

Costo social y ambiental de la generación de energía hidroeléctrica

¿Todo lo alternativo es sustentable?

I. Introducción

Nos encontramos ante el eufemismo de considerar que las energías alternativas son menos dañosas para el medio ambiente y que son un sustituto, o vienen en reemplazo “de”; sin embargo, las energías alternativas o renovables tienen como objetivo diversificar (de un modo progresivo) la canasta o matriz energética. No se puede pretender sustituir a la energía fósil en nuestro contexto energético actual, pero sí contribuir en la generación de energía eléctrica por medio de otras fuentes –renovables-¹, por lo que la fortaleza radica en utilizar un mix de fuentes que permitan alcanzar una real eficiencia energética y no mantener o reproducir modelos energéticos dependientes de una única fuente de energía.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar dentro del marco jurídico regulatorio de energía eléctrica la energía proveniente de fuentes hidráulicas enfocado desde una perspectiva ambiental. En primer lugar se aborda la idea del Estado Ambiental de Derecho (II), en segundo lugar se establece el marco jurídico regulatorio de la energía eléctrica, con un especial énfasis en la generación de energía hidroeléctrica (III), para luego abordar los impactos y costos sociales y ambientales que implica la generación de energía hidroeléctrica a través de la construcción de represas (IV), haciendo especial referencia a la construcción de la “Obra Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner-Gobernador Jorge Cepernic” para inducir a través de la jurisprudencia y doctrina algunos efectos generales de los aprovechamientos hidroeléctricos en términos genéricos.

II. Estado Ambiental de Derecho

¹ Eso se encuentra plasmado en la ley 26.190 (modificada por ley 27.191) que establece el “Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía Destinada a la Producción de Energía Eléctrica”, que establece como objetivo del régimen lograr una contribución de las fuentes de energía renovables hasta alcanzar el ocho por ciento (8%) del consumo de energía eléctrica nacional, al 31 de diciembre de 2017.

La primera gran consecuencia del Estado de Derecho Ambiental es que el valor medio ambiente ha de ser reconocido sin complejos en el núcleo duro de derechos fundamentales. La dimensión colectiva, social, es consustancial al derecho ambiental y amplía los derechos jurídicos tutelados: por un lado reconoce los clásicos y tradicionales derechos individuales, y por otro, (introduce como novedad) los derechos colectivos-ampliando y completando los bienes tutelados-. Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos, a través de la institucionalización de un nuevo paradigma-el ambiental- que se viene gestando y desarrollando y consagra una nueva relación que rompe con la lógica clásica de la supremacía de lo individual, reconduciendo la flecha de lo colectivo a lo individual.

Entre la esfera pública y la privada hay una esfera social donde ubicamos a los bienes colectivos, lo cual instaura una regla de precedencia lógica en el caso de conflictos entre bienes colectivos e individuales².

Esta nueva “ontología” da lugar al surgimiento de un sistema de protección de los bienes colectivos con la predominancia de límites y deberes en el ejercicio de los derechos de individuos que surgen cuando afectan al bien colectivo de modo irreversible. Así, superado el nivel de satisfacción de los bienes primarios, es necesario encontrar un punto de conexión entre el individuo y la sociedad, entre los bienes individuales y colectivos. Es en este campo en el que se debe completar la teoría de los derechos ampliando los bienes tutelados: bienes individuales y colectivos. Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos³.

En este aspecto son esclarecedoras las propias palabras de nuestro máximo tribunal: “la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la **existencia de un componente ambiental del estado de derecho**. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente”⁴(el resaltado me pertenece).

² Lorenzetti, Ricardo. Teoría del derecho ambiental. La Ley, Buenos Aires, 2008. Pág. 10.

³ Lorenzetti, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 11-12.

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otros/ amparo ambiental”.

“El advenimiento de bien jurídico como el ambiente implica la regulación de bienes constitucionales con capacidad para converger y yuxtaponerse, de carácter poliédrico y vis expansiva, que obligan un replanteamiento completo del Estado social que ahora deberá agregar a las políticas sociales y económicas componentes ambientales”⁵.

Afirmar el Estado ambiental de Derecho no es una opción inocente. Hoy se habla del Estado ambiental (Lettera) como fórmula superadora constitucional (después del Estado de Derecho y del Estado Social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de Estado de nuestros días⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el auto de apertura de la causa “Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, dijo que: “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (Artículo 41 CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, **sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente**”⁷. (El resaltado me pertenece).

Este marco de Estado Ambiental del Derecho se refleja a través de la consolidación de un orden público ambiental, a partir de un constructivismo que tenga en cuenta el principio de realidad (condiciones, cosmovisiones y peculiaridades de cada contexto), el cual sería innegociable respecto a la necesidad de un medio ambiente sano apto para el desarrollo de la humanidad –generaciones presentes y futuras-, que se traducen en un conjunto de obligaciones y responsabilidades de los Estados en proveer acciones positivas en torno a garantizar tal derecho. La existencia de un orden público justifica la adopción de medidas que, en constante proceso de consolidación, exige un piso mínimo y básico de protección

⁵ Canosa Usera, Raúl. Constitución y medio ambiente, Lima, 2004. Pág. 43. En Esain, José A. “Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente”. En Revista de Derecho Ambiental. Director: Néstor Cafferatta. AbeledoPerrot, Buenos Aires, Julio/Septiembre 2013.

⁶ Lettera, Lo Stato ambientale, Giuffrè editore, Milano, 1990, y «Lo Stato ambientale e le generazioni future», RGA, núm. 2, junio 1992, págs. 235-255. En Jordano Fraga, Jesús.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”. En LL 11/07/2006, 4 - LL 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - LL 29/06/2006.

del que no podrían sustraerse válidamente de su cumplimiento sin atentar contra valores y principios propios y sin poner en riesgo la seguridad e intereses colectivos del sistema⁸.

Este orden público ambiental se caracteriza por ser imperativo, inderogable e indisponible, siendo una obligación por parte de cada jurisdicción - nacional, provincial, municipal- el cumplimiento de la normativa que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental y los principios que inspiran al microsistema de derecho ambiental.

Desde esta perspectiva, este orden público ambiental se plasma en ese piso mínimo, inderogable y básico que procura garantizar lo que nuestra constitución establece como derecho humano básico. Estos son los nichos que deberán ser complementados y maximizados⁹ de un modo progresivo por cada acto legislativo, judicial¹⁰ y de poder de policía¹¹.

III. Marco Jurídico de la Energía Eléctrica. Generación de Energía Hidroeléctrica

La cuestión energética implica la necesidad de alcanzar la eficiencia energética y el consiguiente abastecimiento interno, siendo de interés general la distribución regular y continúa de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado, configurando dicha prestación un servicio público, conforme el artículo 3° de la ley 15336 - Régimen jurídico de la industria eléctrica-.

⁸ Varón Mejía, Antonio. "Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969".
[en línea] <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3295808>

⁹ La CSJN ha dicho que "complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada". CSJN "Villar, Silvina N. v. Provincia de Chubut y otros" 17/04/2007.

