

10. ASPECTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES

Leonardo Pastorino
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata

10.1. La competencia provincial en materia de protección de áreas naturales

Las provincias argentinas, de acuerdo a nuestro sistema federal de gobierno, son titulares del dominio eminente sobre su territorio y su ambiente. Este dominio eminente les otorga facultades de legislación, jurisdicción y contribución¹ en todas las materias salvo aquellas específicamente cedidas a alguno de los poderes nacionales en la propia Constitución Nacional (art.121 C.N.). En materia de conservación de áreas protegidas, conservación del ambiente o de los recursos naturales, culturales, antropológicos, paleontológicos o arqueológicos las provincias no han efectuado ninguna cesión, excepto la facultad del Congreso Nacional de dictar los presupuestos mínimos de conservación, dejando a las autoridades locales su aplicación y la posibilidad de ampliarlos (art.41 in fine).

En sentido concordante, el artículo 124 de la Constitución Nacional reconoce el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales. Si bien sobre esta expresión no hay uniformidad de criterios sí hay coincidencia en que se trata de una reafirmación de ciertas potestades por parte de las provincias sobre esos recursos en términos económicos, de gestión y jurisdicción.

Respecto a las áreas protegidas, aún antes de la Constitución reformada en 1994, se entendía que las potestades provinciales eran indiscutidas. Por tal motivo la ley

nacional 22.351, en concordancia con lo establecido en el antiguo artículo 67 inc.27 de la Constitución Nacional, exigía la previa cesión por parte de las provincias a la Nación del dominio y jurisdicción del área en cuestión.

10.2. Creación de las áreas protegidas mediante leyes

Es de buena técnica legislativa que la creación de las áreas naturales tenga lugar a través del dictado de una ley, aunque en la práctica la misma se realiza, ya sea por razones de celeridad o conveniencia, por medio de decretos. Siendo un objetivo primordial de la declaración de un área natural protegida, su mantenimiento a perpetuidad instaurando un régimen de gestión sistémico, se debe garantizar la continuidad del mismo. En tal sentido la vía del decreto no parece suficiente ya que su modificación o derogación depende del Poder Ejecutivo, quien puede tomar la decisión en forma intempestiva, sin discusiones previas y a espaldas del conocimiento u opinión pública.

En el orden nacional la ley 22.351 preceptúa en su art. 1 in fine "que la declaración será hecha por ley" y establece que "las tierras fiscales existentes en los parques nacionales y monumentos naturales, son del dominio público nacional. También tienen este carácter las comprendidas en las reservas nacionales, hasta tanto no sean desafectadas por la autoridad de aplicación" (art.2)².

¹ Ver nota de Vélez Sarsfield al artículo 2507 del Código Civil.

² Al ser la ley 22.351 anterior a la reforma constitucional de 1994, no legisla en base a la atribución otorgada por el nuevo artículo 41 respecto a los presupuestos mínimos. Por tal razón, sus disposiciones se dirigen a los parques, reservas y monumentos naturales *nacionales*. Aquí se hace referencia a la ley nacional para indicar la tradición argentina en el sentido de declarar las áreas por ley.

Respecto al dominio público en el caso de las áreas provinciales cabe hacer varias observaciones.

En primer lugar según nuestro ordenamiento jurídico, los bienes sometidos al dominio público están enumerados en el artículo 2.340 del Código Civil, nómina que debe completarse con la declaración de la ley 22.351 incluyendo a los parques, reservas y monumentos. Pero esta ley sólo habla de parques, reservas y monumentos nacionales; por lo tanto los provinciales quedan excluidos.

Respecto a bienes del dominio público existe una clasificación que distingue los naturales de los artificiales. Los naturales son aquellos que adquieren ese carácter por su propia naturaleza. Cuando el Código Civil enumera a los ríos, sólo falta constatar que se trata de un río para saber que se está en presencia de un bien del dominio público. Este bien pertenecerá a la provincia o al Estado general según el lugar en que se encuentra (art.2.339 C.C.).

En cambio, son bienes del dominio público artificial aquellos creados por el hombre y que requieren de un acto particular del Estado que los afecte al régimen especial. Son ejemplos comunes las calles y plazas. No basta, en estos casos, que un lugar sea transitado para ser considerado calle, sino que se requiere del acto administrativo municipal que así lo declare.

