Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 21 días del mes de Agosto del año dos mil doce, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia de su titular, Fernando S. L. ROYER, y asistencia de los Sres. Ministros Dres. Daniel Luis CANEO y José L. PASUTTI para dictar sentencia en los autos caratulados: **"A. A. A. S.A.I.C. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 21.875- A- 2009)** y según el resultado del sorteo practicado a tal fin, de conformidad con la Acordada Nº 3202 conc. 3204, atento el cambio de Presidencia acaecido el día 01 de Abril del corriente, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. CANEO, PASUTTI y ROYER.----------

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente la demanda? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. CANEO, dijo:----------

------ I.- La empresa A. A. A. S.A.I.C. fue pasible de una multa, aplicada conforme la Ley XI Nº 35 (Ley Nº 5439) -Código Ambiental de la Provincia- por la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental (SRyCA), por vía de la Disposición N° 135/09, a ///partir de la denuncia

de un incidente de voladura de alúmina – materia prima que utiliza en su producción esa empresa.----------

------ Viene a esta jurisdicción pretendiendo que esta Sala declare la nulidad de ese acto, así como de la Resolución N° 040/09 del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable (MCAyDS) del 21 de Octubre de 2009, que rechazó el Recurso Jerárquico y Directo en subsidio presentado contra aquél, que la condenó a abonar una multa de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL ($ 150.000) y a realizar –según expresa- *"una serie de medidas ambiguas y contradictorias"*. Igual declaración respecto actos que precedieron, tal como de la Disposición Nº 62/08 de la citada Subsecretaría, mediante la cual se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, todos los cuales se encuentran agregados al Expediente Administrativo Nº 1566-MAyCDS-08 caratulado "Presunta Infracción de la empresa A. SAIC a la Ley Nº 5039", que tengo a la vista.----------

------ En plena jurisdicción, pretende que a resultas de la declaración de nulidad, se ordene restituir a la Sociedad actora el monto de multa abonado, con más los intereses que se devenguen hasta su efectivo pago.-

------ En el capítulo "*IV-Hechos"* (fs. 40 vta./41 vta.) narra que entre el 22 de Agosto a las 18 hs. y las 20 hs. del 26 de Agosto -ambos de 2008- se descargaron 38.000 toneladas de Alúmina correspondientes a la partida Nº *** transportada a Puerto Madryn por el buque B. A., en una operación de descarga "*absolutamente normal"*. Aproximadamente a las 8 hs. del día siguiente 27 de Agosto -señala- el ///Coordinador del Sector

///

Recepción y Expedición de A., Ingeniero W., recibió llamadas telefónicas de funcionarios de la A. P. d. P. M. (en adelante A. P. d. P. M.) informándole un evento de voladura de Alúmina en el sector de ingreso a las instalaciones del Muelle Almirante Storni y en proximidades del acceso a las oficinas de esa repartición. Menciona la actora que su dependiente explicó que *"la Alúmina es un material absolutamente inerte, que las molestias que puede provocar a las personas son idénticas a las que podría producir la arena de la playa (o el polvo de la Patagonia) cuando vuela transportada por el viento"*. No obstante envió al muelle una máquina barreaspiradora y personal con elementos para proceder a la colección del material diseminado.- Asegura que a las 11 hs. de ese día 27 el inconveniente estaba solucionado y que *"resueltos, a satisfacción de los funcionarios de la A. P. d. P. M., los efectos del evento"* se procedió a investigar las causas que pudieron originarlo.----------

------ Relata, que durante los días 28 y 29 de Agosto, su personal recorrió y verificó el funcionamiento de la Cinta Transportadora de Alúmina así como la Torre de Transferencia y los puntos de descarga de los tres Silos (Nº 0, 1 y 2) de almacenamiento de ese material. El 28 fueron visitados por los inspectores M. y S. de la Dirección de Control Operativo Ambiental, labrándose el Acta Nº ***/08, relevando información para la confección de un diagnóstico preciso del evento, la que terminó de recopilarse y fue comunicada a las autoridades el día 29; ///además -

añade- el día 3 de Septiembre presentó un pormenorizado detalle de los hechos sucedidos y de las medidas tomadas.----------

------ Explica que, luego de esa recorrida por las instalaciones, se encontró Alúmina depositada en el techo del Silo Nº 0, como consecuencia de que la tapa de una de las bocas de sondeo, mediante las cuales periódicamente se determina la masa de material que contiene la instalación, estaba en posición abierta.- Esta condición irregular en una de las 24 tapas existentes -subraya- se produjo como consecuencia de la presión positiva que se genera en el interior del Silo cuando simultáneamente ingresa material y se fluidifica el fondo para extraer Alúmina destinada a la producción.- Refiere que si bien la tapa de la Boca de Sondeo cuenta con un dispositivo de bloqueo, en esta oportunidad fue superada por la presión alcanzada en el interior de aquél.- Esgrime que, como medida preventiva, procedió al reemplazo de ese dispositivo y se verificó el correcto funcionamiento de las tapas de las restantes 23 bocas.----------

------ Detalla las características del Muelle Storni y de las actividades que allí se desarrollan, arguyendo que pueden ocurrir eventos accidentales y por ello -justifica- la empresa adopta medidas para controlar y actuar en consecuencia, lo que fue destacado -señala- por el propio instructor sumariante.----------

------ En el Apartado *"Hechos relativos al objeto del proceso"* (fs. 39 vta./40) comenta que por la Disposición Nº 135/09 SRyCA se resolvió *"…sancionar a A. por infracción al Art. 38º de la Ley 5439…en ///tanto*

///

se encuentra probado en las actuaciones que la mencionada empresa ***incumplió el deber de informar*** *a las autoridades competentes sobre el incidente ocurrido el día 27 de Agosto de 2008, y por infracción al Artículo 39º…por cuanto se encuentra probado que* ***se produjo afectación a la salud pública*** *como consecuencia del incidente…”.* Contadice, que ***la sanción impuesta se debe a una supuesta “omisión formal”, que no fue imputada al momento de instruirse el sumario y a un supuesto de hecho que no ha ocurrido según se denuncia, como es “afectación a la salud”.*** ----------

------ En general, acusa que las Disposiciones dictadas *no se sujetaron a los principios de congruencia, defensa en juicio, verdad material y de interpretación favorable al accionante o reo*; consecuentemente solicita “*se anule la Resolución impugnada y las Disposiciones Nº 62/08 SRyCA y 135/09 SRyCA, por violación de la Ley aplicable, afectando …derechos de raigambre constitucional”.* En otros párrafos endilga vicios de *falsa motivación y falta de causa*.----------

------ Denuncia vulneración del derecho de defensa, del principio de congruencia y de la razonabilidad, porque en la Disposición Nº 135/09 SRyCA se le impuso la sanción de multa por violentar aquellos preceptos, pese a que en la Disposición Nº 62/08 –que da inicio al Sumario- no surge que se le impute a A. una supuesta falta “por la obligación del deber de denunciar”. Transcribe los Considerandos 6º y 7º de ésta, y razona que, si bien se le imputó la presunta infracción a los

///Artículos 38 y 39 de la Ley Nº 5439, *no se le efectuó ninguna por el deber de informar a las autoridades competentes* del hecho ocurrido el 27 de Agosto de 2.008. Arguye aquella violación porque, como había presentado el descargo contestando únicamente las imputaciones referidas en la primera Disposición dictada, la que resuelve la sanción la "…condenó…por un supuesto incumplimiento por *una imputación jamás efectuada*…" Abona jurisprudencia relativa al derecho de defensa en juicio, en cuanto a que las pretensiones deben ser oportunamente exteriorizadas a fin de ofrecer pruebas para desvirtuar la posición del adversario. Comenta acerca de la violación del principio de congruencia en *"las resoluciones judiciales"*.----------

------ En el Acápite VII, sostiene que la Disposición Nº 135/09 SRyCA y la posterior Resolución Nº 40/09 MAyCDS son inválidas y nulas fundamentalmente -opina- *por falsedad en la causa y motivación,* por dos razones (fs. 45 vta.). La primera la finca en que la Disposición Nº 62/08 que dio lugar a la formación del sumario *no imputó concretamente "la ausencia de notificación de la voladura" como falta administrativa, ni ésta "incomunicación" tiene respaldo legal alguno***.** La segunda, en que "es *falso que se haya afectado la salud pública*" y el medio ambiente (fs. 46 vta.).- Antes, cita y transcribe jurisprudencia de este Tribunal, referidos a estos elementos de los actos administrativos. Consecuentemente, afirmará la inaplicabilidad de los arts. 38º y 39º de la Ley 5439, normas mencionadas en el acto nulidicho.----------

------ Asevera que erróneamente se asimiló la Alúmina, que califica como materia prima inerte, con un "desecho" en los términos del art. 39º de la

///

///Ley Nº 5439 (DJ Ley XI Nº 35) condenándola al pago de una abultada multa dineraria sin elementos de juicio o valor probatorio que respalden las afirmaciones de una sola persona que dice haber sentido “una simple irritación de ojos o dificultad respiratoria” (fs. 47), destaca que tampoco se afectaron las condiciones naturales de aguas superficiales, subterráneas, ni del aire.----------

------ En distintos párrafos de la demanda, con insistencia, manifiesta que el evento de voladura de Alúmina, que motivó el inicio del sumario administrativo *“…técnicamente no tiene entidad para provocar daños para la salud de las personas ni para el ambiente…”* (se explaya a fs. 40 vta/41, 47/49).- Respecto de este último, asegura que no hubo afectación de condiciones naturales de las aguas superficiales y subterráneas y del aire “en los términos del art. 38 de la Ley”.----------

------ Invoca el Decreto Nº 1282/08, reglamentario del Título Décimo y Undécimo del Libro II de la Ley citada, que establece el procedimiento que debe realizarse para investigar las presuntas infracciones; menciona el artículo 20º de ése para justificar la inexistencia de daño al ambiente y a la “salud pública” imputable al suceso referido.----------

------- Subraya -y cuestiona- que por una “supuesta afectación a la salud” se la condenó a pagar una multa sin que existieran en el trámite administrativo elementos de juicio y valor probatorio que respaldasen *“las afirmaciones de una sola persona, que dice haber tenido una simple*

///irritación de ojos y dificultad respiratoria”. Asegura que no hay en dichas actuaciones ninguna opinión de un médico que haya constatado esto o revisado a las personas, que bastaron sus declaraciones para condenarla, “*en clara violación de la defensa en juicio”***.** Alude a probanzas producidas en el Expte. Judicial -que se instruyó ante el Juzgado Federal de Rawson, por iniciativa del Fiscal en ese fuero en averiguación de presunta infracción a la Ley Nº 24.051 (Muelle Storni-Puerto Madryn), tales el testimonio de la Licenciada en Seguridad e Higiene N. Y. H., Coordinadora de S. O. y M. A. (S. O. y M. A.) de la A. P. d. P. M. (A. P. d. P. M.), del que se extrae que *no había personas afectadas por la voladura de alúmina, que no le acercaron quejas formales y que las molestas que causa “no son diferentes a las que produce la arena”*; así como de las respuestas a dos oficios librados a la Directora de la Clínica Santa María y al Director del Hospital.---------

------ También se apoya en pruebas rendidas en el sumario administrativo: el Informe del Lic. M. V. remitido por la Secretaría de Salud respondiendo al Director de Control del Operativo Ambiental -lo transcribe por completo, y lo declarado en el mismo expediente judicial por un empleado de A. –L. F. O.----------

------ Hace notar que la Autoridad conoce el dispositivo tecnológico asociado a la operación portuaria; que sabe que “*un evento de voladura poco significativo”* –lo tilda- puede ocurrir y que la empresa cuenta con mecanismos preventivos acordes al desarrollo de su actividad.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///--- No sólo se agravia la actora por la sanción de multa aplicada por la Disposición Nº 135/09. Además, lo hace porque se le impuso la obligación de *"…dar inmediato aviso al MAyCDS sin necesidad de requerimiento por parte de esta autoridad ante cualquier evento de voladura…"* (art. 3º de esa Disposición). Cuestiona que exista un deber de informar "…*cuando dicha condena no responde a una imputación dentro del marco del procedimiento administrativo…"*; afirma que esta obligación no es clara porque no establece un plazo cierto, y a más no hay norma que la respalde ni especifique ante qué magnitud de voladura debe efectuarse la denuncia.----------

------ Y, en tercer lugar, se queja porque que se la intimó a presentar en el plazo de 30 días corridos ante la SRyCA, un proyecto técnico destinado a analizar medidas tecnológicas técnicas idóneas y suficientes a los fines de evitar eventuales sucesos de voladura de alúmina *"independientemente de su magnitud, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones que corresponda"*. Señala que con "*la prueba producida se comprueba que A. ha adoptado las medidas apropiadas para la preservación del ambiente, a la vez que como consecuencia del incidente no se han provocado daños a la salud de las personas ni se afectó al ambiente circundante…ha mantenido debida comunicación con las autoridades…"* las medidas se adoptaron oportunamente, se informaron mediante nota del 3 Septiembre de 2008 que obra a fs. 27/35 del ///Expediente administrativo. También a esta obligación la estima poco clara y la considera abusiva.----------

///

------ En el Apartado IX de la demanda solicitó Medida Cautelar Innovativa tendiente a obtener la suspensión de "…los efectos de los Artículos 3º y 4º de la Disposición Nº 135/09 SRyCA, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, por cuanto dispone medidas imprecisas que causan un daño irreparable…"(fs. 55), la que fue rechazada por SI N° 05/SCA/10 (fs.66/76).----------

------ En algunos párrafos que dedica a la pretensión cautelar, al fundar el peligro en la demora alega acerca de "la aplicación arbitraria" de lo establecido en los artículos comentados antes, la que a su juicio se encuentra en clara violación al derecho de propiedad y de ejercer toda industria lícita.- ----------

------ Funda en derecho su pretensión, ofrece prueba y formula reserva del caso federal.----------

------ II.- **Ordenado y corrido el traslado a la Provincia del Chubut, contesta a fs. 88/100. Efectúa las negativas de estilo, solicitando el rechazo de la demanda en todas sus partes con expresa imposición de costas a la contraria.----------**

------ Sostiene la legitimidad de los actos administrativos nulidichos y de las actuaciones sumariales que constan en el Expte. Nº 1566-Año 2008 ///del Ministerio de Ambiente,

///

Control y Desarrollo Sustentable, iniciadas a fin de investigar –a causa del acontecimiento de marras- una presunta infracción por parte de A. A. A. S.A.I.C. a los arts. 38 y 39 de la Ley 5439, DJ Ley XI Nº 35.----------

