ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO FORO MEDIO AMBIENTAL (FOMEA) C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES -MUNICIPALIDAD DE SAN NICOLAS S/INCONSTITUCIONALIDAD ORDENANZA MUNICIPAL   NRO. 9949/19, DECRETO NRO. 1576/19 Y RESOLUCIÓN MINISTERIAL NRO.1298/19

**AUTOS Y VISTOS:**

I. El 22 de diciembre de 2022, este Tribunal, luego de tener por acreditada la inobservancia de la medida precautoria dictada en autos mediante resolución del 12 de julio de 2022, dispuso -por mayoría - adoptar las siguientes medidas: a) intimar al señor Intendente de la Municipalidad de San Nicolás para que dé inmediato cumplimiento al remedio preventivo otorgado el 12 de julio de 2022 y la consecuente paralización de las obras o trabajos que se estuvieran ejecutando en las zonas protegidas, a excepción de aquellas ya comenzadas y que propendan estrictamente a garantizar la seguridad de las personas que transitan por dichos espacios públicos (arts. 34 inc. 5, 135 inc. 5, 198 y 202, CPCC); b) encomendar al Ministerio de Ambiente de la Provincia de Buenos Aires el seguimiento y control del cumplimiento de las medidas dispuestas en autos por este Tribunal); c) remitir una copia de aquella resolución, certificada por el Secretario de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo del Tribunal, a la Unidad Funcional de Instrucción N°13 del Departamento Judicial de San Nicolás; y d) convocar a las partes a una audiencia, a los fines de formular propuestas tendientes a la implementación de un plan de manejo sustentable del área natural (art. 125 y concs., CPCC).

II. El día 12 de enero de 2023, el Ministerio de Ambiente remitió las actas de inspección elaboradas durante la fiscalización *in situ* realizada el 5 de aquel mes y año. Según lo informado, las referidas diligencias tuvieron por objeto verificar: a) el estado actual en que se encontraban las zonas de bosques nativos identificadas bajo las categorías I y II -conforme lo establecido en la ley 14.888-, en virtud de lo requerido por la Dirección de Control y Fiscalización Especial; y b) el cumplimiento de las clausuras decretadas el 9 de febrero de 2021 mediante DISPO-2021-71-GDEBA-DPCAOPD sobre el emprendimiento llevado a cabo en el Área Natural Rafael de Aguiar de San Nicolás1 y el 20 de julio de 2022 mediante DISPO-2022-365-GDEB-DPCYFMAMGPsobre la playa "El Arenal"2, en el marco de los expedientes administrativos N°EX-2021-03026373-GDEBA-DGAOPDS y EX-2022-22638980-GDEBA-DGAMAMGP, respectivamente.

III.1. La actora, el 31 de enero del corriente año, denunció un nuevo incumplimiento de la medida dispuesta por esta Corte. Allí, precisó que se construyó un puente flotante para uso vehicular sobre el Arroyo Yaguarón, en el área identificada como "bajada náutica- en el acta labrada tras el reconocimiento efectuado el día 18 de noviembre de 2022 en el "Eco Parque Rafael Aguiar". Al respecto, afirmó que esa obra no contaba con los permisos requeridos por la Autoridad del Agua, ni con una evaluación previa de impacto ambiental. Asimismo, arguyó que mal podría tratarse de un trabajo destinado a brindar seguridad a los ciudadanos, en tanto presentó -a pocos días de su puesta en funcionamiento- varias fallas en su operatoria.

En otro orden, sostuvo que el municipio continuó con la ejecución de las obras recreativas en el sector de islas, mencionando a modo de ejemplo la conclusión de la infraestructura de paradores (bares) y la colocación de mobiliario de playa. Este accionar y el consecuente movimiento de suelos, acrecentó -a su modo de ver- la destrucción del bosque nativo existente en el lugar.

Finalmente, relató un hecho de violencia institucional padecido por una vecina de la zona cuando procuraba registrar el alegado incumplimiento a través de videos y fotografía, acompañando prueba documental en apoyo de sus dichos.

III.2. La Municipalidad de San Nicolás, por su parte, contestó espontáneamente la denuncia formulada en autos. En dicha ocasión, repitió que "al suspenderse la aplicación de esos cinco puntos de CUA, cobra vigencia la anterior Ordenanza de Zonificación 2.590, la cual no impide la realización de los trabajos plasmados en las imágenes agregadas por la parte actora, ya que el sector indicado se encuentra zonificado como zona de esparcimiento en la Ordenanza 2.590 (de aplicación luego de la suspensión de los puntos del CUA mediante la precautelar dictada) encontrándose autorizado el Departamento Ejecutivo a realizar las tareas que garanticen el acceso y la seguridad de los visitantes de la misma" (*sic*, v. párrafo cuatro de la presentación electrónica del 2-II-2023).

