

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Por Zarina Ross¹ y Christian Andersen²

Sumario: 1.- Introducción, 2.- “Participación Ciudadana C/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego y Otros s/Protección de Intereses Difusos”, 3.- Marco Normativo, 4.- La Problemática ambiental en la ciudad de Ushuaia, 5.- La Responsabilidad del Municipio de Ushuaia, 6.- Conclusiones.

1.- Introducción

De un tiempo a la fecha, el fenómeno ambiental ha generado preocupación en la comunidad en general, no sólo científicos se han encargado del tema, sino también la sociedad en su conjunto³ ha demostrado la importancia de conservar un medio ambiente sano y equilibrado para futuras generaciones. Y ello es así, pues tal como lo señala la Dra. Ábalos la temática ambiental es amplia, se caracteriza por su interdisciplinariedad, se inmiscuye en la economía, la salud pública, las obras y servicios públicos, la agricultura, la educación, el turismo y en

¹ Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Alumna de la Maestría en Derecho Administrativo dictada por la Universidad Austral. (2017); Diplomada en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (2016); Diplomada en Abogacía del Estado. Escuela de Abogados del Cuerpo de Abogados del Estado; Diplomada en las Instituciones Profundizadas del Derecho Individual del Trabajo. Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco; Actualmente ocupando el cargo de Directora General de Asuntos Jurídicos dependiente del Ministerio de Educación de Tierra del Fuego.

² Abogado egresado de la carrera en Abogacía Franco-Argentina, organizada por la Universidad del Salvador en conjunto con el Programa La Condamine, con doble titulación: Título de abogado argentino (Diploma de honor), y título Maîtrise (primer año de Master) en Derecho de los Negocios; Alumno de la Maestría en Derecho Administrativo dictada por la Universidad Austral (2017); Alumno de la Diplomatura en Derecho Penal de la Universidad Blas Pascal (2017); Diplomado en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (2016); Master en Derecho Europeo y Comparado de la Universidad de Toulouse 1 Capitole, de la ciudad de Toulouse (2012); actualmente desempeñándose como abogado en el cuerpo de abogados del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego.

³ Políticos, juristas, economistas, profesionales de la salud, actores, cantantes, asociaciones civiles, etc.

otras actividades que requieren una visión integral.⁴ Por tal motivo, la comunidad internacional ha dejado plasmada dicha preocupación en más de un acuerdo internacional y en diferentes conferencias.

A nivel federal, nuestra Constitución Nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994 ha reconocido a favor de todos los habitantes, el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las de las generaciones futuras; e impuso el deber de preservarlo (artículo 41).

Por su parte, en el ámbito de la Provincia de Tierra del Fuego, ya la Constitución aprobada con motivo de la provincialización del Territorio Nacional de Tierra del Fuego (1991), introducía en su texto el derecho de todo habitante a un medio ambiente sano, comprendiendo aquel a vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, la conservación de los recursos naturales y culturales y los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y la fauna (artículo 25 CPTDF).

Por otro lado, dicho texto constitucional reconoce al municipio como una comunidad socio política natural y esencial con vida propia sostenida en un desarrollo socio cultural y socio económico suficiente en la que, unidas por lazos de vecindad y arraigo, las familias concurren en la búsqueda del Bien Común. También asegura el régimen municipal basado en la autonomía política, administrativa y económico financiera de las comunidades (artículo 169 CPTDF).

Es por ello que la Constitución reconoce a los municipios competencia y en particular el poder de policía en materia de protección del medio ambiente, equilibrio ecológico y paisaje (artículo 173 inciso 8g), razón por la cual en el año 2002, con motivo de sancionarse la Carta Orgánica del Municipio de Ushuaia, el texto de ésta, su artículo 78 determinó que el ambiente es patrimonio de la sociedad y que los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, y apto para el desarrollo humano.

Es decir, que la materia ambiental es compleja y abarca a más de un orden de gobierno, por ello es importante definir el rol que le cabe a cada uno a fin de no

⁴ Ábalos, María Gabriela. "El municipio y los problemas ambientales" Revista de Derecho Público; 2010-1; Derecho Ambiental-III; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe; marzo 2010; pág. 263-294.