¹⁰ A modo de ejemplo la propia doctrina judicial establece: "Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328: 1146)".

¹¹ La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata en autos "Brisa Serrana c/ emprendimientos agropecuarios T.G.T. s/ reclamo contra actos de particulares", sentencia definitiva" resuelve: Frente a este cuadro de situación la administración, acudiendo a la aplicación de dos principios fundamentales en materia de derecho ambiental: prevención y precaución, concluye denegando de la habilitación solicitada. (...) Sí he de señalar que la decisión administrativa -de la que se aparta el Sentenciante- se compadece con el criterio sentado por la Suprema Corte Provincial, en el sentido que "cualquier actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad debe ser en primer lugar prevenida o disuadida" (Autos "Almada Hugo c/ Copetro S.A. s/ daños y perjuicios", Ac. 60.094 S. 19-5-98).

La generación, transformación, transmisión, transporte y distribución de energía eléctrica en un marco de regulación federal, siendo competencia del Congreso dictar la legislación destinada planificar, establecer pautas generales y ordenar la política energética. Estas facultades inspiran el régimen legal vigente y se justifican si se advierten la modalidad asumida por la explotación de energía, que integran el llamado Sistema Argentino de Interconexión, en donde se interconectan los distintos puntos de generación y consumo que puedan originarse en distintas jurisdicción.

Dicho marco normativo –ley 15.336-, se complementa con la ley 24.065, en donde se caracteriza como servicio público al transporte y distribución de electricidad. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo.

En materia energética nos encontramos ante un régimen federal, en virtud del artículo 1° de la ley 15336 quedan sujetas a las disposiciones de la presente ley y de su reglamentación las actividades de la industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional.

Específicamente, en lo referente al tema de análisis del presente trabajo, es esencial remarcar que en virtud del artículo 5° dispone que la energía de las caídas de agua y de otras fuentes hidráulicas, comprendidos los mares y los lagos, constituye una cosa jurídicamente considerada como distinta del agua y de las tierras que integran dichas fuentes. El derecho de utilizar la energía hidráulica no implica el modificar el uso y fines a que estén destinadas estas aguas y tierras, salvo en la medida estrictamente indispensable que lo requieran la instalación y operación de los correspondientes sistemas de obras de capacitación, conducción y generación, de acuerdo con las disposiciones particulares aplicables en cada caso.

EL artículo 6° declárese de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando: (...) d) Se trate de

aprovechamientos hidroeléctricos o mareomotores que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos (...).

Seguidamente el artículo 11 de la Ley 15.336 determina que en el ámbito de la jurisdicción nacional a que se refiere el artículo 6, y a los fines de esta ley, el Poder Ejecutivo nacional otorgará las concesiones y ejercerá las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional¹².

Por lo que las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía generada o transportada en las mismas no pueden ser (...) sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación (...). Distinta es la situación cuando nos encontramos ante sistemas eléctricos provinciales¹³, ya que en este caso serán los gobiernos provinciales los que resolverán en todo lo referente al otorgamiento de las autorizaciones y concesiones y ejercerán las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional – artículo 12 de la referida ley-.

La ley 15336 federalizó la generación de energía eléctrica cualquiera sea su fuente (artículo 6°), pero ello no altera el derecho de las provincias a ejercer en sus perspectivas territorios los derechos no delegados en el Estado Nacional, conforme el artículo 121 de la Constitución Nacional. El Estado Nacional ejerce jurisdicción sobre los aprovechamientos hidroeléctricos, lo que implica la facultad de utilizar y reglar dichas fuentes de generación de energía en cualquier lugar del país, en la medida que sea necesario para el bien común general.

Que la Ley de Energía Eléctrica N° 15.336 y sus modificaciones, estableció un régimen federal y determinó que estarían a cargo de la ex Secretaría de Energía y Combustibles, la planificación y coordinación de las obras y servicios integrantes de la Red Nacional de Interconexión y la determinación de las centrales, líneas, redes de transmisión y

¹² Son Sistemas Eléctricos Nacionales (S.E.N.), las centrales, líneas y redes de transmisión y distribución, y obras e instalaciones complementarias -sin distinción de las personas, públicas o privadas, a quienes pertenezcan-, sometidos a la jurisdicción nacional –artículo 35 inciso a, Ley 15.336-.

¹³ Artículo 35 inciso b) Sistemas Eléctricos Provinciales (SEP), son aquellos cuyas centrales, líneas y redes son de jurisdicción provincial –Ley 15.336-.

distribución y obras e instalaciones complementarias que integran necesaria y racionalmente la misma, incluyendo las obras hidroeléctricas.

Que la citada Ley N° 15.336 dispuso que todas las funciones y atribuciones de gobierno, inspección y policía, en materia de generación, transformación, transmisión y distribución de la energía eléctrica de jurisdicción nacional, serían ejercidas por la ex Secretaría de Energía y Combustibles la que tendría, entre otras, las funciones de promover el desarrollo integral y el racional funcionamiento de los Sistemas Eléctricos Nacionales (SEN), mediante la interconexión de las centrales y redes de jurisdicción nacional¹⁴.

IV. Construcción de Represas Hidroeléctricas

Contamos en materia de obras hidráulicas con una normativa- ley 23.879- que establece, incluso con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y de la sanción de la ley de presupuestos mínimos de protección ambiental-ley 25.675-, la necesidad y conveniencia de realizar una *evaluación de las consecuencias ambientales que desde el punto de vista sísmológico, geológico, hidrológico, sanitario y ecológico en general, producen o podrían producir en territorio argentino cada una de las represas construidas, en construcción y/o planificadas, sean éstas nacionales o extranacionales*. Se remarca el carácter previo del estudio, debiendo realizarse con anterioridad a la aprobación de las obras y se delimita el alcance no sólo para las a construirse a futuro, sino que también abarca las obras ya construidas o en proceso de construcción.

El estudio debe contener los siguientes aspectos: a) Determinar qué acción ha de realizarse en aquellas obras en las que, ya construidas o en construcción, no se previeron o no se ejecutaron, en forma parcial o totalmente, tareas de preservación del ecosistema involucrado en forma efectiva; b) Aprobar o rechazar, en función del estudio del impacto ambiental realizado, la factibilidad de las obras planificadas. La no aprobación por parte de uno solo de los mencionados ministerios¹⁵ será suficiente para suspender la realización de las obras. Ante esta situación se deberán rediseñar los proyectos observados a fin de

¹⁴Considerando Decisión Administrativa N° 259/2016 del Ministerio de Energía y Minería.

¹⁵ El estudio será remitido a los ministerios de Obras y Servicios Públicos y Salud y Acción Social de la Nación, o aquel que en el futuro resultare facultado como autoridad nacional en materia de política ambiental, conjuntamente con sus similares de las provincias afectadas, lo que denota la necesaria coordinación y concertación entre los diferentes poderes estatales para encarar obras que hacen a la política energética.

disminuir el impacto ambiental a niveles aceptables para su aprobación, sometiénolos nuevamente a consideración por parte de las autoridades de aplicación; c) Recomendar al Poder Ejecutivo, en el caso de obras extranacionales que produzcan impacto en nuestro territorio, las medidas y acciones que sea conveniente adoptar para lograr su minimización, a efectos de que el mismo gestione ante los respectivos gobiernos extranjeros la celebración de los acuerdos necesarios para su implementación.