Es decir que existe una clasificación de bienes que hace el Código Civil y que para la mayoría de la doctrina constituye un *numerus clausus* imposible de ser ampliado por las provincias. En tanto, sobre los bienes artificiales, las provincias o los municipios

tienen la facultad de calificar a determinados bienes dentro de alguna de las clases dispuestas por el Código Civil. Los parques y otras áreas protegidas son artificiales en el sentido que requieren de un acto administrativo o una ley que los declare como tal, dándole así relevancia jurídica y consecuencias de conservación más o menos estrictas³ a un territorio determinado.

Hay quienes sostienen que la determinación de los bienes del dominio público hecha en el Código Civil significa un exceso y un avasallamiento de las facultades provinciales ya que las provincias en ningún momento delegaron en el Gobierno Nacional el poder de legislar sobre la composición y manejo de su patrimonio público siendo para ellas un instrumento de gobierno vinculado a su propia existencia como estados⁴. El Código Civil sólo podría legislar en materia de dominio privado.

Según esta posición cabría la posibilidad de disponer en la legislación provincial el carácter de dominio público de las áreas protegidas en su esfera. Sin embargo esta posición, que compartimos, ha sido considerada en la doctrina como minoritaria.

En tal sentido, Joaquín López⁵ resume los argumentos de la posición mayoritaria, para la cual si el Código Civil puede legislar sobre bienes privados, y dado que en nuestro sistema la regla es que las cosas susceptibles de uso por los particulares son privadas, corresponde delimitar en el propio Código los bienes públicos para poder comprender, por exclusión a los privados.

³ El grado de protección será establecido para cada categoría de área.

⁴ Cano, Guillermo; *Los recursos naturales en nuestro régimen federal* en *El Derecho*, T.106, p.839.

⁵ López, Joaquín; *El derecho de aguas en la legislación federal argentina* en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, T.XXVI, p.23.

Estas consideraciones hacen reafirmar la necesidad de la creación por ley de las áreas naturales protegidas para garantizar su perpetuidad. En el caso de las provincias no tendrán el carácter de dominio público -según la interpretación mayoritaria- pero tal situación, aparentemente desventajosa, quedaría subsanada por la declaración por ley y la determinación concreta del régimen de gestión del área.

En tal sentido recordemos que el dominio público designa la categoría de bienes no pertenecientes individualmente a los administrados o particulares, destinados al uso público y sometidos a un régimen jurídico especial; caracterizándose por la inembargabilidad, inenajenabilidad e imprescriptibilidad. La venta de tierras una vez declaradas parque o reserva sólo podrá hacerse luego de una ley que desafecte las tierras de ese destino. Si el parque tiene una declaración formal y es gestionado a tales fines por la provincia, no será factible el instituto de la prescripción. Y si, eventualmente, alguien embargara tierras declaradas parque o reserva, en base a la protección constitucional del ambiente, el juez podrá disponer la satisfacción de la deuda a partir de otros bienes del herario provincial.

Además, a partir de los preceptos de la ley, se puede especificar de tal forma el régimen de gestión del área de modo de asimilar, lo más posible, ambas situaciones -las áreas provinciales y las nacionales-. En ambos supuestos, y a partir del principio que rige en nuestro ordenamiento jurídico, por el cual la ley posterior deroga a la anterior, será necesaria una ley para alterar la protección del área. En el caso de las provincias, para derogar su situación de área protegida o flexibilizar su régimen de protección vía la modificación de su régimen de gestión. Pero también estos objetivos podrán ser alcanzados en el orden nacional, porque a través del trámite de

la desafectación puede excluirse un bien determinado del carácter de dominio público al que estaba sometido.

Claro que, una vez consolidada la situación institucional de un área protegida, su alteración no será fácil y requerirá de un debate político amplio, al mismo tiempo que podrá analizarse en el caso concreto si, con tal modificación, no se alterarían derechos constitucionales vinculados a la protección del ambiente.

Una última consideración respecto a la declaración de bienes del dominio público será formulada en referencia al decreto que declara a la reserva de Auca Mahuida como bien del dominio público. De admitirse la posibilidad que tal declaración pueda ser hecha por las provincias, de ningún modo parece aceptable que se lo haga por decreto. Si se trata de aislar un bien determinado de la órbita del aprovechamiento por parte de los particulares, esto debe hacerse por ley porque se trataría de una limitación a sus derechos.