------ A fs. 92 vta./93 la accionada justifica la aplicación del citado art. 38 y la imputación por faltar a la obligación del deber de denunciar el hecho. Rechaza que la actora le achaque violación del principio de congruencia, razonabilidad y la defensa en juicio, con fundamento en los arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional al argüir que de la Disposición 62/08-SRyCA (que ordena la sustanciación del sumario) no surge esa imputación. Remite al considerando 7º de la misma, en cuanto se expresó que la norma declara obligatoria la adopción de medidas necesarias para la preservación de las condiciones naturales de las aguas superficiales y subterráneas, del aire y la lucha contra la polución de los mismos. Hace notar que se vinculó esto con el deber de preservación del ambiente establecido en los arts. 41 de esa Carta Nacional y 109 de la Provincial, en cuanto *lleva ínsito el deber de comunicar a las autoridades ante la producción de un daño ambiental o ante el riesgo o el peligro que se produzca*. Sostiene la motivación de ese acto administrativo, cuando se aclaró que se fundaba en la falta de comunicación hacia las autoridades del evento y rechaza lo

manifestado por la accionante en cuanto a que se había demostrado que se mantenía "debida comunicación con las autoridades". Arguye que la *"imposición introducida por el legislador como tendiente a evitar profundizar el desastre- se produjo por mera ///gracia y providencia de la lectura de una nota periodística en el matutino J. y no por comunicación cursada por la empresa"*. Infiere que ese Organismo ya estaba al tanto de lo ocurrido un día después del incidente – como bien dice la actora, acota- por lo cual de oficio se presentó en la planta a fin de realizar dos inspecciones, documentadas en Actas Nº 228 y 229 del 28 de Agosto de 2.008.----------

------ Sin embargo, aclara que se iniciaron las actuaciones en virtud de la noticia dada por los medios de comunicación y "*no por notificación inmediata por parte de la empresa"* – remite a la publicación en D. J. del 28/08/08, a fs. 16 del Sumario. Solicita cotejar esa publicación con la comunicación de la propia Empresa del día 3 de Septiembre de 2.008 (a fs. 27/35 del mismo expediente), cuando dice responder a la Nota Nº 433-DCVirch-Pla.V.y MC/08 recibida en su domicilio a las 11 horas del día anterior. Destaca que pasaron cinco días hábiles hasta que la firma comunicó la situación y esgrime que entonces no fue por su propia iniciativa la comunicación, sino respondiendo a esa nota del Ministerio; que falta a la verdad y trastoca la realidad de

///

hechos con trascendencia jurídica.----------

------ Respecto a la restante imputación fundada en el art. 39, aduce a fs. 91 vta./92 que la norma es *"paladina y no presenta anfibología alguna".* A su juicio *no requiere la existencia de daño sino de la "afectación".* Interpreta que el precepto comprende dos hipótesis, que fueron señaladas en el Dictamen Nº 692/09-MAyCDS –remite a fs. 393/398 del sumario- atento que ninguna persona física o jurídica podrá arrojar, abandonar, conservar o transportar desechos cuando los mismos pudieran: degradar ///el ambiente en forma incipiente, corregible o irreversible –la primera-; o afectar la salud pública. De esta segunda hipótesis que encuentra en la norma, resalta en su texto la palabra "afectar", que según la Real Academia Española -dice- significa "*menoscabar, influir desfavorablemente"* o "*producir alteración o mudanza en algo"* y sostiene que en ese Dictamen se consideró demostrado efectivamente que existió afectación a la salud de las personas que se encontraban en el lugar del incidente en cuanto *"irritación en los ojos y garganta, ardor en los ojos y nariz, dificultad para respirar, picazón, alergia".*----------

------ Proclama que los actos son perfectos. Rechaza genéricamente que se ataque su razonabilidad y su falta de

motivación y de causa –a fs. 95 dice que se pretende la nulidad por la nulidad misma. Sustenta en jurisprudencia de esta Sala –remite a mi voto en SD Nº 6/2009- otro argumento: que la carga de demostrar la ilegitimidad del acto que lo agravia pesa sobre quien promueve una acción contencioso administrativa; y que es imprescindible que el actor controvierta en forma adecuada los fundamentos esenciales de las resoluciones administrativas. Aduna jurisprudencia de esta Sala relativa a la presunción de legitimidad de los actos administrativos -a fs. 99- y al deber de motivarlos -a fs. 97 y vta.- a fin de controlar si se ha aplicado correctamente el ordenamiento jurídico.----------

///---- Sostiene que aquel Dictamen que aconsejó sancionar a la actora se fundó en pruebas coincidentes, como testimonios e informes técnicos, que fueron valoradas brindando los fundamentos de la sanción.----------

------ Recuerda que se tomaron los testimonios producidos ante el Juez Federal (Expte. Nº506/2008) del empleado de Planta y Secretario General del Gremio R. G. R., del empleado de la Prefectura Naval L. E. G. Además, el de dos agentes de la A. P. d. P. M.: el empleado M. F. T. y el Controlador Operativo S. E. T. –el nombre correcto es "T. S. E." (conf. testimonio fs.101/103 de esa causa). Entiende que al narrar éstos sus experiencias y circunstancias de hecho, quedaron

acreditados los perjuicios a la salud exteriorizados en alergia, picazón, irritaciones, etc.----------

------ A su juicio los testimonios colectados aseveran el carácter frecuente de las voladuras de alúmina como la que fue objeto de sanción. Argumenta que estas pruebas lejos se encuentran de sustentar el eufemismo del que se vale la contraparte cuando emplea la metáfora *"simple ventisca patagónica",* sino que abonan *"el hecho público y notorio del manejo desaprensivo y con total desapego y desprecio por la salud pública y el ambiente ejecutado por A.",* que ha integrado a las ventiscas regionales, precisamente porque la alúmina proyecta hasta límites aún indefinidos sus deletéreos efectos.----------

------ Refuta a la actora que diga que ésta no es un desecho, atento que "*la alúmina desparramada"* que constituyó la incidencia punible ///-advierte- carece de aptitud para ser materia prima para un proceso industrial. Endilga una actitud confesa de la contraparte sobre esto, en el hecho de limpiar la locación mediante la aspiración de esa sustancia.-----

------ En cuanto a los informes técnicos –de la actora- destaca a fs. 92 y vta. que éstos concluyen en efectos de la alúmina

sobre las vías respiratorias; deduce que entonces es la propia Empresa que reconoce los efectos nocivos que produce ese elemento sobre la salud de las personas. La demandada plantea que si fuera como dice su contraparte, que "no posee cualidades contaminantes" y se trata de "una sustancia inerte", como reiterada y fementidamente repite en cada embate, por qué en el mismo escrito se desgañita poniendo de resalto los métodos de control y prevención que dice observar a ultranza. Transcribe a guisa de ejemplo: que A. manifiesta cumplir con los controles operativos pertinentes, que cuenta con planes de contingencia, que adopta medidas correctivas y preventivas ante eventuales fugas evitando daños a las personas o al ambiente, que dice adoptar una actitud constructiva y colaborativa frente a las autoridades públicas poniendo de manifiesto su genuina preocupación por el ambiente en sus procesos y operaciones. Si la alúmina provoca idénticas consecuencias a las que podría producir la arena de la playa o el polvo de la Patagonia cuando vuela transportada por el viento, o si el material que manipula es una mera e inofensiva ventisca regional, carente de potencialidad perjudicial alguna -cuestiona-, para qué la actora invierte copiosos recursos de toda índole y efectúa los ingentes esfuerzos de control y preventivos que enuncia. Si la alúmina es ///inocua -insiste- a título de qué el Estado y la propia Empresa explican la instalación y funcionamiento de la "Estación E" de Red de Monitoreo de Calidad del Aire, para determinar entre otros -

///

no aclara cuáles- la concentración de partículas en el aire. Para qué se dictan y aplican al *sub examine* -dice- antecedentes positivos que la actora "pone en juego", como la Ley General del Ambiente Nº 25.675, Normas de Seguridad e Higiene Laboral, Ley de Riesgo de Trabajo, Leyes Nº 24.557 si su utilización no comporta un mínimo nivel de compromiso a la salud y al ambiente.----------

------ Rechaza que deba analizarse el concepto de "residuos peligrosos" porque no es una cuestión controvertida, atento que el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable no imputó a A. una infracción a esa normativa, sea en el plano de responsabilidad administrativa, civil o en sede penal.----------

------ Justifica que la Administración además se apoyó en el Informe de fs. 72/73 -del Sumario- suscripto por el Licenciado Marcelo VACCARO, Director Provincial de Patologías Prevalentes y Epidemiología de la Secretaría de Salud de la Provincia en el cual detalla los efectos de la alúmina en cuanto *"su exposición, contacto, inhalación, ingesta, etc."*.--

------ Defiende la proporcionalidad de la sanción a fs. 98 vta., afirmando que se demostró el hecho que la configura:

“afectación en la salud pública” y además, afirma que no había sido el primero, por ser comunes los eventos de voladura de alúmina como el que fuera objeto de sanción-fs. 94.----------

///--- Bajo el título “INCONGRUENCIA DE LA ACCIÓN”, advierte que la empresa en el decurso del sumario administrativo o al interponer el Recurso Jerárquico con Recurso Directo en Subsidio a fs. 412/425 _guardó silencio a la falta de congruencia entre los hechos imputados y la pena que ahora sostiene en juicio._ La demandada interpreta que es necesario guardar congruencia entre la pretensión esbozada y los reclamos precedentes, que no puede aquélla ser mayor a éstos, que debe mantenerlos -reseña la opinión de un autor.----------

------ Tilda de infundados los argumentos de la acción relativos a la afectación del derecho de defensa. Asegura en que en las 450 fojas del sumario la empresa tuvo participación activa y sistemática, tomó vista y fue notificada, formuló manifestaciones, impugnó, ofreció y produjo toda la prueba de la que intentó valerse, que también tuvo acceso irrestricto a la restante, que peticionó, alegó e interpuso todos los recursos que consideró hace a su derecho.----------

----

///

------ Ofrece prueba, hace reserva del caso federal y efectúa el petitorio de estilo.----------

------ III.- En cuanto a la prueba aportada, la documental consiste en el Expediente Administrativo N° 2374-MAyCDS-2008 “S/Presunta Infracción de la empresa A. SAIC a la Ley 5439”; el Expediente Nº 506/2008 iniciado por el Fiscal ante el Juzgado Federal de 1ra. Instancia ///de Rawson -prueba producida en éste que en general fue incorporada a aquel sumario administrativo- causa en la cual el Juez se declaró incompetente, siendo recaratulado en la jurisdicción provincial por el Ministerio Público Fiscal de Puerto Madryn como Caso Nº 13.939.- Se produjo Pericial Toxicológica a cargo de un Ingeniero Químico especialista en Seguridad en el Trabajo (fs. 157/161) y ambas partes aportaron Informes de sus respectivos Consultores Técnicos (fs. 145/156 la actora y 163/178 la demandada), y testimoniales (fs. 125/126 vta., 127/128, 129 y vta.).----------

------ IV.- A fs. 184/187 alega la actora, no habiendo ejercido su derecho la demandada.----------

------ V.- El Sr. Procurador General emite su Dictamen a fs. 189/190 vta. Preliminarmente reseña los antecedentes administrativos y las piezas procesales. Alude a la materia, el Derecho Ambiental, y los principios que lo inspiran, a la finalidad de preservación, conservación, defensa y mejoramiento plasmada en la Ley General del Ambiente Nº 4563. Alude a las sentencias dictadas por la Corte Nacional en el caso "Mendoza" y a fallos de este Superior Tribunal de Justicia.----------

------ Se explaya sobre una de las pruebas producidas en la litis: la Pericia del Ingeniero Químico. Hace notar que no fue impugnada por las partes. Cita su respuesta al punto 2) en cuanto detalla los efectos toxicológicos de la alúmina en las personas y el ambiente, con efectos irritantes sobre pulmones y vías aéreas superiores; que preocupa su posibilidad de ser cancerígeno en los humanos, aunque ello no puede evaluarse de manera ///concluyente por falta de datos. En punto al ambiente, en el mar, dice que existe la posibilidad de que aquélla vaya cubriendo el bentos del intermareal y del infralitoral, generando posibles desplazamientos de especies o inhibición de crecimiento por cambio de sustrato. Asimismo trae la respuesta del experto en el punto 5) sobre "Riesgos a la salud", acompañada a fs. 157 y vta. por una ficha internacional de seguridad química de la alúmina. En ésta se lee -resalta-: *"¡EVITAR LA DISPERSIÓN DEL POLVO!, peligros/síntomas agudos: por*

///

inhalación: tos, en los ojos: enrojecimiento; EFECTOS DE EXPOSICIÓN CORTA DURACIÓN: la inhalación de altas concentraciones de polvo de esta sustancia puede originar irritación de los ojos y tracto respiratorio superior”.**----------**

---------- Considera que más allá de la interpretación que hace la actora en el alegato -a fs. 184/187- no es falsa la motivación, ni la causa. A su juicio, ésta está demostrada, existió, toda vez que ocurrió un “incidente ambiental con afectación a la salud y al ambiente”, que no fue comunicado oportunamente por la empresa responsable a la Autoridad de Aplicación Ambiental. Con todo ello, aconseja se rechace la demanda en todos sus términos.----------

------ VI.- A fs. 191 se llaman autos para sentencia y a fs. 192 se practica el sorteo de la causa.----------

------ VII.- ANÁLISIS.----------

///--- 1.- Frente a la naturaleza del hecho sobre el que versa esta causa, tal la voladura de alúmina que afectó desde el día 26 de Agosto de 2008 a la ciudad de Puerto Madryn, y sus posibles implicancias, ineludible me es,

en orden previo a una conclusión de puro derecho que –como se verá finalmente- involucra el Código Ambiental de la Provincia, atender a las constancias arrimadas a esta causa, para tratar de discernir si efectivamente existió la contravención que importa el comportamiento que los actos administrativos atacados –en particular la Resolución Nº 135/09- han imputado a la Empresa A. A. A. S.A.I.C., así como la legitimidad de las obligaciones que en su consecuencia se le imponen y aquí son controvertidas.----------

------ Ello así, pues más allá de orden jurídico positivo de policía que las involucra, estoy convencido de que el judicante no puede desentenderse de los hechos que en particular fueron debatidos en la causa, ni de su calificación legal, ante la protección otorgada al ambiente, y por ende, a la comunidad, por las normas constitucionales.----------

------ 1.- A tal fin, me avoco al examen de la documental, a partir del sumario administrativo que tramitó en el ámbito de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental del Ministerio de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable por Expte. Nº 1566/2008.----------