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

generar superposición de competencias, y específicamente definir quién tiene el poder de policía en dicha materia, circunstancia que estará directamente relacionada con la responsabilidad que puede llegar a tener el Estado en caso de omitir su ejercicio.

En el presente trabajo, analizaremos si podría condenarse al Municipio (concretamente al Municipio de la ciudad de Ushuaia) en caso de no cumplir con sus facultades en materia ambiental, tomando de ejemplo el antecedente jurisprudencial local “Participación Ciudadana C/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego y Otros s/Protección de Intereses Difusos” expediente N° 15447, de fecha 25 de agosto de 2014, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 del Distrito Judicial Sur de Tierra del Fuego

2.- “Participación Ciudadana C/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego y Otros s/Protección de Intereses Difusos”

El 25 de agosto de 2014, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 del Distrito Judicial Sur de Tierra del Fuego, hubo de fallar en los autos caratulados “Participación Ciudadana C/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego y Otros s/Protección de Intereses Difusos”, expediente N° 15447, condenando tanto a la Provincia de Tierra del Fuego, como así también al Municipio de la ciudad de Ushuaia, con motivo del daño ambiental producido por la deficiencia o inexistencia de la red cloacal en la ciudad.

Dicho fallo, tuvo lugar con motivo de la demanda sumarísima de protección de los intereses colectivos (artículo 654 ss y cc del Código Procesal de Tierra del Fuego) deducida por la organización sin fines de lucro Participación Ciudadana contra la Provincia de Tierra del Fuego y contra la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios (D.P.O.S.S.)⁵, por la cual se pretendía la condena de las

⁵ Ley Territorial N° 158

nombradas a realizar las acciones y prestaciones tendientes a hacer cesar la actividad contaminante, al igual que recomponer y prevenir el daño ambiental producido como consecuencia de la deficiencia o inexistencia de la red cloacal en la ciudad de Ushuaia. En aquella, también se solicitó, se cite como tercero en los términos del artículo 103 del Código Procesal a la Municipalidad de Ushuaia.

Interpuesta que fuera la demanda y previo al dictado de la sentencia, el Tribunal llevó adelante distintas medidas de manera previa a proveer la prueba ofrecida por las partes.⁶ Así, se llevó a cabo una inspección ocular en diferentes puntos de la ciudad, y en noviembre de 2013 se celebró una audiencia en la cual el Tribunal suspendió los plazos procesales e invitó a las partes a hallar una solución consensuada. Al no llegarse a un acuerdo en el marco de dicha audiencia, se fijó el objeto del proceso determinándolo como una acción de protección de intereses difusos tendiente a que se dicte una sentencia que condene a las demandadas a arbitrar los medios necesarios para hacer cesar la actividad contaminante, como así también recomponer y prevenir el daño ambiental que se estaría produciendo como consecuencia de la deficiencia o inexistencia de la red cloacal en la ciudad de Ushuaia.

En la sentencia, el Tribunal también expuso que “... *al advertir la existencia de serias divergencias en lo tocante a la atribución de competencias en la materia que es objeto de litigio, el Tribunal procederá a determinarlas hasta tanto se dicten normas que expresamente las atribuyan con claridad*”. De igual modo, el juez hizo hincapié en la falta de consensos entre los demandados, destacando que aquellos eran necesarios para brindar una solución integral al sistema cloacal, a pesar de que cada uno reconoció implícita o expresamente la necesidad de realizar una inversión en infraestructura en materia de cloacas para poner fin al impacto y contaminación ambiental existente en la ciudad de Ushuaia como consecuencia de la falta de tratamiento de los efluentes cloacales.

⁶ En este punto, cabe destacar la labor desarrollada por el Tribunal, en tanto, siguiendo la metodología utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa conocida como “Mendoza” (CSJN, Fallos 331:1622), dispuso la intervención de distintos actores y la celebración de diferentes audiencias, poniendo de relieve la importancia de la participación social en la construcción de las decisiones ambientales. Así lo pone de manifiesto el Dr. Horacio Rosatti en su obra “Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)”. 1° Ed. Santa Fe Editorial Rubinzal Culzoni. 2013. Pág 315, al hacer referencia al proceso implementado por la Corte en la causa mencionada.

