus **fases de realización y funcionamiento**, con descripción cuantificada de emisiones, así como un examen de **alternativas y una justificación** de las soluciones propuestas. También se establece que debe existir un estudio comparativo de la situación ambiental actual y futura, y una identificación y valoración de los efectos notables previsibles de las **actividades proyectadas** sobre los aspectos ambientales, basada en el estudio de las interacciones de las acciones proyectadas con el entorno.

En materia específica petrolera, el Decreto 437/93 ha introducido **contenidos particulares**, coherentes y compatibles con las posteriores exigencias generales del Decreto 2109/94. Del mismo Decreto 437/93 (art. 3 in fine) surge que este régimen especial es sin perjuicio de los **demás contenidos** que debe presentar la Manifestación General de Impacto Ambiental de acuerdo a las regulaciones posteriores que surgen de los Decretos 2109/94 y 170/08.

De acuerdo a ese régimen especial, el contenido de la Manifestación General de Impacto Ambiental debe coordinarse con el contenido del Estudio Ambiental Previo que regula la Resolución 105/92 de la Secretaría de Energía de la Nación; y con ello, en torno a proyectos de exploración y explotación petrolera, dicho documento **debe incluir el contenido de las normas establecidas en los capítulos 3 y 4 de ese resolutivo nacional**. Tales capítulos,



detallan aspectos precisos de la operación y actividad concreta del proyecto a evaluar.

El Decreto 170/08, por su parte, **amplía el contenido para la actividad petrolera de la Manifestación General Impacto Ambiental**, que también deberá contemplar un Plan de Gestión de los Residuos Sólidos, Semisólidos y Efluentes tanto peligrosos como no peligrosos. Además, deben circunscribir al contenido de la Manifestación General de Impacto Ambiental el potencial desarrollo del área y/o yacimiento en relación a las inversiones proyectada. Obtenida la Declaración de Impacto Ambiental, la norma estipula que las empresas deberán presentar ante la autoridad de aplicación, para cada desarrollo **contemplado en la Manifestación General de Impacto Ambiental** un Informe Ambiental Específico (IAE) que contengan como mínimo las Coordinadas de emplazamiento del proyecto, la Descripción detallada del proyecto, la Descripción del funcionamiento y mantenimiento del proyecto y las Medidas de prevención, mitigación de Impactos Ambientales que potencialmente se puedan producir y acciones frente a contingencias que el proyecto requiera. En el caso de actividades que no se encuentren explícitas en la MGIA, la autoridad de aplicación debe merituar si las mismas revisten la complejidad para exigir una nueva MGIA o el trámite de Aviso de Proyecto que contempla el decreto 2109/94.

En este marco legal, entonces, **la EIA es un procedimiento reglado, con contenidos mínimos** fijados reglamentariamente para los estudios sobre los que debe correrse el trámite, que no pueden ser obviados sin incurrir en falencias de legalidad. Y cuya valoración por parte de las autoridades públicas que deben decir el trámite, en caso de tensiones interpretativas, debe ser realizada en base a un criterio ambientalista (art. 5.c Ley 5961) que ponga en resalte la



protección del entorno al momento de motivar las decisiones de gobierno.

Dichos **contenidos de los estudios** en los que se basa la EIA resultan **esenciales**, no sólo por ser contemplados explícitamente dentro de la actividad reglada en el Decreto 2109/94 y demás reglamentos específicos de la materia petrolera, sino además porque **su omisión cercena la debida motivación de la DIA** como acto administrativo. La doctrina recuerda en este sentido que "la información entregada por el estudio debe permitir llegar a conclusiones sobre los efectos que puede llegar a producir la instalación y desarrollo de una acción o proyecto sobre su entorno" (Najar, Laura E. "El desarrollo y el ambiente", en *Temas de Derecho Procesal*, U. Champagnat, San Rafael, 2015, p. 122), y por ello, incluso si la reglamentación no detallara, como hace, la necesidad de una adecuada profundidad y extensión de los estudios que deben presentar los proponentes, el carácter de autorización previa a toda actividad que presenta la DIA (art. 28 Ley 5961) conlleva que la misma se expida sólo en base a una adecuada valoración de las circunstancias de hecho, y la falta de adecuada identificación de tales circunstancias quitarían toda razonabilidad a la decisión que se adopte y la transformarían en arbitraria.

#### **d- Debilidad de la tramitación sustanciada en base a una MGIA con contenido impreciso**

La Manifestación General de Impacto Ambiental a partir de la cual se ha construido y desarrollado el iter sustanciado carece de los contenidos reglados por el orden jurídico, sea desde las previsión de los contenidos mínimos de protección de la Ley 25675 -que exige una descripción detallada del proyecto- como desde régimen



reglamentario genérico que contienen los arts. 2 a 8 del Decreto 2109/94, o el régimen especial que imponen los Decretos 437/93 y 170/08, debilitando la coherencia y consistencia del trámite corrido en torno a la EIA del proyecto que propicia la proponente en el Expte. 1111/D/09.

