



Nota a Fallo: "El principio precautorio una de las garantías fundamentales del derecho a un medio ambiente sano"

Fallo: "Calful Lucia C/Provincia Del Neuquén y otro S/Acción Procesal Administrativa",
Expte. 3861/2012. Año 2016

Tema: Derecho ambiental

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Neuquén

Alumno: Hernández Labra Roxana Alejandra

Legajo nro.: VABG36954

Dni: 33450369

Año: 2020

Tutora: Vanesa Descalzo

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)** Conclusiones. **VI)** Listado de referencias.

I) Introducción:

El Derecho Ambiental puede definirse como "el conjunto de normas y principios nacionales y de Derecho Internacional, que regulan las relaciones entre el ser humano y su entorno natural y urbano, con el propósito de alcanzar un equilibrio que permita la satisfacción de las necesidades humanas a través de los procesos sociales, productivos y culturales, resguardando la integridad y conservación de los recursos." ¹

El presente fallo resulta de interés por tratarse de un caso donde si bien se puede percibir la posible afectación al medio ambiente de la obra o actividad autorizada (así lo advierte el Tribunal Superior), el objetivo del planteo de la actora tiene que ver con el control de legalidad del acto jurídico emanado por la Subsecretaria de Medio Ambiente de Neuquén, quien habría dictado la disposición 341/10, que autoriza la actividad, violando los requisitos previstos para este tipo de autorizaciones, a saber: la celebración de la audiencia pública y el dictamen legal previo.

El problema jurídico del caso es de relevancia dado que existe una norma inferior la Disposición 341/10, de fecha 03/09/2010, emanada de la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia, que fue sancionada en violación de normas superiores como el artículo 41 de la Constitución Nacional, 54, 90, 93 y 308 de la Constitución Provincial, 16 a 21 de la Ley 1875 (t.o. Ley 2267), y 10 inc. e), 12 y 13 del Anexo II, Capítulo II y Anexo V puntos 55, 62 y 10 del Decreto Reglamentario N° 2656/99.

¹ (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37832.pdf>, 2013)

II) Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal.

Se presenta en la Ciudad de Neuquén y ante el Tribunal Superior de Justicia la actora Calful Lucia quien inicia acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén y la empresa Apache Energía Argentina S.R.L., con la finalidad de obtener la declaración de nulidad de la Disposición 341/10, emanada de la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia. Manifiesta que la misma se encuentra viciada pues, en el procedimiento administrativo ambiental llevado adelante, no se realizó la audiencia pública ambiental (requisito esencial) ni se contó con el dictamen legal previo, que entiende de vital importancia para el procedimiento.

La presente acción tiene por objeto la revisión judicial del procedimiento administrativo que autorizó la segunda planta de tratamiento dentro del área; el cuestionado acto otorgó una licencia ambiental a la empresa codemandada Apache Energía Argentina S.R.L. para la construcción de una planta de tratamiento de lodos de perforación provenientes de la actividad hidrocarburífera en el área Anticlinal Campamento, cuya finalidad era recibir los lodos (con o sin hidrocarburos) provenientes de las operaciones y de las perforaciones del área y zona geográfica de influencia.

La actora señala que con relación a la primera de las plantas autorizadas, la empresa desistió de su construcción frente al reclamo efectuado por la Señora Calful, quien es poseedora del inmueble rural, situado en la zona rural conocida como Barda Negra, que coincide territorialmente con el área hidrocarburífera Anticlinal.

En el mes de Septiembre del año 2010 la actora solicitó una medida cautelar para el cese inmediato de los efectos y de la obra de construcción del repositorio hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo habiéndosele extendido por parte de este Tribunal Superior de Justicia la medida cautelar con fecha 13-04-11.

Apache solicitó y obtuvo de la Provincia codemandada una nueva autorización para la construcción de una planta igual, para la misma área, donde es titular la Sra. Ángela Gilardi ubicada a 12 km del inmueble ocupado por la actora.