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

En los considerandos del fallo, el magistrado interviniente se refirió a la normativa internacional, nacional, provincial y local en materia ambiental, señalando también la obligación que recae sobre los habitantes de evitar contaminar y preservar los sectores que aún no han sido impactados de manera desfavorable. En su exposición destaca la importancia de proteger al medio ambiente, resaltando que *“Tal vez no tomemos conciencia de la necesidad de prevenir y preservar el medio ambiente dado que la vida cotidiana nos hace mirar para el costado sin tomar real dimensión del derecho al medio ambiente que se pretende tutelar (...) Y el vivir el día a día también nos priva de detenernos en las ‘generaciones futuras’ tan mencionadas por la doctrina y la jurisprudencia en materia ambiental. Debemos pensar seriamente ya no sólo el mundo que le dejaremos a nuestros hijos, sino también pensar en los nietos y bisnietos y todos aquellos que no podremos conocer simplemente por nuestra condición humana”*.

Tal como surge de la sentencia, en el marco del proceso judicial, quedó acreditado el daño ambiental provocado por la deficiencia en el sistema cloacal existente en la ciudad de Ushuaia, siendo necesario en consecuencia ejecutar obras tanto para reparar la infraestructura ya existente y complementarla, para dotar a determinadas áreas de la ciudad de un sistema cloacal suficiente. Sin mayor análisis, puso en cabeza del Estado Provincial a través de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios, la responsabilidad de ejecutar la totalidad de las obras tendientes a dotar a la ciudad de Ushuaia de infraestructura suficiente y adecuada en materia cloacal, indicando que las obras no podían limitarse a reparar o mejorar red ya existente, sino que debían garantizar a los vecinos de Ushuaia y a las generaciones futuras un sistema cloacal acorde a la realidad poblacional.

Por otro lado, hubo de determinar la responsabilidad en cuanto al mantenimiento de la totalidad de la red cloacal, y para decidir recurrió a la Ley Territorial N° 158 y su decreto reglamentario N° 4797/89, vigentes al día de la

fecha, en tanto que no se ha dictado normativa provincial al respecto. En tal sentido, destacó que la legislación resulta poco clara en cuanto a quién debe responder por el mantenimiento del sistema cloacal, motivo por el cual y en virtud de la conformidad prestada por cada uno de los demandados y los accionantes, estableció que una vez vencido el periodo de garantía de las obras que resulten o que se planifiquen para complementarlas hasta satisfacer todas las necesidades de la Ciudad en materia cloacal, éstas sean transferidas a la Municipalidad para la conservación de su funcionamiento y mantenimiento integral.

Por último, se refirió a la remediación del daño ambiental causado, responsabilizando al Municipio. Para así resolver puso de resalto que éste, a lo largo de los años, asumió obligaciones como propias (aun cuando no lo eran), y dijo *“Y si la falta de mantenimiento de tales instalaciones (...) derivó en la actual situación de daño ambiental ocasionado tanto a las aguas como a la costa de la Bahía Encerrada y la Bahía Golondrina, así como al turbal ya mencionado, sus respectivas remediaciones deberán ejecutarse a su exclusivo cargo”*.

3.- Marco Normativo

Como ya se expusiera, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, tiene reconocimiento internacional, nacional, provincial y local. Concretamente, en el caso de la Provincia de Tierra del Fuego, el artículo 25 consagra el derecho de todo habitante a gozar de un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, la conservación de los recursos naturales y culturales y los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y la fauna.