Esa omisión de contenidos ha sido observada en diversas ocasiones a lo largo del procedimiento, como tempranamente puso en resalte el ente responsable del Dictamen Técnico, emitido por la Facultad de Ingeniería de la UNCuyo a fs. 271 y ss del Expte 1111/D/09, al acusar la **falta de información referente a las obras a realizar a partir de omisiones en relación a la descripción del proyecto, y a la consiguiente identificación y valoración de los impactos del mismo y el consiguiente plan de mitigación, concluyendo que el contenido de la MGIA cumplía parcialmente los requisitos reglamentariamente exigidos.**

Aun así, y a pesar de esta grave falencia identificada *ab initio*, posteriormente el procedimiento tuvo continuidad en base a las argumentaciones del proponente en cuanto a que "la MGIA presentada está referida a las actividades en general de un proyecto de la explotación de un área hidrocarburífera. En esta instancia la información es general. A medida que se pueda ingresar al área, para desarrollar los primeros estudios exploratorios se irán obteniendo definiciones en cuanto a las zonas de interés a investigar. Esto dará lugar a la definición de cada una de las obras, cuya información será suministrada en los estudios ambientales correspondientes" (fs. 284). Sobre esta base, el Dictamen Técnico de la Facultad de Ingeniería de la UNCuyo consideró que una vez obtenida la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), y antes de realizar cualquier obra, debería ampliarse mediante un nuevo estudio ambiental a cada obra a





realizar, a los efectos de cumplir con las Resoluciones Nº 105/92 y Nº 25/2004 de la Secretaría de Energía de la Nación, la Ley 5961 y demás decretos reglamentarios.

**Este encuadre que el proponente realiza es manifiestamente antijurídico**, y no puede ser sorteado desde la perspectiva que indebidamente propicia el Dictamen Técnico. En parte, porque más allá de la opinión del dictaminante referido, lo cierto es que la MGIA debe precisar contenidos reglados que no pueden ser dispensados ni diferidos por los órganos que ejercen funciones consuntivas. Pero además, porque el referido Dictamen Técnico debe ser un análisis científico técnico de las materias y conocimientos que hacen al proyecto (art. 16), y su concreción, aunque sea formalmente cumplida, resulta sustancialmente ausente si en lugar de cumplir con ese análisis científico se limita a remitir genéricamente a futuros estudios aún no realizados, bajo la premisa de que en el futuro se haga una nueva evaluación ambiental que cubra las omisiones actuales.

La situación descrita no sólo confronta de manera irrazonable el principio de celeridad, economía y eficacia del trámite que debe asegurar la autoridad (art. 113 Ley 3909), haciendo que lo que debiera ser resuelto en la DIA se replique indebidamente en procedimientos posteriores, sino que además socaba el contenido esencial del trámite: la Ley 5961 establece con severidad la nulidad de las DIA que se emitan sin Dictamen Técnico, y en concreto en estas actuaciones aunque la UNCuyo ha intervenido, ante la falta de contenido y precisión en la MGIA no ha podido efectuar de manera alguna el análisis científico que exige la ley, sino que lo ha reenviado a un "nuevo estudio ambiental", a realizarse en el futuro, "una vez



obtenida la Declaración de Impacto Ambiental" (fs. 304 del Expte 1111/D/2009), y ello destruye la validez sustancial del trámite.

El vacío de contenido que presenta la MGIA, además, es nuevamente acusado por el Departamento General de Irrigación, que en su Dictamen Sectorial "entiende que **no están dadas las condiciones mínimas para aceptar la MGIA, ni se puede emitir Dictamen Sectorial sobre un proyecto que no se detalla y que por tanto no permite evaluar** si el recurso hídrico superficial o subterráneo, se puede ver afectado real o potencialmente por el mismo, que es en definitiva el propósito de un Dictamen Sectorial del DGI". Esta posición se reafirma con la opinión que dicho organismo expresa el 24/10/15 en relación al MAPA DE SENSIBILIDAD AMBIENTAL BASADO EN LOS HUMEDALES presentado con posterioridad por el proponente, donde la autoridad del agua considera que "**no existe descripción alguna del proyecto a ejecutarse**", concluyendo que "SIN PROYECTOS DEFINITIVOS, NO HABRA LUGAR A AUTORIZACIONES NI TRAMITACIONES, QUE SIGNIFIQUEN USO DE AGUA".

La posición de la autoridad del agua no sólo es claramente razonable, sino inevitable dentro de la legalidad vigente. El Decreto 2109/94 establece que los organismos sectoriales deben emitir un dictamen **fundado** sobre el proyecto, y si no se describe el proyecto en sí, no hay posibilidad de emitir la opinión fundada que exige la norma.