10.3. Ley general o ley marco de áreas protegidas

Una ley marco es aquella que contiene principios y normas generales relativas a una determinada situación o régimen de gestión y que sirve de referencia a los distintos casos particulares referidos a aquella. Para las áreas naturales se trata de contemplar en una ley de este tipo el régimen general de gestión, la clasificación de las áreas, las prohibiciones, la autoridad de aplicación y control, la política general

para el manejo sistémico de las áreas, la posibilidad de la existencia de reservas privadas, etc.

Así se deja librado a las leyes particulares la constitución de cada una de las áreas, su calificación dentro de los distintos supuestos contemplados en la clasificación de la ley general, sus límites, normas particulares de manejo, etc.

Sin embargo se ha observado por parte de Cano⁶ la inviabilidad de leyes marco en nuestro orden jurídico. Sostiene que dado el principio, antes mencionado, de que la ley posterior deroga a la anterior, la ley marco no puede cumplir con su esencia dado que las distintas leyes particulares podrían modificar su contenido.

A pesar de estas consideraciones, que son ciertas, en materia de áreas naturales como en otras materias ambientales, se ha escogido el sistema de leyes generales o marco en la práctica legislativa. Así la ley vigente en el orden nacional 22.351 y las provinciales 10.907 de Buenos Aires y 1.321 de La Pampa, entre otras.

Sin ánimo de agotar aquí las distintas ventajas y desventajas del sistema, se debe hacer hincapié en que muchas de las dificultades observadas en el manejo concreto de tales normas deriva de la falta de conocimiento jurídico por parte de sus operadores.

Dentro de las ventajas se pueden enunciar todas las referidas a la sistematización del orden jurídico sectorial, las que se vinculan con la innecesariedad de repetir

⁶ Cano, Guillermo, *Análisis del "Código Blanco" y del "Proyecto Elías" desde la perspectiva de las estrategias legislativas escogidas por los autores; de sus estructuras; y del tratamiento de su contenido*, Bs. As., 1993, FARN.

prohibiciones y reglas de manejo, las relativas al conocimiento del orden jurídico en la materia y a la determinación de una política sectorial clara y sistémica.

Pero en la práctica de las leyes mencionadas ha habido errores de interpretación que han llevado a la imposibilidad de proteger ciertas áreas en contra de los propios objetivos de la ley. Un ejemplo de la Provincia de Buenos Aires está vinculado a determinados proyectos que involucraban tierras públicas y privadas. Como la ley prevé reservas provinciales, municipales o privadas se ha trabado la concreción de estos proyectos cuando se referían a situaciones "mixtas". Esto se hubiera solucionado si se hubiera entendido el principio jurídico señalado y se hubiera modificado la situación en la propia ley especial.

En el caso concreto de Neuquén, donde no existe una ley general, no parece necesaria su existencia para la realización del proyecto Auca Mahuida.

Una ley general requiere de un largo proceso de análisis previo a su sanción y de contemplar un sinnúmero de posibilidades disímiles, factibles y, a veces remotas, de ser contempladas. Si se piensa una ley general en base a las áreas ya existentes se puede caer en una ley que no contemple, y hasta complique, la creación de áreas futuras.

En cambio, bien puede sancionarse la ley particular que contemple el régimen de gestión propio, previendo una política común. Posteriormente esta ley y su área respectiva, ingresarán al sistema de la futura ley marco si así se decidiese. Así la ley

nacional 22.351, que es del 12/12/80, incluyó una cantidad de áreas ya creadas por leyes anteriores (artículo 32).

Una última consideración a este respecto está vinculada al poder de la autoridad de aplicación, si bien en el punto siguiente se analizará la misma. Tal poder de decisión no depende tanto de la existencia de una ley marco o general como del respaldo político que se le dé a la autoridad; la jerarquía de la misma en el organigrama ministerial; el presupuesto con que cuenta; el equipo profesional y técnico; el personal para hacer efectivo los controles y la gestión de las áreas; el respeto que imponga por su trayectoria y consideración científica y el apoyo alcanzado por la comunidad a partir de una tarea de concientización respecto a la necesidad de conservar los ambientes naturales.

La ley particular de creación del área se complementa, generalmente, con otro instrumento jurídico de significativa importancia para la planificación, gestión y administración de la misma. Se trata del plan de manejo, que es el modo de contemplar las situaciones particulares y que requieren de una reformulación periódica.