La Constitución Provincial, por otro lado, su artículo 169 reconoce al Municipio como una comunidad socio política natural y esencial con vida propia sostenida en un desarrollo socio cultural y socio económico suficiente en la que, unidas por lazos de vecindad y arraigo, las familias concurren en la búsqueda del Bien Común. También asegura el régimen municipal basado en la autonomía política, administrativa y económico financiera de las comunidades y a aquellos Municipios a los cuales reconoce autonomía institucional se les reconoce la facultad de establecer su propio orden normativo mediante el dictado de una carta orgánica. Aquél es el caso del Municipio de Ushuaia.

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

De esa forma, con anterioridad a la reforma Constitucional de 1994, que vino a consagrar la autonomía municipal en su artículo 123, la Constitución de la Provincia ya había consagrado en su texto la autonomía municipal, reconociendo a ciertos municipios la autonomía institucional con la posibilidad de dictar una carta orgánica, es decir, en palabras de la Dra. Ábalos, con autonomía plena.⁷

Continuando con el reconocimiento de atribuciones por parte de la Provincia a los Municipios, el artículo 173 establece las competencias que corresponden a estos. Específicamente, en el inciso 8) hace referencia al poder de policía y en su punto g) se menciona la protección del medio ambiente, equilibrio ecológico y paisaje. Por su parte, el punto b) hace referencia a la higiene y moralidad públicas.

En esta instancia, cabe considerar que ellas refieren a competencias propias del Municipio, pues de la lectura del artículo en cuestión, surge que el convencional constituyente expresamente determinó cuáles serían ejercidas en forma concurrente con la Provincia, como en el caso de la salud pública, asistencia social y educación mencionados en el punto a) del mismo inciso y artículo y el del tránsito interurbano mencionado en el punto e).

De esa forma, y en ejercicio de las facultades reconocidas por la Constitución Provincial, el Municipio de Ushuaia, dictó su Carta Orgánica en el año 2002. Sin embargo, al momento de desarrollar las competencias exclusivas y concurrentes, la Carta Orgánica Municipal en su artículo 38, incluyó dentro de las facultades concurrentes las cuestiones vinculadas con la protección del medio ambiente, equilibrio ecológico y el patrimonio natural, histórico y cultural,

⁷ Ábalos, María Gabriela "Avances de la autonomía municipal en treinta años de democracia", Publicado en Revista de Derecho Constitucional, No.3, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, 21 de noviembre de 2013, IJ-LXIX-879.

contradiciéndose con el texto de la Constitución Provincial, y llegado el caso podría dar lugar a que dicha cláusula sea cuestionada por inconstitucionalidad.

Asimismo, la Carta Orgánica en su artículo 78 dispuso que *“El ambiente es patrimonio de la Sociedad. Todos los habitantes gozan de derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. El Municipio y sus habitantes tienen el derecho de preservarlo y defenderlo en resguardo de las generaciones presentes y futuras. El Estado Municipal, dentro del ámbito de sus competencias, debe impedir toda actividad que suponga una alteración del estado de equilibrio ambiental urbano preceptuado en el presente, a efectos de minimizar cualquier impacto negativo y hacer cesar toda acción que resulte incompatible con el referido estado de equilibrio. El daño ambiental genera además la obligación de recomponerlo y resarcirlo, conforme a la legislación vigente. Las autoridades, con la participación y el compromiso de toda la sociedad, proveen a la protección de ese derecho”*.

Por otro lado, el artículo 83 determinó que el Municipio, con la participación permanente de la Comunidad podrá instrumentar, distintas acciones a fin de asegurar, entre otras, la protección del ecosistema humano, natural, biológico y, en especial, el aire, el agua, el suelo, el subsuelo, eliminando o evitando todos los elementos contaminantes que puedan afectarlos.

Cabe concluir, que en materia ambiental y siempre dentro del ejido urbano, la Constitución Provincial reconoce a los municipios con autonomía institucional el poder de policía en materia ambiental, y concretamente en el caso del Municipio de Ushuaia, los convencionales municipales, al momento de redactar la Carta Orgánica municipal, han establecido ciertos parámetros, destacando al medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano como objeto de protección jurídica, tanto para el Municipio como también para sus habitantes, y la posibilidad de realizar acciones para su protección.