Junto a esos cuestionamientos del Departamento General de Irrigación, el contenido y alcance de la MGIA también ha sido observado en los dictámenes de los restantes organismos sectoriales actuantes. El Municipio de San Carlos observó la falta de determinación o la imprecisión de aspectos vinculados a disposición



de lodos, tendidos eléctricos y ubicación de perforaciones, explotaciones, canteras y escombreras en relación al recurso hídrico; la Dirección de Patrimonio Cultural observó que no se ha contemplado el marco legal sobre patrimonio cultural, arqueológico y paleontológico, cuestionando tanto la calidad de la cartografía presentada y la insuficiencia del análisis paleontológico como la baja importancia el impacto negativo sobre el patrimonio cultural a pesar de que existen áreas de alta potencialidad en la materia; el Municipio de Malargüe detalla numerosas falencias y omisiones, referidas a las etapas de obra del proyecto, aspectos sobre combustibles, vehículos, residuos y efluentes, desmontes. La Dirección de Recursos Naturales Renovables reclama que la MGIA no identifica las acciones involucradas y su relación con el recurso, lo que hace imposible determinar las afectaciones, así como ciertas falencias de información sobre la mitigación de los efectos del plan sobre la fauna silvestre y sobre la flora, resaltando que no se especifica el desmonte que se realizará y si el mismo cumple con la legislación específica, ni se considera la existencia de Áreas Naturales Protegidas vinculadas al proyecto y corredores biológicos que las afectan, y el impacto sobre cada unidad de conservación.

Las omisiones de contenido sustancial de la MGIA vuelven a manifestarse en torno al procedimiento de información pública que dispone el art. 19 del Decreto 2109/94, y que el art. 8 de la resolución 109/96 AOP regula en relación a la Audiencia Pública. En efecto, cuando el proponente ha detallado el contenido de su proyecto a los efectos de publicar la convocatoria a audiencia pública, el trámite ha hecho crisis por la **diferencia sustancial de dicho contenido con respecto al contenido de la MGIA**, lo que ha llevado a la autoridad del procedimiento a suspender el mismo por Resolución 168/13, y a requerir por Resolución 253/14 una respuesta



sobre tal inconsistencia y a disponer la continuidad del procedimiento según la presentación de MGIA efectuada.

La **diferencia de contenido entre la MGIA y la síntesis informativa publicada no es menor**, y claramente pone en cuestión lo veraz y lo completo de la información de la MGIA, así como también la fiabilidad de las etapas previas de análisis científico y administrativo que se sustanciaron en los Dictámenes Técnicos y Sectoriales efectivamente emitidos a partir de esa MGIA. **Especialmente luego de que la misma proponente ha expresado que su actual proyecto no responde a esa MGIA** (Expte 1603-D-2014, fs. 2 y ss.).

Tales documentos técnicos y administrativos encierran opiniones sobre contenidos genéricos de la MGIA que en definitiva, no precisan la situación del proyecto verdaderamente pretendido por la proponente. En este sentido, a partir de que por Resolución 253/14 DPA se emplazó a la proponente a dar respuesta a la discrepancia referida, y a partir de ello la misma ha expresado su intención de efectuar desarrollos en bases a técnicas (fractura hidráulica) no contemplada en la MGIA, variando además el alcance del proyecto hacia tres bloques de interés.

Aunque la proponente ha desistido del recurso interpuesto contra la exigencia de tramitar su proyecto según la MGIA presentada, y ha salteado las trabas burocráticas que frenaban el trámite al anunciar la adecuación de los textos edictales a un discurso acorde a la MGIA (fs. 550), **en realidad no ha desistido de la intención de efectuar un desarrollo distinto a esa MGIA, tal cual ha planteado en el Expte. 1603-D-2014**. Este es un actuar contradictorio y poco claro, que por un lado aceptar la realización del proyecto de acuerdo a la MGIA presentada en 2009, y por otro en



una tramitación separada anunciar un cambio sustancial al estudio sobre el que se formula todo el procedimiento de EIA.

Por todo ello, en las actuaciones en las que tramita el procedimiento de EIA referido no sólo no existe una MGIA que respete el contenido mínimo de ley, y dicho estudio ha sido constantemente observado como técnicamente insuficiente e impreciso por los entes sectoriales intervinientes, sino que además **existen falencias sobre la transparencia del proyecto informado que ponen en crisis la eventual veracidad y suficiencia de la información suministrada por el proponente**, aspecto que socaba el presente trámite y su validez, sin perjuicio de otras consecuencias que se profundizan en el apartado g- de este dictamen.

#### **e- . Vicios de procedimiento que afectan la validez de la futura Declaración de Impacto Ambiental**

Aunque es cierto que el acto administrativo que en definitiva resuelve el procedimiento de EIA es la Declaración de Impacto Ambiental, y el mismo aún no ha sido dictado en el trámite en análisis, de lo expresado en los puntos anterior surge que el procedimiento corrido en el Expediente 1111/D/09 presenta falencias sustanciales que comprometen su futuro desarrollo, y que indubitablemente afectarán la legalidad y validez de la DIA que allí se dicte.

El ya citado principio de celeridad, economía y eficacia del trámite, reglado de forma expresa en el art. 113 de la Ley 3909, impone a la autoridad interviniente la adopción de las medidas necesarias a tal fin. Y con ello, la existencia de falencias graves que



afectarán el dictado del futuro acto administrativo exige una resolución al respecto.

En el estado actual del procedimiento, diversas falencias socaban el eventual dictado de una Declaración de Impacto Ambiental. Pueden señalarse las siguientes.

Los vicios administrativos que afectarían una Declaración de Impacto Ambiental encuentran su razón en que la empresa proponente ha presentado una Manifestación General de Impacto Ambiental que omite el contenido reglado no sólo en la genérica Ley 25675, sino también en el Decreto 2109/94, así como en los Decretos 437/06 y 170/08.