Señala que esa situación fue puesta en conocimiento del Tribunal Superior, conjuntamente con el pedido de ampliación de la medida cautelar originaria, que se hizo extensiva a la segunda de las plantas.

Destaca el diferente abordaje por la Empresa Apache con respecto a ambas plantas en la primera se utilizó el Estudio de Impacto ambiental (EIA) mientras que en la segunda solo se realizó el informe ambiental(IA) poniendo en evidencia su negativa de someterse a la audiencia pública exigida por la ley 2666.

La actora hace mención a la ausencia de dictamen legal que entiende como un vicio grave del acto administrativo y pone de manifiesto que la presente se trata de una acción colectiva de derecho ambiental, basándose en la ley 25675 y artículos 54 y 59 de la constitución provincial.

Se declara admisión del proceso sumario y se ordena correr traslado de la demanda a la Provincia de Neuquén y a la empresa Apache Energía Argentina SRL.

La actora manifiesta que correspondía como mínimo la publicación de edictos informativos como así también el dictamen legal previo, ambos no tenidos en cuenta por las codemandadas.

Apache solicitando el rechazo de la acción presentada expresa que siendo titular de distintas concesiones para la explotación de hidrocarburos en el marco de la ley 17319, entre ellas sobre la otorgada sobre el área en la Provincia de Neuquén a través del Decreto PEN 89/91 y decisión administrativa 456/05 y que la actividad de exploración y explotación que realiza se ajusta a la normativa ambiental.

Pone de manifiesto que según art 20 de la ley 25675 la norma de participación ciudadana solo es obligatoria para casos de proyectos que pudieran afectar de manera significativa el ambiente y que no toda obra requiere audiencia pública. Señala que para la construcción del repositorio en cuestión tampoco se requiere una evaluación de impacto ambiental sino solo de un informe ambiental y de un análisis de riesgo ambiental.

Niega que se haya vulnerado el derecho de acceso a la información ambiental y fundamenta que la pretensión de la actora está destinada solo a entorpecer la actividad a través del pedido de nulidad.

Por su parte se presenta apoderado y con patrocinio letrado la Provincia del Neuquén contesta demanda y solicita rechazo de costas.

Resalta la improcedencia de la nulidad solicitada por la actora y que ninguno de los expedientes agregados por la misma guarda relación con el objeto de autos, ni tampoco se ha emitido en ellos la disposición 340 ni la 341 aludida en la demanda ni en su ampliación.

Agrega que ha existido por parte de la demandante una deficiencia en la carga probatoria cuestión que no puede subsanarse más adelante por las formalidades del proceso sumario.

Por todo lo descripto y analizado el tribunal superior de justicia hace lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Calful Lucia y declara la nulidad de la Disposición 341/10 emitida por la Subsecretaria de Medio Ambiente de la Provincia de Neuquén. Imponiendo costas a la parte vencidas argumentado que pese al cambio legislativo que alcanzo solo a uno de los vicios imputados al acto (audiencia pública) los demás vicios fundamentan la declaración de la nulidad en el acto y por eso se considera que no hay elementos para apartarse de la regla de la derrota contenida en el art 68 del CPCYC.

III) Análisis de la ratio decidendi.

El tribunal Superior de Justicia luego de haber finalizado el trámite de la causa y expuestas las posiciones de las partes pone acento en la importancia y sensibilidad del tema que los ocupa como lo es la protección del ambiente.

Fundamentan su decisión en los principios preventivos y precautorios consagrados en nuestra Carta Magna, leyes nacionales y precedentes jurisprudenciales de relevancia.

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. En tal sentido invocan el precedente (Cfr. CSJN causa “Mendoza”, 20/06/2006, considerando 7 Fallos: 326:2316). (Considerando 10).

Siguiendo el mandato constitucional la ley 25.675 en su art 1. establece presupuestos mínimos respecto de todas las actividades que sean susceptibles de afectar el ambiente o la calidad de vida de los habitantes, complementándolo en sus art 6 y 7.