Los mencionados estudios **deberán** ser presentados en **audiencia pública**. Dicha audiencia deberá desarrollarse en el ámbito del Congreso de la Nación, y participarán de la misma los funcionarios que participaron en la elaboración de los estudios, junto a organismos no gubernamentales especializados en materia ambiental, universidades, centros académicos y público en general. Concluida la audiencia, y en un plazo no mayor de treinta (30) días, los legisladores de ambas Cámaras, integrantes de las comisiones legislativas intervinientes en el tema, darán a publicidad un informe del resultado alcanzado en dicha reunión, y remitirán el mismo a la autoridad de aplicación de la presente ley. Dicho informe tendrá el carácter de no vinculante. La omisión de la audiencia pública será causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia (lo referente al procedimiento de EIA y la audiencia pública será abordado en el apartado IV.a).

No se puede dejar de hacer mención a la Resolución N° 762/2009 de la ex Secretaría de Energía por la cual se crea el Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas en el marco el Plan Energético Nacional, por el que se contempla la ejecución de Obras de Infraestructura Energética destinadas a fomentar el normal desenvolvimiento del Sistema Energético Nacional y de esa manera contribuir al crecimiento de la demanda existente, relacionada al desarrollo económico del País. En dicho marco deviene necesario garantizar al aparato productivo, así como al conjunto de la población, un adecuado abastecimiento en materia energética, contribuyendo de esta manera con la continuidad del crecimiento de los sectores industriales del País.

Por lo que resulta necesario avanzar en la concreción de las obras hidroeléctricas que se encuentran en etapa de evaluación y/o licitación, como también de aquellas que se identifiquen como necesarias para lograr el fin reseñado; estas obras conllevan períodos de construcción prolongados, los que deben ser acompañados por una estructura de financiamiento que permita hacer frente a las erogaciones asociadas a la construcción, a

través de la realización de contratos de abastecimiento del mercado eléctrico mayorista – MEM-.

Específicamente, por medio de la Resolución N° 932/2011 de la Ex Secretaría de Energía dispuso que la obra “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner-Gobernador Jorge Cepernic” quedase incorporada al Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas (Que por las Leyes Nros. 3.206 y 3.207 de la Provincia de Santa Cruz respectivamente, se impusieron los nombres de Gobernador Jorge CEPERNIC a la represa ubicada en BARRANCOSA y de Presidente Dr. Néstor Carlos KIRCHNER a la represa ubicada en CONDOR CLIFF, que se construirán en el Complejo Hidroeléctrico sobre el Río Santa Cruz¹⁶¹⁷ .

El desarrollo de este tipo de obras requiere de estudios integrales que permitan armonizar las necesidades del desarrollo local con aquellas que hacen al conjunto del país, que se incorporen en la planificación estudios comparativos multicriteriales que permitan identificar proyectos prioritarios dentro de la misma fuente de generación de energía de acuerdo a su mejor ecuación entre aspectos técnicos, ambientales, sociales y económicos. Resultando que a través de la combinación de dichos aspectos en el Informe de la Secretaría de Energía y Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A. “Evaluación Expeditiva de Aprovechamientos Hidroeléctricos” (Noviembre 2006)¹⁸ se determinó una tabla en la que se clasifican preliminarmente los aprovechamientos hidroeléctricos,

¹⁶ Se incorporaron al Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas: el Complejo Hidroeléctrico CONDOR CLIFF - LA BARRANCOSA, sobre el Río Santa Cruz, de mil setecientos cuarenta megavatios (1.740 MW) de potencia, ubicado en la Provincia de SANTA CRUZ, el Aprovechamiento Multipropósito Los Blancos I y II, sobre el Río Tunuyán, de cuatrocientos ochenta y cinco megavatios (485 MW) de potencia, en la Provincia de Mendoza; el Aprovechamiento Multipropósito Chihuido I, sobre el Río Neuquén, de SEISCIENTOS treinta y siete megavatios (637 MW) de potencia, en la Provincia del Neuquén y el Aprovechamiento Hidroeléctrico Punta Negra, sobre el Río San Juan, de sesenta megavatios (60 MW) de potencia como obra complementaria del Aprovechamiento Hidroeléctrico Los Caracoles sobre dicho río, en la Provincia de San Juan.

¹⁷ Decisión Administrativa N° 259/2016 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, por la que se transfiere al del Ministerio de Energía y Minería el contrato de obra pública, los demás instrumentos conexos y las actuaciones administrativas correspondientes a la Obra: “APROVECHAMIENTOS HIDROELÉCTRICOS DEL RÍO SANTA CRUZ Presidente Dr. Néstor Carlos KIRCHNER - Gobernador Jorge CEPERNIC”, que forma parte integrante del Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas, en virtud de las Resoluciones Nros. 762 de fecha 5 de noviembre de 2009 y 932 de fecha 13 de septiembre de 2011, ambas de la ex Secretaría de Energía del ex Ministerio de Planificación federal, Inversión Pública y Servicios.

¹⁸ El presente trabajo consta de tres componentes sectoriales: el económico, el técnico y el ambiental y un cuarto que establece un orden de viabilidad multicriterio de los treinta proyectos y presenta sugerencias de acciones a seguir para el corto, mediano y largo plazo con el fin de disponer de alternativas de proyectos hidroeléctricos viables desde el punto de vista económico, técnico y ambiental.

encontrándose posicionadas las represas en cuestión en el puesto 11° la represa Cóndor Cliff y en el puesto 20° La Barrancosa¹⁹.

IV. a) Mandato Preventivo. Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Participación Ciudadana. Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos KIRCHNER - Gobernador Jorge CEPERNIC.

Uno de los fundamentos vertebrales por la que se suspende la construcción de las represas del sur es el deficitario procedimiento de evaluación de impacto ambiental, que contradice el mandato preventivo y precautorio que inspira la dimensión ambiental.

Justamente se debe remarcar el énfasis preventivo como uno de los caracteres del derecho ambiental (así se encuentra plasmado en toda la legislación de presupuestos mínimos y sectorial), pues en materia ambiental cobra rigurosa importancia el instituto de la prevención, procurándose evitar, dentro de los medios y límites racionales, todo posible riesgo que pueda afectar de manera negativa y relevante al medio ambiente. Es decir, que sus objetivos son fundamentalmente preventivos, porque la coacción a posteriori resulta ineficaz, puesto que muchos de los daños ambientales, de producirse, son irreversibles.

Sostiene la jurisprudencia que “se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de "evitación" sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41 C.N. "El derecho ambiental debe tener un carácter eminentemente preventivo por motivos funcionales y teleológicos" y "desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la preferencia por los instrumentos de actuación "ex ante", frente a los instrumentos "ex post", origina dudas serias sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad"²⁰.

