

- NOTA A FALLO -



- Acceso a la Información Pública ambiental-

DNI: 35.747.357

Por Jennifer Michelle Martel

Legajo N° VABG60243

Tutora: Silvina Rossi

Carrera: Abogacía

Entrega N° 4

05/07/2019



SUMARIO: I. Introducción. II. Reconstrucción de la Premisa Fáctica, Historia Procesal y Descripción de la decisión del Tribunal. III. Análisis de la Ratio Decidendi.- IV. Descripción del Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales. V. Posición del Autor. VI. Conclusión. VII. Listado Bibliográfico.-

I. INTRODUCCIÓN.-

En el sin fin de cuestiones nuevas que van manifestándose en nuestra sociedad a partir de cambios económicos, políticos y culturales es preciso el dictado de normas que regulen cada materia que surge para asegurar la garantía de los derechos fundamentales, la actividad de las instituciones y los roles de los órganos que componen nuestro sistema. Uno de los temas que se ha planteado en los últimos años y se ha acogido legislativamente es el Acceso a la Información Pública Ambiental; estableciendo los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho al acceso de este tipo de información que se encuentre en poder del Estado en cualquiera de sus ámbitos y empresas o entes que presten servicios públicos en cualquier forma de expresión. Para comprender mejor la Ley, traeré como ejemplo el novedoso y reciente fallo dictado en la provincia de Neuquén por el Tribunal Superior de Justicia en autos caratulados “Calful, Lucía c/ Provincia de Neuquén y otro S/ acción procesal administrativa”. Esta sentencia resolutoria nos permitirá indagar profundamente sobre este nuevo derecho en el ámbito administrativo concatenado con el medio ambiente y la actividad hidrocarburífera tan evidente y creciente en la región y que es la base para la producción de energía y crecimiento económico futuro en nuestro país. Nos muestra cómo la Administración infringe los derechos colectivos de participación ciudadana y abusa de sus competencias discrecionales traspasando la norma y violando derechos y garantías esenciales de orden jerárquico no respetando los procedimientos adecuados al otorgar licencias ambientales a las empresas que por la propia actividad o productos que utilizan para llevar adelante la exploración extracción y explotación de los recursos naturales no renovables ponen en riesgo la calidad ambiental para el presente y las generaciones futuras.-

II. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y DESCRIPCIÓN DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL.-

En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los 11 días del mes de Octubre del 2016, se firma el Acuerdo N° 92 en la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales Dr. Kohon, Ricardo T. y el Dr. Massei, Oscar E, junto con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Bermúdez, Luisa A, dando lugar a sentencia definitiva con voto unánime para autos a favor de la demanda interpuesta por la Sra. Lucía Calful, contra la empresa Apache Energía Argentina S.R.L y contra la Provincia de Neuquén. En primer término, la actora por medio de una medida cautelar logra frenar la construcción de una planta de tratamiento de lodos de perforación provenientes de la actividad hidrocarburífera de la empresa Apache Energía Argentina S.R.L sobre un inmueble rural de su propiedad hasta ese momento en trámite de adjudicación en venta a la Subsecretaría de Tierras de la Provincia de Neuquén. Antes de la Resolución Judicial, la empresa demandada obtiene una nueva licencia de la codemandada que la autoriza para levantar la misma planta con iguales objetivos y funcionamiento, en un inmueble ubicado a 12 km del predio rural de la Sra. Calful. En dicho contexto, la actora pide ampliar la medida cautelar originaria y ya no sólo entabla la cuestión con un derecho subjetivo lesionado sino que su pretensión es por un interés colectivo ambiental interponiendo Acción Procesal Administrativa con el fin de obtener la Nulidad de la Disposición N°341/10 emanada de la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia fundamentando su postura en que hay vicio en el procedimiento por no realizar la Audiencia Pública ni el Dictamen Legal Previo siendo requisitos esenciales establecidos en la Constitución por lo tanto constituye un acto ilegítimo contrario a principios y garantías constitucionales de democracia semidirecta y participación ciudadana. Deja en claro que no reclama un daño ambiental específico, sino la implementación del espacio participativo. Amplía su postura en el principio de legalidad donde resulta inviable el actuar administrativo discrecional en virtud de la actividad reglada de la administración pública frente al orden público ambiental; y que la omisión de edictos informativos y el pertinente dictamen legal previo tienen como perjuicio la privación a la