Esta omisión, como se analiza supra, ha sido observada reiteradamente por los órganos dictaminantes que han emitido opinión en el procedimiento, e incluso ha afectado severamente el contenido de tales opiniones. La Universidad Nacional de Cuyo ha relativizado el alcance del Dictamen Técnico al señalar que luego de emitida la DIA deberá evaluarse nuevamente la actividad concreta que se pretende, y con ello, en realidad, el contenido de dicho dictamen es vacío del análisis científico técnico que el Decreto 2109/94 exige con respecto a las materias y conocimientos que hacen al proyecto que en definitiva se efectuará. De igual manera, el Departamento General de Irrigación ha limitado su opinión sectorial hasta tanto la proponente no exponga en concreto de qué trata su proyecto.

Ello se agrava si tenemos en cuenta que las carencias de la Manifestación General de Impacto Ambiental identificada en los dictámenes sectoriales, o incluso por la misma proponente luego de su presentación inicial (ver fs. 2 Expte 1603-D-2014), ha dado lugar a **estudios complementarios** sobre humedales y paleontología que,



por su presentación tardía, **no han sido merituados al momento del Dictamen Técnico, o de los Dictámenes Sectoriales** de otras autoridades intervinientes. Tampoco en esos Dictámenes Técnicos y Sectoriales se ha valorado el **cambio de proyecto** que la proponente ha anunciado con posterioridad en el Expte 1603.

Este aspecto es esencial si atendemos el carácter esencial que el Dictamen Técnico presenta en el procedimiento, al punto que su omisión conlleva la nulidad de lo actuado.

De eventualmente emitirse una Declaración de Impacto Ambiental en los términos del art. 12 de la Ley 25675 y los arts. 27 y 28 de la Ley 5961, la misma estará groseramente viciada, como consecuencia de las previsiones de los arts. 51, 52, 53, 60 y 63 de la Ley 3909.

En efecto, en la medida que se apruebe un procedimiento basado en una MGIA que no responde al proyecto a desarrollar (el cual ha variado según las constancias del Expte 1603-D-2014), se estaría dando lugar a un acto cuyo objeto es terminantemente absurdo, siendo ello un vicio grosero (art. 51).

Además, dicho acto administrativo estaría siendo dictado en base a un procedimiento cuyo contenido se encuentra en discordancia con el orden normativo (art. 52 inc. b), al presentar los estudios sustanciados una omisión de las exigencias de contenido que impone dicho orden. Además, puede también sostenerse que la eventual DIA importaría una violación de aspectos prohibidos por el orden normativo (inc. a), en la medida en que se emitiría sin contar con un Dictamen Técnico, ya que aunque éste formalmente está presente, no responde a su definición y contenido reglamentario, ni refiere a la totalidad de estudios acompañados por el proponente, ni tampoco al proyecto real que pretende desarrollar actualmente.



También la eventual DIA, si se dictara sin contar con los contenidos de los estudios y opiniones que exige la legalidad vigente, transgrediría las normas administrativas de carácter general que conforman los Decretos 437/93, 2109/94 y 170/08, situación penada por el art. 53 inc. b de la ley ritual administrativa.

Además, la omisión de la MGIA en legal forma, o de los DT y DS que debieran expedirse según el contenido de ley y en base a esa MGIA, conlleva la existencia de una omisión de trámites previos sustanciales.

Explica Sarmiento García y Petra Recabarren que "el orden normativo suele establecer una serie de trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitirse la voluntad administrativa [...] el incumplimiento de dichos requisitos vicia la voluntad administrativa, porque ella no se ha preparado conforme el orden normativo" (Sarmiento García, J. y Petra Recabarren G, Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza nº 3909. Comentada y Concordada, Avgvstvs, 1979, p. 74).

La misma Ley 5961 señala que la ausencia del Dictamen Técnico acarrea la nulidad de la DIA; y en este caso el informe librado como Dictamen Técnico reconoce omisiones en cuanto a la información analizada que ponen en cuestión que sea tenido como tal de acuerdo a las regulaciones vigentes. Y aunque de manera específica en la ley ambiental no se refiera a los Dictámenes Sectoriales o a la Manifestación General de Impacto Ambiental, la falta de contenido sustancial de esta última, o la emisión de aquellos con las limitaciones de opinar sobre un proyecto desconocido (como se observa dentro de los informes que integran el DS del Departamento General de Irrigación, o de la DRNR) conllevan el vicio del art. 60 inc. b de la Ley 3909.





Resaltamos en este último aspecto la importancia relativa que presenta la opinión del Departamento General de Irrigación, y que en lo sustancial se encuentra gravemente limitada. El ente rector del agua en Mendoza **es considerado expresamente en la Ley 7722 como una opinión necesaria**, y aunque ese régimen no es de aplicación directa al caso, refleja la trascendencia de la referida intervención y permite valorar la gravedad del vicio que implica para este procedimiento si se continuara con la expresa omisión de opinión que ha realizado ese ente ante las falencias de los estudios existentes.