Entonces, si bien en un primer momento la Carta Orgánica contempla dentro de las competencias concurrentes a las cuestiones vinculadas al medio ambiente, debemos tener presente que es la Constitución Provincial la que le reconoce el poder de policía sobre la materia, y luego la propia Carta Orgánica, establece la posibilidad de llevar a cabo acciones a fin de asegurar, entre otras, la

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

protección del ecosistema humano, natural, biológico y, en especial, el aire, el agua, el suelo, el subsuelo, eliminando o evitando todos los elementos contaminantes que puedan afectarlos.

Lo expuesto, resulta de suma importancia, pues siendo el derecho al medio ambiente un derecho que involucra a otros, (de generaciones presentes y futuras), su consagración normativa no puede quedar en letra muerta, siendo necesario que las autoridades realicen acciones tendientes a protegerlo, en primer lugar, y a restablecerlo en caso de daño.

Por otro lado, y concretamente en la materia respecto de la cual trata el fallo bajo análisis, la Constitución Provincial le reconoce a los Municipios la facultad de realizar obras públicas y prestar los servicios públicos de naturaleza e interés municipal, por administración o a través de terceros (artículo 173 inciso 7 CPTDF), y por su parte, la Carta Orgánica Municipal en su artículo 37 sobre competencias exclusivas reconoce la facultad de realizar obras y prestar los servicios públicos de naturaleza o interés municipal. Teniendo en miras ello, que el servicio de cloacas garantiza el tratamiento de las aguas residuales, y por lo tanto colaboraría a la protección del medio ambiente, cabría concluir que sería competencia del Municipio la prestación de tal servicio.

4.- La Problemática ambiental en la ciudad de Ushuaia

Sobre la problemática en la ciudad de Ushuaia, resulta esclarecedor el informe expuesto por la Dra. Soledad Diodato⁸, quien desempeña funciones en el Centro Austral de Investigaciones Científicas (CADIC- CONICET) en calidad de expositora en la audiencia pública realizada el día 6 de noviembre de 2013 en la ciudad de Ushuaia en el marco de los autos bajo análisis. En dicho informe se describe la situación ambiental registrada durante el periodo 2009- 2011, de

⁸ En colaboración con la Dra. Andrea Coronato, el Dr. Juan F. Ponce y la Dra. Luciana Riccialdelli.

algunos cursos de agua naturales y artificiales que descargan en la zona costera de la ciudad de Ushuaia, en relación al aporte de líquidos cloacales volcados sin tratamiento a la costa de las Bahías Ushuaia, Encerrada y Golondrina. El informe se basa en resultados de un monitoreo fisicoquímico y microbiológico realizado sobre los cuerpos de agua entre los meses de octubre de 2009 y febrero de 2011⁹.

Así, comienza haciendo una reseña de los motivos que dieron lugar al estado de degradación ambiental de la Ciudad, los que podrían resumirse en el *“desarrollo urbano e industrial explosivo y poco planificado sobre una ciudad con espacio urbanizable restringido debido a las fuertes pendientes del terreno, los numerosos cursos de agua, la existencia de turbales y de sustratos rocosos y/o impermeables,”* que *“le confieren al sistema biológico una dinámica especial.”* Agrega que *“La evidencia que se tiene sobre la alteración del ecosistema proviene de la detección, mediante estudios específicos, de ciertas sustancias presentes en el agua - dulce y marina- en concentraciones superiores a las permitidas por Leyes Provinciales y/o normas internacionales, transformándose en constituyentes contaminantes con efectos negativos en el ambiente e impidiendo el uso de estas aguas para algún requerimiento especial.”* *“(…) todo el sector costero de la ciudad de Ushuaia se encuentra sujeto al aporte de residuos cloacales e industriales debido a la falta de plantas de tratamiento de efluentes y al deficiente funcionamiento del sistema cloacal (conductos y emisario submarino).”(…)* *“La mayor fuente de contaminación que fluye por los desagües domésticos tiene su origen en los excrementos humanos y animales (heces y orina) y en menor proporción en las aguas resultantes del lavado de ropa, preparación de alimentos e higiene personal.”* *“(…) Las excesivas cantidades de nutrientes y materia orgánica provenientes de los efluentes domésticos sin tratamiento que son volcadas a la zona costera directamente y/o a través de los cursos de agua naturales que atraviesan la ciudad, generan un estado de estrés o tensión en los cuerpos de agua conocido como eutrofización cultural.”* *“(…) Las consecuencias más importantes de la eutrofización cultural son las siguientes: (…)* - El crecimiento y desarrollo de determinadas especies en detrimento de otras; *(…)* - Leves cambios en la comunidad planctónica y en otros