En caso de certeza de daño ambiental, debe ser prevenido como lo preconiza el principio de prevención; pero en el caso de duda o incertidumbre, también debe ser prevenido. La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales, así lo ha manifestado el Banco

¹⁹

[en

línea]

www.ebisa.com.ar/sites/default/files/Evaluacion_proyectos_hidroelectricos_Resumen_Ejecutivo.pdf

²⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. “Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo”. 19/03/2009. En LLBA, junio 2009, pág. 491.

Mundial²¹; esperar la certidumbre solo nos habilitará a reaccionar y actuar una vez acaecido el daño y no para una actuación preventiva y anticipatoria. De allí la importancia de la prevención y la precaución, ya que frente al daño ambiental ambiente, personas y comunidad son víctimas frente a las cuales la reparación pecuniaria tradicional no es suficiente como indemnización.

La misma CSJN determinó respecto a las obras hidroeléctricas del sur que “corresponde hacer lugar la suspensión de las obras hidráulicas hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia establecido en la ley 23.879, o hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término, pues ha sido acreditada la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora. La primera concurre porque el Estado Nacional no habría cumplido con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia, en especial en relación con el de los art. 1º, 2º y 3º de la ley citada, mientras que la segunda se halla configurada por el hecho de que ya ha sido impartida la orden de inicio de la obra, se suscribió el acta de inicio y se realizaron las tareas preliminares para recopilar la información necesaria para suscribir el Proyecto Ejecutivo de Obra, cuya aprobación permitirá comenzar la ejecución”²².

Cabe remarcar que la CSJN con anterior a la resolución de suspensión de las Obras Hidráulicas, en los mismos autos con fecha 26 de abril de 2016 requirió al Estado Nacional que informase I) Si se habían comenzado las obras correspondientes a los “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río de Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner –Gobernador Jorge Cepernic y, en su caso el estado de avance de los proyectos; II) si se habían realizado los estudios de impacto ambiental, en los términos los artículos 1º, 2º y de 3º de Obras Hidráulicas (23.879), artículos 11, 12 y 13 de la LGA y artículo 7º del Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (26.639); III) si se habían producido consultas o audiencias públicas en los términos de los artículos 19, 20 y 21 de la LGA.

²¹ Banco Mundial, Informe “Desarrollo y Medio Ambiente, 1992. Pág. 40. [en línea] http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/08/27/000333037_20100827015428/Rendered/PDF/105170WDR0SPANISH0Box37349B01PUBLIC1.pdf . Recuperado el 25/10/2014. [consulta 5 de mayo de 2015]

²² CSJN (5258/2014-O): Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/amparo ambiental, de fecha 21 de diciembre de 2016.

Respecto al punto I el Estado Nacional informa que el 4 de febrero de 2015 se había impartido la orden de inicio en función de la cual se suscribió el 15 de febrero de 2015 el acta de inicio, haciendo una distinción entre lo que se denomina “Obras Preliminares o Generales” y “Obras Principales”, puntualizando que solo se habían comenzado a ejecutar las primeras y que aún no se habían realizado obras que impliquen la materialización de las represas, que recién luego de estudios adicionales que se estaban realizando para optimizar el Proyecto con ajustes que impliquen mejoras en las condiciones técnicas y ambientales de Obra se emprendería la ejecución y diseño. Mientras tanto, solo se ejecutarían i) tareas de investigación, estudios de laboratorio e ingeniería necesarios para acotar al máximo las contingencias técnicas de la obra e implementar las modificaciones; ii) obras temporarias, en particular las villas temporarias y obradores.

Respecto a los puntos II y III, se remite al Convenio Marco (20/04/2012) suscripto entre el Estado Nacional y Provincial, en donde se asigna a la Provincia de Santa Cruz la responsabilidad de tramitar las evaluaciones y aprobaciones técnicas, hidráulicas y ambientales. En dicha oportunidad el Máximo Tribunal destacó que la ejecución de la obra se encuentra sometida bajo la jurisdicción del Estado Nacional²³, y que no obstante las relaciones de naturaleza interestadual emergentes de dicho convenio, que constituye un instrumento de coordinación de esfuerzo y funciones dirigidas al bien común general, el objeto del proceso vincula exclusivamente al Estado Nacional y con su eventual obligación de cumplir con el procedimiento de evaluación impacto ambiental previsto en la Ley Nacional de Obras Hidráulicas (Ley 23.879)²⁴.

* Las obligaciones que se encomiendan al Estado Nacional en el marco de las Obras Hidráulicas del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner-Gobernador Jorge Cepernic” son la realización de una evaluación de impacto ambiental y audiencia. Dentro de nuestro estado ambiental del derecho esto debe traducirse en las siguientes obligaciones: i) Evaluar el impacto ambiental y social; ii) facilitar la participación ciudadana a través de la realización de audiencias públicas; iii) hacer pública la información relativa al medio ambiente, ya que la información se configura como prerequisite sustancial y condicionante

²³ Conforme a la Ley 15.336.

²⁴ CSJN: CSJN (5258/2014-O): Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/amparo ambiental, de fecha 21 de diciembre de 2016. Considerando 10.

para el logro de una efectiva, real y oportuna participación ciudadana y posible evaluación de los costes –sociales y ambientales-, por lo que agrego esta obligación, sin la cual las dos anteriores serían meros cumplimientos formales y rituales sin atender el fondo del asunto. A continuación se realiza una breve remisión y explicación de cada una de estas obligaciones:

i) Evaluar el impacto ambiental y social

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nos enriquece y nos brinda pautas para comprender acabadamente la riqueza de un genuino procedimiento de evaluación de impacto ambiental y social –EIAyS en adelante-. En su sentencia de interpretación del 12 de agosto de 2008, en el Caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, (párrafos 40 y 41) explica que “los EISAs sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de los EISAs no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, como se señaló en el párrafo 133 de la Sentencia, “asegurar que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”. (...) los EISAs deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas (...) los EISAs deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión²⁵, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los EISAs coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, los EISAs deben ser asumidos por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado. Finalmente, uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado

²⁵ El Punto Resolutivo 9 de la Sentencia (28 de noviembre de 2007) indica que el “Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes [...], previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, [y debe] implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka.

los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales”.

Cabe remarcar que los estándares fijados por la CIDH y la Corte IDH en materia de evaluación de impacto ambiental y social para los derechos de los pueblos indígenas, son extensivos en los propios términos de la Corte IDH a “los planes de inversión, desarrollo, exploración o explotación de los recursos naturales”²⁶, que pueda afectar la integridad del medio ambiente, de modo directo o indirecto. Es clave el análisis de las diversas alternativas y que por medio de los estudios de impacto ambiental y social y con la correspondiente participación ciudadana se evalúen la viabilidad técnica, económica, social, ambiental, legal, cultural de cada una de las posibles variaciones y alternativas, para seleccionar y ejecutar proyectos de una mejor calidad ambiental y social²⁷.