------ 1.1.1. Principian estos actuados, con las Actas de Inspección Nº 228 y 229 del 28 de Agosto de 2.008 (fs. 6/12 del Expte. Nº 1566/08) ///suscriptas por dos Técnicos de la Dirección de Control Operativo de aquel organismo y un representante de la Empresa A.- Figura en la primera que ***“con motivo de pérdida de alúmina en la cinta transportadora”*** -se alude a presencia de alúmina en avenida- se

///

mantiene una reunión con este representante, quien manifestó que el día anterior tomó conocimiento del problema a partir de las 8 AM por el llamado de N. H., Lic. en Higiene, Seguridad y Salud Ocupacional, Coordinadora responsable de Seguridad y Medioambiente de la A. P. Aquél manifestó ***que la voladura se produjo por fuertes vientos que ingresan en los espacios señalados en el croquis de la cinta transportadora adjunto (fs. 10), provocando turbulencia dentro de la estructura que cubre dicha cinta.*** Narró que se envió de inmediato la limpiaspiradora, que dejó limpio el lugar para el mediodía. Dijo desconocer la cantidad de material que se voló, que se estaban realizando mejoras de la cinta por la Empresa I. desde principios de año y estimaba que culminarían al finalizarlo, aproximadamente. Además se adjuntó ficha de seguridad de la alúmina, y se dejó constancia que la Empresa justificó que no había avisado de inmediato del problema al Organismo provincial *"dado que no hubo ningún desperfecto en equipos. Por lo que no se consideró necesario";* y que se observaba en el sector del muelle (ingreso al puerto) escasos vestigios de alúmina. Se tomó registro fotográfico.----------

------ En la segunda Acta -Nº 229/2008- consta la entrevista con la nombrada Lic. H., quien manifestó trabajar en forma ///conjunta con A., existiendo una comunicación coordinada en los casos de potenciales eventos. *Manifestó que era la primera vez que se daba un hecho de tales características y magnitud, si bien era usual la pérdida de alúmina poco significativa; y que se estaba trabajando en una solución definitiva ya*

detallada en el Acta Nº 228. Que proveería al organismo de fotografías tomadas el día anterior.----------

------ Estas últimas constan agregadas a fs. 5, del día 27 de Agosto de 2.008 y a fs. 4 las tomadas el 28 por los inspectores provinciales, adjuntas al Informe Nº 301 de la Dirección (provincial) de Control Operativo Ambiental Comarca VIRCH, Península Valdés y Meseta Central - Lic. PÉREZ PARRY- en el que se detalla el contenido de dichas actas (fs. 2/3).----------

------ Datan del 29 de Agosto dos actuaciones de esa área.- A fs. 13, la Nota Nº 432/08 – del Director, dirigida al Sr. Subsecretario de Regulación y Control Ambiental, sugiriendo dar inicio al "*trámite de sanción/apercibimiento*" a A. S.AI.C., atento lo acontecido, la información relevada por el cuerpo de inspectores y porque esta Empresa *no había presentado descargo ni dado aviso de lo acontecido por ninguna de las vías habituales (telefónica, electrónica, escrita, etc.)*.- Elevó aquel Informe y ambas Actas de Inspección labradas a A. S.A.I.C. "*sobre la actividad de descarga de alúmina demás materias primas que la empresa realiza en el muelle Almirante Storni"*. Aclaró que la auditoría tuvo por objeto constatar la denuncia publicada en un medio de prensa referida a una ***"lluvia de alúmina" suscitada en ese muelle por un desperfecto de la cinta transportadora.*** ----------

///--- Ese mismo día el Director de Control de Operativo Ambiental intimó a A. S.A.I.C. -mediante Nota Nº 433/08 fs. 21- a que inmediatamente informase al Organismo sobre el detalle del incidente

///

"*caída de alúmina desde la cinta transportadora en un sector del Muelle Almirante Storni"* del día 27 de Agosto; las acciones de remediación llevadas adelante a partir de la contingencia, así como las previstas para evitar la reiteración del hecho, y los programas de mejoras implementados o a implementar para optimizar la cinta transportadora de materias primas que ingresan al puerto y de todas las actividades de su descarga desde los buques.----------

------ 1.1.2.- El Subsecretario de Regulación y Control Ambiental del Ministerio de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable, ordena instruir el Sumario el 1 de Septiembre siguiente mediante la opugnada ***Disposición Nº 62/08*** (a fs. 19/20). Alude a una denuncia realizada en medios gráficos y audiovisuales de una "lluvia de alúmina", detalla la publicación del 28/08/08 en pág. 15 del D. J. -que se agrega a fs. 16- y se describe la crónica periodística: la alúmina dispersa es el corolario de los trabajos de descarga de un buque de materia prima a la empresa "productora de aluminio primario"; se registraron casos de personas que sufrieron afecciones por vía oral junto a la irritación de la vista, ocasionando perjuicios y malestar permanente; no se trata de un caso excepcional sino habitual que se detecta por la presencia de alúmina sobre los automóviles.----------

///---- Extrae datos de las Actas de Inspección ya reseñadas, particularmente los siguientes:----------

///

-que se constató que se estaba realizando la limpieza del sitio y que el encargado del área de recepción, expedición y puertos de A. S.A.I.C. Sr. F. W. había manifestado que ***no creyó necesario dar aviso dado que no hubo desperfectos en los equipos; -que era la primera vez que se daba un hecho de tal magnitud y características***, si bien era usual la pérdida de alúmina en cantidades poco significativas, conforme la responsable de seguridad y medioambiente de la A. P. en Puerto Madryn.---------

------ Consideró el funcionario aplicables, frente al hecho, los siguientes preceptos de la Ley Nº 5439 –Código Ambiental (DJ Ley N° XI 32):------
-art. 100 inc. m), en cuanto establece la atribución de la Autoridad de Aplicación de investigar de oficio o por denuncias de particulares las acciones degradantes o susceptibles de degradar el ambiente;----------
-art. 39, que establece que ***ninguna persona física o jurídica podrá arrojar, abandonar, conservar o transportar desechos cuando los mismos pudieren degradar el ambiente en forma incipiente, corregible o irreversible, o afectar la salud pública.***----------
-art. 38 que declara ***obligatoria la adopción de las medidas necesarias para la preservación de las condiciones naturales de las aguas superficiales y subterráneas, del aire y la lucha contra la polución.*** Encontró esto vinculado con el deber de preservar el ambiente establecido en el art. 41 de la Constitución Nacional y art. 109 de la Carta Provincial interpretando ***“que lleva ínsito el deber de comunicar a las ///autoridades ante la producción de daño ambiental, o ante el riesgo o peligro de que se produzca”.***

------ Transcribió la preceptiva sin añadir nada más que lo apuntado.------

///

------ Resolvió encuadrar el hecho como una “***presunta infracción a los artículos 38 y 39 de la Ley Nº 5439”*** **-**Código Ambiental. Designó como sumariante al Director de Control de Operativo Ambiental Comarca VIRCH… Lic. Esteban Adrián PÉREZ PARRY, y otorgó un plazo a A. S.A.I.C. a fin de que presentara descargo, ofreciera y acompañara prueba, bajo apercibimiento de tener por presunta la verdad de los hechos descriptos en los considerandos.----------

------ 1.1.3.- La empresa efectuó una presentación en respuesta a lo solicitado en aquella Nota Nº 433/08 -ya relatada- presentó un Informe el día 3 (fs. 27/35) y su descargo el 8 (fs.36/49) en Septiembre de 2.008. El primero lo volcó en este juicio en el capítulo “II-Hechos”.----------

------ Admitió el hecho.- Describió como una “operación normal” la descarga en Puerto Madryn de 38.000 toneladas de alúmina efectuada los días previos.- Estableció que a las 8hs. del día 27 de Agosto le informaron el evento, que el personal de A. verificó que era alúmina; que no se trató de un derrame sino de una voladura de material pulverizado que por efecto del viento se dispersó y se depositó en una amplia superficie resultando más notorio por las pequeñas acumulaciones ///junto a los cordones y ranuras de veredas que facilitan su asentamiento. Adjuntó fotografías.----------

///

------ a) Manifestó A. que se comunicó con la APdPM -el día 27- en el marco de un Procedimiento de Comunicación que tienen entre ambas acordado para “de este tipo de eventos”. Remite al Anexo II que contiene el “Instructivo IN-SGI-003” (fs. 57/59), que determina el cómo se efectúa la comunicación entre ambas.- Del relato y su síntesis en dos cuadros “A” y “B” claramente surge que sólo se comunican entre sí. El grupo integrado por Auxiliares de Puerto, Jefe de Operaciones y Coordinador de de Seguridad y Salud Ocupacional de APdPM transmite sus inquietudes a A. y ésta brinda las respuestas y acciones.---------

------ b) Justificó A. ***la causa*** de esa voladura de alúmina, en que **estaba abierta una de las 24 tapas de las bocas de sondeo existentes; la del Silo -de alúmina- Nº O explicó- fue la “*secuela de la presión positiva que se produce en el interior del silo cuando simultáneamente ingresa material y se fluidifica el fondo para extraer la alúmina destinada a la producción”.* Aporta una fotografía (fig. 6) de la tapa de sondeo que cuenta con un dispositivo de boqueo que en esa ocasión *“fue superado por la presión que se alcanzó en el interior del Silo Nº 0”.* En una tabla (fig. 7) indica las direcciones del viento los días 26 y 27 de Agosto de 2.008 y dice que provino del Oeste con intensidades medias de 15 a 25 km/h, unos 6 metros por segundo. Aclara que tal intensidad es suficiente para mantener las partículas de alúmina en suspensión y transportarla los 200 metros que la separan el techo del Silo Nº 0 y el sector de ingreso del Muelle Storni. Añadió que en éste la principal actividad es**

///

operar -unos ///150 días/año de trabajo continuo, aclara- productos áridos a granel como alúmina, coque y brea, material que en conjunto por año-ejemplifica en el año 2008- se movilizan más un millón de toneladas: 800 mil de alúmina, 200 mil de coque y 30 mil de brea. Advierte que en este contexto operativo y dadas las condiciones meteorológicas de la zona, con vientos intensos del oeste, es factible que esporádicamente se produzcan eventos como el ocurrido el 27 de Agosto de 2008 con voladura de alúmina.----------

------ c) Luego, describió A. qué ***acciones se habían realizado en el lugar del hecho cuando se produjo*****:** colectar la alúmina con una barre-aspiradora, y ***como medida preventiva, a fin de evitar la repetición del evento, había reemplazado el dispositivo de bloqueo de la boca afectada y verificado el correcto funcionamiento de las 23 bocas de sondeo restantes.***----------

------ d) Adjuntó a su descargo un croquis de ***la Red de Monitoreo de calidad del aire*** (fs. 63), que manifestó operar en conjunto con la Municipalidad de Puerto Madryn -Secretaría de Ecología y Medio Ambiente- y con el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut.----------

------ e) Adunó argumentos dirigidos a negar que el hecho provocara daño al ambiente ni que provocase afectación o riesgo a la salud de las personas.- Sostuvo que siempre cumplió con los controles operativos ///pertinentes, que cuenta con planes de contingencia adoptando medidas correctivas y preventivas ante eventuales fugas para evitar daños al ambiente o a las persona, por lo que entendía no correspondía aplicar los arts. 38 y 39 del Código Ambiental, ni sanciones administrativas. Aseguró que si bien podía acreditar una conducta corporativa responsable, no la ponía a salvo de situaciones excepcionales para las cuales se encuentra preparada y dispuesta a mejorarlas. Estimó configurado un exceso de punición, solicitando que no le fueran impuestas sanciones atendiendo a sus argumentos de hecho y derecho y solicitó que evaluada la prueba se archivasen las actuaciones. Adunó doctrina y jurisprudencia relativa a sustancias que no constituyen "residuos peligrosos".----------

------ 1.1.4.- El desarrollo del sumario exhibe que se otorgó amplia participación a A. después de que presentara su descargo e Informe Técnico.----------

------ ***Desde ya hago manifiesto, que la actividad instructoria estuvo dirigida a la demostración de las consecuencias que el art. 38 de Ley XI N° 35 -que he transcripto en 1.1.2- imputan al comportamiento, mas que al comportamiento mismo.- Esto es, la degradación del ambiente, la afectación de la salud pública, coadyuvantes a la tipificación de la falta.***----------

///

------ a) Como resultado de la informativa ordenada, a fs. 70 la Lic. N. H. –como se dijo Coordinadora de Medioambiente en la A. P. P. M., ///brevemente, informó que *sólo una persona manifestó molestias respiratorias*, concurrió a un médico particular, no presentándose éste en el médico laboral contratado por esa A., ni faltando a su puesto de trabajo. Que no se produjo, ni se evaluó realizar, interrupción alguna en las actividades normales el día 27 de Agosto de 2008.----------

------ b) A fs. 71/73 el Lic. Marcelo F. VACCARO, de la Dirección de Patologías Prevalentes y Epidemiología de la Secretaría de Salud provincial explicó, que según la bibliografía que consultó las principales vías de exposición de la alúmina pueden ser por inhalación, contacto con la piel y contacto con los ojos. Lo transcribo –también lo hace la actora- pues es altamente ilustrativo sobre los *efectos potenciales* de la alúmina sobre la salud de las personas, y porque ambas partes solicitan a esta Sala considerar este Informe para fundar su posición -con disímiles argumentos detallados en los Puntos I y II.-Dijo:----------
-Por *contacto con los ojos* -irritación mecánica- informó que *no lesionará permanentemente sus tejidos*. Hay riesgo leve durante una manipulación industrial o comercial.----------
-Por *contacto con la piel* manifestó que la *exposición* ***repetida puede*** *provocar sequedad o formación de grietas en aquélla*.----------
-Por *inhalación*, dijo que *el polvo puede ser irritante para el tracto respiratorio*. Aconsejó *“proveer una extracción apropiada en la maquinaria y en los lugares donde el polvo puede ser generado”*.---------

///

///-Por *ingestión*: informó que “*no son conocidos ni esperados daños a la salud en condiciones normales de uso”*. Hay riesgo leve durante una manipulación industrial o comercial.----------

-Sobre *efectos cancerígenos*, afirmó que *no contiene ninguna sustancia catalogada en IARC* (Internacional Agency for Research on Cancer), NTP (ational Toxicology Program), OSHA (Ocupation Safety and Health Administration), ACGIH (American Conference for Governmente Industrial Hygienists) or EU (Europenan Union).----------

-Distinguió *“efectos sobre los órganos Diana: pulmones”*.----------

-Condiciones médicas agravadas por la exposición: asma, problemas respiratorios.----------

-Precauciones Personales: evitar la formación de polvo. Retirar todas las fuentes de ignición. Asegurar ventilación apropiada. Utilizar equipo de protección personal.----------