⁹ y que forman parte de la Tesis Doctoral de la Dra. Soledad Diodato, realizada en el CADIC y aprobada por la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Buenos Aires) el 28 de Marzo de 2013 bajo la dirección de los Dres. Laura Comoglio y Jorge Marcovecchio.

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

factores que pueden reducir el crecimiento y el reclutamiento de especies de peces y crustáceos de importancia comercial y disminuir así la producción pesquera. - Floraciones masivas de algas nocivas, algunas de ellas tóxicas o no palatables para los consumidores secundarios (zooplancton, moluscos bivalvos) que se hacen más frecuentes e intensos en esas condiciones limitantes. - Riesgo para la salud humana dado que una gran variedad de enfermedades son transmitidas por organismos patógenos que pueden ser transportados por el agua proveniente de desechos urbanos, (...) - Disminución del valor estético del ecosistema, por el enturbiamiento del agua y el mal olor provocado por la gran producción algal y el exceso de materia orgánica en descomposición, de gran importancia principalmente en sitios turísticos. Ligado a esto se presentan otros impactos negativos que incluyen el detrimento del valor del ecosistema y de los usos recreacionales.”

Es decir, que dicho informe demostró el estado de contaminación en el que se encontraba el ecosistema bajo estudio.

5.- La Responsabilidad del Municipio de Ushuaia

Como se expusiera previamente, tanto la Constitución de la Provincia como así también la Carta Orgánica de la Ciudad establecen las competencias específicas del Municipio en materia ambiental dentro del ejido urbano.

La Fiscalía de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego en el expediente n° 44/11, caratulado “S/ situación actual de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios”, dictaminó lo siguiente: “... aunque a esta altura parezca una verdad de Perogrullo, resulta obvio que la prestación de los servicios esenciales, siendo el propio Estado quien los presta y un elemento estratégico, no puede quedar librada a las condiciones coyunturales de la economía provincial o a los aportes obtenidos de la eventual rentabilidad del organismo, sino que debe existir una inversión constante en infraestructura y capacitación acordes que permitan

mantener estándares adecuados de servicio”, agregando a manera de introducción que “... los motivos que derivaron en la situación actual y que, de no corregirse, pueden resultar disparadores de la responsabilidad del Estado, ello sin perjuicio de la negatividad política y social que conlleva un problema que recién podrá empezar a ser resuelto a mediano plazo”.

Compartimos la conclusión a la que se arriba en dicho informe, pero entendemos que la responsabilidad derivada de la omisión del Estado de realizar las acciones necesarias para prevenir y remediar el daño ambiental en el ejido urbano, debe ser atribuida al orden de gobierno local por los fundamentos que se exponen a continuación.

Del cuerpo normativo surge con claridad la obligación del Municipio de preservar y resguardar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras, debiendo impedir toda actividad que suponga la alteración del estado de equilibrio ambiental urbano, a efectos de minimizar cualquier impacto negativo y hacer cesar toda acción que resulte incompatible con el referido estado de equilibrio, estableciendo también que el daño ambiental genera además la obligación de recomponerlo y resarcirlo¹⁰. Asimismo, la Carta Orgánica prevé la realización de acciones para la protección del ecosistema humano, natural y biológico, en especial el aire, el agua, el suelo y el subsuelo, eliminando o evitando todos los elementos contaminantes que puedan afectarlo.

De esa forma, y sin perjuicio de las competencias que recaen sobre la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios, en el marco de la Ley Territorial N° 158 y su decreto reglamentario N° 4797/89, surge claramente la competencia del Municipio de la Ciudad de Ushuaia en esta materia.