A su vez, explicó que los trabajos quedarían amparados por la excepción dispuesta en la resolución de este Tribunal del día 22 de diciembre de 2022, en tanto algunos se "encontraban en curso de ejecución" al momento de su dictado y otros, tendían a garantizar la seguridad de los visitantes del lugar. En esta línea, expresó que "es mucho más seguro el desplazamiento en un vehículo particular, que el tránsito constante de colectivos repletos de pasajeros" (v. párrafo seis de la presentación citada).

Por último, alegó que la actora desvió el reclamo incoado, toda vez que la demanda originalmente interpuesta no guardaría relación con las medidas peticionadas, por lo que estimó que se estaría excediendo el marco legal de la pretensión entablada y, con ello, se estaría vulnerando el principio de congruencia.

IV. Posteriormente, el Ministerio de Ambiente remitió nuevos informes de las diversas inspecciones realizadas en el transcurso de los meses de enero y febrero del corriente (v. oficios electrónicos de fecha 3-II-2023, 10-II-2023, 27-II-2023 y 6-III-2023).

V. El día 6 de febrero de 2023, la Asociación Civil sin fines de lucro Foro Medio Ambiental (FOMEA) solicitó la ampliación del remedio precautelar recaído en esta *litis*. Así, peticionó que se ordene la prohibición de tránsito de todo vehículo terrestre motorizado y el uso del puente vehicular construido en enero de 2023. A la par, requirió la citación personal del señor Intendente municipal, Manuel Passaglia, a la audiencia convocada para el 28 de febrero de 2023.

VI. Con fecha 13 de febrero de este año, el Tribunal resolvió desestimar lo pedido por la actora respecto de la comparecencia personal de señor Intendente de San Nicolás y postergar el tratamiento de las restantes cuestiones planteadas, para una vez celebrado el acto procesal antes mencionado.

VII.1. En la aludida audiencia, tanto FOMEA como la comuna reiteraron sus posturas. De un lado, la asociación civil puso de resalto la gravedad institucional de la inobservancia de la manda judicial dispuesta e hizo especial hincapié en los trabajos realizados en las zonas protegidas, en contravención -según su parecer- con el remedio concedido; del otro, el municipio puntualizó la necesidad de armonizar la normativa ambiental con aquella que tiende al crecimiento de las ciudades ribereñas y seguido a esto, argumentó que las tareas llevadas a cabo -que cumplirían además un objetivo meramente recreativo- no ocasionarían daños permanentes en la zona. Finalizada la postulación de ambas partes, se oyó a la Asesoría General de Gobierno y a la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), esta última aceptada como *amicus curiae* mediante resolución del 31 de agosto de 2022.

Previo a dar por concluido el acto, se invitó a la actora y a las demandadas a evaluar la posibilidad de conformar una mesa de trabajo institucional en conjunto, a fin de lograr un acuerdo sobre la problemática ambiental involucrada en esta contienda y, en consecuencia, se les concedió el término de cinco (5) días para que manifestaran su voluntad al respecto, quedando emplazadas en ese mismo momento (v. acta de fecha 28-II-2023).

VII.2. Vencido el plazo otorgado a tal efecto, la demandante acompañó los documentos que fueron invocados e individualizados en la audiencia celebrada y señaló que, pese a haber mostrado una buena predisposición para dialogar y trabajar de manera cooperativa con la demandada, no recibió ninguna propuesta concreta del municipio en tal sentido y que, por el contrario, "el propio Intendente anunció en los medios de comunicación local que avanzará en la construcción de la Costanera Alta pese a la prohibición de obras que en ese sector impuso la medida precautelar dictada en autos".

En virtud de esto, solicitó que se dicte una medida cautelar que tienda a proteger los bienes en juego, la cual comprenda no sólo la paralización de las obras y trabajos, sino también la clausura del puente vehicular móvil y el retiro de toda la maquinaria pesada de la zona alcanzada por el remedio precautelar decretado (v. presentación electrónica de fecha 8-III-2023).

En particular requirió que se disponga: a) el cese de las obras ejecutadas en las zonas C/PP5, C/PP6, R/PP7, U/CPa1 y U/PP1 de la ordenanza 9.940/19; b) la prohibición de toda actividad desarrollada en la zona de bosque nativo de categoría I y II -según la ley 14.888-, en tanto carecerían de autorización provincial; c) la clausura del puente vehicular móvil, por no poseer una habilitación legal para su construcción y funcionamiento; d) el retiro de la maquinaria pesada -ubicada en el área protegida-; y e) la notificación a la Comisaría Primera de San Nicolás, al Ministerio de Ambiente de la Provincia de Buenos Aires y a la Policía Ecológica, para que se lleve a cabo una inspección diaria en el sitio.

Por su parte, la Municipalidad de San Nicolás adjuntó una copia del Estudio de Impacto Ambiental realizado y del proyecto y estudio de suelos del camino y de las playas de la Isla Ballesteros. Asimismo, expresó que, si bien existieron comunicaciones con la asociación, no fue posible arribar a un acuerdo (v. escrito electrónico de fecha 13-III-2023).