En esta misma dirección, nuestro máximo Tribunal sostiene que “la realización de un estudio de impacto ambiental no significa, de ninguna manera, una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión. Por el contrario, se trata de que el proceso de autorización permisiva no se base solamente en la decisión de autoridades locales que remiten a un informe de la propia empresa, sino que sea más complejo. La magnitud de la explotación requiere de una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada. No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente”²⁸.

La CSJN establece en esto un puente con su propia doctrina en autos "Villivar" cuando dijo "El art. 11 de la ley nacional 25.675 reitera, como presupuesto mínimo común de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República para toda actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, la sujeción a un procedimiento de evaluación ambiental previo a su ejecución". Agregaba en esta sentencia que "Asimismo, en su art. 20 añade que las autoridades de aplicación nacionales

²⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, cit, párr.129. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

²⁷ AML. Ob.cit.

²⁸ CSJN: Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalglá c/ Catamarca Provincia de y otros s/amparo ambiental (Fallos 335:387).

y provinciales deben institucionalizar procedimientos de audiencias públicas obligatorias previas a la autorización de dichas actividades"²⁹.

Retoma en "Martínez que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (Fallos: 329:2316). En ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, y profundiza en que la EIA es una "instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana"³⁰.

En sentido coincidente la Corte IDH resalta su jurisprudencia en el sentido de que si bien la Convención Americana no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la restricción legítima del derecho a la propiedad comunal exige: i) realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social; ii) realizar consultas con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente; y, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, obtener el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones³¹, y iii) compartir los beneficios razonables con ellas³²³³.

Por lo tanto, se puede determinar que el estudio de impacto ambiental no es un simple instrumentos de gestión y planificación de proyectos, para identificar y evaluar los efectos ambientales de un determinado proyecto e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos de inversión o desarrollo y analizar y buscar posibles alternativas a través de un estudio técnico, objetivo, imparcial; sino que además tiene (y debe tener) un claro y marcado componente y alcance social, tendiente a identificar y conocer qué derechos corresponden a las comunidades locales,

²⁹ CSJN: Villivar, Silvana Noemí c/Provincia del Chubut y otros, de fecha 17 de abril del 2007, (Fallos: 330:1791).

³⁰ CSJN: Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo, de fecha 02 de marzo del 2016.

³¹ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

³² Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, supra* nota 12, párr. 134.

³³ Corte IDH. Cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros. Resolución del 28 de Mayo de 2010-Medidas Provisionales solicitadas respecto de la República de Panamá, párr.18.

directa o indirectamente afectadas por el proyecto u obra. Extendiéndose el estudio a obtener no solo una mirada objetiva y técnica de los posibles efectos en el ambiente y personas sino también propiciar al conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, sobre el potencial grupo de afectados, es decir, identificar los impactos directos e indirectos en la salud y formas y condiciones de vida de los grupos sociales potencialmente afectados³⁴.

ii) Facilitar la participación ciudadana. iii) Hacer pública la información relativa al medio ambiente.

En virtud del componente social es que se exige que se realicen estos estudios de forma previa a la aprobación y ejecución de los planes y proyectos de desarrollo e inversión a los fines de garantizar el derecho de las comunidades a ser informadas acerca de los proyectos y su efectiva participación en el proceso de otorgamientos de autorizaciones y concesiones, ya que se busca a través de EIAyS evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la comunidad en cuestión, de que el estudio deber ser previo y con una afectiva participación de los grupos afectados.

Como requisito previo y sustancial al arbitrar mecanismos de participación ciudadana se debe garantizar el acceso libre y gratuito a la información ambiental, pública y privada de interés ambiental, sin necesidad de acreditar razones ni interés determinado³⁵. “La información ambiental cumple un rol, o función central a la hora de hacer efectivo el derecho al medio ambiente, tanto en lo que su protección, en lo que concierne a su conservación y también en lo relacionado con evitar que se generen situaciones de riesgo a aquél...Se confirma, decididamente que la información ambiental es de fundamental importancia para poder hacer efectivo el mandato de protección ambiental del art. 41 CN...”³⁶ El acceso a la información de forma previa, oportuna e integral, “es una precondición para el ejercicio de los derechos de participación ciudadana, cuyo cumplimiento es inherente a todo proceso de democratización y razonabilidad de las decisiones

³⁴ Morales Lambertí, Alicia. Ob. Cit.

³⁵ Conforme ley Ley 25.831 - Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

³⁶ Falbo, Aníbal J. “El carácter igualador del derecho ambiental y la información ambiental”, en Revista de Derecho Ambiental N° 33, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. Pág. 250.

administrativas”³⁷.

“El derecho de participación, en tal sentido, es *el derecho de los derechos*. Ello es así, en definitiva, porque la participación y decisión mayoritarias se muestran como las únicas herramientas procedimentales que, en las circunstancias de la política, resultan consistentes con la idea de que todas las personas son fundamentalmente *iguales*.³⁸ Ellas son las únicas herramientas que se hacen cargo del “respeto que debemos [a cada individuo] como sujeto activo y pensante.”³⁹

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda (...)”⁴⁰. La incorporación de la ciudadanía viene asumiendo un rol importante en la dimensión ambiental del desarrollo, teniendo en miras institucionalizar los mecanismos y canales que tornen posible la participación ciudadana al momento de tratar los asuntos ambientales (artículo 20 de la LGA)⁴¹. “La celebración de consultas o audiencias públicas⁴² previas para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos, y con ello el derecho a opinar de los grupos sociales potencialmente afectados constituyen un requisito e instancia obligatoria consustancial a la legalidad y razonabilidad del acto aprobatorio”⁴³.

³⁷ Morales Lamberti, Alicia. “Los Derechos Humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental”. Revista de Derecho Ambiental, AbeledoPerrot, Junio. Septiembre 2015, nº 43. Pág. 17.

³⁸ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p 251. En Gargarella Roberto “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”. Ibid., p. 116 y p. 249. “Lo que toca a todos debe ser decidido por todos” –dice Waldron. Ibid., p. 116. Waldron sostiene esta postura reconociendo, junto con Charles Beitz, las tensiones que se suscitan entre el compromiso mayoritario y la idea de igual respeto a todos (idea que puede terminar siendo afectada por el procedimiento mayoritario, en su impacto negativo sobre algún individuo). Sin embargo, Waldron concluye diciendo que, al menos en un sentido restringido del término “igual respeto,” el procedimiento mayoritario es el único capaz de mostrarse consistentemente respetuoso con el mismo. Ibid.

³⁹ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p 251. En Gargarella Roberto “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”.

⁴⁰ Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

⁴¹ Artículo 20: Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente.

⁴² La Audiencia Pública habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse. Dichas opiniones —no obstante su carácter no vinculante— deben ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación de la autoridad de fundamentar sus desestimaciones. Considerando del Decreto 1172/2003 – Acceso a la Información Pública-

⁴³ Morales Lamberti, Alicia. Ob. Cit. Pág. 18.