Finalmente, de emitirse una Declaración de Impacto Ambiental en un trámite con los defectos y características como el sustanciado, conllevará además una transgresión a lo dispuesto en los arts. 38 y 39 de la Ley 3909, falencia calificada como vicio grave por el art. 63 inc. c de la ley administrativa de rito. La legislación referida exige que los agentes estatales adopten sus resoluciones para cumplir el fin de la norma, pero en este caso, las omisiones de contenido de la Manifestación General de Impacto Ambiental y su inexactitud frente a la verdadera intención de la proponente, hacen que la eventual DIA resuelva sobre la viabilidad ambiental de un proyecto que en realidad no se analiza de manera completa o adecuada, y ello implica una aprobación meramente formal que desvirtúa el objetivo de la Ley 5961, explicitado en su art. 26.

Junto a ello, la referida legislación impone a los agentes públicos que sus decisiones sean adoptadas mediante la razonable valoración de las circunstancias de hecho y el derecho aplicable. Pero las omisiones de contenido de los estudios presentados por la proponente, e incluso su confesión en cuanto a que el proyecto a ejecutar actualmente no es el descripto en la MGIA, hacen que esas



circunstancias de hecho que definen el proyecto petrolero en estudio sean ajenas a los análisis que impone la ley, con lo que cualquier acto administrativo que se dicte en tal circunstancia caería en un vicio de gravedad, que incluso en un caso como este podría calificarse como grosero (art. 50 Ley 3909).

#### **f- Las deficiencias observadas a la luz de los principios del Derecho Ambiental**

El Derecho Ambiental se ha conformado en los últimos cincuenta años como una nueva disciplina jurídica que se caracteriza por un especial énfasis preventivo (Martín Mateo, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 93; Bustamante Alsina, *Derecho Ambiental*, ob cit, p. 50). En esta materia, las prerrogativa en juego exigen un resguardo ex ante, y por ello la doctrina judicial ha asignado "a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto" (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires; in re Almada, Hugo v. Copetro SA y ot, sentencia del 19/05/1998).

La protección ambiental como deber del Estado no puede ser efectiva, sin embargo, si no se adoptan medidas protectoras que impidan el deterioro de los bienes ambientales. Esto supone diversos medios técnicos específicos que -generalmente- van asociados a limitaciones a las actividades antrópicas (Canosa Usera, R., *Constitución y medio ambiente*, Ciudad Argentina-Dykinson, Madrid, 2000, p. 180), los que se manifiestan tanto en normas legislativas que regulan conductas, como en las potestades y procesos judiciales y administrativos que refieren a las mismas. En definitiva, la **cultura**



**jurídica preventiva es radicalmente** transversal a la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva (Pérez Ragone, A.J., "La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 28, nº 1, 2007, pp. 207-234).

El procedimiento de EIA que se analiza, es una de esas técnicas, que ha sido implementada legislativamente como regla jurídica que limita la libertad de industria de los proponentes de actividades, y a la vez condiciona las actuaciones discrecionales de las autoridades en su control. Pero junto a esas reglas jurídicas, existen principios que, como ya se ha referido, encauzan la interpretación de las reglas en un marco paradigmático que procura la protección ambiental.

Más allá de las falencias de legalidad que genera el incumplimiento observado en las actuaciones en análisis a las reglas concretas que ha fijado el régimen vigente en torno al contenido de los estudios en los que se basa el procedimiento de EIA, los principios ambientales también se imponen como pauta o mandato de ponderación de la solución del caso (Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86). Desde esta perspectiva, las decisiones públicas deben responder no sólo a las reglas que fijan las leyes, sino también a ciertos principios basados en los derechos que titularizan los ciudadanos, de modo que el alcance del Estado de Derecho se configura desde una concepción centrada –más que en el mero cumplimiento de los reglamentos- en la consideración de esos derechos en base a los principios que resultan compatibles con el sistema jurídico (Dworkin, R., *Una*



*cuestión de principios*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, p. 27 y ss.).

En el caso, es la misma legislación la que ha identificado ciertos principios básicos que no pueden ser omitidos por el operador de derecho. La Ley 25675 ha definido dentro de los principios de interpretación y apelación del régimen legal al Principio de prevención, según el cual "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"; complementa al mismo el Principio precautorio, en cuyo marco "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".

El régimen de la Ley 5961 reafirma estos institutos en su art. 5, el fijar que las autoridades públicas en sus actos de gobierno deben asegurar como principios de política ambiental que las actividades con incidencia ambiental no ocasionen daños al entorno (inc. a), asegurando un uso óptimo y sustentable de los ecosistemas (inc. b), adoptando los actos administrativos con un criterio ambientalista (inc. c) que se base en un enfoque científico inter y multidisciplinario (inc. d), todo ello enmarcado en el reconocimiento de un derecho al ambiente que ostentan los habitantes (inc. e) que condiciona la aplicación normativa.

Este esquema contextual conlleva que, más allá de las reglas de derecho inaplicadas en relación al contenido de la EIA sustanciada (lo que de por sí afecta la validez del procedimiento de manera grave), los principios ambientales exigen que las autoridades públicas no puedan tolerar en sus decisiones la situación observada, en donde



falencias procedimentales generan una situación de riesgo ambiental que contradice abiertamente el sustrato de análisis que imponen tales principios, con un proyecto en análisis que inicialmente presentó omisiones sustanciales, y que hoy ni siquiera responde a la verdadera intención de la proponente.