VIII. Así las cosas, tras haberse celebrado la audiencia informativa y cotejado la documentación presentada por la actora y la demandada, se requirió al Ministerio de Ambiente de la Provincia de Buenos Aires -con carácter previo a resolver cualquier cuestión y con el propósito de contar con todos los elementos necesarios para alcanzar una decisión- que envíe en formato digital una copia del expediente identificado EX-2021-03026373-GDEBA-DGAOPDS, en el marco del cual se dictó la disposición N°DISPO-2021-71-GDEBA-DPCAOPDS, del 9 de febrero de 2021 (v. proveído de fecha 10-III-2023).

Luego, se le confirió vista a la actora de la documentación arrimada por la comuna demandada en su última postulación (v. proveído de fecha 13-III-2023), quien respondió mediante presentación del 22 de marzo de 2023.

IX. El 15 de marzo de 2023 el Ministerio de Ambiente acompañó las actuaciones solicitadas.

De allí se extrajeron los siguientes datos que resultan de utilidad: En el marco del expediente N°2021-03026373-GDEBA-DGAOPDS, el día 9 de febrero de 2021, la autoridad de aplicación dictó el acto N°DISPO-2021-71-GDBA-DPCAOPDS, por medio del cual se convalidó la medida de clausura administrativa impuesta sobre el emprendimiento emplazado en el Área Natural Rafael de Aguiar de San Nicolás y se intimó a la comuna a acompañar el Reglamento de Lineamientos Generales y Contenidos Mínimos para la Presentación de Planes y Proyectos de Formulación, que debía ser presentado ante el ex OPDS junto con el correspondiente Plan de Conservación del bosque nativo, que debía ser presentado con anterioridad al reinicio de cualquier actividad en aquella zona (v. arts. 1 a 3). A la par, se le indicó al municipio que debía manifestar si contaba con un Plan de Recomposición Ambiental del área afectada y, en su caso, acreditarlo.

X. De esta manera, pasan los autos al acuerdo, a fin de dar tratamiento a la medida cautelar peticionada por la asociación civil actora, con los alcances indicados en las presentaciones del 4 de marzo de 2022 y 8 de marzo de 2023.

Es dable aclarar que, en razón del juicio incoado, sólo han de considerarse los planteos constitucionales expuestos en la demanda y que aquellos de cuño meramente legal, por principio ajenos al objeto propio de esta clase de contiendas, únicamente pueden ser atendidos en la medida en que evidencien la infracción constitucional aducida. De lo contrario, se desvirtuaría la misión esencial que el constituyente ha confiado a la Suprema Corte en este tipo de causas (doctr. art. 161 inc. 1°, Const. prov. y causa I. 68.174, "Filón", resol. de 18-IV-2007).

X.1. Sentado ello, es útil recordar que esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que el examen de los requisitos a los que se halla sujeta la procedencia de las medidas cautelares es particularmente estricto en el ámbito de la acción originaria de inconstitucionalidad, atento la presunción de constitucionalidad o regularidad de la que gozan las normas susceptibles de ser cuestionadas por su conducto (doctr. causas I. 68.276, "Empresa de Transportes 25 de Mayo", resol. de 21-IX-2005; I. 68.174, "Filón", cit.; I. 72.269, "CEAMSE", resol. de 6-XI-2012; I. 73.607, "Spadone", resol. de 22-XII-2015; I. 74.061, "Romay", resol. de 4-V-2016; I. 72.454, "Defensor del Pueblo", resol. de 4-VII-2018 e I. 75.358, "Wal-Mart Argentina S.R.L.", resol. de 26-IX-2018, e.o.).

Por excepción y en el entendimiento de que la tutela preventiva no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo acerca de su verosimilitud (art. 230, inc. 1°, CPCC; doctr. causa I. 71.446, cit., e.o.), pues la finalidad del instituto cautelar no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético (doctr. causa B. 63.590, "Saisi", resol. de 5-III-2003; I. 72.634, "Frigorífico Villa Olga SA", resol. de 30-IV-2014 e I. 73.986, "Cámara de Concesionarios de Playa del Partido de Villa Gesell", resol. de 22-XII-2015, e.o.), se han acogido solicitudes suspensivas en casos en que el cumplimiento de la norma impugnada pueda generar un perjuicio grave para el derecho o interés invocado (doctr. causa I. 3.521, "Bravo", resol. de 9-X-2003 y sus citas e I. 68.183, "Del Potro", resol. de 4-V-2005, e.o.) y, por cierto, cuando de la apreciación de las circunstancias se advierte que el planteo formulado por quien objeta la constitucionalidad de la norma posee una seria y consistente apariencia de buen derecho (doctr. causa I. 74.061, "Romay", resol. de 4-V-2016 y sus citas).

Lo desarrollado constituye el estándar con el que, de ordinario, han de ser analizados los pedidos de medidas cautelares. Pero no debe soslayarse que en autos se alega la existencia de un daño ambiental potencialmente irremediable, extremo que llama -al igual que en el pasado- a la aplicación de los principios preventivo y precautorio, que en circunstancias como la presente informan el análisis de los requisitos contenidos en el art. 230 del código de rito (arts. 28, Const. prov.; 41, Const. nac.; 4, ley 25.675; doctr. causas I. 71.446, cit.; I. 70.249, "Bornic", resol. de 29-VI-2016 e I. 72.760, "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre", resol. de 28-X-2015; CSJN Fallos: 332:663; 333:1849; 338:811; 339:142).

