



UNIVERSIDAD SIGLO XXI

Carrera Abogacía - Trabajo final de grado

“El tesoro de Malvinas: La exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales en la plataforma continental argentina”

Autora: María Laura Muñoz

Legajo: VABG 84607

DNI: 24312814

Tutora: María Laura Foradori

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. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas. A) Legislación. B) Doctrina. C) Jurisprudencia.

I. Introducción

Petróleo, gas natural y carbón mineral son las principales fuentes de energía con las que cuenta hoy el mundo y son de carácter no renovable; es decir, que a medida que se van consumiendo, disminuyen sus reservas sin posible reposición, salvo que se descubran nuevos yacimientos. Es por ello, que tanto la exploración como la explotación de hidrocarburos en el mar han ido en aumento en las últimas décadas y cada vez en aguas más profundas. A esta actividad se la suele denominar exploración y explotación no convencional “*off shore*”, “costa afuera” o “mar adentro”.

En nuestro país los hidrocarburos (petróleo y gas natural) representan el 90% de nuestra matriz energética y hasta tanto no se logre diversificar la misma con la implementación de políticas para el desarrollo efectivo de fuentes “limpias” de energías renovables, debemos propender como sociedad responsable a una regulación rigurosa en la cuestión ambiental y que a su vez sea compatible con nuestro desarrollo social y económico.

La propuesta de análisis del presente fallo, Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, (2019) “Melella, Gustavo Adrián c/ Estado Nacional Argentino – Poder Ejecutivo – Secretaría de Gobierno de Energía de la Nación s/ Amparo Colectivo”, intenta reflejar el alcance de la normativa vigente aplicable a la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales, por parte de empresas extranjeras, para la protección de los recursos naturales y ecosistemas sensibles en áreas estratégicas, territorios prácticamente vírgenes y donde el daño podría ser irreversible.

En esta causa, se puede observar la existencia de un problema de tipo axiológico; el mismo supone un conflicto entre una norma y un principio superior de nuestro sistema de derecho (Universidad Siglo XXI, 2020).

Dicho problema, se ve reflejado en que las normas establecidas por la Secretaría de Energía para la presentación de los estudios ambientales correspondientes a los permisos de exploración y explotación de hidrocarburos, estarían actuando en contraposición de los principios precautorio y preventivo, ambos establecidos constitucionalmente y contemplados en la Ley General del Ambiente N° 25.675 (2002).

Concretamente, la actora aduce que ello es así, dado que lo establecido en el pliego de bases y condiciones por medio del cual se hizo lugar a la adjudicación de las áreas destinadas a la explotación de hidrocarburos, contradice abiertamente las disposiciones de dicha ley. Según sus manifestaciones, se habría omitido deliberadamente el deber de efectuar un estudio de impacto ambiental de modo previo a la ejecución de toda obra o actividad en cuestión.

No hay que dejar de lado, que en este caso se encuentra en juego la subsistencia de una de las cuencas más importantes de nuestro territorio: la Cuenca Malvinas Oeste, contigua a las Islas Malvinas, siendo ésta un área crucial en la disputa por la soberanía de las mismas. Reconocida además por su alta trascendencia geopolítica y de seguridad nacional por lo que es de suma relevancia advertir la posible arbitrariedad manifiesta por parte del Estado Nacional en la concesión de áreas para exploración de petróleo a las empresas extranjeras postulantes.

A continuación, se hará un breve análisis de los hechos que motivaron la causa, haciendo especial hincapié en las cuestiones que atañen al ambiente, pasando por una breve descripción del camino procesal recorrido hasta la sentencia dictada y de los argumentos jurídicos esgrimidos por el tribunal para resolver la misma; sin dejar de lado la incorporación de un marco conceptual que permita acercar al lector al entendimiento de la temática abordada como elemento indispensable de una valoración personal y de una serie de conclusiones que serán esgrimidas finalmente.

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

La causa en estudio surge a raíz de la publicación de la Resolución a la que hiciera lugar la Secretaría de Gobierno de Energía de la Nación, instruida por el Poder Ejecutivo Nacional, y que informaría la nómina de empresas autorizadas para la exploración y explotación de hidrocarburos costa afuera en la Plataforma Continental Argentina. La convocatoria a Concurso Público Internacional sería entonces llevada a cabo mediante el dictado de la Resolución 65/2018 donde se aprobó el pliego de bases y condiciones para seleccionar a las empresas adjudicatarias.