Estos planes son utilizados, tanto por la Administración de Parques Nacionales, como recientemente por la Provincia de Buenos Aires. Requieren de un estudio interdisciplinario que contemple la participación de científicos y técnicos y de profesionales del derecho. Se trata de monitorear la situación natural y jurídica para proponer las modificaciones necesarias e implementar las acciones concretas para alcanzar el objetivo de la conservación.

10.4. La autoridad de aplicación de las áreas naturales protegidas

Si se pretende proteger un área natural a perpetuidad para que, como reza nuestra propia Constitución Nacional, el ambiente involucrado pueda ser gozado por las futuras generaciones, se debe tener una política clara, planificada en base al conocimiento científico, de proyección y sin componentes de contingencialidad.

Esto implica la conceptualización de una autoridad fuertemente centralizada que concentre la gestión del área aún en casos de pensarse en formas de conservación y manejo sostenible.

En este sentido se deberán analizar pormenorizadamente las distintas actividades que se practican en el área y los distintos intereses económicos y científicos involucrados para resolver, dentro del marco de la ley y del consenso, como puede sobrellevarse la gestión del área por la autoridad respectiva.

De las distintas autoridades relevadas con alguna injerencia en el área pueden realizarse las siguientes observaciones:

10.4.1. Dirección Provincial de Turismo

La gestión de las áreas naturales suele involucrar ciertos objetivos relacionados con la educación ambiental que, a su vez, se entroncan con el turismo y el régimen de visitas de las áreas. Usualmente, en el orden nacional como en los provinciales, este aspecto del manejo es realizado por la autoridad del área quedando para la autoridad de turismo los aspectos vinculados a la difusión.

10.4.2. Dirección Provincial de Cultura

Como organismo de aplicación de las leyes 2.184 y 2.213 del patrimonio histórico, arqueológico y paleontológico de la Provincia del Neuquén está vinculada al área de Auca Mahuida por la existencia en la misma de yacimientos arqueológicos, paleontológicos y pictografías. Asimismo se encuentran vestigios de la presencia indígena en la zona y de acontecimientos vinculados a la historia de la región.

Para el análisis de esta situación resulta imprescindible recurrir a la vía del consenso entre las distintas autoridades involucradas y para discernir las funciones específicas de una y otra. Se recomienda, en la medida de lo posible, que no se recurra a la gestión conjunta de ambas autoridades en el área.

Si se analiza el texto de las leyes 2.184 y 2.213 se observa que el objetivo antes mencionado es, en principio, factible. La autoridad de aplicación de estas leyes debe llevar un registro actualizado de las ruinas, yacimientos y sitios, restos materiales; objetos y lugares históricos, arqueológicos o paleontológicos de interés científico, existentes en el territorio de la provincia, objetivo que bien puede cumplirse sin intervenir en la gestión del área.

Respecto a pautas de conservación, protección, señalización y restauración, si bien la ley 2.184 habla de "aconsejar", nada obstaculiza que la autoridad de aplicación de dicha ley las dicte y que tales normas deban ser cumplidas por la autoridad del área natural en la gestión de la misma. Esto así ya que se trataría de la autoridad

específica en la materia. No obstante lo dicho, sería aconsejable que dentro del cuerpo profesional de la autoridad de gestión del área natural exista un equipo interdisciplinario integrado por antropólogos, arqueólogos, paleontólogos e historiadores.

En cuanto a permisos de búsqueda y exploraciones, debería intervenir la autoridad de la ley 2.184 en lo relativo a condiciones de idoneidad de los posibles permisionarios y pautas técnicas para su labor. En tanto que la autoridad de gestión del área natural deberá autorizar el ingreso y reglamentar el trabajo de los permisionarios en cuanto éste afecte la gestión integral de la misma.

Antes de concluir, cabría aconsejar la necesidad de consultar a los profesionales idóneos en la materia, tales como paleontólogos, antropólogos y arqueólogos, la conveniencia o no de prohibir en forma genérica la extracción de piezas o documentos del área natural.

10.4.3. Dirección Provincial de Hidrocarburos

Por convenio de fecha 27/2/92 con la Secretaría de Energía de la Nación, es la autoridad de aplicación de la Resolución 105/92 de tal organismo nacional, por la cual se exige a las empresas petroleras la presentación del correspondiente estudio ambiental previo a la perforación de pozos de exploración y/o explotación. Esta resolución norma el procedimiento para proteger el medio ambiente durante las

operaciones de exploración y explotación. Además, el organismo provincial es la autoridad de aplicación y control de la actividad petrolera encarada por la Provincia.