X.2. Bajo estos parámetros, se impone considerar los extremos requeridos por la ley procesal (arg. arts. 230, 232 y concs., CPCC) inherentes a la petición cautelar, sopesando la concurrencia de éstos en el asunto traído a conocimiento del Tribunal.

XI.1. En relación a la verosimilitud del derecho, la actora sostiene que se encuentra palmariamente acreditada la violación de la garantía de participación ciudadana y del mismo modo se encuentra acreditado la falta de creación de zonas de amortiguación, la derogación de las normas de protección y la sustracción de un amplio territorio de lo que antes era la reserva natural del Parque "Rafael de Aguiar". A esto, añade que la presunción de validez de la que gozan los actos estatales, en el caso, se ve seriamente erosionada por las irregularidades manifiestas en el procedimiento de sanción de la ordenanza 9.949/19 en crisis (v. punto IX del escrito postulatorio de fecha 31-V-2021).

Luego, profundiza señalando que el municipio emprendió grandes obras que están modificando las características naturales de la reserva y que, con la sanción de la ordenanza 10.397/21, se redujo "drásticamente el territorio protegido y los estándares de protección que otorgaban las ordenanzas derogadas" (v. punto III del escrito electrónico de fecha 4-III-2021).

Asimismo, en las sucesivas presentaciones efectuadas por FOMEA tras el dictado de la medida precautelar del día 12 de julio de 2022, se puso de resalto -entre otras cuestiones- la actitud reticente de la demandada en observar la manda recaída en autos y la continuación y avance de las obras llevadas a cabo en las zonas alcanzadas por la tutela decretada; acompañando en diversas oportunidades material fotográfico y audiovisual, en respaldo de sus dichos.

Al respecto, deviene necesario destacar que la circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad (CSJN Fallos: 326:1442; 327:2293, 5002; 329:976, 1586; 333:108, 2222; entre muchos otros), en modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse el medio ambiente y la salud de la comunidad, afectando el interés público implicado en su tutela constitucional (arts. 41, Const. nac.; 28, Const. prov.).

Desentenderse de los efectos que sobre la población pueda provocar la iniciativa de reformas normativas como las del *sub examine*, se exhibe, al menos en esta instancia inicial, reñido con el principio de progresividad vigente en la materia, ya referido (conf. art. 4, ley 25.675; CSJN Fallos: 329:2316; doctr. causas I. 71.446, cit.; I. 70.771, "Rotella", resol. de 28-III-2012; I. 72.669, "Picorelli", resol. de 24-IX-2014 e I. 72.760, "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de octubre", resol. de 28-X-2015, e.o.). Que al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales, supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces (doctr. causa I. 74.912, "Giannuzzi", resol. de 4-IX-2020).

Para más, si bien no está vedado al municipio adecuar sus normas territoriales en función de nuevas decisiones públicas, ello supone un examen global y una justificación razonable de los cambios introducidos (doctr. causa I. 70.249, "Bornic", resol. de 29-VI-2016).

XI.2. Teniendo en cuenta el contenido de las normas impugnadas, las manifestaciones vertidas tanto en la demanda como en las denuncias del hecho nuevo y de los reiterados incumplimientos de las resoluciones dictadas en estas actuaciones, el reconocimiento judicial realizado el día 22 de noviembre de 2022 y las distintas actas de inspección remitidas por el Ministerio de Ambiente, resulta verosímil -con las precisiones que a continuación se formularán- la alegación efectuada en punto a la concreta probabilidad de vulneración del art. 28 de la Carta local.

En primer lugar, debe destacarse que el marco normativo impugnado en autos no es diáfano en cuanto al nivel vigente de protección del área natural.

Así, por ejemplo, en el punto i.3.4.2 -Sector Arroyos e Islas- del CUA se hace referencia a que en la fracción del territorio identificada con la denominación "Parque 'Rafael de Aguiar'" se encuentra vigente una normativa tendiente a garantizar un Plan de Manejo en el área (el punto 4.5.3.1, titulado "S.I.A. Área Natural Protegida Municipal, Parque 'Rafael de Aguiar'"). Pero no se escapa el descuido de redacción en este último punto, cuando a continuación dice, casi como si todavía se tratase de un anteproyecto en revisión: "incorprar lo de la ordenanza" (*sic*).