ciudadanía en general del conocimiento del proyecto y por ende de la posibilidad de ejercer el derecho de analizar y opinar en forma previa a la autorización oficial. Ofrece prueba y funda cada uno de sus argumentos en normas y jurisprudencia. En detrimento a la postura de la actora, la empresa demandada Apache Energía Argentina S.R.L. hace su descargo fundando su actuar en la autorización y concesiones obtenidas de la Provincia de Neuquén por medio de la Licencia Ambiental para desarrollar su actividad no contaminante, siguiendo y cumpliendo con la normativa pertinente y rechaza toda argumentación dada por la demandante. Ataca y defiende su posición en cuanto no se reclama ningún daño específico, no se viola ningún derecho de propiedad privada y tampoco se vulnera el derecho de Acceso a la información pública ya que en cuatro años no realizó ningún cuestionamiento técnico y tampoco se lesiona un derecho subjetivo o se ocasiona un daño ambiental con perjuicio particular; logrando la actora entorpecer la actividad con el pedido de nulidad por la nulidad misma. Funda su postura en derecho. En cuanto a la postura de la codemandada Provincia de Neuquén, hace alusión a que ningún expediente agregado se relaciona con el objeto de autos, que es absolutamente inviable la ampliación de la demanda y que no presenta antecedentes para la declaración de vicios de ilegitimidad por parte del actuar Administrativo, además de la deficiente carga probatoria que presenta en cuanto a su reclamo. En este contexto, el señor vocal Dr. Kohon analiza cada uno de los puntos y da su voto compartiendo el mismo argumento el Dr. Massei de lo que surge del acuerdo habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, hacer lugar a la acción procesal administrativa iniciada por la Sra. Lucía Calful contra la Provincia de Neuquén y Apache Energía Argentina S.R.L. y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Disposición 341/10 emitida por la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Neuquén¹; imponiendo las costas a las accionadas vencidas Provincia de Neuquén y Apache Energía Argentina S.R.L.² y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.-

¹<https://ambiente.neuquen.gov.ar>

²<http://www.apachecorp.com/>

III. ANALISIS DE LA RATIO DECIDENDI.-

Una vez expuestas las posturas de cada una de las partes, analizada la documentación presentada y teniendo en cuenta el transcurso procesal del conflicto la posición que adopta el Tribunal tiene como eje fundamental la protección del ambiente con todo lo que ello implica, teniendo en cuenta los principios preventivos y precautorios declarados en la Constitución, leyes y precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que se relacionan directamente con los derechos y garantías fundamentales de las personas de gozar de un ambiente sano y equilibrado apto para el desarrollo humano y que las actividades productivas o de cualquier índole satisfagan las necesidades sin comprometer las generaciones futuras. Considerando el primer punto de controversia citado por la Sra. Calful, ausencia de celebración de una audiencia pública, no le da lugar porque tiene en cuenta que la sanción del Decreto Reglamentario 422/13 modificó la plataforma fáctica de la cuestión y que en relación a la acción entablada no se encuentra configurado el vicio porque la actividad que se plantea no genera una degradación del ambiente en forma significativa³. Existen hoy distintas técnicas para analizar el riesgo de las diferentes tareas en el ámbito hidrocarburífero que se llevan a cabo, y que no siempre requieren la evaluación de impacto ambiental y la respectiva audiencia pública, cuestión que le compete decidir a la Administración y que el órgano judicial debe respetar ejerciendo su función de control sobre aquél. En cuanto a lo planteado sobre la falta de publicación de edictos; acoge la pretensión de la actora ya que pondera las garantías constitucionales ante la sanción del Decreto 422/13 argumentando que la información ambiental cumple un rol central a la hora de hacer efectivo el derecho de protección, conservación y situaciones de riesgo. Esta omisión violenta el derecho de acceso a la información ambiental y escapa de las facultades discrecionales del órgano por lo que en función de lo que ha sido la pretensión de la demanda se admite como vicio en el procedimiento. La última controversia que se resuelve a favor de la demandante es la ausencia de dictamen legal previo a la emisión de la disposición 341/10 donde se considera la violación del principio de Legalidad teniendo en

³Revista de Derecho Ambiental N°31; “LEY GENERAL DEL AMBIENTE 25.675 Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL” por Carlos A. Rodríguez. Editorial Abeledo Perrot, Director Néstor Cafferatta. Pág. 163)

cuenta que en materia ambiental se considera el más amplio marco de tutela con jerarquía constitucional y que la omisión e inobservancia de los requisitos es susceptible de nulidad; por ende dicho proceder debe ser tachado como vicio grave.-