Respecto a este organismo se han identificado la mayoría de los conflictos posibles de competencia ya que el área está siendo explotada. Se prevé realizar un relevamiento detallado de empresas con contratos en el área, plazos y características de tales contratos, para así poder considerar la situación legal de cada uno de los sujetos intervinientes e identificar al estado concedente en cada uno de los casos.

En lo atinente a la situación actual de la exploración se han identificado perjuicios relativos a deforestación de las áreas al abrir picadas que, al mismo tiempo permiten un acceso más fácil a los cazadores furtivos. Además, las piletas de purga generan daños de contaminación y al mismo tiempo constituyen verdaderas trampas para la avifauna. Eventuales derrames de fluidos contaminantes y material derivado del lavado de equipos contribuyen a la degradación del suelo y el ambiente.

En este orden de cosas cabe puntualizar algunos conceptos:

Por las características propias de las actividades extractivas, en general éstas están prohibidas en las áreas protegidas. A modo de ejemplo, en la ley nacional se prohíben la exploración y explotación minera (art.5 inc.b). En tanto que en las Reservas naturales se permite exclusivamente la explotación de canteras con arreglo a las reglamentaciones y con la autorización específica caso por caso de la

autoridad de aplicación de la ley. En tanto se excluyen terminantemente todo otro tipo de explotaciones mineras (art.10 inc.a).

Si bien las legislaciones de los últimos años abren los tipos de áreas para crear figuras que se adapten un poco más a las necesidades económicas y las compatibilicen con la conservación de los ambientes naturales, tampoco en estos casos se admite la explotación minera y petrolera. A tal efecto, la ley 10907 de la provincia de Bs. As. establece en su art. 20 la misma prohibición a la actividad minera.

Por otro lado es cierto que en el área en cuestión, los concesionarios de las explotaciones petrolíferas han consolidado sus derechos. Por tal motivo deberá pensarse una estrategia de conservación que, teniendo en miras la situación ideal de protección, se adecue a la realidad económica y jurídica de esta actividad para no proponer una norma de difícil puesta en práctica. En tal sentido, la legislación ambiental debe ser dinámica. Es conveniente plantear una ley realizable que pueda ser mejorable en el tiempo y a favor de los objetivos de protección y no una ley más que no se cumpla.

Respecto a la prevención, especialmente para contratos futuros, los organismos encargados de la política petrolera, sean nacionales o provinciales, deberán tener en cuenta el posible impacto en el ambiente en general, la fauna y flora para lo cual deberá analizarse con mayor profundidad si en la práctica la resolución 105/92 prevé todos los posibles daños de la actividad en el ambiente o en alguno de estos

elementos. Especialmente se ha observado que no se contempla el impacto en los sitios arqueológicos o paleontológicos.

Respecto a este último punto, si bien dicha resolución es de orden nacional debe armonizarse con la ley provincial 2.184 que contempla dicha materia. Los arts. 13 y 14 de esa norma disponen que quien encontrara, ya sea como consecuencia de su actividad o en forma casual, yacimientos o lugares históricos, arqueológicos o paleontológicos, objetos o rastros de interés científico, tiene no solo la obligación de denunciarlo, sino que, además, debe suspender las tareas en ese lugar hasta tanto la autoridad competente tome intervención. En tal supuesto, la autoridad deberá constituirse en el lugar y disponer las medidas que correspondan dentro de los cinco días de tomar conocimiento de la denuncia. Caso contrario el denunciante podrá proseguir con los trabajos emprendidos.

En estos casos deberá iniciarse un camino de consenso entre los distintos organismos involucrados para tratar de modificar y efectivizar la resolución 105/92 en su objetivo de prevenir los impactos al ambiente. Para esto cabe indicarse que la competencia de la Subsecretaría de Producción Agraria (Dirección General de Bosques, Fauna y Parques Provinciales) en la materia, surge de la titularidad sobre el área en cuestión y la finalidad de su creación.

En el mismo sentido cabe recordar que la ley nacional de fauna en su artículo 13 establece que: "Los estudios de factibilidad y proyectos de obras tales como desmonte, secado y drenaje de tierras inundables, modificaciones de cauce de río, construcción de diques y embalses, que puedan causar transformaciones en el ambiente de la fauna silvestre, deberán ser consultados previamente a las

autoridades nacionales o provinciales competentes en materia de fauna". Este artículo al hablar de obras de desmonte se aplicaría a la situación que nos ocupa y, para el caso, sería competente la misma dirección que tiene injerencia en parques como en fauna.