Luego, a poco de reparar en lo establecido en la sección "Delimitaciones" del CUA en los puntos 8.7.2.5.1, 8.7.2.5.2 y 8.7.3.6.1, junto con lo dispuesto en los puntos 8.6.2.5.1, 8.6.2.5.2 y 8.6.3.5.1 relativos a las "Fichas de Zonas" y los Planos n° 1, 2 y 4, se advierte que ciertas parcelas que conforman al Parque "Rafael de Aguiar" (Área Natural Protegida Municipal), de acuerdo a lo previsto en el art. 2 de la ordenanza 8235/12, podrían verse *a priori* comprometidas. La mencionada ordenanza, cabe decir, regula los aspectos relativos a las zonas y subzonas existentes dentro del área protegida y los usos permitidos en ella.

En efecto, de la lectura del mencionado punto 8.6.2.5.1 -que nuclea a las Parcelas 1668a, 1669a y 1669d, a primera vista integrantes del parque- se observa que el nuevo código prevé que "...los inmuebles afectados como zona PP5, conservarán su uso, ocupación y subdivisión actual, hasta que por solicitud de sus propietarios o por iniciativa de la Municipalidad, se aprueben las normas para promover su cambio de uso y se fijen los indicadores urbanísticos específicos para definir su caracterización, la subdivisión y las cesiones correspondientes, en el marco de las condiciones que se establecen en general y para cada una de las parcelas en particular". A su vez, se deja librada a una posterior determinación la fijación del ancho y superficie mínima de subdivisión de un sector del terreno que, en principio, integra el Parque "Rafael de Aguiar".

Finalmente, se dice que "las disposiciones respecto de la protección y preservación que correspondan deberán ser definidas en la normativa particular que elaborará el Departamento Ejecutivo y elevará al Honorable Concejo Deliberante para su aprobación". Esta circunstancia se repite en el punto 8.6.2.5.2, que agrupa a las Parcelas 1670a, 1670d y 2265, y en el punto 8.6.3.5.1, que responde a los límites de la Isla Ballesteros.

En este sentido, es dable considerar que el CUA ha incurrido en un desconocimiento, retaceo o supresión del sistema integral de tutela del que gozaba el área natural protegida, al emplear términos ambiguos o imprecisos, que podrían poner *prima facie* en riesgo los derechos garantizados por el art. 28 de la Constitución provincial.

Si bien no escapa del presente análisis que la sanción de la ordenanza 10.397/21 -denunciada en la causa como un hecho nuevo- habría subsanado, aunque sea parcialmente, ciertas deficiencias o falencias que en un inicio podrían adjudicarse al mencionado código, lo cierto es que una rápida lectura del texto arroja que el nuevo sistema pareciera omitir la condición de "reserva natural" del área actualmente denominada "Eco Parque San Nicolás" y, a su vez, suprimir del régimen de conservación que el propio municipio había dispuesto sobre el borde del camino costanero superior mediante la ordenanza 8.235/12 derogada (en tanto que antes rezaba "incluyendo la barranca" y ahora dice "desde el pie de la barranca"), variaciones que, al menos *prima facie*valoradas, se muestran injustificadas.

Pero más allá de lo último expuesto, centrándose en el análisis liminar de la norma principal atacada en este pleito -esto es, la ordenanza 9.949/19-, es posible sostener que existen otros elementos relevantes en el expediente que respaldan la verosimilitud en el derecho invocada. Veamos.

Del reconocimiento judicial realizado el día 11 de noviembre de 2022 por el Secretario de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de esta Corte, surge que el municipio realizó obras -tras la sanción del código cuestionado- que podrían impactar negativamente y de manera irreversible en el ambiente. En relación a ello, merece especial atención el camino elevado construido en la Isla Ballesteros, que divide "dos espejos de agua que cabe suponer que de no existir esta obra se mantendrían unidos o conformarían un humedal" y la presencia de máquinas viales pesadas en la parte conocida como "Costanera Alta", que culmina con la salida del Eco Parque en el tramo comprendido entre las calles Gil Medina y Marconi, sector que pudo identificarse en el Plano N°2 del Código de Ordenamiento Urbano (v. acta de fecha 22-XI-2022, fotografías N°10 y 13 adjuntas y punto 6 del informe pericial de fecha 25-XI-2022).

Por otro lado, el Ministerio de Ambiente informó que en la inspección realizada el día 5 de enero de 2023 sus funcionarios pudieron constatar que "a inicios de la recorrida, se observó una cuadrilla que se encontraba realizando adecuaciones sobre un puente corredizo (a motor) que atraviesa el Arroyo Yaguarón, el cual será destinado al traslado de automóviles observándose que en él entraría un solo auto por vez en un mismo sentido, que por dichos de personal municipal destinado a la organización del paso por el puente, el mismo empezaría a funcionar el fin de semana entrante" y que "el camino para acceder a las playas era una vía construida y dividida en dos sectores, uno de ripio para los automóviles y un camino lateral mejorado para bicicletas y peatones. A los costados del camino construido, se observó desmonte de especies en coordenadas -33.3192731, -60.1921921 y áreas con agua superficial a cada lado del camino de acceso a la playa Barranquitas" (v. oficio de fecha 12-I-2023).