Se debe instaurar un modelo que haga recuperar a los ciudadanos la ilusión por la cosa pública, les impliquen en forma personal en la toma de decisiones políticas y les haga dignos sujetos de los derechos que tanto ha costado conseguir. Se propone recuperar los lazos de comunidad, retomar los ideales de autogobierno, y transformar el sistema democrático para hacerlo más permeable a los verdaderos intereses de la ciudadanía, desvinculando la noción de “interés público” de los intereses egoístas de los individuos⁴⁴.

En dicho marco, contamos con el decreto 1172/2003 – Acceso a la Información Pública– por el que se reglamenta el mecanismo de participación ciudadana en Audiencias Públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional (siendo aplicable al procedimiento que involucra los Aprovechamientos Hidroeléctricos), teniendo como finalidad permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, garantizándose el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad.

Puede ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la Audiencia Pública.

La CSJN ha exigido en los estudios de impacto ambiental y social “dar amplia participación a las comunidades que habitan la zona afectada (...) y la búsqueda de una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados, valorando los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras, a los efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios”⁴⁵. Esto se debe a que en la ejecución de los proyectos se relega a las comunidades afectadas, las cuales son desplazadas por intereses superiores, no habiendo una justa y equitativa distribución de los costes y beneficios en el desarrollo de planes y proyectos, convirtiéndose en grupos no solo afectados sino también vulnerables, por la sola condición de vivir en el radio de afección de los planes de inversión

⁴⁴ Martí, José Luis. La República deliberativa. Una teoría de la democracia. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006. Pág.14.

⁴⁵ CSJN: Salas Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, Res. del 26 de marzo de 2009.

y desarrollo. En particular, “las grandes represas son generalmente justificadas por sus beneficios macroeconómicos a escala regional y nacional, sin embargo, sus impactos físicos y simbólicos se concentran localmente”⁴⁶.

Como corolario de lo analizado se remarca que corresponde declarar la nulidad del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental cuando se han vulnerado los derechos a la participación ciudadana y el acceso de la información, ya que dicho procedimiento se presenta en sí mismo como una vía instrumental y de garantía para el ejercicio de derechos tales como la participación ciudadana o el acceso de la información pública. De allí que la inobservancia de los requisitos legales no pueden ser salvados a posteriori pues ello implicaría tanto como soslayar las exigencias impuestas al debido procedimiento en materia ambiental y, dejarlos librados a que (...) se cumpla aquello que debió haber estado en forma previa a la emisión del acto administrativo⁴⁷. Asimismo, corresponde declarar “la nulidad del procedimientos administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado (...) en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que pondrían en peligro la supervivencia de la comunidad”⁴⁸. Claramente dichas omisiones configuran vicios en el procedimiento.

“El estado de derecho se caracteriza no solo por su elemento sustantivo, es decir el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, sino también por la forma como ese objetivo intente alcanzarse. En ese propósito, un segundo elemento, de índole formal, pero que se vincula estrechamente con el orden e interés público, y que resulta esencial, es el denominado principio de legalidad –integrado en forma inescindible en el de razonabilidad o justicia-, y que postula como tal el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico (conf. Fallos: 312:1686, disidencia del juez Augusto César Belluscio)⁴⁹”.

⁴⁶ Romero Toledo, Hugo. “Ecología política y represas: elementos para el análisis del Proyecto HidroAysén en la Patagonia chilena” [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34022014000100011&script=sci_arttext

⁴⁷ TSJ Neuquén, sala Procesal Administrativo: Calful, Lucía c. Provincia Del Neuquén y otro s/ acción procesal administrativa. Sentencia de fecha 11 de octubre de 2016, en El Derecho, Año LV, ED 271, 10/03/2017, pág. 13-16.

⁴⁸ “Comunidad Indígena EbenEzer c. Provincia de Salta-Ministerio de Empleo y Podrucción”, en la Ley 2008-F, pág.93.

⁴⁹ CSJN: Salas Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, Res. del 19 de diciembre de 2008.

En el caso de los “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner-Gobernador Jorge Cepernic” se solicitó la realización del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y de las audiencias públicas los cuales no quedan exentos del cumplimiento de estos estándares, más allá de la remisión a la ley 23.879, se debe aplicar el conjunto del ordenamiento jurídico. Estos se revelan como una condición imprescindible para avanzar en el inicio de las obras principales del proyecto, no así para el resto de los trabajos ya emprendidos. Esto genera el interrogante de qué se entiende por principal y sobre todo quién determina dicha característica, si cae bajo una órbita de discrecionalidad del proponente del proyecto la delimitación de obras generales y obras principales del proyecto. A su vez, se avanza con obras sobre las cuales no se ha determinado los potenciales efectos ambientales y sociales. Respecto a esto hay que remarcar que hay que considerar el efecto total y global del proyecto de inversión completo, ya que no se pueden separar las fases, obras o tareas sino que se exige una autorización conjunta de la obra, de lo contrario a través del fraccionamiento de los proyectos en tramos o etapas parciales o preliminares se podría eludir el efecto sinérgico e importancia del proyecto en su globalidad. La segmentación desnaturalizaría el sentido del EIAyS. Esto no solo debe limitarse al proyecto en cuestión, sino que debe analizar el efecto acumulativo del nuevo emprendimiento propuesto en el marco de los efectos generados por los proyectos ya existentes.

IV. b) Diferentes aristas en las obras de aprovechamientos de recursos hídricos.

La construcción de obras de infraestructura que permitan aprovechar los recursos hídricos, se torna controversial desde diferentes aristas, como por ejemplo las siguientes:

i) por un lado implica el uso de un recurso natural, que como tal corresponde al dominio originario de las provincias conforme el artículo 124 de la Constitución Nacional, que comparte características del propio dominio público, por su inalienabilidad e imprescriptibilidad, pero que además es un dominio exclusivo y no se lo puede desafectar en su carácter de tal. Dicho dominio originario sobre los recursos naturales, en correlación con el artículo 121 no puede ser alterado ni en su dominio ni en su jurisdicción, justamente por tratarse de facultades reservadas (no delegadas), por lo que no hay sumisión ni

subordinación de las provincias al Estado Federal, pero sí una necesaria coordinación jurisdiccional y política entre provincias y Nación.

El agua es un recurso natural insustituible para el sostenimiento de la vida humana y, como tal, la explotación del recurso con diferentes fines es responsabilidad indelegable del Estado. En este contexto, la selección de sistemas de aprovechamientos que permitan la explotación racional del recurso hídrico, así como su control, la conservación de su calidad, la compatibilización con sus diferentes usos, la definición de normas y su posterior fiscalización es de responsabilidad pública⁵⁰.

En materia de política energética y ambiental se requiere de un federalismo de concertación. El sistema de Estado federal argentino supone la coexistencia de un plexo de relaciones de coordinación entre Nación y provincias que no responden a planteos teóricos o abstractos sobre el alcance del federalismo, sino al ejercicio real de facultades y poderes de disposición y gestión sobre el ambiente y los recursos naturales implicados. Esto requiere de un federalismo de concertación en la gestión de los recursos naturales y el medio ambiente, en cuyo ámbito, sobre la base de prácticas de coordinación y complementación recíproca, cada uno de los actores institucionales debería encontrar un espacio de actuación y convergencia⁵¹.