------ c) A fs. 75/339 se agregó copia certificada de la causa seguida en el Juzgado Federal de Rawson “Sumario Instruido en averiguación de presunta infracción a la Ley 24.051 (Muelle Storni-Puerto Madryn” (Expte. Nº506-Fº322-Año 2.008), que se inició a solicitud del Fiscal.- La citada, Ley de Residuos Peligrosos.----------

------ En la misma en el que se produjeron numerosas pruebas: toma de muestras en el lugar del hecho, pericia sobre éstas, informativa, testimonial, ***siempre -insistiré- más con relación a las consecuencias imputables a los comportamientos que coadyuvan a constituir falta***, pues debe tenerse presente que en estos autos se investigan presuntos delitos previstos por aquella norma**.**----------

///

///--- c) 1.- Se toman muestras en el lugar del hecho el 28 de Agosto (ver croquis agregado a fs. 11 adjunto al Acta) a solicitud del Fiscal Federal en una causa iniciada antes, en el año 1997, justificando el Magistrado su petición en que había tomado conocimiento por el D. J. que una *"lluvia de alúmina afectó el trabajo portuario"* por un defecto en la cinta transportadora.----------

------ Se practicaron dos pericias sobre esas muestras. Una, por el INTI (Instituto Nacional de Tecnología Industrial -fs. 279/284 Expte. judicial)- que concluyó en que ***las sustancias de las muestras no estaban incluidas en el listado de la Ley Nº 24.051***.----------

------ En este juicio, sobre esas mismas muestras practicó su Pericia el Ingeniero Químico especialista en Seguridad e Higiene en el Trabajo -ofrecida por A., a la que me referiré más adelante.----------

------ c) 2.- Se produjeron testimonios, que coinciden en la descripción del proceso en la cinta transportadora a un silo contenedor, a las que aludiré sucintamente y en lo que estimo de importancia.----------

------ Mencionaré la del Sr. L. F. O., empleado de A. **(fs. 181 y vta.)** ***acerca de la causa del hecho***, del cual dijo se enteró un día después.- Que revisó el equipo en el que trabaja y no encontró pérdida. Aclaró que el equipo consiste en la cinta transportadora y el equipo que aspira desde la bodega del barco hasta la cinta. Que ///después se enteró que resultó de

las investigaciones como cuenta el Informe, que la pérdida se produjo en una emisión en una boca de un silo. Ésta tiene un diámetro de un CD (Compact Disc), ***la emisión se produjo porque se abrió la tapa de medición de la boca y dijo ignorar cómo pudo haber quedado abierto*** añadiendo que ***no creía que se haya abierto con el viento.- Pudo*** – expuso- haber sido por el aire que sale del silo, o que al medir a través de esa boca la tapa haya quedado abierta. Que por sus conocimientos, ***lo más probable es que haya quedado abierta después de alguna medición y que no conocía cuándo se había hecho la última a través de esa tapa, que generalmente se hace antes de la descarga.- A través de esa tapa se mide la altura del silo para ver si está lleno***… Refirió que durante el procedimiento de descarga de alúmina, brea y coque, generalmente no se producen derrames, porque con el sistema de aspiración no hay posibilidades; que ***antes, el piso de la cinta transportadora era de tablones de madera y por las juntas caía alúmina que se desparramaba con el viento, pero esto fue modificado, ahora el piso está cubierto de chapa y se puso una goma en los pasillos laterales y ya no hay derrames.***----------

------ También la de la Lic. N. H. –funcionaria ya nombrada así como su función (fs. 169/176), que expone **que cuando arribó al lugar el día 27 de Agosto de 2008 y vio alúmina en el cordón de la vereda *le pareció que no era “un escape de cinta”* -transportadora- sino algo “fuera de lo común”. Explicó que dichos “escapes” se producen durante el diez por ciento de la descarga de la alúmina -a más de brea y coque- en el Muelle Storni hacia la planta de A. Por esto está la cuadrilla**

///

que va limpiando lo que cae y se está haciendo una obra ///de cerrado total de esa cinta, para evitar que ocurra. Tienen que recuperar el material, no lo pueden "manguerear" porque caería al agua -advirtió. Que cumplió con el procedimiento acordado con esta Empresa "para eventos medioambientales", la que respondió enviando la barredora de la empresa M. ***Solicitada una investigación de las causas de la presencia de alúmina*** **le respondieron por mail -posteriormente por Acta, aclaró- que** ***se había detectado una falla del sistema de cierre de un venteo*****. Dejó entonces la dicente "cerrada la acción remediativa del evento particular", porque consideró que fue un evento poco común en el que se tomaron medidas preventivas y correctivas correspondientes.-------**

------ Adjuntó a su testimonio un detalle del Sistema de Acciones -que reseña las comunicaciones entre A. y la APPM que describió en su declaración- y cuatro Actas de Comprobación labradas por personal de la APPM el 27/08/08 y A. entre las 8:15 y 8:30 horas, en dos de las cuales se dejó constancia de que la alúmina esparcida produce picazón de ojos y dolor de garganta, deterioros en los filtros de aire de los vehículos, además de rayaduras de los vidrios al meterse en los burletes de los levanta-cristales y al accionar los limpia-parabrisas".----------

------ El testigo R. G. R., Secretario Gremial de la A. d. P. d. F. A., A. G. D. P. A. (A.) **(fs.** 162/168) **afirmó que fue *la primera vez que observó gran cantidad de alúmina esparcida y en suspensión, que ///había viento*, acotando que es normal ver algo de alúmina esparcida en las operaciones habituales.------**

------ Relató el testigo que fue a verlo el Ingeniero Z., responsable de medio ambiente de A., a increparlo porque se había hecho pública la noticia del infortunado hecho, diciéndole "que por cinco minutos de fama los sindicalistas hacíamos cualquier cosa"; que Z. y W. a cargo del control del área operativa eran los responsables el día de la voladura de alúmina.----------

------ El Sr. T. S. E. controlador operativo de la APPM (fs. 178/180) declaró que se habían efectuado varios reclamos por otros hechos que se vienen repitiendo, pero que ***el del 27 de Agosto -de 2008- "es un caso que no se había visto antes"***, aunque normalmente se produce voladura de alúmina cada vez que ingresan los barcos y se descarga.- Relató que los controladores hacen un rondín a la noche por todo el perímetro de la costa, y la madrugada del 27 de Agosto a las cinco y media de la mañana observó esta situación.- Que uno de sus compañeros, F. T. tenía irritación en los ojos.- Apreció que la alúmina venía de los silos y manifestó que se comunicaron con A..- Interrogado acerca de las ***causas de la voladura*** respondió que se dijo que había quedado abierta la tapa de un silo, pero que a su juicio, ***el diámetro del caño cuya tapa supuestamente estaba***

///

abierta “no podría haber largado tanta alúmina como había esa madrugada”. Contrariando lo dicho por O. sobre el piso de la cinta transportadora manifestó que ***es de tablones de madera, que en sus ///uniones tienen ranuras por las que cae la alúmina, que se vuela y esparce a todos lados***.----------

------ El Sr. E. G. (fs. 215/216 vta.), quien manifestó estar de franco durante los días de Agosto en que se produce este incidente, ***alude a otro acontecimiento acaecido con posterioridad -el 16 de Septiembre- con efectos similares*** y consecuencias de irritación a la vista y la garganta.----------

------ M. F. T. –Licenciado en Informática y empleado de la APPM (fs. 307/308 vta.), la persona en que se coincide fue la más afectada, describió el hecho y afirmó que al entrar a su oficina notó ardor en los ojos, picazón y en la nariz un fuerte ardor que le hacía dificultoso respirar, y también a otros compañeros.- Que ese día fue a visitar un médico particular, el Dr. F. M., quien le diagnosticó un estado de alergia e irritación de las vías respiratorias, recetándole antialérgicos.----------

------ c) 3.- En esta causa consta asimismo, que el Sr. Intendente de Puerto Madryn remitió al Juez Federal mediante informativa como “documentación obrante en la Secretaría de Ecología y Medio Ambiente de este Municipio”, la obrante a fs. 309/333.- Surge de ella que el

1/09/08 (fs. 323) el Secretario de Ecología del Municipio solicitó a A. que realizase modificaciones en la cinta transportadora de ese muelle para evitar la pérdida de alúmina que desde los buques traslada a ///su planta. Justificó su petición en el derrame del 27 de Agosto y el derrame de coque ocurrido el 31 del mismo mes. Añadió que atento que en el cronograma de la Empresa figura el 3 de Septiembre la **descarga del buque K. A. de 40.000 toneladas de alúmina, a fin de evitar inconvenientes, arbitre medidas a fin de que esa descarga lo sea sin pérdida del material en la zona circundante.- Se sugirió que en vistas de las situaciones presentadas, con anterioridad al comienzo de las operaciones del buque debería realizarse una prueba con el objeto de corroborar el correcto funcionamiento de la cinta transportadora. Le ofrece a la empresa que se comuniquen para coordinar horarios para dicha prueba.----------**

------ El Señor Intendente adjuntó Actas de Constatación del 28/08/08 (fs. 309 y 310) en el muelle Storni, en las cuales se describió como un *hecho extraordinario e inusual en cuanto al volumen disperso en el lugar,* el observado desde el día 27 de Agosto a partir de las 7 de la mañana. Se alude en la segunda a *roturas en la chapa de la cinta transportadora*, acompañando un gran número de fotografías del sector, *describiendo que a las 10 horas de ese día ya se encontraba limpio, con escasa evidencia*.----------

///

------ A. respondió a esta Nota (fs. 324) mediante Informe del mismo tenor que el presentado en el Sumario con su descargo, Y brindó a las autoridades municipales la misma explicación que en aquél: la tapa de la boca de sondeo del silo Nº 0 se abrió porque superó la presión alcanzada en el interior de dicho silo y el viento del Oeste con intensidad entre 15 a 25 km/h -adjuntó tabla- fue suficiente para mantener en ///suspensión la alúmina y la transportó los 200 metros que separan ese silo del sector de ingreso al Storni.----------

------ c) 4.- Se libró Oficio a las autoridades de A., a fin de que informara la nómina de operarios que intervinieron en la actividad de carga y descarga del 26 de Agosto de 2008, respondiendo A. a fs. 233 con ocho (8) nombres.- Sólo uno –O.- fue llamado a declarar.-

------ c) 5.- Finalmente, cuando el Señor Juez Federal analizó las pruebas consideró que no se trataba la sustancia analizada en las muestras de ninguna de las incluidas en la Ley Nº 24.051, y justificó en atención a las figuras penales de ésta, relativas a residuos peligrosos, que los hechos examinados eran objetivamente atípicos en ese ordenamiento. Sostuvo que podría estarse “ante la presencia de delitos penales de competencia de la Justicia Ordinaria”, se declaró incompetente en razón de la materia y declinó la competencia a favor del Juez Penal de la Oficina Judicial de

Puerto Madryn, perteneciente al Poder Judicial de la Provincia del Chubut (conf. sentencia de fs. 286/289 vta. del Expte. Nº506/2008, recaratulado por el Ministerio Público Fiscal de Puerto Madryn “Caso 13.939 Ministerio Público Fiscal s/Investigación”).----------

------ El Juez Penal provincial, previa intervención del Sr. Fiscal General Jefe, se declaró competente, y ***ordenó archivar el caso atento que sólo uno de los testigos del hecho presentó molestias en su salud pero no certificación de las mismas*** (fs. 291, 292 y 306 Resolución de Archivo ///art. 271 CPP del 03/12/09, respectivamente, en ese expediente judicial).----------

------ 1.1.5.- Con referencia al hecho que acaeció después según el testigo G., el día 16 de Septiembre de 2008, las autoridades provinciales le solicitaron informes a la Empresa, respondiendo A. (fs. 344) que no fue convocada por las autoridades a resultas de lo referido por el Sr. G. en su declaración -remite a ésta.- Sostuvo que “careció de toda significatividad”, que la información que les llegó de las mediciones llevadas a cabo a partir de las manifestaciones de aquel empleado “no señalaron desvíos ni la empresa fue convocada para adoptar medida alguna ya sea correctiva o de simple limpieza”.----------

------ Solicitado informe al respecto la Lic. N. H. -**se le preguntó si después del 28 de Agosto de 2.008 acontecieron hechos similares- contestó que el 16 de Septiembre -de ese**

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

mismo año- recibió un Acta de Comprobación personal de Prefectura, se comunicó con ésta, con A. y una vez realizada la constatación, no se detectó alúmina en el ambiente.----------

------ 1.1.6.- Alegó A. sobre el mérito de la prueba el 18/03/09 (fs. 352/355 vta.) y el 15/04/09 incorporó al Sumario una Nota-documento producida por la Dra. S. G., médica, en la que aborda el análisis de los riesgos para la salud que puede producir la exposición a la alúmina (fs. 356/363).- Ello, con el objetivo de acreditar que la alúmina no presenta riesgos significativos de toxicidad aguda.----------

///--- En aquélla se desarrolla una evaluación “de riesgo para la salud de la exposición a alúmina (óxido de aluminio)”, que resalta entre otras características, que *“no se absorbe por membranas biológicas”*.----------

------ Describe bajo el título de “Efectos potenciales sobre la salud” un estudio de investigación con animales de experimentación, aclarando que la instilación intratraqueal no es una ruta de exposición a la alúmina habitual en humanos, por la saturación de los pulmones.----------

------La relación entre el tamaño de las partículas y sus efectos, la explica bajo el título “b) Evaluación de la relación dosis-respuesta” (fs. 361) y dice: como el óxido de aluminio es pobremente absorbido después de la administración por vía digestiva, respiratoria y dérmica, es esperable baja

toxicidad. Aún considerando la vía intraperitoneal, sugiere que la alúmina produce baja toxicidad aguda. Y conforme esa evaluación de riesgo asegura que la ruta de exposición más significativa es la inhalación y el efecto sobre la salud es la irritación de las vías respiratorias.- Sostiene que las regulaciones de exposición laboral establecidas por la MTESS y la ACGIH para alúmina es de 10 mg/m3, *"idénticas a las que se consignan para polvo molesto", permiten asociar efectos intensos (respuesta) en individuos sometidos a exposiciones altas (dosis).* Altas exposiciones generan además irritación en la piel y ojos si existe acción mecánica sobre ambos tejidos -señala.----------

///--- En el punto "c) Evaluación de la exposición" (fs. 362), la profesional efectúa un detalle de valores comparando el ***tamaño*** de partículas suspendidas en el aire o aerosoles -describe cuándo por su tamaño penetran en el árbol bronquial, en la región traquoalveolar del pulmón- aumentan enfermedades cardiovasculares y respiratorias. Reitera que el límite de exposición en Europa, ***por su tamaño*** es 10 mg/m3.----------