### **g- Impacto de los vicios observados sobre el derecho a la información y participación ambiental**

g.1- Los derechos de participación e información ambiental en el procedimiento de EIA

Los diversos aspectos críticos que presenta el procedimiento en análisis, además de generar debilidades que socaban la legalidad y razonabilidad de una Declaración de Impacto Ambiental que pudiera dictarse, también afectan otras etapas esenciales del procedimiento de una manera que atenta claramente contra derechos de incidencia colectiva, lo que agrava aún más la situación del trámite y su viabilidad jurídica, por resultar atentatoria de derechos esenciales como la información y participación ciudadana que en temas ambientales debe existir.

En general la jurisprudencia del máximo Tribunal nacional ha entendido que el acceso a la información pública es una prerrogativa que se funda en los arts. 10, 14, 16, 31, 32, 33 Y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (in re Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s/amparo ley 16.986, sentencia del 04/12/2012). Recientemente, esta Fiscalía de Estado ha emitido su dictamen n° 799/15, detallando el derecho de información pública como un derecho implícito que atraviesa todos los derechos, y aún más los de contenido político que nacen del principio



democrático, que se presenta con una importancia que trasciende su objeto propio, en cuanto la posibilidad de acceder efectiva y eficientemente a la información pública no sólo facilita el ejercicio de los demás derechos, sino que permite el control ciudadano, favorece el vínculo entre ciudadanos y poderes públicos y fortalece la confianza en el manejo de la cosa pública, todo lo cual beneficia la institucionalidad republicana y la efectiva democracia participativa.

En materia ambiental, sin embargo, los derechos de información pública y de acceso a la información resultan particularmente acentuados, habiéndose previsto de manera expresa en el art. 41 CN el deber de las autoridades de proveer a la información ambiental, con desarrollo legislativo en las Leyes 25675 y 25831. Además de ello, integran la carta de derechos humanos incorporadas al texto constitucional en el art. 75 inc. 22 (Corte Interamericana de Derechos Humanos in re Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia del 19/09/2006), lo que impone un actuar estadual protectorio sobre los mismos.

La información ambiental, además, es un presupuesto para el disfrute, ejercicio y protección de determinados derechos –como el derecho a la salud o al ambiente–, especialmente en su configuración participativa (Martín Mateo, R, Tratado de Derecho Ambiental, ob. cit., p. 122. Falbo, A, “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, JA 2003-III, p. 1246 y ss.), afirmándose que en materia de derechos de incidencia colectiva su importancia alcanza un nivel superlativo, pues se vincula precisamente con la efectividad de estas prerrogativas y hace que, en los hechos, las mismas no se transformen en meras declaraciones de principios sin mayor trascendencia (Benavente, M, “El derecho-deber



de información ambiental como herramienta eficaz de los principios de prevención y precautorio", ED, T° 208-854).

Por ello, aunque materialmente es de carácter instrumental, el derecho a la Información Ambiental constituye un derecho sustantivo de titularidad colectiva, genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercitarlo sin que estén obligadas a probar un interés determinado (Martín Mateo, R, Nuevos instrumentos para la tutela ambiental, Trivium, Madrid, 1994, p. 188).

En el contexto del **procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, el derecho a la información y participación ha sido operativizado de manera reglamentaria con especial énfasis**, al punto tal que la Ley 25675 contempla que la participación debe ser asegurada en los procedimientos de EIA, y la Ley 5961 sanciona con nulidad a aquellos procedimientos en que la Audiencia Pública no se sustancie, disponiendo la necesidad de un sistema de información que otorgue **efectiva publicidad a la Manifestación General de Impacto Ambiental y a las opiniones y dictámenes que se produzcan** en el procedimiento de EIA (art. 33). Para hacer efectiva dicha participación informada, el Decreto 2109/94 estipula que el proponente del proyecto tiene la carga de difundir por medios periodísticos una síntesis de la Manifestación de Impacto Ambiental (art. 19).

Detallando los mecanismos de participación informada, la Resolución 109/96 AOP ha fijado reglas específicas sobre la convocatoria y sustanciación de la Audiencia Pública con el objeto de producir una comunicación fluida entre autoridad, proponente del proyecto, especialistas y los múltiples integrantes del público (art. 3). La Convocatoria, debe ser **publicada con una relación sucinta de los aspectos fácticos** del proyecto, identificándose de manera



precisa el lugar donde se encuentran las actuaciones para que los interesados ejerzan el **derecho a la vista** de las mismas (art. 9), y a partir de ello se desarrolla una etapa preparatoria que procura que el público tenga conocimiento de los hechos vinculados al proyecto que se somete al procedimiento (art. 12).