Ante este hecho, el Intendente de la localidad de Río Grande Sr. Gustavo Adrián Melella, promovió ante los Tribunales Federales de Río Grande, una acción de amparo colectivo y una medida cautelar de no innovar contra el Estado Nacional, Poder Ejecutivo Nacional y la Secretaría de Gobierno de Energía de la Nación. Esta acción estuvo destinada a impugnar el accionar Estatal por considerar que el proceso dispuesto en el pliego de bases y condiciones que establecía el concurso para la adjudicación de las áreas a explorar y explotar, contrariaba las disposiciones ambientales de las leyes N° 25.675 Ley General del Ambiente (2002); N° 26.915 Ley de Hidrocarburos (2013) y N° 26.659 Ley de exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina (2011), entre otras.

Por su parte, el Estado Nacional, a partir de los informes de diferentes áreas gubernamentales inferiría que tanto la legitimación de las empresas postulantes como los informes sobre impacto ambiental que las mismas debían realizar, se encontraban en trámite y ajustados a tenor de la legislación vigente.

En esta primera instancia la Justicia Federal de Río Grande rechazó *in limine* la acción de amparo impetrada por considerar que era imposible determinar la existencia del acto arbitral e ilegal que invocaba la actora como así tampoco exhibir la actualidad ni el daño inminente que se acusaba.

Consecuentemente y disconforme con lo resuelto, el amparista interpuso y fundó recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia donde finalmente el tribunal resolvería por mayoría, con 2 (dos) votos a favor y 1 (uno) en disidencia, confirmar lo dictaminado por la sentenciante de grado, rechazando la acción de amparo, como así también la medida cautelar, por resultar accesoria a aquella.

III. Análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia

La decisión adoptada por el Tribunal de rechazar la acción de amparo y la medida cautelar, fue resuelta por mayoría con un voto en disidencia. Los argumentos vertidos por los magistrados que votaron en conjunto se basaron en el entendimiento de que las normas cuestionadas por el amparista no suponían, en forma directa, una vulneración constitucional o legal. Señalaron a su vez, que el marco que la acción de amparo permitía era limitado y se debía entonces propiciar un mayor ámbito de conocimiento debiéndose recurrir a vías procesales más aptas para un adecuado contradictorio debido a que la faz probatoria de las cuestiones impugnadas acerca de la legalidad y arbitrariedad de lo actuado eran justamente las que excedían el marco procedimental.

Así mismo, argumentaron que más allá de no verificarse que las normas de alcance nacional hayan sido dictadas en contraposición a normas de jerarquía superior, ni la posibilidad de que el daño medio ambiental invocado reuniese las características de ser actual e inminente, de pretender hacer valer en juicio la supuesta contradicción se debía impugnar el acto administrativo de adjudicación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos, recurriendo a un marco procedimental que respetase el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio de todos los involucrados.

Por su parte, el magistrado con voto en disidencia justificó el mismo basando su argumento en el hecho que la información presentada por la demandada revestía la característica de ser especialmente parcializada y de ningún modo podría ser equiparada con el informe circunstanciado al que refiere el art. 8vo. de la Ley N° 16986 de Acción de Amparo (1966); y, en ese orden, no era posible excluir la consideración de los recaudos jurídicos que hacen a la procedencia del recurso interpuesto para tutelar derechos de jerarquía constitucional.

A su vez, atendiendo a la naturaleza institucional y de máxima jerarquía que revestía la cuestión según su criterio, consideró que propiciar la apertura del amparo para bilateralizar el procedimiento e incorporar todos los elementos probatorios que este tipo de acción habilitaba era la forma de resolver ajustada a derecho.

Finalmente, y en honor a la resolución del problema jurídico que ocupa el eje central de estas páginas, se destaca la preponderante manifestación efectuada por la Cámara en el párrafo que a continuación se expone, y al que personalmente me remitiré en su momento en el desarrollo de mi postura personal

En efecto, no se verifica aquí la existencia de normas de alcance general dictadas en contraposición a la normativa de jerarquía superior, sino en todo caso, y de pretender hacer valer en juicio, los extremos que señala el OETEC en los apartados 5.1.b.1 de fs. 239 y vta. de su informe, vinculados a las empresas Tullow y Equinor, sería necesario impugnar el acto administrativo de adjudicación (Resolución 276/19) en otro marco procesal que permita desplegar una adecuada actividad probatoria, no siendo éste el medio que permita respetar el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio de todos los involucrados.