Con relación al vicio impugnado por la parte actora “ausencia de celebración de una audiencia pública” este tribunal no hizo lugar, ya que explico que el nuevo marco normativo representado con el dictado del Decreto 422/13 que modifico el decreto 2656/99 e introdujo modificaciones que excluyeron la actividad en cuestión.

En definitiva para el tipo de actividades como la autorizada se requiere: I) un informe ambiental, II) un análisis de Riesgo ambiental.

Por otra parte la Ley Gral. Del ambiente, en el que se cimienta la omisión de audiencia pública, refiere a que la actividad debe producir una degradación del ambiente en forma significativa que tampoco encuadra en la pretensión de la demanda. (Considerando 12)

Continuando con los dichos expuestos por la actora en cuanto a la falta de publicación de edictos se hizo lugar, basándose en vasta normativa entre ella el art 54 de la constitución provincial que dispone... “Todo habitante de la provincia tiene derecho a solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causen o pudieran causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas”. Evidencian la importancia del acceso a la información que reconoce la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible rio+20 que en síntesis establece que se debe facilitar la participación de los ciudadanos proporcionando información pertinente sobre las tres dimensiones del desarrollo sostenible (considerando 13).

Este tribunal consideró que el derecho de acceso a la información ambiental en función de lo que ha sido pretensión de demanda, configura un vicio del procedimiento. Ya que existe un menoscabo concreto de las garantías tuteladas en diferente normativa.

El otro tema que se denuncia es la ausencia de dictamen legal previo a la emisión de la Disposición 341/10 .Incumpliendo con dos disposiciones normativas art 50 de la ley 1284 que dispone: “el dictamen previo del servicio permanente de asesoramiento jurídico, cuando el acto pudiese lesionar derechos subjetivos...”

El tribunal entiende que no todas las omisiones del procedimiento administrativo acarrearán nulidad del acto pero debe considerarse que en materia ambiental se impone adoptar mayores recaudos.

Manifiesta el tribunal que dicho procedimiento se presenta como vía instrumental y de garantía para el ejercicio de derechos como la participación ciudadana o el acceso a la información, que por la falta de publicación de edictos y falta de dictamen legal previo a la emisión del acto fueron vulnerados. Esto se pone en evidencia en la ley 1284 en el inc b) y r) del artículo 67.

IV) Descripción del Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios y jurisprudenciales.

El tema central que aborda este fallo y que el Tribunal Superior de Justicia ha reconocido como uno de los principios fundamentales es el deber de prevención como garantía del derecho a un medio ambiente sano, aunque en este caso aún no se ha producido un daño ambiental, tal como se dijo en el fallo "Salas":

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios...²

Asimismo, continúa explicando la Corte Suprema que:

La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el

² Corte Suprema de Justicia de la Nación "SALAS, DINO Y OTROS C/ SALTA, PROVINCIA DE Y OTRO" sentencia de fecha 26 de marzo de 2009 - Fallos: 332:663.

progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras³.

En consonancia con esta protección, la Ley General del Ambiente 25675 es la que establece los presupuestos mínimos para una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable y detalla los objetivos que deberá cumplir la política ambiental.

A su vez determina que, para su interpretación y aplicación, deberán tenerse en cuenta los principios de congruencia, prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad, de subsidiariedad, de sustentabilidad, de solidaridad, de cooperación y de equidad intergeneracional⁴.

Para llevar a cabo esta tarea es fundamental que las autoridades realicen un adecuado control de legalidad, velando por evitar los vicios que puedan afectar el acto administrativo. El artículo 67 inc. R de la ley 1284 especialmente califica de vicio grave a los actos administrativos dictados “violando la garantía de defensa u omitiendo el cumplimiento de algún trámite necesario”.

Por otro lado tal como lo expreso el tribunal superior, si bien según la nueva normativa vigente para la actividad en cuestión, no se requiere la celebración de una audiencia pública, no puede dejarse de lado el tema de la falta de publicación de edictos expuesto entre los argumentos presentados por la actora.