g.2- El derecho a la información y participación ambiental en el presente caso

En el caso, sin embargo, la convocatoria inicial a Audiencia Pública dio lugar a una publicación (fs. 451 a 455) cuyo contenido muestra que el proyecto realmente pretendido presenta inconsistencias con el formalmente sometido a análisis a partir de la Manifestación General de Impacto Ambiental que ha sido objeto del Dictamen Técnico y de los Dictámenes Sectoriales sustanciados (en los que –como se reseña supra- se puso en cuestión las falencias de contenido de dicho documento). Con posterioridad, la proponente fue requerida de una precisión al respecto de estas diferencias mediante la Resolución *253/2014 DPA*, acto administrativo que primero cuestionó -y luego aceptó- en cuanto le exigía limitar el procedimiento a lo expuesto en la MGIA, aunque **contradictoriamente expuso por cuerda separada (Expte 1603-D-2014) que su proyecto hoy no responde a la MGIA sino que ha evolucionado hacia tres bloques de interés en los que aplicará técnicas (como la fractura hidráulicas) no expuestas en los estudios previos.**

Aunque la posterior y última convocatoria a Audiencia Pública generó una publicación edictal considerada “aceptable” en los términos de la MGIA (ver fs. 553 de Expte 1111-D-2019), ello no obsta a que subsiste el anuncio de la proponente de efectuar un proyecto distinto al expuesto en la MGIA (ver Expte 1603-D-2014).





Las falencias de la Manifestación General de Impacto Ambiental, en ese contexto, no sólo se presenta como un documento incompleto y desactualizado que genera los vicios analizados en la legalidad del procedimiento. También se presentan como un presupuesto de violación del derecho a la información pública ambiental que debe ser garantido por todos los órganos del Estado, y que debe procurar que el público acceda a la información de manera adecuada, oportuna, completa y veraz.

En el estadio de desarrollo del procedimiento, en el que se vislumbra un *iter* fundado en un documento que **desde un comienzo omite gran parte de su contenido mínimo reglado, y que calla aspectos determinantes del proyecto** a ser desarrollado que –al menos en parte- se publican al momento de convocar inicialmente a la Audiencia Pública, el acceso del público a la información recabada en el expediente –que incluye tanto esa incompleta y desactualizada MGIA como los Dictámenes Técnico y Sectoriales que en ella se han basado- **resulta atentatoria de los derechos de incidencia colectiva** en juego, y cuando menos carece de los necesarios caracteres referidos en cuanto a que sea adecuada, completa, oportuna y veraz.

En parte, en realidad, porque de la misma forma en que por las imperfecciones de la MGIA ni la autoridad actuante ni los organismos técnicos y sectoriales conocen el proyecto que se pretende que sea aprobado, el público tampoco lo conoce. Pero además, la información (como los dictámenes técnicos y sectoriales) a la que tal público efectivamente puede acceder mediante el derecho a la vista que reconoce el art. 9 inc. c de la Resolución 109/96 es incompleta, desactualizada e imperfecta por basarse en el análisis de un proyecto



someramente descripto en la inicial MGIA, que luego ha sido mutado por la proponente.

Debe aclararse que aunque -como se señaló en el Dictamen n° 0799/15 de esta Fiscalía de Estado- como principio general el derecho de acceso a la información tiene por objeto la información que efectivamente esté disponible, en casos como el presente existen particularidades que deben ponderarse para establecer la regla del caso. Es que la información ambiental que debiera estar a disposición del público en este caso concreto no depende de la discrecionalidad con la que la autoridad competente encauce el trámite, sino que - como se ha detallado supra- la misma es parte de un procedimiento reglado que impone contenidos mínimos a satisfacer por el proponente en su presentación; y con ello las falencias en cumplir con los contenidos mínimos de información que impone la ley para el desarrollo del procedimiento de EIA, así como la desactualización de esa información, atentan contra el derecho de información que beneficia a la colectividad en relación a tal iter (ver en este sentido Pinto, M, "El Estado "ignorante" y el vaciamiento del derecho a la información ambiental", Revista de Derecho Ambiental, n° 37, Abeledo Perrot, p. 352).

Con ello, aun cuando los procedimientos de información ambiental y la Audiencia Pública fueran formalmente desarrollados, con las publicaciones y demás actos que prevén los reglamentos, de modo alguno se cumplirían el objeto y función que la reglamentación les otorga a tales etapas procedimentales (art. 33 Ley 5961, art. 19 Decreto 2109/94, art. 3 Res. 109/96 AOP), lo que a la vez que violenta derechos colectivos afecta la validez de los actos administrativos que se adopten en el futuro (arts. 52, 60 y 63 Ley 3909). El público, aunque formalmente convocado, estaría sin saber



realmente lo que se propone y quiere aprobarse, haciendo que la información y participación ambiental adquieran un rol formal, meramente simbólico, carente de contenido real, y por lo tanto degradante de los derechos de incidencia colectiva en juego.

#### **h- El presente caso y su solución desde el rol ambiental del Fiscal de Estado**

Con las salvedades conceptuales referidas, resulta claro que las autoridades públicas están investidas de un rol determinante en tramitaciones donde se sustancian contenido de derechos de incidencia colectiva de tipo ambiental. Ese rol exige que se adopte un permanente actuar anticipatorio frente a falencias que atenten contra tales derechos, generando así resultados inhibitorios de los agravios que tales prerrogativas colectivas puedan presentar.