IV. DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.-

Sin desistir de la línea de razonamiento en la que estamos desglosando el fallo, la primera controversia es el encuadre de la demanda. El objetivo de la actora es el cumplimiento del control de legalidad del procedimiento administrativo, es decir que no hay daño ambiental sino que se busca la fiscalización de la legalidad administrativa. La deducción realizada por los jueces fue la justificación de protección del B.J.P como fin, tomando en consideración la Constitución Nacional (art. 41), la Ley General del Ambiente N° 25.675, Constitución Provincial (art. 58) y leyes provinciales⁴ y jurisprudencialmente la CSJN en el precedente citado afirma 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 no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a la 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...”*⁵. Superada la cuestión preliminar, esbozaré los tres puntos centrales que se presentan en el cuerpo de autos: a) Ausencia de celebración de Audiencia Pública: aquí se presenta claramente el problema de relevancia jurídica direccionado a qué norma es la que se aplicará al caso y un problema axiológico de segundo plano en cuanto a definiciones de informe, impacto y análisis ambiental. Aquí se pondera el nuevo Decreto 422/13 que modifica al 2656/99 reglamentario de la Ley 1875; el cual se utiliza para levantar la Medida Cautelar por resolución 162/14. En la sentencia el Dr. Kohon alude al

⁴ Disponible en <https://ambiente.neuquen.gov.ar/ley-1875-t-o-2267/> [última consulta 03/07/19]

⁵ CSJN causa “Mendoza”, 20/06/2006, considerando 7 Fallos: 326:2316.

art. 11⁶ de la Ley General del Ambiente N° 25.675 y otros⁷ disponiendo que la obra o actividad a la que hace referencia debe tener entidad para producir una degradación del ambiente en forma significativa; esto es, en palabras de la doctrina especializada que debe tratarse de una degradación importante. La segunda cuestión a abordar es la Falta de Publicación de Edictos: el problema que surge aquí se analiza desde el bienestar general y reconoce supremacía a la protección del medio ambiente y por ende al ámbito público y al derecho colectivo, refutando de esta manera todos los argumentos de la demandada que funda razón en el ámbito privado y disposiciones que en jerarquía se encuentran por debajo de los alcances prioritarios y de mayor envergadura como es la garantía de participación ciudadana. Se afirma que: “...la información ambiental cumple un rol, o función, central a la hora de hacer efectivo el derecho al ambiente, tanto en lo que hace a 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...” (Falbo, 2013). El tema no quedó al margen de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río + 20 que en prieta síntesis y en lo relativo a este tema reconoció: “a) la función que cumplen las autoridades y las comunidades para llevar adelante el desarrollo sostenible facilitando la participación de los ciudadanos, proporcionando información pertinente sobre las tres dimensiones del desarrollo sostenible; b) la participación amplia del público y el acceso a la información y que los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible” (Terzi, 2012). El último punto de discusión es la Ausencia de Dictamen Legal Previo donde el Tribunal ve una clara violación al principio de Legalidad, considerando que no puede ser subsanado posteriormente un acto que concierne a una materia conformada por un conjunto de normas procedimentales de fin tuitivo, con

⁶ ART. 11: Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución.

⁷ Revista de Derecho Ambiental N°31; “LEY GENERAL DEL AMBIENTE 25.675 Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL” por Carlos A. Rodríguez. Editorial Abeledo Perrot, Director Néstor Cafferatta. Pág. 163)

preceptos que propenden el más amplio margen de tutela jurídica y que por ende acarrea el vicio grave contemplado en el artículo 67 inc. R) de la Ley 1284⁸ y por consecuencia la nulidad prevista en el artículo 70 del mismo cuerpo normativo.-

V. POSICIÓN DEL AUTOR.-

Considero que, al formar la pirámide de fundamentos para autos, y tomando el caso como “Fiscalización de la Legalidad Administrativa” un acto dictado a partir de un procedimiento viciado nunca podría declararse nulo porque la nulidad se declararía en virtud del elemento esencial y no tendría sentido analizar o justificar los tres ítems posteriores. Ahora bien, siguiendo al Tribunal y dejando al acto administrativo como un eslabón para poner como Bien Jurídico Protegido principal al Medio Ambiente y de allí atacar el mal proceder administrativo, tomando en consideración el primer punto que se plantea en la demanda vemos que el mecanismo de Audiencia pública es “una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la que la autoridad responsable habilita un espacio institucional para que toda aquella persona interesada exprese su opinión respecto de ella.”(Sabsay & Di Paola, 2003) Tomando el marco de los hechos y teniendo en cuenta que su realización entra en el ámbito del Medio Ambiente que a su vez se encuentra regulado en nuestra Constitución Nacional⁹ considero que habría que darle lugar a la realización de dicha audiencia para asegurar la participación ciudadana y el cumplimiento de principios y garantías constitucionales dejando de lado el debate sobre la legalidad o no de los reglamentos dictados por la Administración que quedan subsumidos por los derechos que están en la cúspide de nuestro ordenamiento. La tercera cuestión que se aborda es la Falta de Publicación de Edictos, que se relaciona directamente con el derecho de poder conocer todos los actos referidos al ambiente y que podemos definirlo como “el acceso a la información pública ambiental constituye un derecho sustantivo de titularidad colectiva, genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercitarlos, no estando éstas

⁸ BOPN.: N° 1674 07/04/81 y modificatorias.