Santander Fernández (2018) parafraseando a Canda (2017) expresa que “la cuestión ambiental se presenta como un desafío para el derecho público, ya que es la misma Carta Magna la que ordena el cuidado del medio ambiente a las autoridades, por tanto, todo órgano estatal tiene el deber de preservarlo” (s/d).

Tanto la Constitución Nacional luego de la reforma del año 1994 en su art 41 y la Constitución Provincial en su art.54 prevén el derecho al acceso a la información ambiental

³ Ídem

⁴ Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2018/08/DDHH-cuadernillo-10-Medio-ambiente-sano.pdf> en fecha 27 de octubre de 2020

involucrando el acceso a la información disponible tanto en ámbitos públicos como privados y la correlativa obligación de informar de todos aquellos que estén en condiciones de generar un daño ambiental.

Peña Chacón (2017) explica porque la gravedad de los conflictos ambientales y la necesidad de prevenir los daños obligan a los órganos estatales a aplicar el principio “in dubio pro natura”.

...para justificar la regla de la aplicación de la norma más favorable, y por tanto, la flexibilización de la jerarquía de la fuentes, es el reconocimiento a nivel constitucional y del derecho internacional ambiental del principio precautorio o «in dubio pro natura», cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, la administración debe abstenerse de realizar este tipo de actividades (Peña Chacón, 2017, s/d)

Por último, Stegmayer (s/f) describe cuál es el alcance de la responsabilidad estatal en relación al ambiente. “Las autoridades no sólo tienen la responsabilidad de planificar legislativamente el ambiente, sino también responsabilidades directas y activas de policía ambiental y control administrativo del ambiente” (s/d).

La postura del autor.

Continuando con el análisis del fallo cabe mencionar que este presenta un problema jurídico de relevancia, dado que existe una norma inferior (disposición administrativa) que autoriza una obra vinculada a los lodos provenientes de la perforación hidrocarburífera, que ha sido dispuesta en violación de todo el plexo normativo nacional, internacional y provincial, protectorio del derecho a un medio ambiente sano y el acceso a la información pública ambiental.

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén formula un análisis claro, exhaustivo y concluyente de la situación planteada por Calful. Se vislumbra en la sentencia un compromiso ambiental dado que si bien la actora no plantea que exista un daño ambiental actual o potencial, es el Tribunal el que pone sobre aviso la posibilidad de que el mismo suceda por el tipo de actividad que se encuentra en debate. El Tribunal Superior neuquino aplicó lo resuelto por la CSJN en el antecedente “Salas” cuando dijo que el principio precautorio genera exigencias y obligaciones al funcionario público. Asimismo, como expresa Santander Fernández, todo órgano estatal tiene el deber de preservar el medio ambiente dado que así lo ordena la Constitución Nacional.

Por otro lado, resulta de gran interés como se abordó el otro punto de conflicto que es el acceso a la información pública ambiental. Cualquier proyecto de explotación debe, necesariamente, ser conocido por quienes se encuentran en la zona, dado que desde ese conocimiento previo, y con la posibilidad de requerir todos los datos, estudios, que acrediten potenciales factores de riesgo, es que efectivamente se pueden aplicar los principios preventivo y precautorio que inspiran la legislación ambiental. Sin información esos principios se tornan ilusorios, dado que el reclamo se iniciará cuando el daño ya haya sucedido.

La exigencia del cumplimiento de los requisitos legales de un acto administrativo no debería ser una novedad por encontrarse en las mismas normas de procedimiento administrativo. En este caso específicamente, en la ley de procedimiento administrativo (ley neuquino (ley 1284), el incumplimiento de uno de los requisitos como el dictamen previo, califica de nulo dicho acto, por tanto no existe posible discusión alguna. Más en los casos vinculados con los conflictos medioambientales donde debe primar el principio “*in dubio pro natura*”.