Por tal motivo, si bien los argumentos expuestos en la sentencia para responsabilizar al Municipio no son del todo compartidos, en tanto que a nuestro criterio, éste sí contaría con competencias propias para llevar a cabo acciones vinculadas a la protección del medio ambiente y ostenta el poder de policía en dicha materia, sí compartimos el resultado al que arriba, esto es *“la remediación ambiental en el lecho submarino costero y costas de las Bahía Encerrada y*

¹⁰ Artículo 78 Carta Orgánica del Municipio de Ushuaia

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

Golondrina, así como del turbal sobre el que vierte sus aguas la desviación o “by pass” de la planta de bombeo situada en la intersección de las calles Kuanip y La Pampa”.

Entendemos que ello es así, no porque el Municipio haya asumido “*como propias obligaciones que posiblemente no lo eran*” sino porque específicamente, tanto la Constitución Provincial como así también la Carta Orgánica le reconocen competencias para proteger el medio ambiente dentro de los límites de su territorio, y para el caso concreto, le reconoce la facultad de realizar obras y prestar servicios públicos de naturaleza o interés municipal. Al haberse establecido concretamente una obligación y al no haberlo hecho, entendemos que cabría condenar al Estado Municipal por omisión.

Cabe agregar que la Carta Orgánica también establece que “*Todos los funcionarios y empleados del Municipio de la ciudad de Ushuaia, son responsables civil, penal y administrativamente y tienen obligación de resarcir todo perjuicio económico ocasionado que derive del mal desempeño de sus funciones. El Estado Municipal es responsable por los actos de sus funcionarios y sus agentes, realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones y está obligado a promover acción de repetición contra los que resultaren responsables*” (artículo 44 COMCU).

En este punto, es necesario recordar que en materia de responsabilidad del Estado, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que la misma se regirá bajo las normas de derecho administrativo nacional o local según corresponda¹¹, y si bien la Provincia de Tierra del Fuego aún no ha dictado su propia ley de responsabilidad del Estado y tampoco ha adherido a la Ley Nacional N° 26.944; al momento de dictarse la sentencia no estaba vigente el Código en cuestión. Por tal motivo, el fallo pudo haberse resuelto con los alcances de los artículos 1074 o 1112

¹¹ CCyCN artículo 1765.

del Código Civil, según la posición doctrinaria en la que el juzgador se posiciona sobre el tema.¹²

En la actualidad, y para el caso de responsabilizarse al Estado por omisión, la cuestión se complica en tanto como dijimos, se genera un vacío normativo toda vez que cada Provincia debería dictar su norma local, y al día de la fecha Tierra del Fuego no lo ha hecho y tampoco ha adherido a la nacional.

Sobre lo expuesto, parte de la doctrina se ha expresado diciendo que *“La respuesta es, según entiendo, que si no hay normas de derecho público — administrativo o constitucional de las provincias— que puedan aplicarse, entonces seguirá aplicándose el Código Civil —ahora, el Código Civil y Comercial— de manera analógica, es decir, realizándose las adaptaciones necesarias de las normas de derecho privado para ser aplicadas en el ámbito del derecho público. Y aquí, cabe recordar lo que dispone el art. 1764 en cuanto a que las disposiciones de este Título del Código “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Justamente, por tratarse de una materia de derecho administrativo, las normas de derecho privado no pueden aplicarse de manera directa ni subsidiaria, pero nada obsta a que ante la falta de normas de derecho público, se apliquen las de derecho privado más afines, con las adaptaciones necesarias, esto es, mediante la técnica de la analogía, como ha sucedido y sucede siempre que hay que resolver un caso administrativo no previsto por las normas de esta rama del derecho. Por cierto, la adaptación habrá de hacerse a la luz de la rica y profusa jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta materia, que mantendrá toda su vigencia, pues hunde sus raíces en la Constitución Nacional. De esta forma, me inclino por considerar que no sería adecuado cubrir el vacío normativo local con una aplicación extensiva de la ley 26.944, toda vez que, si bien regula la misma materia, lo hace en otro ámbito jurisdiccional, como hemos visto. La ley nacional de responsabilidad del Estado no es aplicable en el territorio de la provincia de que se trate —para los casos de responsabilidad por acción u omisión de las autoridades de esa provincia—; en*