Por otro lado, el hecho de la titularidad sobre el área natural, habilitaría a la Dirección General de Bosques, Fauna y Parques Provinciales a acordar y reclamar el pago en concepto de servidumbres y daños causados a los fundos superficiarios por la actividad petrolera. En tal sentido sería de aplicación el precepto constitucional del artículo 41 por el cual "el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley" y el Código Civil en todo lo atinente a la responsabilidad. Asimismo deberá analizarse con mayor profundidad la posibilidad legal o conveniencia de apelar a la ley 17.319 de hidrocarburos y al decreto 861/96 en lo atinente a montos de indemnización.

10.4.4. Dirección General de Minas

Es la autoridad provincial encargada de autorizar la apertura de canteras de áridos y de aceptar o rechazar las solicitudes de exploración y explotación minera. Respecto a estas actividades deberá decidirse si las mismas son compatibles con la conservación y gestión de la reserva en la categoría que se adopte. De decidirse aceptar este tipo de actividad sería recomendable adoptar una fórmula similar a la ley nacional de parques, dejando librada a la autoridad de aplicación del área el otorgamiento de permisos y la reglamentación específica que se considere adicionar a los reglamentos mineros, en virtud de las circunstancias especiales del área.

10.4.5. Dirección General de Tierras

Es la autoridad encargada de atender las solicitudes de ocupación, permisos de pastaje, cambios de ocupantes, solicitudes de autorizaciones de exploración sísmica y para uso de la tierra en general. Con esta autoridad se prevé gestionar la información para realizar un completo inventario de los permisos existentes en el área.

A partir de la constitución del Área Natural Protegida Auca Mahuida por decreto 1.446/96, todos los permisos relativos al uso de la tierra en el área deben ser de exclusiva competencia de la autoridad de la Dirección General de Bosques, Fauna y Parques Provinciales. Para ello debe contarse con la información de la oficina actuante hasta el presente de los distintos permisos otorgados.

Por otro lado, deberá realizarse por parte de esta dirección, un estudio de títulos respecto de todas las tierras involucradas en el Área Protegida y tramitarse la inscripción en los organismos competentes de la afectación de esas tierras como Reserva Provincial.

10.4.6. Dirección Provincial de Vialidad

Es la autoridad encargada de la apertura y mantenimiento de la red vial provincial. En el caso de rutas que recorran el territorio declarado reserva, como sería el caso de la ruta 5, esta Dirección detentaría la titularidad del dominio de la ruta, el poder de

policía respecto a la conservación de la misma y la posibilidad de disponer de un espacio circundante a los únicos fines de sostener las tareas de conservación, reparación y mantenimiento de las rutas, compatibilizando estas acciones con la finalidad de conservación del área.

10.4.7. Dirección Provincial de Medio Ambiente

La ley 1.875 de preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente crea el Consejo Provincial del Medio Ambiente como autoridad de aplicación de la ley. Como tal Consejo no ha sido creado, la Dirección Provincial de Medio Ambiente lo reemplaza en tal cometido.

Esta ley le otorga a la autoridad de aplicación de la misma, funciones referidas a la evaluación del impacto ambiental de obras o emprendimientos (art.24). En el caso de proyectarse obras o emprendimientos que afecten directa o indirectamente un área natural protegida, sería conveniente mantener en una misma dependencia provincial la evaluación de su impacto ya que tal tarea requiere cierta profesionalidad y especificidad. Pero paralelamente sería importante exigir, previa evaluación, un informe técnico de la autoridad de aplicación de las áreas naturales protegidas que deba ponderarse en el proceso de toma de decisión que implica la evaluación de impacto ambiental.

10.4.8. Dirección Provincial de Telecomunicaciones

En consideración a su altura y ubicación, la cumbre del Cerro Auca Mahuida, situado en el Departamento de Añelo, es un centro estratégico para la implantación de sistemas de comunicación. Por otra parte, esta potencialidad ha sido aprovechada existiendo más de 70 antenas de diverso tipo y siendo confusa la situación legal de las mismas.