El 11 de febrero del corriente, se detalló que "Se realiza un recorrido por la zona de islas, verificando que la misma se encuentra habilitada, con gente circulando. Se constata presencia de autos estacionados en ambos paradores, Barranquitas y en el Arenal. La capacidad de los estacionamientos es de aproximadamente 600 vehículos en cada parador" (v. oficio de fecha 27-II-2023).

No resulta ser un hecho litigioso la concurrencia de vehículos particulares en la zona de las islas, puesto que, tanto la actora como la demandada lo han manifestado expresamente en los escritos presentados los días 31 de enero y 2 de febrero de 2023, respectivamente. Lo controvertido, en este punto, se ciñe a determinar si la circulación de automóviles personales puede brindar -o no- mayor seguridad a los ciudadanos de San Nicolás que la utilización de transporte público o peatonal y, eventualmente, el impacto negativo que podría aparejar la circulación de rodados en el ambiente.

Finalmente, ha de destacarse que se requirió a la Municipalidad de San Nicolás que acompañara a la audiencia celebrada el 28 de febrero pasado, toda aquella documentación técnica que obrara en su poder tendiente a respaldar las alegaciones efectuadas. Se advierte que la parte demandada no ha dado cumplimiento con la carga impuesta, por lo que sus manifestaciones carecen del soporte necesario que permita comprobar -preliminarmente y con un grado de probabilidad suficiente- las manifestaciones por ella vertidas.

En este estado de cosas, es dable concluir que lo establecido en los puntos 8.6.2.5.1, 8.6.2.5.2, 8.6.3.5.1, 8.6.1.2.7 y 8.6.1.7.1 del Código Urbano Ambiental aprobado por la ordenanza 9.949/19 -tal como fuera normado- podría *prima facie* comprometer los derechos garantizados por el art. 28 de la Constitución provincial.

XII.1. De otro lado, la procedencia de este tipo de tutela provisoria exige la concurrencia de una situación de peligro en la demora (arts. 195, 230, 232 y concs., CPCC).

En tal sentido, es preciso indagar tanto el gravamen que podría producirse si la ordenanza cuestionada fuera declarada inconstitucional como aquél que resultaría de la paralización temporal de los efectos de dicho acto, en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión (doctr. causas B. 65.158, "Burgués", resol. de 30-IV-2003; I. 3.521, cit.; e I. 68.183, cit.).

En este terreno, la prevención tiene una importancia superior a la que se otorga en otros ámbitos, ya que la agresión al ambiente se manifiesta en hechos que pueden provocar por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible, de tal modo que permitir su avance y prosecución puede conllevar una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos. En virtud de ello, la ponderación del peligro debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, ínsitos en la cláusula del art. 28 de la Carta local y consagrados expresamente en el art. 4 de la ley 25.675 (doctr. causa I. 75.709, "Verón", resol. de 5-X-2020).

XII.2. Pues bien, el margen concreto de apreciación de este recaudo viene dado en el caso por la difícil identificación de la zona específica donde se halla actualmente el Parque "Rafael de Aguiar" sobre el que debe recaer la protección legal, la cual -en algunos tramos- luce implícitamente derogada. Es aquí donde cobran particular relevancia los alcances de la medida bajo análisis, dado que la ambigua determinación de la ordenanza impugnada en cuanto a las áreas a proteger, habilitaría el avance del fraccionamiento y urbanización de las zonas donde se hallan extensos humedales potencialmente merecedores de protección.

A esto, debe adunarse que, al contrario de lo manifestado por la parte demandada en la audiencia celebrada el día 28 de febrero de 2023 respecto del eventual carácter reversible de las obras ejecutadas en las áreas resguardadas, se han arrimado a la causa elementos útiles que permiten sostener, en esta etapa preliminar, que ciertos trabajos realizados -tales como las obras comprobadas en el reconocimiento judicial efectuado en la Isla Ballesteros o en la denominada "Costanera Alta"- no podrán ser demolidos manteniendo el sitio las características propias que poseía previo a su construcción.

Así, es probable que tal accionar provoque alteraciones sobre el medio ambiente de dificultosa y hasta imposible reparación *in natura* (doctr. causa B. 65.158, cit.). De modo tal que se evidencia la concurrencia del riesgo de una incidencia negativa en el entorno ambiental, extremo que amerita la concesión del remedio cautelar pretendido (art. 230 inc. 2°, CPCC).

XIII. En suma, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción intentada, la índole de los derechos en juego y la vigencia de los principios rectores en materia ambiental citados (arts. 41, Const. nac.; 28, Const. prov. y 4, ley 25.675) corresponde:

XIII.1. Hacer lugar a lo solicitado en el punto IX de la demanda presentada por la parte actora -con el alcance indicado en el escrito electrónico del día 4 de marzo de 2022- y, en consecuencia, suspender los puntos 8.6.2.5.1, 8.6.2.5.2, 8.6.3.5.1, 8.6.1.2.7 y 8.6.1.7.1 del Código Urbano Ambiental aprobado por la ordenanza 9.949/19 así como ordenar el retiro de la maquinaria pesada ubicada en el lugar, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos (arts. 204, 230, 232, y concs., CPCC).