Por medio de este considerando, los magistrados ponderarían subjetivamente la valoración de los principios y normas ambientales con los pliegos y procedimientos mediante los cuales se hizo lograr al acto de adjudicación, haciendo prevalecer a estos últimos por encima de cualquier otra consideración que pudiera hacerse al respecto.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Se puede decir que el medio ambiente se convirtió en un tema de relevancia internacional a partir de los resultados de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972), lo cual resultó coincidente con el surgimiento del Derecho Ambiental en nuestro país

El Derecho Ambiental constituye el conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida (Caferatta, 2004, p.17).

Uno de los conceptos más utilizados relacionados con el respeto por los recursos naturales es el de desarrollo sustentable, este concepto fue creado en el Informe Brundtland por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo para la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Allí se explica que el desarrollo sustentable implica “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las

posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades” (Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Presidente Gro Harlem Brundtland,1987).

Otro concepto fundamental es el de presupuestos mínimos de protección ambiental, entendidos como una herramienta legal básica de sustentación de la tutela ambiental y que constituyen un “piso inderogable” (Nonna Silvia y Dentone José María, 2011).

Ambos conceptos son receptados en nuestra Constitución Nacional, en su reforma del año 1994 en su artículo 41, y en cuyo texto se establece lo siguiente:

“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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Más tarde, en el año 2002, se sanciona la Ley 25.675 de Política Ambiental Nacional donde se establecen los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (Art.1, Ley 25.675, 2002)

Entre los principios que rigen esta ley, se encuentran dos que son fundamentales dado que atañen al análisis de este trabajo. Por un lado, el principio preventivo que “requiere que se tome acción en una etapa temprana, en lo posible antes que se produzca el daño” (Urrutia & Puschel, 2011) y, por otro, el principio precautorio “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”(Art.4, Ley 25.675, 2002).

Resulta de suma importancia para el desarrollo del presente trabajo, analizar también la función preventiva introducida en la responsabilidad civil del Derecho de Daños a partir de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015.

El deber genérico de prevención definido en su articulado enmarca de modo certero el principio de prevención contenido en el art. 4° de la ley 25.675 y torna exigible a toda persona, dentro del sistema de Derecho de Daños en general -y del Derecho de Daños Ambiental en particular-, una conducta consistente en la evitación de perjuicios (Lorenzetti, 2016, p. 6).

Jurisprudencialmente, la ponderación de la tutela preventiva por sobre las funciones reparadora y resarcitoria de la responsabilidad se ve reflejada en lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) al argumentar

(...) la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que -según se alega- en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento (CSJN, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros").

Finalmente, y a modo de cierre, se considera pertinente analizar también, a raíz del problema axiológico estudiado surgido en la causa, el art. 1713 del Código citado supra, que en su última parte hace referencia al juicio de ponderación que debe efectuar el juez en ciertos casos difíciles que, como en este caso, llevó al magistrado a resolver contraponiendo principios y normativas.

En este sentido, la CSJN en el caso Salas se expidió fallando

La aplicación del principio precautorio -art. 4°, ley 25.675- implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras"...

“Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio. 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 manifiesten. 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 (CSJN, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional").

V. Postura personal de la autora

Con respecto a la contraposición de normas y principios, tema que ha sido eje de estudio en este trabajo, debería considerarse al juicio de ponderación como una herramienta fundamental y necesaria pero que podría tornarse hasta peligrosa según la óptica del administrador de justicia de turno.

Hasta hoy la exploración y explotación *offshore* en Argentina no cumple con los protocolos recomendados a nivel internacional, solo se requiere que las empresas que han de desarrollar dicha actividad presenten una evaluación de impacto ambiental realizada de manera privada. Por lo tanto, el rechazo *in limine* del recurso en primera instancia, revestiría caracteres de falta de interés hacia la tutela judicial efectiva de recursos que poseen relevancia económica, estratégica y geopolítica para las futuras generaciones.

Lo argumentado en la ratificación de la improcedencia del amparo por parte de dos jueces en la instancia de apelación no hace más que desmeritar que las disposiciones contenidas en el Bloque de Constitucionalidad son operativas y deben aplicarse de modo directo, más allá de las normativas infra constitucionales.

Es sabido y ha sido ratificado en importantes estudios que el impacto en el ambiente se genera desde la más temprana etapa de la actividad a raíz de los estudios sísmicos que se realizan para determinar la presencia de hidrocarburos; sin embargo, en esta causa, se argumentó que el daño medio ambiental invocado no reunía los caracteres de ser actual e

inminente. Pero, si hubiera que poner en marcha un sistema de recomposición una vez ocurrido el daño ambiental ¿No debería ser porque los instrumentos preventivos-precautorios no resultaron eficaces?