------ Valor éste, a fin de minimizar los valores de sobrecarga de alúmina en el ambiente que pueda ocasionar sobre el tejido pulmonar -completa en el punto d) Caracterización del riesgo" (fs. 362/363), aludiendo al empleo de dispositivos simples de protección respiratoria como mascarillas descartables y anteojos de seguridad para prevenir irritación de los ojos, en las exposiciones laborales.----------

///

------ Bajo el título “Neurotoxicidad” la Dra. G. explica que desde hace años *se asocia la exposición al aluminio con la enfermedad de Alzheimer.* La hipótesis es que puede causar, exacerbar o acelerar la enferemedad, por la exposición a niveles elevados de aluminio en el agua de bebida; pero sostiene que está controvertido esto y no está avalado con evidencia científica. La exposición a la alúmina -asegura- no está asociada con síntomas de neurotoxicidad.----------

------ En cuanto a “Carcinogenicidad”, recuerda que la Resolución del MTESS califica a la alúmina en categoría A4: *no clasificable como carcinógenos en humanos, pero no puede evaluarse de forma concluyente por ausencia de datos. Los estudios in vitro en animales no ///indican carcinogenicidad suficiente para clasificar al agente en cualquiera de las otras categorías.*----------

------1.7.- En mérito de estas probanzas, el 30 de Julio de 2009 el Subsecretario de Regulación y Control Ambiental del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable dictó la ***Disposición Nº 135*** (fs. 400/406).----------

------ Describió el desarrollo del procedimiento y parcialmente el contenido de algunas piezas y pruebas: las presentadas por A. SAIC -el descargo y el Informe médico-toxicológico del 15/4/09; aludió al Informe producido por la Dirección de Patologías Prevalentes y Epidemiología de la Secretaría de Salud provincial acerca de los efectos potenciales de la

alúmina sobre la salud según cuál fuera la vía de exposición (fs. 71/73 que oportunamente describí – punto 1.1.1).----------

------ Consideró relevante y pertinente la prueba testimonial -antes resumida.- Específicamente en orden a las consecuencias de la voladura de alúmina sobre la salud; analizó el informe del Sumariante y el Dictamen del Asesor Legal, y concluyó en que:----------
-La Empresa nunca dio aviso de lo ocurrido a ese Ministerio hasta que se le consultó al respecto.----------
-El personal de la APPM declaró en reiteradas ocasiones que la voladura de alúmina es un hecho reiterado y hasta común.----------
///-La Secretaría de Salud informó que la alúmina si bien posee un riesgo leve en la manipulación industrial, puede ocasionar irritación en la piel, ojos y mucosas, acarreando problemas respiratorios y asma.----------
-Que si bien la Coordinadora de la APPM manifestó que ninguna persona debió ausentarse de su trabajo, un empleado sufrió afectaciones atendiéndose con un médico particular (se refiere a T.).----------
-Compartió el exhaustivo análisis de las actuaciones el Asesor Legal que aconsejaba sancionar a A. SAIC por infracción al art. 38 de la Ley Nº 5439 al encontrarse probado que incumplió ésta el deber de informar a las autoridades competentes sobre el incidente del 27 de Agosto de 2008; y por infracción al art. 39 de esa Ley por cuanto se encontraba probado en las actuaciones que se afectó la salud pública como consecuencia de ese incidente.----------

------ Justificó la aplicación del art. 38, vinculándolo con el deber de preservar el ambiente previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional y

///

art. 109 de la Constitución Provincial ***"que lleva ínsito el deber de comunicar a las autoridades ante la producción de daño ambiental, o ante el riesgo o peligro de que se produzca***", no obstante lo expuesto por la Empresa sobre su actitud de colaboración.----------

------ Encontró configurados dos aspectos comprensivos de las medidas preventivas a que hace mención dicho art. 38: el primero, el deber de comunicar ante las autoridades la producción de daño ambiental, o ante el riesgo o peligro de que se produzca -insiste.- El segundo: *la Empresa contaba con los elementos técnicos necesarios para evitar el daño o disminuir el riesgo; dijo que los silos que contenían la alúmina al ///momento del incidente contaban con dispositivos de bloqueo y* ***"resulta acreditado que A. SAIC poseía un plan de contingencias que fuera aplicado en el incidente que motivó el inicio del presente sumario".***-----
---

------ Respecto de la infracción al art. 39 reprodujo el Dictamen del Asesor Legal, que indicó que resultaba "vital" conocer los efectos de la alúmina sobre el ambiente y/o las personas y estableció ***que no estaba demostrada la degradación al ambiente en forma incipiente, corregible o irreversible como lo prevé ese precepto***; pero sí encontró ***"evidente y probado que la alúmina afecta la salud de las personas".*** Que para que exista esta afectación no resulta excluyente que haya sido producida por procesos químicos, que puede ser por procesos físicos o mecánicos como se señala en el Informe de fs. 358/363, remite.----------

///

------ Finalmente y por ello, resolvió -primero- sancionar a la empresa A. SAIC con una multa de $150.000 *“por infracción a los arts. 38 y 39 de la Ley Nº 5439 (hoy Ley XI Nº35)”* por aquellos fundamentos en relación al incidente ocurrido el 27 de Agosto de 2008 en el muelle Almirante Storni de la ciudad de Puerto Madryn (art. 1º).----------

------ Además, dispuso dos medidas ordenatorias a cumplir bajo apercibimiento de aplicar las sanciones que correspondiesen.- En el art. 3º, a la Empresa y a la APPM que *“dieran aviso de inmediato al Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable sin ///necesidad de requerimiento por parte de una autoridad, ante cualquier evento de voladura de alúmina y/o cualquier otro evento similar”*.- En el art. 4º intimó a A. SAIC a que en el perentorio plazo de treinta días corridos presentara ante esa Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental *“un proyecto técnico destinado a analizar y aplicar las medidas técnicas idóneas y suficientes a los fines de evitar eventuales sucesos de voladura de alúmina, independientemente de su magnitud…”* Además que “El mencionado proyecto deberá contar con la previa aprobación de este organismo”.----------

------ 1.8. Planteó esa empresa Recurso Jerárquico y Directo en Subsidio (fs. 412/425); los agravios que expuso se asemejan a los que describió luego en esta demanda. En presentación de fs. 428/434, manifestó cumplir con el art. 4º de la Disposición Nº 135/09, describiendo el conjunto de medidas técnicas y de procedimiento que tiene

///

implementados a fin de evitar sucesos de voladura de alúmina en el proceso de descarga de esta materia prima:----------
-1 “descargador neumático” (GD02).----------
-2 “cinta transportadora muelle-silo (cinta ET1-2) confinada”.----------
-3 “confinamiento del sector de motores y contrapeso de la cinta ET1-2”.
-4 “sistema de cerramiento de las bocas de sondeo de los Silos”.----------
-5 “Procedimientos de comunicación entre la A. P. d. P. M. (A.) y A.”.----------

------ Los Recursos fueron rechazados por Resolución Nº 40/09 (fs. 447/450) también nulidicha.- Se consideró en este acto administrativo esta presentación efectuada, aclarando que no se había procedido a su ///evaluación y eventual aprobación “atento la necesidad de resolver el recurso administrativo previamente interpuesto”. El análisis efectuado es simplemente confirmatorio de la decisión adoptada.----------

------ No consta que se hubiera evaluado posteriormente en el expediente que contiene el Sumario la presentación de esas “medidas” que deberían evitar eventuales sucesos de voladura de alúmina.----------

------ Así culmina el procedimiento administrativo.----------

------ 2.- En esta causa, testimonian dos Ingenieros.- El primero – Metalúrgico y Laboral M. (fs.125/126 y vta), quien describió la forma en que se produce la descarga de las bodegas de los buques: una grúa

succiona desde una bodega con una aspiradora y la descarga en la cinta transportadora, que está cerrada en todo a lo largo del muelle, y la lleva hasta los silos de A.- y aseguró que la alúmina no tendría que afectar a las personas ni al ambiente por ser un material inerte, un óxido estable como la tierra o la arena, no soluble en agua ni en grasa.----------

------ El segundo – Ingeniero Químico y en Seguridad e Higiene en el Trabajo C. (fs. 127/128) coincidió en esto último y en la reseña del proceso de descarga con el testimonio ya descripto, calificando la alúmina como materia prima en la producción del aluminio.----------

///--- Se produce una pericia toxicológica a cargo del Ingeniero Químico especialista en Seguridad e Higiene en el Trabajo José María MOLINA, que se expide a partir de las muestras recolectadas por orden del Juzgado Federal.- Más allá de la crítica de la forma en que fueron tomadas (con escobillón de uso doméstico en lugar de ser aspiradas), determina que hay alúmina en dos de ellas, y desde el punto de vista toxicológico, aludiendo a una Resolución del Ministerio de Trabajo que contiene una Tabla Anexa de concentraciones máximas permisibles según peso y tamaño para establecer sus efectos irritantes sobre pulmón, vías aéreas y carcigenocidad.----------

------ Luego, en cuanto a los riesgos para la salud, tomando una ficha internacional de seguridad química con un resumen (fs. 157 y vta.), concluye de una forma similar a la ya expuesta en los informes del sumario y testimonios en éste y en autos: irritación de los ojos y tracto

///

respiratorio superior como efectos de inhalación de corta duración, describiendo medidas de prevención.----------

------ En el caso, afirmando que las personas del PNA u otras próximas al lugar del hecho debería haber tenido disponibles equipos de protección para minimizar el riesgo, estima que la afectación ha sido puntual, localizada, y sin consecuencias agudas o crónicas para los afectados.------

------ Hago un paréntesis, para destacar que sobre la importancia del tamaño de la partícula, que debe decirse, *no consta se hayan medido en el caso*, el Consultor Técnico de la demandada, Dr. A. P. (informe a fs. 163/178), es clarísimo en su exposición cuando dice que la toxicidad ///está con ello relacionada, siendo las más pequeñas las de mayor efecto tóxico. Distinguió que en general se toma el valor de 10 um, asignado como valor de corte para indicar como “fracción no respirable” las partículas mayores de ese valor, y la “fracción respirable” las menores del mismo, pues éstas no son retenidas en la región nasal ni en la región toráxico y tienen capacidad para penetrar en la región alveolar del pulmón. Pero, las mayores de 2,5 um pueden ser eliminadas por el moco mediante un movimiento tipo elevador hacia arriba, a las regiones ciliadas donde se podrían eliminar por medio de estornudo o tos y pueden pasar al tracto gastrointestinal. Las partículas de 2,5 um y más pequeñas son las más nocivas pues penetran a los sacos alveolares con posibilidad cierta de daño de los pulmones y pueden ser absorbidas a la sangre.-------

///

------ Partiendo de considerar que ***consultó sobre ello a la misma Empresa A.*** informándosele que las que adquiere -y por ende "volaron"- se encuentran en un rango de mayores de 50 um a menores de 150 um, concluyó que de asumirse este dato, la mayoría de las partículas podrían ser retenidas en las fosas nasales o en el tracto respiratorio superior; y de acuerdo a la dosis inhalada podrían causar irritación pero no ingresarían significativamente a los sacos alveolares.----------

------ Siguiendo con la pericia, en cuanto al ambiente, indicó que no deberían existir efectos nocivos ante "la supuesta escasa cantidad derramada", explicando que se podría afectar el mar pero en acumulaciones progresivas, y cómo.- Y respecto de la atmósfera, no se da ///consumo de oxígeno ambiental…en esas condiciones no se comporta como agente reductor ni secuestrante químico.----------

------ Luego alude a las instalaciones que visitó con los consultores técnicos de parte, describió la cinta transportadora -cuyo piso es de madera revestido de goma- los laterales en parte mampostería y en parte de chapa al igual que el techo, y para minimizar la fuga de material por entre las ondas de las chapas acanaladas se ha colocado a lo largo del trayecto goma aislante.- Advierte algunos huecos en chapas rotas o desplazadas, pero no significativo el defecto en el conjunto.----------

------ Reproduce la explicación de las causas de este evento que oportunamente dieron los técnicos de A.----------

///

------ Afirma ***“la alúmina es materia prima para la obtención del aluminio primario. De ninguna manera debe ser considerada desecho industrial”*** y destacando que no se encuentra definida en el Código Ambiental la expresión “desecho”, ni figura como residuo peligroso en el Anexo II de Ley Nº 24051, acude al diccionario Larousse: cosa que se excluye, rechaza o menosprecia e ideas afines.----------

------ La Consultora técnica de A. es la profesional que suscribe el informe que se acompañó a fs. 356/363 del sumario, que antes he relacionado (punto 1.1.6) y se expide prácticamente en los mismos términos (fs. 145/146).----------

///--- II.- A la particular materia en conflicto me he referido largamente en la SD Nº 01/SCA/12 (“T…”), y a este análisis he de remitirme en honor a la brevedad.- Me referí allí al Derecho al Ambiente, a su incorporación al orden constitucional, a su evolución.- Mencionaba que Tomás HUTCHINSON define el “daño ambiental” como “*todo menoscabo material que sufre el ambiente o sus procesos naturales* ***provocado por una conducta humana antijurídica y que genera efectos negativos actuales o potenciales”*** y a*dvierte, que desde 1994 existe un orden público ecológico que puede ser definido como "la ausencia de hecho o actividades capaces de degradar o dañar ilegal o irreglamentariamente el ambiente en tanto que bien*

jurídico.- Y que tal orden público ecológico es una categoría jurídica que legitima la potestad (poder–deber) ordenadora del Estado en materia de conservación, defensa y mejora ambiental. En particular, funciona como base o fundamento para el ejercicio de facultades normativas (poder de policía) que se traducen en prohibición, restricción y control de actividades capaces de degradar o alterar el bien jurídico ambiental. ...es la base ideológica que legitima -y exige- todas las medidas de control, regulación, vigilancia y prohibición de esas actividades, es decir la llamada policía administrativa en lo ambiental o policía ambiental" (Conc.: "Daño Ambiental – Tomo I – Rubinzal-Culzoni págs. 202/203, 185, 208).----------

--- Poder de Policía -seguía- susceptible de manifestarse en función legislativa – imponiendo limitaciones y adecuaciones a los derechos ///individuales de propiedad y libertad, relativos y sometidos a regulación de conformidad con la Constitución Nacional (art.28), y contempladas en el mismo art. 109 de la Provincial ya transcripto, en razón de las exigencias de bien común o interés general- ya que "es el legislador por medio de las