Previamente, la interesada deberá prestar caución juratoria de responder por los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse en caso de haber solicitado la medida sin derecho (arts. 199 y concs., CPCC).

XIII.2. Ahora bien, en esta oportunidad, no pueden pasarse por alto las comprobadas denuncias de incumplimiento de la medida precautelar dictada por este Tribunal el día 12 de julio de 2022 -en donde se decretó un remedio protectorio que antecede al aquí dispuesto-, que dan cuenta de una conducta reticente de la demandada a observar las mandas judiciales recaídas en autos (v. resol. de fechas 10-VIII-2022 y 22-XII-2022).

Tal actitud, analizada a la luz de los principios de lealtad, probidad, buena fe y de colaboración que rigen este tipo de procesos, amerita adoptar otras medidas además de la ya ordenada, que coadyuven a brindar una tutela efectiva y eficaz que atienda la especial naturaleza del asunto bajo estudio (conf. arts. 3 y 8 del Acuerdo de Escazú -ratif. por ley 27.566-; 32, ley 25.675 y 34 inc. 5 ap. "d", CPCC).

Así pues, dadas las singularidades del caso, se deberá:

XIV.1.a. Proceder, sin dilaciones, a la clausura de las obras ejecutadas y que se estén ejecutando en los sitios alcanzados por la tutela que se dispone en la presente; lo que incluye los puentes de acceso vehicular a la zona insular y los caminos vehiculares que conducen a las playas "Barranquitas" y "El Arenal". Asimismo, se deberá retirar del espacio determinado en los artículos cuya vigencia se suspende por la medida que aquí se ordena todas las máquinas viales, automóviles, camiones y cualquier clase de equipamiento afectado a las labores interdictas (arts. 34 inc. 5, 135 inc. 5, 198 y 232, CPCC).

XIV.1.b. Distinta solución -vale aclarar- merece la cuestión relativa a los caminos, senderos y puentes afectados al tránsito peatonal dentro del Parque "Rafael de Aguiar" -con la consecuente construcción de equipamientos que propendan estrictamente a la seguridad de las personas-. Esto por cuanto la ordenanza 8.235/12 que la actora toma como línea de base a los fines de graduar si los puntos impugnados del Código Urbano Ambiental aprobado por la ordenanza 9.949/19 son regresivos (entre ellos: ptos. 8.6.2.5.1, 8.6.2.5.2, 8.6.3.5.1, 8.6.1.2.7 y 8.6.1.7.1), contemplaba en sus arts. 3 y 4 previo a su sustitución por la ordenanza 10.397/21 -que en esto sigue la misma línea al hablar de un "turismo sustentable"- la existencia de un "Área de recreación y turismo" (cuyo propósito era "Lograr que el Parque Aguiar sea incorporado en la oferta recreativa local, y considerado como valioso recurso turístico de la ciudad"), además de tres zonas de uso público categorizadas como de uso "extensivo", "especial" e "intensivo".

De conformidad con el art. 5 inc. "b", la "Zona de uso público extensivo" preveía la construcción de ".senderos para la circulación peatonal en los sectores de bajos y de islas (ZUE-4 y 5) y en el sector de barrancas (ZUE-2)", además de instalarse ".pasarelas y señalización en puntos panorámicos y de observación de la flora y la fauna". Y en la "Zona de uso público intensivo" regulada en el art. 5 inc. "d", se autorizaba a "Instalar infraestructura y servicios vinculados con la recreación (estacionamientos, centro de visitantes, sanitarios, puestos de información, fogones, áreas de descanso, etc.), utilizando materiales y métodos constructivos acordes con el entorno del área protegida", como nuevamente ".disponer pasarelas y señalizaciones en puntos panorámicos y de observación de la flora y la fauna".

Relacionado a lo expuesto, en la audiencia informativa la Municipalidad de San Nicolás -por intermedio de su apoderado y la arquitecta responsable del plan de ordenamiento- enfatizaron la cercanía y conexidad existente entre la reserva ecológica y el área urbana de la ciudad, la que describieron como inescindible, de muy larga data y parte del patrimonio sociocultural de la comunidad san nicoleña, cosa que -a su entender- torna imposible a esta altura demandar un estatus "intangible" para toda la zona.

En esa dirección, resaltaron que las tareas de recuperación del área -antes parcialmente un basural, según fuera afirmado en la audiencia en términos no refutados ni desmentidos- tuvieron siempre en miras su extensión a la población local para su aprovechamiento con fines de recreación. Compararon la situación con otras ciudades costeras y ribereñas y concluyeron en lo negativo de privar a sus habitantes del disfrute de un entorno que hace a su identidad. Paralelamente, el Ministerio de Ambiente informó el 24 de agosto de 2022 que el Parque "Rafael de Aguiar" no está alcanzado por la ley 10.907.