Ante la mínima posibilidad de perturbación de tan ricos recursos naturales como los que se encuentran en la zona en conflicto, parecería más acertada la postura del tercer magistrado que en esta instancia ha votado en disidencia, entendiendo que la problemática ambiental suscitada por la industria de las energías no renovables es una cuestión de gran relevancia que aún no ha sido comprendida en su total dimensión, por lo tanto, los principios de prevención y precaución cobran un rol relevante en esta actividad hasta tanto persista la ausencia de una norma ambiental específica que la regule.

De otro modo, la justicia se transformaría en garante de la seguridad jurídica de empresas que incumplen con las normas fundamentales de nuestro Estado de Derecho.

VI. Conclusión

El análisis del Fallo "Melella, Gustavo Adrián c/ Estado Nacional Argentino – Poder Ejecutivo – Secretaría de Gobierno de Energía de la Nación s/ Amparo Colectivo" nos permite poner en debate la labor proactiva de nuestros administradores de justicia con miras a la prevención del daño ambiental. Con este trabajo se intentó poner en primer plano la importancia del juicio de ponderación a la hora de sopesar normativas y principios de raigambre constitucional.

Se ha procurado no reflejar la faz política y la sensibilidad que indudablemente tiñen el caso, sino más bien, se ha intentado reflexionar acerca de la necesidad de que la participación de la justicia sea independiente y especializada. Y, por último, poner de manifiesto la gravedad institucional de lo resuelto puesto que podría servir para fijar las pautas de otros proyectos en la zona.

Sólo resta decir que la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales en nuestro país es una actividad en pleno crecimiento tanto en el mar como en tierra, - tener presente la explotación de *shale* gas en el yacimiento Vaca Muerta-. Por lo tanto, urge la implementación de una ley de presupuestos mínimos que regule con especificidad rigurosa la actividad de manera tal que puedan sostenerse, como ejes de la sustentabilidad, los valores económicos, sociales y ambientales.

VII. Referencias bibliográficas

A) Legislación

Ley N° 16.986, (1966). Ley Acción de Amparo. Infoleg. Recuperado el 09 de 09 de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=46871>

Ley N° 25.675, (2002). Política Ambiental Nacional. Ley General del Ambiente. Infoleg. Recuperado el 09 de 09 de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Ley N° 26.659, (2011). Ley de Hidrocarburos. Infoleg. Recuperado el 20 de 08 de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/181076/norma.htm>

Ley N° 26.915, (2013). Modificación Ley N° 26.659. Infoleg. Recuperado el 20 de 08 de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/223453/norma.htm>

Ley N° 24.430, (1994). Constitución de la Nación Argentina (art. 41). (s.f.). Infoleg. Recuperado el 20 de 08 de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley N° 26.994, (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Infoleg. Recuperado el 23 de 10 de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

B) Doctrina

Caferatta, N. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. México; Inst. Nacional de Ecología.

O.N.U. (1987). *Informe Brundtland*. G.H. Brundtland (Presidencia), *Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Nueva York.

Lorenzetti, P. (2013). *Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012*. Thomson Reuters. Recuperado el 23 de 10 de 2020, de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600000175664f2c4d548ca46c&docguid=i37CFD071249C8CE4162CD12CE1E289AD&hitguid=i3>

[7CFD071249C8CE4162CD12CE1E289AD&tocguid=&spos=6&epos=6&td=7&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append&](https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/7CFD071249C8CE4162CD12CE1E289AD?tocguid=&spos=6&epos=6&td=7&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append&)

Nonna, S., Dentone, J., Watzman, N. (2011). *Ambiente y Residuos Peligrosos*. Buenos Aires: Editorial Estudio.

Universidad Siglo XXI. (2020). Cátedra Seminario Final de Abogacía. Córdoba.

Urrutia, O., Puschel, L. (2011). Curso de Derecho Internacional Ambiental. *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.

C) Jurisprudencia

CSJN. (20/06/2006). "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros".

Recuperado el 23 de 10 de 2020 de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa06000248-2006-06-20/123456789-842-0006-0ots-eupmocsollaf>

CSJN. (26/03/2009) "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional".

Recuperado el 23 de 10 de 2020 de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacionalamparo-fa09000029-2009-03-26/123456789-920-0009-0ots-eupmocsollaf>