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

leyes quien puede restringir legítimamente los derechos de las personas, cuando persigue un interés público o colectivo; es decir, el poder de regulación debe armonizarse y equilibrar el interés individual (derechos) con el interés colectivo (otros derechos). Si bien el Estado puede, en ejercicio de su poder de policía, reglamentar los derechos constitucionalmente reconocidos a los individuos, tal facultad encuentra su límite en la prohibición de alterar la sustancia de tales derechos (art. 28°, CN). En otras palabras, la reglamentación debe ser razonable, en el sentido de que el medio escogido para alcanzar el fin perseguido por la norma debe guardar proporción y aptitud suficiente con ese fin (BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada, Ediar 1997, p.597 - Conc.: Carlos F. BALBÍN- "Curso de Derecho Administrativo- 1ª. Ed. 1ª. Reimp. Bs. As. LL, 2008 - Tomo I - pág. 765/766 - Nota 12).- Y en función administrativa, esto es, en "acciones" de policía desarrolladas en cumplimiento de aquella preceptiva, por los medios de ejecución, esto es, autorizaciones, órdenes, contralor preventivo,

///

coacción, represión.----------

------ Más allá de la responsabilidad civil derivada de daños ambientales, que marcha en dirección a la objetiva con tendencia a influir en la administrativa, asentada -como lo decía en ese pronunciamiento- por los Pactos Internacionales en los principios de prevención, precaución, sustentabilidad... el que contamina paga... la presunción de //responsabilidad del daño por oposición a la de inocencia connnatural al Derecho Penal Administrativo, la inversión de las cargas probatorias, los que con matices, se trasladan al campo del Derecho Público, y sobre cuya base los administrativistas laboran para obtener reglas apropiadas, que las legislaciones (variadas en materia de ambiente) suelen receptar, manifesté estar convencido, que no es posible desasirse de las bases esenciales que caracterizan el Derecho Administrativo Sancionador.------

------ Por ello, más adelante recordaba, los lineamientos que di en la S.D. N° 8/SCA/06 (“P…”) sobre aquél, en los que me reitero en lo que resulta aplicable al sub-lite: “…la Policía, el Poder de Policía, sus límites y características del Derecho Disciplinario o Sancionador… coincide en la

///

aplicación -con ciertos matices- de los principios inspiradores del Derecho Penal al campo del Derecho Disciplinario, lo que de algún modo suple -dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ con citas del Tribunal Supremo de España- la “inmensa laguna” que supone la ausencia de un cuadro normativo general que defina los principios generales de funcionamiento de estas sanciones (Curso de Derecho Administrativo –Civitas- Tomo II – pág. 168). Describen los autores, el principio de legalidad -nullum crimen, nulla poena sine lege”- indicando la necesidad de que la Ley formal regule este ius puniendi del Estado. ***La definición de la conducta y las sanciones***, deben estar previstas en la Ley, sin perjuicio de la posibilidad de la Administración de reglamentarla de manera subordinada. Esta exigencia… se conecta con el ***principio de tipicidad***- que se aplica a la infracción, entendida tal como la descripción ///legal de la conducta específica a la que se conecta la sanción administrativa. ***Esta especificidad de la conducta a tipificar deviene de una doble exigencia: del principio general de libertad (art. 19 CN) que impone que las sancionables sean excepción al mismo,*** y de la correlativa exigencia de seguridad jurídica que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos.- En consecuencia, ***no hay cláusulas genéricas o indeterminadas de infracción,*** y ***no se permite al órgano de aplicación actuar con excesivo arbitrio*** y no con el prudente y razonable que permite ***la especificación normativa***”.----------

///

------ Sintetizando, y atendiendo a los conceptos de GARCÍA DE ENTERRÍA, ***no hay infracción ni sanción administrativas posibles sin Ley que las determine***, de una manera previa. La infracción administrativa define el ámbito de lo lícito, el límite de la libertad; la sanción administrativa, por su parte, habilita a la Administración a operar una privación de bienes y derechos sobre el administrado, bienes y derechos que tienen en la Ley su título y su garantía. ***Sólo la Ley puede legitimar la potestad sancionatoria de la Administración y su medida concreta.***----------

------ III.- Expresaba en el fallo a vengo aludiendo, que e**n uso de las facultades que le son inherentes, la Provincia del Chubut en función legislativa, sancionó el Código Ambiental mediante la Ley N° 5439 (DJ Ley XI N° 35), fijando en el artículo art. 1° su Objeto y el ámbito de aplicación; en el 3° determina, conforme el marco de derechos y ///garantías establecidos por la Constitución Nacional y Local y los principios generales contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 en política ambiental, los propios criterios (enumerados en 9 incisos) y define en el inciso i) cuatro principios en los que esa se basa donde el Punto 1° expresa "…prevención, atendiendo prioritariamente a las causas de los problemas que afecten o pudieran afectar al ambiente, la diversidad biológica y la salud de las personas, y luego a las consecuencias". Continúa reglando, en el art. 4°, qué comprende por preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente a los efectos del plexo normativo**

///

y señala en 11 incisos -en el art. 5to.- que el Poder Ejecutivo garantizará (entre otros) "…inc. e) en las restricciones y controles se priorizará …las medidas preventivas que eviten y/o disminuyan el daño ambiental, más que la sanción del daño producido…, j) la prohibición, corrección o sanción de las actividades degradantes del ambiente propiciará una progresiva disminución de los niveles de contaminación…".----------

------ En el Título II "De la Protección de las Aguas y el Aire" contempla en el Capítulo I "De las Medidas Protectivas", declarando -art. 38°- obligatoria la adopción de las medidas necesarias para la preservación de las condiciones naturales de las aguas superficiales y subterráneas, del aire y la lucha contra la polución de los mismos.----------

------ En el art. 39° se prevé como prohibición: ninguna persona física o jurídica podrá arrojar, abandonar, conservar o transportar desechos ///cuando los mismos pudieran degradar el ambiente en forma incipiente, corregible o irreversible, o afectar la salud pública, definiendo inc. i) a la "polución" como *cualquier desmedro* que se ocasione en la calidad del aire o de las aguas superficiales o subterráneas o del suelo como consecuencia de la acción del hombre, produciendo efectos perjudiciales para la salud humana,

ecología y los intereses públicos y privados.- El art. 40 contiene otras dilucidaciones de los términos empleados, mas no lo ha sido el de “desechos”.----------

------ A otras conductas refieren los arts. 41 y 42 que no describiré aquí por ajenas al sub-lite.----------

------ Ambas normas primero referidas, de seguir al maestro del Derecho Administrativo Sancionador Alejandro NIETO, no constituyen estrictamente “tipos” de infracción, sino un mandato general -la primera- o prohibición -la segunda- que conforman un “pre-tipo”, que debe ser completado con otra norma que determine que el incumplimiento es infracción.- De la conjunción de ambas normas debiera surgir el “tipo” de infracción.- Lo ciudadanos deben conocer sus obligaciones y además, necesitan que se les precise la consecuencia punitiva del incumplimiento (Derecho Administrativo Sancionador - Tecnos - Segunda Edición ampliada – pág. 298).- Claro, así en la Madre Patria; aquí (no exclusivamente en esta materia) habremos de conformarnos con la deducción lógica del administrado de que si está ordenado o prohibido, si no se cumple… o se incurre en lo vedado, hay infracción, falta o contravención.----------

///

///--- Continuando con el análisis del Código, a partir del Título VIII se ocupa en el Capítulo I "De la Autoridad de Aplicación" de establecer que ésta recae en el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable (art. 99°) fijando sus atribuciones en el art. 100°. El X se titula *"De las Facultades Fiscalizadoras"* estableciendo en el Capítulo I -art. 131°- que aquella Autoridad ejerce el Poder de Policía en la jurisdicción provincial, encontrándose facultada, conjuntamente con los agentes autorizados, a realizar las inspecciones que sean necesarias para controlar el cumplimiento de las disposiciones del presente (art. 132°). El Capítulo II define el "procedimiento Sumarial" que debe llevarse a cabo, indicando que actuará de oficio o por denuncia (art. 135°) trámite en el que se aplicarán las normas del Procedimiento Administrativo Provincial (art. 136°).- Completando, el Poder Ejecutivo en función legislativa reglamentaria, emitió el Decreto N° 1282/08 (B.O. del 15.10.2008) reglando un procedimiento sumarial específico, que no se aplica a los hechos en autos debatidos por ser anteriores (Agosto de 2008) a su dictado y publicación.----------

------ En el Título XI -llamado DE LAS SANCIONES- sólo nos dice -Capítulo I- que *las multas* que se apliquen serán destinadas a solventar las erogaciones que originen la

organización y el funcionamiento de la autoridad de aplicación (art. 139°), que constituyen título ejecutivo a efectos de su cobro en vía judicial (art. 140°) y que "serán graduadas …conforme a la importancia de la contravención y podrán ser aplicadas en forma fraccionada y progresiva" (art. 141°).- El Capítulo II, se limita ///a *los vertidos prohibidos*- y contempla en el art. 146 la aplicación de la pena de multa a la "persona responsable" de efectuarlos.- ----------

------ Por ahora -como primaria conclusión de esta relación- dígase que el *principio de tipicidad*, de conformidad con los conceptos dados, está defectuosamente cumplido.----------

------- IV.- No es mi intención sobreabundar en aspectos teóricos, sin embargo he de dejar sentado otro principio del Derecho Administrativo Sancionador general, que aún en materia ambiental no puede ser soslayado.----------

------ Tal el ***principio de culpabilidad***, que deriva de la presunción de inocencia -recuerda Juan Carlos CASSAGNE- que en nuestro derecho resulta un corolario obligado del ámbito de la libertad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Este principio, combinado con el de razonabilidad, impide que una persona sea condenada sobre la base de una presunción, pues al carecerse de una prueba idónea que acredite el hecho cometido, el vacío no puede cubrirse mediante una deducción, por más lógica y racional que fuera, ya que en caso de duda, el precepto

///

conduce a elegir la solución más favorable al particular. Una consecuencia trascendente de aquella presunción es la necesidad de que se pruebe de manera efectiva la culpabilidad del particular (Estudios de derecho Público, Depalma, edición 1995, pág. 91).----------

------ 1.- Advertí en "T…" que la doctrina clásica en la materia, ***en orden a la culpabilidad,*** critica las tesis de responsabilidad objetiva ///que no requiere dolo o culpa en la conducta sancionable.- Recordé que la jurisprudencia condenó estos criterios desde fines de los sesenta, estimando que inclusive el error de derecho puede justificarse con una interpretación "razonable y no claramente absurda o temeraria".- A resultas -concluí- ***"la responsabilidad subjetiva viene siendo requisito para la sanción por hechos que constituyen infracción administrativa, opinión que en el país ha sido receptada por la Corte Suprema…y seguida por los tribunales inferiores*** *(vg. in re "Gocatolli..." – CNFCA – Sala IV – LL 1995-D-319)****"***.----------

------ También señalé la particularidad que presenta la materia ambiental: ***"justamente en este punto de imputabilidad subjetiva****, suele apartarse de estos criterios para sustentar justamente el contrario de* ***responsabilidad objetiva por el riesgo creado****, por extensión de los criterios civilistas dados en redor de las situaciones jurídicas ambientales.- Así, al menos inicialmente, dejando la posibilidad de excusación -según cierta doctrina- o exculpación -en otras"*, lo que aboné con la opinión de HUTCHINSON y a CONDE PUMPIDO,

quienes estiman que afirmar una responsabilidad por culpa supone, en cierta medida, fomentar los desastres ecológicos... (Conc. Ob. y autor citados, pág. 20/21 - me remito al precedente).----------

------ Resalté que en ese marco jurídico la responsabilidad del operador abarca no sólo el daño sino también ***el mismo riesgo de la cosa o actividad…*** y el daño es evitable, ya sea absteniéndose de realizar cierta ///actividad, o no realizándola en determinado lugar o tomando las medidas del caso si se decidiera realizar la actividad en cuestión. *(Ob. y autor cit.: pág. 71/72)”*.----------

------ 2.- Consideré siguiendo al mismo autor “***que hay actividades que conllevan un significativo riesgo de daño, que no hay posibilidad de eliminar el riesgo aún adoptando una conducta diligente,*** *que de cualquier modo son actividades útiles a la comunidad, y si la responsabilidad ambiental no fuera objetiva, y se fundara en la culpa, quedarían quienes las desarrollan como inculpables; de allí que se ha considerado que existe responsabilidad objetiva en materia civil, y en la esfera pública debe partirse del mismo principio (Ob. cit. – pág. 81).* Añadí que al referirse específicamente a ***la pena ambiental*** alude HUTCHINSON *a la* ***“responsabilidad sanción”, afirmando que para ella la intencionalidad como la ausencia de error es irrelevante; la infracción debe presumirse voluntaria, aunque puede considerarse para valorar las sanciones*** *(Ob.cit. pág. 283/297).-* ***Y sólo puede exonerarse –lo dije antes y lo he citado- cuando pruebe que se trató de “un suceso imprevisible o que previsto fue inevitable…”.***----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Aunque en opinión dispar -digo ahora- razona BIBILONI, ***hay situaciones en que el daño es inherente a una determinada actividad específica y resulta inseparable de ella, de modo tal que por su solo ejercicio el perjuicio deviene inevitable*** (ejemplifica con la minería, la recolección de residuos domiciliarios, la generación de energía nuclear), es intrínseco, y ***solo puede evitarse…evitándola***.- Y en tales casos, la posibilidad de daño debe determinarse *ex – ante*, cuando no ha ///empezado, a los fines de prevenir o precaver sus efectos, ya que una vez comenzadas, el daño será lógica y forzadamente su consecuencia fatal e irreversible.- (El Proceso Ambiental – Lexis Nexis – pág.110/111).----------

------ ¿Es el caso de A.? Porque necesariamente la alúmina y otros minerales deben ser traídos y descargados para producir aluminio…con el riego de su -al menos mínimo- desperdigamiento, que es lo que habitualmente ocurre según las constancias sumariales.- Nadie lo ha dicho.- Pero lo cierto es que aquello de la “responsabilidad sanción” con irrelevancia de conducta culpable por el solo efecto del riesgo, parece en este caso inaplicable, de tal suerte que en definitiva, una vez autorizada a funcionar, debiera la autoridad imponer -y la empresa adoptar- medidas protectivas técnicamente adecuadas para minimizar ese riego implícito en la actividad.- En el no hacerlo, estaría la infracción.----------

------ Ello -se dice- ha sido verificado las autoridades ambientales provinciales, a juzgar por los fundamentos de la Disposición Nº 135/09,

que afirma que A. adoptó medidas de precaución suficientes.- Léase el 23° Considerando que expresa: ***"la empresa contaba con los elementos técnicos necesarios para evitar el daño o disminuir el riesgo…los silos…contaban con dispositivos de bloqueo***…y lo que es más importante ***"A. SAIC poseía un plan de contingencias que fuera aplicado en el incidente*** ….que motivó el sumario.- Sin embargo, se le aplica el art. 39 por analizar que hubo afectación de la salud…-------