Así pues, los elementos reunidos en esta etapa liminar del proceso, ponderados tras la celebración de la mencionada audiencia, impiden concluir que el tránsito peatonal dentro del Parque "Rafael de Aguiar" -con la consecuente construcción de equipamientos que propendan estrictamente a la seguridad de las personas, como se dijo- esté en pugna con el mandato de protección ambiental leído a la luz de las normas locales tuitivas de dicho espacio ribereño; en concreto, la ordenanza 8.235/12 (art. 28, Const. prov.; doctr. causa I. 72.267, "Mitchell", sent. de 27-VIII-2020).

XIV.2. Extraer, ante la posible existencia de delito de acción pública, testimonios de las presentes actuaciones y de las partes documentales pertinentes a fin de remitirlas al Ministerio Publico Fiscal, para que tome debida intervención (conf. arts. 32, ley 25.675 y 6, CPP).

XIV.3. Dejar establecido que lo anterior será bajo apercibimiento de aplicar una multa al señor Intendente de San Nicolás en la suma equivalente a dos (2) jus, por cada día de retardo en el cumplimiento de esta decisión (arts. 163, Const. prov.; 37, CPCC y 804, Cód. Civ. y Com.; conf. doctr. causas B. 66.241, "Aschira SA", resol. de 5-IV-2017; B. 57.624, "Michard", resol. de 28-VI-2017 y B. 56.055, "Pedraza", resol. de 2-IX-2020, e.o.).

A su vez, se deja asentado que el producido de las astreintes que llegare a percibir en su caso la organización actora, deberá ser aplicado para el financiamiento de campañas de difusión del cuidado del ambiente y la naturaleza y otras actividades de comunicación pública con el mismo propósito.

XIV.4. Remitir una copia de la presente resolución, certificada por el Secretario de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo del Tribunal, al Ministerio de Ambiente, a sus efectos (conf. ptos. 1, 2 y 10, ap. "Acciones - Dirección de Asuntos Contenciosos", Anexo II, dec. 89/22).

XIV.5. Inscribir la causa en el Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva conforme lo reglamentado por este Tribunal en la Acordada 3.660/13.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia

**RESUELVE**:

I. Hacer lugar a lo solicitado en el punto IX de la demanda presentada por la parte actora -con el alcance indicado en el escrito electrónico del día 4 de marzo de 2022 y, en consecuencia, suspender los puntos 8.6.2.5.1, 8.6.2.5.2, 8.6.3.5.1, 8.6.1.2.7 y 8.6.1.7.1 del Código Urbano Ambiental aprobado por la ordenanza 9.949/19 hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos (arts. 204, 230, 232, y concs., CPCC).

Previamente, la interesada deberá prestar caución juratoria de responder por los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse en caso de haber solicitado la medida sin derecho (arts. 199 y concs., CPCC).

II. Proceder, sin dilaciones, a la clausura de las obras ejecutadas y que se estén ejecutando en los sitios alcanzados por la tutela que se dispone en la presente; lo que incluye los puentes de acceso vehicular a la zona insular y los caminos vehiculares que conducen a las playas "Barranquitas" y "El Arenal". Asimismo, se deberá retirar del espacio determinado en los artículos cuya vigencia se suspende por la medida que aquí se ordena todas las máquinas viales, automóviles, camiones y cualquier clase de equipamiento afectado a las labores interdictas. Ello es sin perjuicio del tránsito peatonal autorizado a circular dentro del parque, de conformidad con lo precisado en el punto XIV.1.b. de la presente (arts. 34 inc. 5, 135 inc. 5, 198 y 232, CPCC).

III. Establecer que lo dispuesto anteriormente será bajo apercibimiento de aplicar una multa al señor Intendente de San Nicolás en la suma equivalente a dos (2) jus, por cada día de retardo en el cumplimiento de esta decisión (arts. 163, Const. prov.; 37, CPCC y 804, Cód. Civ. y Com.; conf. doctr. causas B. 66.241, "Aschira SA", resol. de 5-IV-2017; B. 57.624, "Michard", resol. de 28-VI-2017 y B. 56.055, "Pedraza", resol. de 2-IX-2020, e.o.). A su vez, se deja asentado que el producido de las astreintes que llegare a percibir en su caso la organización actora, deberá ser aplicado para el financiamiento de campañas de difusión del cuidado del ambiente y la naturaleza y otras actividades de comunicación pública con el mismo propósito.

IV. Ante la posible existencia de un delito de acción pública corresponde la extracción de testimonios de las presentes actuaciones y de las partes documentales pertinentes, las cuales deberán ser remitidas al Ministerio Publico Fiscal a fin de que tome debida intervención (conf. arts. 32, ley 25.675 y 6, CPP).

V. Remitir una copia de la presente resolución, certificada por el Secretario de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo del Tribunal, al Ministerio de Ambiente, a sus efectos (conf. ptos. 1, 2 y 10, ap. "Acciones - Dirección de Asuntos Contenciosos", Anexo II, dec. 89/22).

VI. Ordenar la inscripción de las actuaciones en el Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva de esta Suprema Corte de Justicia (Ac. 3.660/13).

Regístrese y notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/20 y resol. SCBA 921/21).