Por último, y con la finalidad de destacar la importancia del rol del juez en estos conflictos ambientales, Garros Martínez (s/f) analizando conceptos de Lorenzetti (2006) expresa que:

En el caso en que hay una disputa sobre derechos fundamentales, el juez no puede mantenerse al margen, sino que debe ser consciente de las insuficiencias del acceso a la justicia, e intervenir para una rápida y efectiva satisfacción... en el caso de una

persona que solicita el amparo de la justicia para la tutela de los derechos fundamentales, el juez que se abstiene de intervenir se acerca mucho a la ficción formal con descuido de la tutela efectiva (pág. 8)

V) **Conclusiones:**

Luego de haber analizado el caso y los conceptos que de él derivan, puedo arribar a las siguientes conclusiones:

1- El medio ambiente sano y equilibrado debe ser protegido por los órganos judiciales aun cuando no exista daño acreditado, o reclamado. En virtud del principio precautorio que inspira la legislación ambiental, la falta de conocimiento de que determinada obra puede o no causar daño ambiental no debe utilizarse como argumento para llevarla adelante sin conocer las consecuencias de la misma.

2- El acto administrativo debe cumplir ciertos requisitos que las leyes de procedimiento administrativo, ya sea nacional o provincial, deben cumplir bajo pena de nulidad. La rigurosidad en la sanción de los actos administrativos debe ser estricta en caso de autorizaciones o permisos para realizar obras que potencialmente puedan generar daño ambiental. En el caso que exista duda sobre la validez del acto, debe resolverse con la aplicación del principio in dubio pro natura.

3- El derecho de acceso a la información pública ambiental, ya sea mediante la realización de audiencias públicas o publicación de edictos de las obras que se van a realizar, permiten conocer a los habitantes de la zona la actividad que se realizará y por tanto, poder ser partícipes en la toma de decisiones sobre la posibilidad de la generación de daños ambientales o no.

VI) **Listado de referencias.**

-Botassi, C. (2004) “El derecho ambiental en Argentina” Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27224.pdf>

-Garros Martínez, M. C. “Acceso a la justicia. Información- legitimación- función del juez”
-Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HY6AyQD6F34J:www.escuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/la_funcion_del_juez_y_el_acceso_a_la_jus.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar

- Peña Chacón, M. (1 de diciembre de 2017) “Aplicación de la regla de norma más favorable en el derecho ambiental”. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/07/31/aplicacion-de-la-regla-de-norma-mas-favorable-en-el-derecho-ambiental-2/>

-Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37832.pdf>

-Santander Fernández, A. (14 de marzo de 2018) “El acto administrativo ambiental” Recuperado de [https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/22/el-acto-administrativo-ambiental/#:~:text=As%C3%AD%20se%20entiende%20que%20un,respecto%20de%20terceros%20\(36\).](https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/22/el-acto-administrativo-ambiental/#:~:text=As%C3%AD%20se%20entiende%20que%20un,respecto%20de%20terceros%20(36).)

-Stegmayer, C.J.M. “El rol de la justicia en temas ambientales”. Recuperado de https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/justicia_ambiental.htm

Legislación.

Constitución de la Provincia de Neuquén.

Constitución Nacional.

CPCYC.

Ley 2666.

Ley de Procedimiento Administrativo N°1284.

Ley Nacional N° 25675 “Ley General del Medio Ambiente”

Jurisprudencia.

-Tribunal Superior de Neuquén “CALFUL LUCIA C/PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3861/2012, sentencia de Fecha 11 de octubre de 2016.

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

-Corte Suprema de Justicia de la Nación “**SALAS, DINO Y OTROS C/ SALTA, PROVINCIA DE Y OTRO**” sentencia de fecha 26 de marzo de 2009 - Fallos: 332:663

-Ministerio Público Fiscal. (Agosto de 2018). “El derecho a un medio ambiente sano”. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2018/08/DDHH-cuadernillo-10-Medio-ambiente-sano.pdf>