Además del interés público implicado de informar y ser informado, que impone reglamentar el uso del espacio aéreo y terrestre en condiciones de equidad y evitando ventajas de ciertos particulares en detrimento de otros, se suman cuestiones de contaminación estética que requieren una intervención firme del estado provincial en defensa de su patrimonio. Sin lugar a dudas, estas consideraciones han motivado el dictado del decreto provincial 4.045/90 que declara de interés provincial la cumbre del Cerro Auca Mahuida e impone la participación necesaria de la Dirección de Telecomunicaciones y la Dirección General de Tierras y Colonización.

Afirma Cano que "el gobierno nacional tiene, constitucionalmente, el poder de controlar las telecomunicaciones interprovinciales e internacionales pero no las internas de una provincia. Las radiodifusoras tienen alcance físico puramente intraprovincial si son de limitada potencia, y en casos tales ellas no interfieren con las emisiones interprovinciales o internacionales. Las emisiones de TV tienen, en casi todos los casos, alcance puramente local, dependiendo ello de su potencia y ubicación geográfica".

"Los gobiernos provinciales han sido despojados de su poder en esa materia, que concierne no solamente a la política cultural y educacional, que es de exclusivo resorte provincial"⁷. A ello debe agregarse que el apoyo de tales sistemas de telecomunicaciones es el suelo provincial por lo que la intervención provincial en la materia es necesaria.

A partir de la declaración del Área Auca Mahuida la participación en materia de antenas que se le ha otorgado a la Dirección General de Tierras y Colonización y a la Dirección Provincial de Telecomunicaciones, debiera pasar a la autoridad de aplicación del área que es la encargada de la gestión de las tierras en su territorio.

Para el futuro debiera evaluarse si es imprescindible el soporte en el Cerro de estas antenas. Asimismo debiera convocarse a un nuevo registro de los titulares de permisos y concesiones que permita establecer la situación legal de las distintas antenas y elaborar una estrategia al respecto.

10.4.9. Autoridad de aplicación en flora, fauna y agua

Si bien se trata de recursos cuya gestión se encuentra encomendada a la misma autoridad de aplicación del área, es decir a la Dirección General de Bosques, Fauna y Parques Provinciales, conviene hacer algunas acotaciones respecto al régimen legal existente para prevenir situaciones que debieran contemplarse en una norma relativa al área de Auca Mahuida o a las distintas áreas provinciales protegidas.

⁷ Cano, Guillermo, *Los recursos naturales en nuestro régimen federal*, p.841.

Respecto a la fauna, el ordenamiento jurídico central está dado por la ley nacional 22.421 de conservación de la fauna silvestre y caza, la ley nacional 22.344 que adhiere a la Convención Internacional sobre Tráfico de Especies Amenazadas (CITES) y la ley provincial 1.034.

La ley nacional, si no existe adhesión de las provincias como en el caso de Neuquén, solo se aplica al tráfico internacional e interprovincial de productos o ejemplares de la caza y en materia delictual contenida en los artículos 24 a 27⁸. En tanto que la CITES regula el procedimiento para controlar la introducción de especies de la fauna o flora en los países miembros y de acuerdo a las categorías previstas en sus anexos. Ambos contenidos son de aplicación por parte de las autoridades federales.

En cambio, la reglamentación de la caza, la concesión de licencias, el establecimiento de especies permitidas y prohibidas, vedas, temporadas y otras cuestiones referidas a la titularidad provincial respecto a sus recursos y al poder de policía, son estrictamente de competencia provincial. A estos aspectos se refiere la ley 1.034 que regula la caza y la pesca, la protección y conservación del recurso fauna y su aprovechamiento racional.

Sin embargo la ley está planteada para el territorio provincial en general y no contempla la situación de las áreas naturales protegidas donde, por lo común, se prohíbe todo tipo de caza. Así la autoridad de aplicación puede permitir la caza deportiva, la comercial, el comercio, transporte o industrialización de productos, la

caza plaguicida y la científica. Pero rige el principio general de la prohibición si no media la autorización expresa de la autoridad de aplicación.

En cuanto a la pesca, está prohibida la comercial -no la deportiva y la científica- aunque también aquí la autoridad de aplicación puede autorizarla.

Si bien la autoridad de aplicación puede prever la situación de las áreas excluyéndolas, llegado el caso, de las autorizaciones que otorgue, debe revisarse si no debiera quedar establecido en la ley la prohibición de ciertos tipos de caza y pesca en las áreas protegidas y sin posibilidad de excepción.