Otro aspecto a analizar en estos emprendimientos es la cuestión de redistribución social de los beneficios económicos que se deriven de la construcción de represas, lo que genera la constante tensión entre los intereses estrictamente regionales, locales y los que se engloban en el macro concepto e intereses generales o superiores de la Nación.

En este aspecto es clave la necesidad de interconectar la energía generada. Por lo que se torna un aspecto clave el considerar todo tipo de instalación asociada al transporte de energía que se debe llevar a cabo una vez finalizadas las obras, lo que implica la necesidad de expropiaciones y estudios de impactos adicionales para poder operativizar el emprendimiento y lograr que la energía generada se interconecte al sistema, lo que refleja

⁵⁰ Secretaría de Energía Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A. EVALUACIÓN EXPEDITIVA DE APROVECHAMIENTOS HIDROELÉCTRICOS RESUMEN EJECUTIVO. http://www.ebisa.com.ar/sites/default/files/Evaluacion_proyectos_hidroelectricos_Resumen_Ejecutivo.pdf

⁵¹ Morales Lambertí, Alicia. Política Ambiental, Energética y Fiscal. Relaciones y conflictos de coordinación interjurisdiccional. M.E.I. Editor, Córdoba, 2005. Pág. 15

la necesidad de considerar los costos en el traslado en la creación y mantenimientos de las redes de transporte y distribución de la energía.

En el Plan Energético Nacional (2003-2016) primó una concepción que integra distintas áreas del país. El Sistema Argentino de Interconexión (SADI) tenía un punto nodal en Buenos Aires por lo que la mayor parte de la energía generada en distintos puntos del país debía pasar por dicha ciudad. Los tramos de transmisión incorporados, contemplan una lógica federal que incluye el diseño de anillos energéticos, esta modalidad permite conectar directamente distintas regiones (como por ejemplo NOA-NEA, ampliación de la Interconexión Patagónica) abaratando notablemente el costo del traslado. En este sentido, en la medida que aumenta la conectividad, son reevaluados emprendimientos que anteriormente no eran considerados debido a la imposibilidad de transmitir la energía generada por no estar conectados al Sistema Argentino de Interconexión (SADI). Esto implica, a su vez, un acceso al MEM (Mercado Eléctrico Mayorista) que torna viables emprendimientos que antes no lo eran, aumentándose el potencial hidroenergético⁵².

ii) La construcción de empresas energéticas tienen una incidencia con efectos ambientales, económicos, sociales y culturales. Una gran cantidad de factores entran en juego: la localización de las obras en los distintos tramos del curso fluvial; las características de la cuenca según su tamaño y su relación con las distintas zonas climáticas; las estructuras geológicas y los sistemas de erosión; el régimen y caudal de los ríos; las especificidades biológicas en términos de diversidad y endemismo; y la importancia del patrimonio paisajístico y cultural, constituyendo sólo algunos de los tópicos en cuestión. Sin duda, los efectos sociales negativos que sufren las poblaciones afectadas y el disímil impacto regional que ocasiona un proceso de inversión/desinversión como el llevado a cabo para la construcción de las represas, adquieren una inevitable centralidad en el análisis de cualquier propuesta energética⁵³.

ii.1) Dentro de los efectos positivos a nivel social y económico se destacan que estas modalidades de ocupación territorial traen aparejada la implementación de una extensa red

⁵² Radovich, J; Balazote, A; Piccinini, D. "Estados y política en la Argentina contemporánea. Desarrollo de represas hidroeléctricas en la Argentina de la posconvertibilidad". Pág. 56 [en línea] <http://www.scielo.org.ar/pdf/ava/n21/n21a02.pdf>

⁵³ Radovich, J; Balazote, A; Piccinini, D. Ob. Cit. Pág. 58.

de servicios sociales, culturales, residenciales, puesto de trabajo o la necesidad de mano de obra, que son beneficios que indirectamente se trasladan a la comunidad local.

El desarrollo regional, la creación de empleo y la promoción de una base industrial con capacidad de exportar son las consideraciones adicionales que más se citan a favor de construir grandes represas. Otras metas incluyen generar ingresos con ganancias por exportaciones, ya sea por medio de venta directa de electricidad o con la venta de cosechas o de productos procesados por una industria de uso intensivo de electricidad⁵⁴.

ii.2) Impactos ambientales

La construcción de estas obras afecta el curso y caudal del río, específicamente en el caso de las represas santacruceñas afectan un río de origen glaciar. Se construyen sobre áreas que se caracterizan por ser espacios que brindan extraordinarias bellezas escénicas y paisajísticas, que reúnen una gran biodiversidad y poseen un valor intrínseco, propio, ecológico, social, ambiental, cultural, representado por el flujo de bienes y servicios ambientales (colectivos) que propicia. Son hábitats naturales y espacios de conservación y protección de especies de flora y fauna autóctona, incluso de especies vulnerables, que necesitan ese medio para su supervivencia, que se encuentran amenazadas, escasamente representadas en otros ecosistemas y que necesitan de ese espacio para el mantenimiento y supervivencia. Estos ecosistemas no son reproducibles en otros sitios y la legislación protectora tiene como objetivo mantenerlos en su estado natural, de un modo intangible, por lo que el desarrollo de emprendimientos genera que sean radicalmente modificados, pudiendo calificarse como un disturbio ambiental.

De allí la importancia que se encuentre correctamente delimitada la cuenca hidrológica a los fines de demarcar el área implicada y los efectos potenciales que se deban soportar en el caudal del río, aguas arriba y abajo; se deben determinar las especies de flora y fauna que se verán afectadas y conocer las rutas migratorias de las especies, en los diversos períodos estacionales, se debe realizar un relevamiento in situ con la mayor trazabilidad posible con una mirada amplia y abarcativa, y no solo reducida al momento del estudio; considerar el valor arqueológico y cultural del aérea, si es un lugar donde viven comunidades indígenas y

⁵⁴Reporte Final de la Comisión Mundial de Represas “Represas y Desarrollo. Un nuevo marco para la toma de decisiones”, Año 2000. Pág. 52

locales, respetar sus valores e idiosincrasia; se requiere información precisa sobre la generación, manejo, operación y disposición de los residuos que se generen producto de la obra.