///--- 3.- Afirmé también, que el "apartamiento de las clásicas pautas de ejercicio de la policía administrativa, especialmente en orden a la aplicación de sanciones -esto es, la represión- ha de ser estipulado por la Ley.- Derivará de sus previsiones y hermenéutica el determinar si la norma ha adherido al criterio de imputación subjetiva, o simplemente a la objetiva por riesgo".- Interpreté que "en este sentido la Ley General del Ambiente N° 25.675 (BO 26/11/02) se inclina por la segunda (arts. 28 y 29), en lo que a responsabiidad civil respecta (al igual que la de Residuos Peligrosos N° 24.051).- Debe decirse además, que admite no sólo exoneración (caso fortuito, fuerza mayor) sino exculpación (por haber adoptado todas las medidas tendientes a evitarlo o culpa de la víctima o de terceros).- Estas previsiones, podrían inducir a una interpretación de ese tipo en el orden penal disciplinario, aunque la Ley se ocupa de deslindar ambas (art. 29) y poca jurisprudencia se encuentra en los anales y bases de datos" .----------

------ Concluía así en SD Nº 1/SCA/12 y advertía en mi voto que no veía que el Código Ambiental de la Provincia se inclinase en ese sentido; "mas bien al contrario…" -entendí- y en el caso debatido, la Provincia ha concordado al afirmar en la Disposición Nº 135/09 (penúltimo

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Considerando), por desestimar las argumentaciones de la defensa de A., que hay confusión entre responsabilidad civil y administrativa, que el presupuesto de esta última es la infracción a la ley o el reglamento y no la existencia de daño, citando los precedentes de las SD Nº 8/SCA/06 (“P.” que he citado) y 14/SCA/06 (“R…”), las dos de su publicación en Lexis, de tenor casi idéntico), que postulan la ///responsabilidad administrativa fundada en la legalidad, tipicidad e imputación subjetiva de las faltas.----------

------ V.- Ahora bien, la Disposición Nº 135/09, ha sancionado a la actora con pena de multa, por incumplimiento de los arts. 38 y 39 de la Ley XI Nº 35.- Le ha impuesto además, la obligación de informar de cualquier evento de voladura de alúmina, y de presentar un proyecto técnico en el plazo de 30 días, sobre las medidas “idóneas y suficientes” para evitarlos en el futuro, el que debe ser aprobado -dijo- por la autoridad de aplicación.----------

------ Todo es resistido por A. -incluso la orden de sustanciar el sumario- acusando afectación de su defensa, incongruencia, falsa causa y motivación, falta de razonabilidad.----------

------ 1.- La cuestión relacionada con el procedimiento o afectación de la defensa, no es audible.- He referido en el punto III las facultades de la autoridad de aplicación de la Ley XI Nº 35, que la autoriza a ejercer el poder de policía ambiental en un orden preventivo con absoluta claridad, y, a ordenar inspecciones e investigación sumaria de oficio o por denuncia.- Podrá A. argumentar que no es responsable, que las conclusiones del organismo no son correctas, o que el acto de cierre del

sumario, tal la Disposición atacada, adolece de vicios insanables.- Pero jamás controvertir la potestad de investigar que surge de la clara letra de la ley frente a un suceso como el acaecido el día 26 de Agosto de 2008.--

///--- La Subsecretaría actuante no sólo pudo, debió, en orden a los objetivos de la Ley, promover la instrucción.- Y la minucia que articula como indefensión porque no surge de la respectiva decisión que no cumplió con producir el informe, no es veraz, puesto que en sus fundamentos consta, después de la cita del art. 38, que la obligación de preservar el ambiente establecido en el art. 41 CN y 109 CP “lleva ínsito el deber de informar”.----------

------ A más, las actuaciones exponen que la actora tuvo la oportunidad clara de intervenir en los procedimientos, de ejercer defensa y producir prueba, sin limitaciones ni valladares que la obstruyeran.----------

------ 2.- Me aplico entonces a los aspectos sustantivos.- El primero, las infracciones sancionadas, en orden a lo cual puedo prevenir, que la incoherencia acusada por la actora se observa clara cuando, pese a invocar en sus considerandos tácitamente los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad, como ante señalara (punto IV apartado 2.) no los atiende, y sanciona aplicando los arts. 38 y 39 de la Ley N° 5439 –hoy Ley XI Nº 35.----------

------ 2.1.- Parto de establecer, que no encuentro en la letra del primer precepto del Código Ambiental citado (transcripto en la orden de sumario que corroboré en el punto III) descripta la conducta que se reprocha a la empresa actora de no haber informado oportunamente a la autoridad.- Que a juicio de ésta se encuentre “implícita” en el principio de prevención, no es suficiente – y me remito a la conclusión del punto II de este análisis- para conformar “tipo” infraccional alguno. Por ende, no

///

hay plazo incumplido por A. si recién comunicó la voladura de ///alúmina del 27 de Agosto de 2008 a resultas de la intimación cursada por la Provincia.- La fundamentación en derecho, en el art. 38 de ese ordenamiento, es falsa como anunció la actora en la demanda.----------

------ Tal preceptiva declara como obligación “tomar medidas”, las necesarias para preservar las condiciones naturales del aire y la lucha contra la polución, y lucen los fundamentos de aquel acto administrativo como una ***interpretación extensiva***, en perjuicio de la administrada, a todas luces prohibida.- Porque frente al vacío normativo que pueda ofrecer el ordenamiento penal sancionatorio, no existe la posibilidad de acudir a la analogía en perjuicio del administrado, lo cual no es óbice para que pueda operar a su favor (in bonam parte) mediante la extensión de normas que se refieren a circunstancias desincriminatorias, atenuantes o causales de extinción de penas. La razón de la prohibición de aplicar analógicamente la ley penal reposa en la necesidad de preservar la zona de libertad a raíz del *principio nullum crimen nulla poena sine lege* que sienta el art. 18 de la Constitución Nacional y de la consecuente regla de tipidicidad.- De lo contrario, si el intérprete pudiera ampliar extender el ámbito de aplicación de una norma de naturaleza penal se conculcarían esos principios, al limitarse el ámbito de libertad a una zona indeterminada e imprecisa de figuras penales imposibles de conocer de antemano (CASSAGNE, ob. cit. Pág. 90).----------

///

///--- Súmese a ello, que este precepto -ni otro del Código Ambiental- no estipula sanción alguna para el supuesto incumplimiento del mandato, aspecto sobre el que mas adelante ampliaré.----------

------ Por sobre ello, la Administración destacó en el acto, no precisamente el incumplimiento, sino el cumplimiento por A. de las medidas de prevención necesarias en la misma Disposición (a ello me referí en el Punto IV.2 “in fine”), asegurando que tenía previsto un plan de contingencias…en lo cual radica -sin necesidad de mayor análisis que la lectura del acto- su incongruencia.- Y ésta se cuantifica cuando ordena a la firma presentar un Proyecto (art. 4°) sobre ello, con lo que ésta cumplió.- Si analizó las medidas precautorias, si las dio por buenas, ¿a qué el proyecto?...Quizás para un reanálisis, que parece ser no realizó, porque al menos a este pleito, no trajo en la etapa probatoria constancia alguna de que una vez examinado, el proyecto no fuere atinado, o las medidas expuestas insuficientes…nada.----------

------ La contradicción del acto -como vicio- es un caso típico e insanable de irrazonabilidad, en cuanto resuelve cosas que son antitéticas o dispone en la parte resolutiva lo contrario de lo que en los considerandos.- Así lo expone GORDILLO (El Acto Administrativo – Abeledo Perrot - pág. 249) y se aplica, indudablemente, al caso.----------

------ Esto es, no encuentro la infracción al art. 38 de Ley XI N° 35.-------

------ 2.2.- Vamos al art. 39, también aplicado, que prevé una prohibición de la que deriva un “tipo” específico de conducta, que contempla

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///acciones -para A. “transportar”, pues esto es lo que se hace con la alúmina- desechos, cuando los mismos pudieren degradar el ambiente … o afectar la salud pública.----------

------ Primero, la alúmina no es un desecho.- **Indagando sobre el concepto, encuentro en el capitulo I- De los vertidos al mar - dentro del Título III De la protección de las aguas- que define ciertos “desechos” en el art. 48 y se prohibe el “vertido” al mar de jurisdicción provincial “sin permiso de la autoridad de aplicación”. Entre otras que se mencionan en el resto de los incisos, en b) se alude a sustancias que aún sin tener carácter tóxico pueden ser nocivas como consecuencia de las cantidades “vertidas”… Subrayo la expresión, por definida en el art. 40 como “evacuación deliberada”.- Si desde este punto de vista la alúmina pudo entenderse comprendida creo que -con criterio acertado- la autoridad de aplicación no se fundó en estos precepto.----------**

------ Lo cierto es que la alúmina es materia prima para la producción de aluminio.- Así lo dice A., y así lo corroboran los expertos: testimonio del Ing. C. (fs. 127/128), el perito MOLINA (fs. 157/161), y el Consultor Técnico de la demandada -Dr. P.- (fs. 163/178).- Nada cabe agregar.----------

///

------ Segundo, no se derrama en tal cantidad todos los días.- Plenamente acreditado resultó, que este evento de “voladura” fue extraordinario, excepcional.- todos los testigos coincidieron en ello, incluyendo los ///calificados por su función (Lic. H. – Coordinadora de la APPM – E., controlador del mismo organismo, controladores de la Municipalidad).----------

------ Tercero, se adoptaron -como ya lo dejé asentado antes- las medidas de precaución *ex post facto* (Punto IV.2 “in fine”).----------

------ Sobre las *ex ante*, la Provincia, pese a lo que dice y señalé en el mismo Punto IV.2 y 3, no indagó lo suficiente.- Falencia del sumario indicativa de que pese a no adherir al criterio de responsabilidad objetiva, desdeñó la imputabilidad subjetiva -principio de culpabilidad- ya que previo a la sanción las autoridades provinciales debieron identificar la conducta típica que la norma describe destinada a demostrar la culpabilidad de la empresa.----------

------ De ningún modo se trató de establecer la responsabilidad en la causa del evento; sólo su consecuencia: si la voladura extraordinaria de alúmina del 27 de Agosto de 2008, afectó el ambiente o la salud.- No sabemos en definitiva si esa causa fue fortuita -como lo describe A. (presión sobre el dispositivo de bloqueo de la tapa de un silo – (Punto I.1.1.3 b))- o, como dice O. (empleado de la Empresa – fs. 181 y vta – Punto I.1.1.4 c)), actuar negligente de operarios.- No llamó a declarar a los responsables de mantenimiento y ambiente que el último nombrado mencionó (también otros testigos), ni a los mencionados en la nómina

///

que es respuesta al Oficio que el Juez Federal libró en la causa “tomada” por la Administración en el sumario a fs. 233, de quienes intervinieron en la descarga el 26 de Agosto de 2008 (Punto 1.1.4 c) 4).- ///Sí está demostrado que no fue “derrame” de la cinta transportadora como primero se creyó, pues las medidas de seguridad en ésta verificadas por el perito, lo hubiesen impedido.----------

------ Pero en la Disposición asegura que existe un plan de contingencia y las medidas de prevención y saneamiento se adoptaron.----------

------ Y -finalmente- tampoco se ha acreditado que este suceso extraordinario fuera susceptible de provocar una afectación en el ambiente y en la salud en las personas, mas allá de molestias limitadas, que según la prueba, sólo alcanzó a una persona (testigo T.).- Si bien hay referencia -por testigos- a que otras sufrieron las mismas, no hay prueba directa de ello.- En cuanto a la potencialidad -aspecto que en verdad no se consideró para sancionar, pues el dispositivo refiere al suceso del 27 de Agosto- los expertos formulan conclusiones científicas que no se aplican a un solo evento inusitado, de escaso tiempo; mas lo importante a tal fin, era -para establecer culpabilidad- que las medidas de prevención que se adoptaron fueran suficientes, y -reitero- la propia Provincia dice que lo son (me remito al punto 2 y IV.2 in fine y a lo antes dicho).---------
---

///

------ En definitiva, tampoco el “tipo” derivado de la prohibición del art. 39 está configurado.----------

///--- 3.- Pero hay algo más grave, porque recuérdese (me remito al Punto II), la tipificación no sólo debe serlo de la falta, también de la sanción.- Y no hay sanciones previstas para estas infracciones (Punto III, en el que analizo el Código Ambiental, penúltimo párrafo), que sólo las ha previsto para los “vertidos prohibidos” y “deliberados” (art. 146 conc. 49 - segundo párrafo- de la Ley XI N° 35).----------

------ Y ello me dice, que aún cuando la alúmina fuera un “desecho”, y se hubiese demostrado afectación de la salud o el ambiente derivada de conducta culpable de A. por negligencia, o desdeño de medidas precautorias suficientes, no hay sanción en el Código Ambiental vigente ni en su reglamentación para tales conductas. ***Por ello es que la autoridad de aplicación en la disposición Nº 135/09, no ha fundado la sanción.***----------

------ A la misma conclusión arribé en SD 01/SCA/12, afirmando la existencia de una laguna, y en la que previniendo que sería un exceso acudir a la Filosofía del Derecho y teorías normológicas, citaba a MARIENHOFF cuando sostiene que “*el complemento natural e inseparable del ejercicio del poder de policía es la facultad de establecer penas por contravención.*- ***No basta que la Administración compruebe la existencia de infracciones … es necesario que se le den los medios***

///

para reprimir esas faltas…sin aquéllos el poder se policía no se hace efectivo *(… Tratado de Derecho Administrativo- Tomo V –pág. 616/617)”*.----------

///--- Reiteraré mi apreciación volcada en ese precedente: “*Si la Provincia pretende una política ambiental efectiva, dentro de modernos cánones, asegurando el principio precautorio, se impone -a mas de cumplir con los procedimientos reglados- la adecuación del Código.- Y ello en instancia previa a la imposición de cualquier penalidad; Código que -da cuenta el debate parlamentario (Proyecto de Ley Nº 216/04)- fue sancionado a libro cerrado, aún con oposición de la autora del proyecto por encontrarse “errores”*.----------

------ Tómense a guisa de ejemplo otras normas ambientales.- La Ley Nacional Nº 24051 de Residuos peligrosos incorporada a ésta XI Nº 35 como “ANEXO C”, en su art. 49; la Ley XI Nª 16 –relativa a biocidas y agroquímicos en su art. 14; la Ley XI Nº 31 sobre uso de polietileno, polipropileno y polímeros artificiales (la de prohibición de las “bolsas camiseta”), en su art. 5; todas tipifican patente y concretamente las penas de policía aplicables.----------