En cuanto a la flora, el ordenamiento jurídico aplicable está dado por la ley nacional 13.273 de la defensa de la riqueza forestal que requiere de la adhesión expresa por las provincias para su aplicación salvo supuestos excepcionales contemplados en el artículo 3 que no son del caso en la Reserva de Auca Mahuida y la ley provincial forestal 1.890.

La autoridad de aplicación de la ley 1890 y la autoridad encargada de la gestión del área protegida Auca Mahuida es la misma, la Dirección General de Bosques, Fauna y Parques Provinciales. Ella será la encargada de dictar las normas básicas para el manejo forestal de dicha área, teniendo en cuenta para ello la tipología adoptada por la ley, fomentar la riqueza forestal, regular la actividad forestal, conservar, proteger y defender las especies de flora autóctona, aprovechar racional e integralmente los productos forestales de zona, prevenir y luchar contra los incendios, etc. Debido a

⁸ Se discutió la constitucionalidad de estos artículos por tratarse de normas penales dictadas por un gobierno de facto. Sin embargo la Corte Suprema de Justicia se pronunció a favor de su constitucionalidad en el caso

los objetivos de conservación propios de la Reserva, deberá encuadrarse el tipo adecuado en la ley forestal para lograr tal objetivos. Por lo común, y este es el esquema de las leyes nacionales de bosques y parques nacionales, los bosques ubicados en reservas o parques son incluidos en la categoría de bosques protectores.

Tal categoría también está contemplada en la ley provincial 1890 en los siguientes términos:

" Son aquellas masas arbóreas o arbustivas que cumplen como función principal la de lograr y mantener el equilibrio ecológico en una zona determinada, protegiendo el suelo, caminos, riveras fluviales, perilagos, lagunas, islas, canales, ecequías. También aquellos que son imprescindibles para fijar médanos y evitar erosión en planicies y terrenos en declive, evitando la acción destructiva del viento, aludes e inundaciones. Se considerarán protectoras también a las condiciones del medio ambiente, asegurando una mejor calidad de vida para el hombre".

"Son bosques protectores a los efectos de esta Ley, también aquellos que protegen y permiten la vida de flora y fauna considerada de interés para la comunidad".

Al no referirse directamente la ley forestal a las reservas, deberá pensarse el régimen adecuado de gestión de los bosques del área y resolver en la ley específica que declare la Reserva bajo qué categoría de manejo se los contemplará. Además deberá revisarse si no es necesario contemplar algún supuesto jurídico específico para el área natural que no esté contemplado en la ley forestal.

Pignataro (sentencia del 15/10/91 publicada en Jurisprudencia Argentina 1992-II-272).

Respecto de la flora existente en el área, es el recurso que ha recibido mayores impactos a través de las actividades realizadas en dicha zona, como ser la extractiva, pastoreo y desmonte⁹. El aprovechamiento indiscriminado de la vegetación leñosa utilizada para combustible llevó a la prohibición de su extracción con fines comerciales y, por lo tanto, a su protección por medio del decreto provincial 1.837/93.

Dicho decreto prohíbe la extracción de leña del monte nativo de estepa, con destino a comercio en los departamentos provinciales de Pehuénches, Añelo y Confluencia". Pero no prohíbe, sin embargo, la extracción de leña seca y caída, siempre y cuando sea utilizada para consumo familiar.

La autoridad de aplicación del citado decreto es la misma Dirección General de Bosques, Fauna y Parques Provinciales.

Tanto la flora como la fauna que se encuentran en el área natural protegida de Auca Mahuida deberían ser motivo de estudios e investigaciones por parte de la Dirección a los efectos de elaborar un listado de las existentes y determinar cuáles de ellas están amenazadas o en peligro de extinción a fin de tomar las medidas correspondientes. Para ello podrán utilizarse como base los listados propuestos por los especialistas de flora y fauna silvestres participantes en este proyecto.

En relación al manejo de las aguas de la Reserva, deberá ajustarse a los principios enunciados en el Código de Aguas provincial, ley 899, y a aquellos previstos por

nuestro Código Civil. Para las situaciones particulares de gestión en la Reserva, deberá compatibilizarse la política entre la autoridad de aplicación del área y la encargada de aplicar el Código de Aguas. En tal sentido, el propio Código, en su artículo 1 autoriza al dictado de la normativa complementaria por parte del Poder Ejecutivo Provincial y con el asesoramiento de las autoridades especializadas y de sus organismos específicos.

⁹ Provincia del Neuquén, *Área natural protegida Auca Mahuida - Anteproyecto*, 1995.