Dentro de la comunidad científica, existe consenso al afirmar que la construcción de represas es una de las mayores causas de interrupciones en los flujos de agua. Al mismo tiempo, son factores destructivos primarios del hábitat acuático, contribuyendo sustancialmente a la destrucción de pesquerías, la extinción de especies y la pérdida generalizada de servicios ecosistémicos de los cuáles depende la economía humana. Un informe sobre impactos particulares del complejo hidroeléctrico Kirchner-Cepernic realizado por la Administración de Parques Nacionales destacó el riesgo en la pérdida de la biodiversidad, comunidades limnológicas, así como de valores culturales, debido a la pérdida de información arqueológica y patrimonio paleontológico. Un complejo hidroeléctrico como éste convertiría al río Santa Cruz en grandes embalses artificiales, devastando un ecosistema irremplazable como el área de influencia del Parque Nacional Los Glaciares (declarado Patrimonio de la Humanidad por la Unesco) que alberga los glaciares Perito Moreno y Upsala y el Parque Nacional Monte León. Asimismo, la confluencia y desembocadura de los ríos Chico y Santa Cruz ha sido declarada como AICA (Área de Importancia para la Conservación de las Aves). El sitio es clave como lugar de invernada para el críticamente amenazado macá tobiano (*Podiceps gallardoi*), ave endémica de la Argentina registrada sólo en la provincia de Santa Cruz y declarada Monumento Natural Provincial⁵⁵.

ii.3) Impacto Social

Aunque muchos se han beneficiado de los servicios que proveen las grandes represas, su construcción y operación han producido muchos impactos humanos y sociales negativos y significativos. Las poblaciones negativamente afectadas incluyen las familias directamente desplazadas, las comunidades en las que se reasientan familias, y las comunidades ribereñas, sobre todo las que están río abajo de la represa, cuyos medios de subsistencia y acceso a recursos se ven afectados en diferente medida por los caudales alterados de ríos y

⁵⁵ Informe “Río Santa Cruz sin represas” [en línea] <http://www.energiaestrategica.com/ambientalistas-sostienen-que-la-construccion-de-las-represas-en-santa-cruz-no-debe-continuar/>

por la fragmentación de ecosistemas. Más en general, sociedades enteras han perdido el acceso a recursos naturales y a patrimonio cultural que quedaron sumergidos en embalses o ríos que las represas transformaron⁵⁶. La construcción de grandes represas ha producido el desplazamiento de entre 40 y 80 millones de personas en todo el mundo. Esto genera necesidades de un nueva vivienda y asentamiento para quienes son desplazados y desarraigados de su hogar de origen, todo lo cual implica vivienda, coberturas en materia de salubridad y seguridad social, en materia educativa y en la generación de nuevos empleos y puestos de trabajo, tanto en el sitio de la obra (que recibe el flujo de grandes cantidades de personas que son empleadas en la construcción como en el lugar en el cual se emplacen a las familias desplazadas del área afectada por el emprendimiento).

A modo de síntesis, son oportunas las valoraciones de la Comisión Mundial de Represas – CMR- respecto a la toma de decisiones que involucran proyectos de agua y energía, entre ellas: 1) la realización de evaluaciones de opciones integrales; 2) el respeto de los derechos de las comunidades afectadas mediante la negociación de acuerdos legalmente vinculantes; 3) asegurar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas; 4) la garantía de que las comunidades afectadas son las primeras en beneficiarse; 5) la solución de los problemas provocados por proyectos ya existentes antes de construir nuevos; 6) el suministro de caudales ambientales que aseguren el mantenimiento de los ecosistemas río abajo y de los medios de subsistencia; 7) la exigencia de planes de cumplimiento fundados y ejecutables.

Y establece dentro de ese línea una serie de recomendaciones: a) Ninguna represa debe construirse sin la “aceptación demostrada” de las personas afectadas, y sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales afectados. b) Deben desarrollarse diagnósticos completos y participativos de las necesidades hídricas y energéticas de las personas, así como de diferentes opciones para satisfacer dichas necesidades, antes de proceder con cualquier proyecto. c) Deben priorizarse los esfuerzos por maximizar la eficiencia de los sistemas hídricos y energéticos existentes antes de construir proyectos nuevos. d) Deben realizarse revisiones participativas periódicas de los embalses existentes para evaluar elementos como su seguridad, y la posibilidad de retirarlos

⁵⁶ Reporte Final de la Comisión Mundial de Represas “Represas y Desarrollo. Un nuevo marco para la toma de decisiones”, Año 2000. Pág. 17.

de funcionamiento y regresar, en lo posible, a la situación vigente antes de su construcción.

e) Deben desarrollarse mecanismos para indemnizar, o compensar retroactivamente, a quienes hayan sido perjudicados por las represas existentes, y para restaurar los ecosistemas dañados⁵⁷.

V) Reflexiones finales

Al momento de decidir cuestiones que implican al ambiente, probablemente no haya una única respuesta correcta que se la panacea, ya que se encuentran en conflicto valores importantes en juego y la elección de uno de ellos implica una decisión no del todo satisfactoria. En ese marco, cabe analizar de qué modo se internalizan los costos y quién/quienes asumen los costos específicos y entre quienes se reparten los beneficios. No existe una fórmula fácil para calcular los costes y beneficios que facilite una apreciación rápida, sencilla y no errónea al momento de llevarse a cabo grandes emprendimientos, como es el caso bajo análisis- represas hidroeléctricas-. Es inaceptable aplicar un enfoque de “estado de situación financiera” (de ganancias y pérdidas) para evaluar los costes y beneficios de las grandes represas, más aún cuando la cuestión trasciende a todas luces una dimensión económica, para abarcar una dimensión social, ambiental, cultural y política.

La construcción de estas obras de gran infraestructura implica un fenómeno complejo, en la que interceden diferentes variables: progreso económico, desarrollo, territorio, relaciones interjurisdiccionales, abastecimiento energético, distribución de los costes y beneficios entre los grupos directa e indirectamente afectados y el resto de la población, afectación del medio ambiente y recursos naturales. En otros términos, la construcción de represas es un proceso cultural, político, judicial, social, económico y ambiental que trasciende el contexto inmediato de un proyecto hidroeléctrico determinado⁵⁸.

La planificación, gestión y abastecimiento energético debe ir acompañado de una proyección –que a largo plazo- contemple no solo el desarrollo y progreso económico, sino que sobre todo atienda variables de igual o mayor importancia cualitativa, como es la protección y conservación del medio ambiente, componente que lleva ínsito una variable

⁵⁷ Reporte Final de la Comisión Mundial de Represas.

⁵⁸ Romero Toledo, Hugo. Ob. Cit.

social- colectiva y cultural. Es válido el objetivo de diversificar la matriz o canasta energética, apostar a la implementación de otras fuentes de energía, pero no por eso debe caerse en el discurso de que las energías renovables son más limpias, económicas, “más amigables” con el medio ambiente, porque en cada emprendimiento que se proyecte realizar se requiere (y se debe) analizar con seriedad, con una mirada técnica, objetiva, interdisciplinaria, participativa, formada y formativa los impactos y efectos potenciales y probables que se generarán en el medio ambiente y en el entorno social, que muchas veces se ocultan y subyacen detrás del progreso económico, del interés general y superior del país. De allí que debe desestimarse todo proyecto que no cumple, desde su origen, con procedimientos transparentes de evaluación de impacto ambiental y social, mecanismos de participación pública y un análisis adecuado de los posibles impactos ambientales y sociales que obras de tal magnitud puede ocasionar.