¹² Cabe mencionar que la doctrina administrativista se ha expedido sobre el tema, a modo de ejemplo se puede citar: Cuadros Oscar Alvaro, “Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución Jurisprudencial” 1ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2008, pag 269- 278, donde el autor realiza una reseña de las posturas doctrinarias sobre el tema.

Título: Las facultades en materia ambiental del Municipio de Ushuaia y su responsabilidad por omisión

Autores: Abog. Zarina E. Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

cambio, el Código Civil y Comercial sí lo es, aunque regule otras materias, lo que permitirá recurrir a este para cubrir casos no previstos por el ordenamiento local.”¹³

Adherimos a dicha postura en tanto que siendo la responsabilidad estatal materia de derecho público local, aplicar una norma de carácter federal atentaría contra la autonomía provincial.

Ahora bien, dijimos que la responsabilidad del Estado Municipal se comprometería por una omisión en su accionar. Sobre ello se ha dicho: *En reiterados pronunciamientos el Alto Tribunal recordó los criterios jurisprudenciales que rigen la solución en casos de omisión ilegítima, indicando que la responsabilidad extracontractual del Estado está comprometida cuando media una falta de servicio; que esta responsabilidad es directa y se configura como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular. Agregó que entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. En consecuencia, el factor de atribución genérico deberá ser examinado en función de los elementos antes mencionados.”¹⁴*

6.- Conclusiones

De lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que existe una fuerte preocupación por la temática ambiental, circunstancia que ha sido expuesta por el juzgador en el caso analizado, teniendo en cuenta que la misma involucra no solo a las generaciones presentes sino también a las futuras, a aquellas que no podremos conocer, y que dicha problemática se encuentra vinculada a diferentes disciplinas.

¹³ Lagarde, Fernando M. “La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales.” Publicado en Responsabilidad del Estado Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944. Santiago Matías Ávila. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015. Pag. 11-42

¹⁴ Uslengui Alejandro J., “La responsabilidad del Estado por omisión” Publicado en Responsabilidad del Estado Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944. Santiago Matías Ávila. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015. Pag. 97-126

En el ámbito provincial, la Constitución le reconoce a los Municipios el poder de policía en materia ambiental. Así las cosas, aun cuando la Carta Orgánica de la ciudad de Ushuaia establece que se trataría de una competencia concurrente las cuestiones vinculadas a la protección del medio ambiente; cabría concluir que dicha competencia es propia, en tanto así lo han entendido los convencionales constituyentes provinciales, y en tanto que del mismo texto de la mencionada Carta Orgánica surgen obligaciones del Municipio vinculadas a la protección de éste.

Por tal motivo, entendemos que el Municipio sería pasible de ser demandado en caso de no cumplir con su obligación de protección del medio ambiente en su responsabilidad por omisión.

También es necesario destacar que corresponde a los vecinos preservarlo, evitar su contaminación y participar en la defensa de la ecología de la ciudad (artículo 29, inciso 5 de la Carta Orgánica Municipal). Generalmente las personas buscan deslindarse de sus responsabilidades poniendo en cabeza del Estado (ya sea Nacional, Provincial o Municipal), la obligación exclusiva con relación a determinadas cuestiones, sin embargo en materia ambiental entendemos que su protección comienza con pequeñas acciones que deben realizarse en el hogar, sobre todo generando conciencia ambiental en los más pequeños.

No obstante lo expuesto, entendemos que el cometido municipal en cuanto a la protección de medio ambiente, no podría concretarse si no se dota al municipio de los recursos necesarios para satisfacer tal fin, motivo por el cual, sin perjuicio de reconocer el poder de policía en materia ambiental a los municipios de la Provincia de Tierra del Fuego, estos deben contar con los recursos necesarios para su cumplimiento.