En la Provincia de Mendoza, **la Fiscalía de Estado presenta un rol especialmente subrayado en torno al control y protección de los derechos de incidencia colectiva, en particular los de contenido ambiental, a partir de la expresa atribución de competencias legalmente dispuesta al respecto** (arts. 16, 20, 23 y 24 Ley 5961). A la misma corresponde intervenir ante hechos, actos u omisiones que lesionen ese tipo de derechos, pudiendo no sólo interponer las acciones judiciales que resultaren necesarias, sino además dar lugar a otras instancias de control administrativo que corresponden a sus potestades genéricas y específicas (art. 177 Const. de Mendoza; art. 23 Ley 5961; Leyes 728, 4418 y conc.).

En ese marco general, el art. 4 de la Ley 4418 habilita a que la Fiscalía de Estado solicite a la autoridad competente la suspensión de



los actos o hechos sometidos a su análisis, cuando de ellos pueda derivarse un perjuicio grave o irreparable para el Estado.

En el presente caso, ha quedado acreditado de manera inequívoca que se está sustanciando un proyecto de evaluación ambiental petrolera cuyas **etapas incumplen con los contenidos mínimos que exige el orden jurídico** para efectuar el análisis respectivo, con lo que de continuarse y resolverse su aprobación a través de la Declaración de Impacto Ambiental que establece la Ley 5961 se generaría un acto viciado grave y/o groseramente. Incluso, en tales condiciones si se resolviera denegar la aprobación, aun así la continuidad del iter es contradictoria de los principios de ley (art. 113 Ley 3909).

Ese encuadre se agrava aún más si se atiende a que las limitaciones del contenido y actualidad real que presenta la manifestación General de Impacto Ambiental, y consiguientemente los dictámenes técnicos y sectoriales realizados a partir de ella, generan una ausencia de la información ambiental mínima que exige la ley, en desmedro de los derechos de incidencia colectiva a la información y participación ambiental que ostenta la población toda, y que las autoridades públicas y en especial la Fiscalía de Estado deben resguardar.

Junto a ese encuadre de ilegalidad, debe atenderse que los principios del Derecho Ambiental de aplicación necesaria, según mandato legal, **condicionan las opciones que tienen las autoridades públicas** que intervengan en torno al procedimiento de EIA analizado. Las falencias de contenido afectan el necesario sopesaje científico que impone la ley 5951, imponiéndose en los actos de gobierno el criterio ambientalista que exige esa ley y que conduce a la aplicación de los principios de prevención y precaución que



propician el objetivo de asegurar la no producción de daños al entorno.

Con esa plataforma fáctica y jurídica, se aprecia como mejor solución al presente caso bajo análisis que, en virtud de las falencias observadas y de acuerdo a las potestades que otorga las Leyes 4418 y 5961, **se requiera a la autoridad ejecutiva que dirige el procedimiento de EIA señalado que suspenda el mismo, y concordantemente deje sin efecto su continuidad mediante la revocación de la Resolución 231/09**, en razón de la inconsistencia del contenido y desactualización que se ha observado en la Manifestación General de Impacto Ambiental.

En su caso, la proponente **en su oportunidad y en la medida de su interés**, una vez que este procedimiento sea dejado sin efecto (en los términos del párrafo anterior, o porque sea DESISTIDO por la interesada), podrá iniciar un nuevo procedimiento de EIA mediante la presentación de los correspondientes instrumentos y estudios que **cumplan acabadamente con los contenidos que exige la ley**. En este sentido, es irrelevante la autorización que la misma requiere a fs. 599 del Expte 1111-D-2009, en cuanto la iniciación de tal trámite no depende de autorización administrativa previa, como bien muestran los actos propios de la misma proponente -que inició el referido Expte 1111 con una MGIA sin solicitar autorización previa alguna para ello-.

Por último, y atendiendo las constancias de fs. 589, donde obra cédula de notificación de una medida cautelar dispuesta en autos 122349, por el Cuarto Juzgado Civil de San Rafael, sin perjuicio del estado de esos obrados judiciales, atendiendo que esta Fiscalía de Estado nunca ha sido notificada ni es parte de ese proceso, y según el informe de DPA que obra a fs. 12 de estas actuaciones los restantes



GOBIERNO DE MENDOZA  
FISCALIA DE ESTADO

---

estamentos del Gobierno provincial tampoco han sido integrados como parte en esa litis, **en caso de que sea dejada sin efecto la Resolución 231/09 DPA**, por la que se dio curso al procedimiento de EIA sustanciado, y consiguientemente el mismo concluya definitivamente, tal situación deberá ser puesta en **conocimiento del juzgado actuante por la misma autoridad administrativa**, en cuanto **la terminación definitiva del procedimiento administrativo sin que quede pendiente el dictado de ningún acto administrativo que cause o pueda causar de manera manifiestamente ilegítima un daño inminente conlleva que su cuestionamiento judicial devenga en abstracto.**

Sin otro particular saludo a Usted muy atentamente.

---

FISCALIA DE ESTADO, Mendoza, 03 de diciembre de 2015

DICTAMEN N°056-15

AM/MP.