⁹ Art. 41 C.N.: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

obligadas a probar un interés determinado”.(Carducci, 2016)¹⁰. Conforme sostiene Abramovich y Courtis, este derecho “*fomenta la autonomía de las personas*” (...) y “*su falta de participación afectaría sus libertades fundamentales privándolas de dignidad e impidiendo el desarrollo de las sociedades democráticas, exacerbando posibles conductas corruptas dentro de la gestión gubernamental y promoviendo políticas de intolerancia y discriminación*”.¹¹ Esta materia específica es tratada en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo 1992 y Río + 20¹², y la Ley Nacional N° 25.831 estableciendo los presupuestos mínimos de protección y garantizando el efectivo ejercicio del mismo. Por lo tanto el argumento sería la conditio sine qua non abriendo una brecha jurisprudencial para el avance en el límite de las disposiciones reglamentarias en manos de las autoridades. El último punto a tratar es la Ausencia de Dictamen Legal Previo violando los principios de legalidad y razonabilidad de los arts. 7 inc. D) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional constituyendo el dictamen jurídico previo una garantía para los ciudadanos y a su vez un respaldo para el Estado para evitar probables responsabilidades acerca de los vicios que el acto administrativo pudiera contener. En palabras de Cassagne, el Dictamen Legal Previo “*contribuye a la emisión de actos justos y razonables siendo el principio de legalidad - el respeto de los derechos fundamentales – separación de poderes y control judicial piedras angulares del Estado de Derecho*”.¹³

¹⁰

MATEO , R., Nuevos instrumentos cooperativos para la tutela ambiental , ed. Idearium, Universidad de Mendoza, 1993, p. 26, citado en CAFFERATTA , N. “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, DJ 2002-3, 1133.

¹¹ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C., El acceso a la información como derecho en Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, ed. Cuaderno de Análisis Jurídico: Escuela de Derecho Diego Portales, pág. 198.

¹² La Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (UNCSD), también conocida como Río+20, tuvo lugar en el año 2012 en Río de Janeiro (Brasil), 20 años después de la Conferencia de Naciones Unidas de Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, también en Río de Janeiro, y diez años después de la Cumbre mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002 en Johannesburgo. Fue un encuentro de Alto Nivel que reunió Jefes de Estado y de gobierno u otros representantes .El objetivo de la Conferencia fue lograr un compromiso político renovado para el desarrollo sostenible, evaluar el progreso hasta la fecha y las lagunas existentes en la aplicación de los resultados de las principales cumbres sobre desarrollo sostenible, y abordar los desafíos nuevos y emergentes.

¹³ CASSAGNE, E., El Dictamen de los servicios jurídicos de la Administración, ed. La Ley 15/08/2012, 1, pág. 8.

VI. CONCLUSIÓN.-

Teniendo en cuenta que el problema central es la violación por parte de la Administración Pública de principios fundamentales exigidos desde la cúspide de nuestra pirámide normativa, actuando con arbitrariedad y traspasando los límites de su competencia discrecional; y que el Tribunal ponderó como Bien Jurídico Protegido al medio ambiente, base de los demás derechos acogidos en este fallo, considero que la resolución es rica y oportuna al dejar en evidencia el rol del control judicial para el mantenimiento de superioridad de las leyes y el verdadero sentido de la división de poderes. Además de valorar el derecho al acceso a la información pública ambiental, que es llevado a cabo por medio de políticas y educación ambiental fomentando el compromiso de la sociedad y contribuyendo la participación ciudadana al tomar conocimiento de actividades que involucren intereses colectivos en cada región y que permitan mayor crecimiento a nivel país.-

VII. LISTADO BIBLIOGRÁFICO.

- ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C., El acceso a la información como derecho en Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, ed. Cuaderno de Análisis Jurídico: Escuela de Derecho Diego Portales, pág. 198.
- BOPN: N° 1674. 07/04/81 y modificatorias.
- CASSAGNE, E., El Dictamen de los servicios jurídicos de la Administración, ed. La Ley 15/08/2012, 1, pág. 8.
- Constitución Nacional Argentina, art. 41.
- MATEO, R., Nuevos instrumentos cooperativos para la tutela ambiental , ed. Idearium, Universidad de Mendoza, 1993, p. 26, citado en CAFFERATTA , N. “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, DJ 2002-3, 1133.
- Gelli, M. (2008). Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Buenos Aires: La Ley.
- Orgaz, J., Montesi, G., & Ávalos, E. &. (2004). Derecho Procesal Administrativo. Córdoba: Alveroni.
- Revista de Derecho Ambiental N°31.
- Sabsay, D. A., & Di Paola, M. E. (2003). La Participación Pública y la Nueva Ley General del Ambiente. En D. A. Sabsay, & M. E. Di Paola, La Participación Pública y la Nueva Ley General del Ambiente. Buenos Aires: La Ley.