------ 5.- Mientas tanto sólo puedo decir que a consecuencia de este análisis, la pena de policía aplicada a A. es nula.- Lo es, porque la ausencia de falta, que importa vicio en la causa -entendida como el conjunto de presupuestos de hecho y derecho que fundan la decisión- del

art. 1 de la Disposición 135/09 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental dependiente del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable- así lo determina.- Y a más, porque se impone una pena que no está prevista para la acción que estimó infractora.- A ///resultas, procede declarar la nulidad del art. 1 de la Disiposición Nº 135/09 SRCA y como resultado, hacer lugar a la solicitud de la actora ordenando la devolución del importe de la multa abonada.----------

------ Queda así votado.----------

------ VI.- En cuanto al ataque de nulidad que A. efectúa de los arts. 3 y 4 de misma Disposición, no debe prosperar.----------

------ 1.- El primero, que le obliga a dar aviso al Ministerio de cualquier evento de voladura de alúmina u otro similar, no lo veo ilegítimo ni irrazonable.- Parece del todo sensato que ante un incidente ambiental el particular involucrado dé inmediato aviso a las autoridades ambientales provinciales; de lo contrario, si aquél se oculta y de no llegar a conocer el evento por otra vía, cómo podría la Provincia cumplir con las medidas de prevención y defensa del ambiente que el ordenamiento le exige?.---------

------ Ya he establecido en V.2, que la obligación de informar no está impuesta en la Ley.- Mas ello no es impedimento para que la autoridad de aplicación, en pro del cumplimiento del propósito previsto en la Carta Magna, y en la misma Ley XI Nº 35, arts. 1 y 3, exija a los particulares aportar el instrumento previsto en el art. 7 inciso a), ejerciendo la atribución que deviene de los arts. 9, 10 y 131.- La conducta que se

///

impone es prudente, comprendida sin dudas en el poder de policía ambiental.----------

///--- A más, las razones que sustentan la nulidiscencia -la falta de claridad por no indicar la magnitud- es irrelevante.- Es -insisto- razonable y hasta necesario, que cualquier “voladura” debe ser anunciada, a fin de que la autoridad produzca las inspecciones o investigaciones que sean necesarias para satisfacer el principio de protección, y aún el de represión, incluso la medición de las partículas, atendiendo a lo manifestado por a su Consultor Técnico- que en este caso fue omitida.- Este deber de información debiera incluirse en el mismo articulado del Código.----------

------ 2.- Con referencia al Proyecto que se le impone presentar y cuestiona, mas allá de que también lo considero juicioso, y pese a que como antes lo expresara (Punto V.2.1) no surge de autos el motivo y al respecto la Disposición aparece contradictoria, cualquier pronunciamiento deviene ocioso pues fue satisfecho oportunamente.------

------ 3.- Ahora, la amenaza de apercibimiento contenida en ambas normas es inútil, en orden a lo que vengo de establecer en V.3.- A todo evento debería proyectarse y sancionarse una Ley que establezca penas de policía a quienes incumplen las órdenes emitidas por la autoridad de aplicación, cumpliendo con los principios de legalidad, tipicidad de la falta y de la pena.----------

------ Por las razones que he expuesto, propicio y propongo al Acuerdo declarar la nulidad parcial de la Disposición N° 135/SRCA/09.----------

///---- VII.- He de añadir –frente a un segundo caso que debe resolver esta Sala – que estimo que la modificación de la Ley XI Nº 35 es urgente.- Lo es no sólo en cuanto a la previsión de sanciones, sino en la precisión de los “tipos” de infracción, y en la concreción apropiada de sus definiciones (vg. el “vertido” que se analizó en aquella causa, el “desecho” en ésta).- Porque de lo contrario, le estará impedido cumplir con los objetivos propuestos en el mismo Código ejerciendo con efectividad el Poder de Policía que se le ha atribuído.- No podrá asegurar el cumplimiento de la garantía acordada a los ciudadanos por el art. 109 de la Constitución Provincial, primer y segundo párrafos, porque no ha cumplido eficientemente con el tercero y el cuarto.- La legislación que se ha dictado es falente, incompleta, imprecisa, inadecuada.- Ni aún asegurará los objetivos propuestos en la misma norma en sus arts. 1, 3, 4 inc. f) y g).- Reforma también necesaria si estima aplicar criterios de responsabilidad objetiva (me remito al punto IV).----------

------ Propongo por ello también, se ordene oficiar al Sr. Gobernador, sugiriendo ordene por vía del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable, la formulación de un proyecto de Ley modificatorio del Código Ambiental de la Provincia en el sentido preindicado, sin olvidar el objetivo de priorizar las medidas preventivas que eviten y/o disminuyan el daño ambiental, más que la sanción del daño producido, aspecto éste positivo del Código que se acomoda al principio protectivo que procura la Constitución (art. 5 inc. e) de Ley XI N° 35).- También a la Honorable Legislatura, que en ejercicio de atribuciones propias puede proceder en consecuencia.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///---A la misma cuestión dijo el Dr. PASUTTI:----------

------ I.- Con criterio que comparto, el colega que me precede en el voto, pese a la influencia que supone el precedente de la SD N° 01/SCA/12 ("T…) que determina una falencia esencial en el Código Ambiental, suficiente para concluir esta causa, ha estudiado concienzudamente los antecedentes de la misma, y formado opinión sobre la cuestión debatida.----------

------ He de coincidir absolutamente con su diagnóstico, pues exhaustivamente examinadas las constancias que fielmente ha relatado, arribo a la misma conclusión.----------

------ II.- Habré de señalar en un orden preliminar, que la prueba acumulada en el sumario que motivó la Disposición N° 135/09 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental – la mayoría obtenida de actuaciones seguidas en la

Justicia Federal frente a la posibilidad de un delito de los comprendidos en la Ley Nacional N° 24.051 de Residuos Tóxicos no ha sido suficiente para discernir la responsabilidad administrativa de la firma para el encuadramiento de la falta que se le endilga.----------

------ Sí ha sido legítima -aspecto que la actora controvierte al atacarla de nulidad- la Disposición que ordena el sumario, pues es más que evidente que las circunstancias del caso, hacían necesaria la investigación para ///disponer la cual la autoridad de aplicación está sin dudas facultada, en el marco general del Poder de Policía otorgado por el art. 99 del Código, por lo que la alegada invalidez, que no ha sido tampoco convenientemente fundada en la demanda, cabe desde ya, rechazarse de plano.-----

------ 1.- Ahora bien, si se considera que uno de los "tipos" atribuídos en la ante y nulidicha Disposición 135/09 es el art. 39 de Ley XI N° 35, cabe que subraye que las investigaciones fueron limitadas para establecer la causa determinante

///

del suceso que las provocara. Las Actas inicialmente realizadas (fs.6/12) por los funcionarios del área de Ambiente de la Provincia, describen como motivo del evento la pérdida de alúmina en la cinta transportadora (del buque a tierra), mas luego se establece que no fue tal, sino la apertura de la tapa de uno de los silos donde se deposita la descarga por efecto -explicó A.- de una presión que se produjo en su interior cuando ingresa material y se fluidifica el fondo…, y un propio empleado de la Empresa (fs. 181 y vta.) declaró ante el Juez Federal, que no creía que se hubiese abierto por el viento, que las tapas de los silos se abren para medir…que por sus conocimientos lo más probable era que hubiera quedado abierta después de alguna medición, la que generalmente se hace antes de la descarga…indicando los responsables.- Nada más.- Ninguna investigación tendiente a corroborar las afirmaciones de la Empresa.-------

----

------ Preocupó más el efecto -de por sí, admito, preocupante- pero ambas circunstancias debieron sondearse, si se atiende a los principios

rectores del Poder de Policía.----------

///--- 1.1.- En SD Nº 01/SCA/12, recordaba sucintamente -siguiendo a ALTAMIRA- que "para apreciar de acuerdo al Derecho el significado y límites de la "Policía", ha de partirse del principio de que en el Estado de Derecho la presunción habla a favor de la libertad del individuo frente a la coacción del Estado. La Constitución consagra como dogma, la garantía de la libertad y la propiedad, por ello el ciudadano puede disponer libremente de su propiedad y obrar según su voluntad. Pero una actividad descontrolada de ambas conduce al "bellum omnium contra omnes" razón por la cual se concede con la condición de no estorbar el buen orden de la cosa pública. La "policía" se erige así en función administrativa que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a su propiedad, las restricciones necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público, concepto éste que alude a un estado de hecho de amplia esfera, de delimitación circunstancial (Policía y Poder de Policía -Abeledo Perrot - pág. 21 y 36). Si antiguamente se decía que una clasificación de policía según la materia era dificultosa dada la

///

complejidad de su contenido, postulándose la referencia a una "policía administrativa" con categoría general, como genus de otras especies, normalmente acotadas a la seguridad, moralidad y salubridad (autor y ob.cit. pág, 199/200), con mayor razón esa dificultad se presenta hoy, en que las especies protegidas se amplían notablemente, extendiendo el concepto de orden público a materias como la economía o los negocios, el ambiente, el paisaje, el patrimonio natural y cultural…. El valor social del bien jurídico protegido es misión que corresponde al legislador, y esa ///valoración cambia con las épocas y los países. Mas cualquiera fuere la materia, en tanto la Policía actúa por vía de órdenes y prohibiciones que afectan la libertad y la propiedad del ciudadano, requerirá siempre en un Estado de Derecho de fundamento legal, teniendo en cuenta que no podrá exceder la medida que requiere el interés público representado por el orden jurídico: lo permitido no puede prohibirse so pretexto de facilitar la función policial. El sistema de órdenes y prohibiciones aludido conforma el Poder de Policía, función legislativa, ley formal cuya finalidad es

realizar el deber que incumbe al ciudadano de no perturbar el orden público, y expresa una forma de actuar sobre las personas y las cosas por medio de la coacción y la obediencia. De allí que se haya dicho que la actividad policial es permanentemente preventiva para impedir la realización de la conducta perturbadora calificada como ilícita, mas cuando entra en el sector de la ilicitud, adquiere carácter represivo.- La legalidad constituye así la garantía primordial de los derechos del individuo. No importa -como expresa FIORINI- que un acto sea consecuencia directa de una ley formal, lo que interesa es que su ejecución mediata o inmediata sea siempre lógicamente referida a ella. Citando a LINARES QUINTANA dirá "La ley, aunque no expresa y directamente ejecutada, debe ser la razón suficiente y total de la validez jurídica del acto que se dicte" (Poder de Policía – Alfa – pág. 133). La coacción o coercitividad, -como expone Otto MAYER- está dada en la posibilidad de aplicar medios de fuerza para asegurar la ejecución del deber, y puede traducirse en pena, caso en el cual se impone al sujeto una carga adicional, no comprendida en la orden misma de obedecer. Si ya la coacción -como amenaza de pena- está

///

supeditada a formas y procedimientos previamente normados y debe sujetarse al principio de ///legalidad, con mayor razón deberá estarlo la aplicación de la pena coercitiva, como nueva limitación de la libertad y la propiedad. De allí que el acto que la imponga debe encuadrarse en la autorización legal dada, darse según el procedimiento impuesto, con todos los límites y obligaciones que en el régimen de Derecho rodean y regulan la voluntad del Estado (ALTAMIRA – ob. cit. págs. 46 y ss).- La legalidad, la indelegabilidad, el orden público, la razonabilidad, son las garantías de los derechos de los individuos frente a la función policial. Este estadio -de la represión- no es esencia de la policía; simplemente es labor administrativa. Otro estadio jurídico que exige una orden policial, la notificación de la infracción, y recién ante el silencio del obligado o el rechazo de su defensa, la sanción.- El conocimiento de la orden, la notificación, la defensa, adquieren indiscutible relevancia para legitimar la ejecución de la pena (FIORINI – Ob. Cit. pág. 232/233)" (tal mi voto en S.D. 8/SCA/06, el

destacado lo añado ahora)".----------

------ 1.2.- Señalé además "dos reglas contundentes: una, la que indica que si bien puede admitirse que en la actividad de represión, la policía no busca tanto al culpable de la ilicitud, como pone su acento en que desaparezca la perturbación o que ésta no se repita, el elemento subjetivo no puede excluirse.- Si bien durante largo tiempo primó una tesis de calificación objetiva de la falta, donde la intención, la tentativa, la conducta dolosa no ocuparon el primer plano de la acción represiva, mirando más al interés colectivo como finalidad de custodia que a la persecución del culpable (FIORINI - ob.cit. pág. 228/229), se ha ///impuesto ulteriormente la opinión de que ..."los extremos de razonabilidad y protección de bienes valiosos no implican la indefectible aplicación de una sanción por el sólo hecho de comprobarse un incumplimiento objetivo, pues cada caso deberá decidirse según las peculiaridades que ofrezca, las defensas y las pruebas que a su respecto pueda producir el inculpado, y las causales de exención si éstas cupieren.- Es que rigen en esta materia los principios de

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

culpabilidad y personalidad de la pena. Obligaciones formales no significa responsabilidad objetiva." (Cám. Fral. de San Martín – "EG3 s/Apelación multa.." Causa 3388/02 – 21/10/02 – elDial WS34D). Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente" (Fallos 271:299 – en caso de multa aplicada a "S.A. Parafina del Plata"). Otra, la que determina que si la labor policial es esencialmente preventiva, la represión debe estar precedida de observación, y medidas tendientes a evitar o desviar la conducta perturbadora o motivante. No puede la policía imponer represión donde previamente no ha dispuesto su función preventiva. La sanción que no tiene el supuesto incumplimiento de medidas preventivas es arbitraria e ilegal (FIORINI – ob.cit. pág. 238)".----------

------ Y detallé "La especificidad de la función represiva policial, ha dado lugar, en orden a estas particularidades, a un Derecho Penal

///

Administrativo, Disciplinario o Sancionador -según denominan los autores- cuya legalidad se integra por garantías fundamentales, propias del Derecho Penal, pese al trabajo intelectivo que ha costado diferenciar las conductas antijurídicas e ilícitas en delitos -por una parte- y faltas y ///contravenciones -por la otra.- De cualquier modo -evitando traer al juicio las controversias sobre el punto- habré de coincidir con FIORINI cuando afirmaba que si la actividad represiva de la administración puede crear una disciplina especial del derecho penal, esto no explica que sea actividad especial con prerrogativas y privilegios a favor de la administración pública" (FIORINI – ob. Cit. – pág. 245/246), criterio al que desde antiguo adhirió la Corte Suprema (Fallos 156:100, 184:162, 239:449, 267:457, 289:336, 290:202, 310:1797, LL 1994-A-223). Así se han erigido en principios que le acceden, los propios del derecho penal, como la de no penar más que por hechos previamente definidos por la Ley - nullum crimen sine previa lege- ni con otra pena que en la misma establecida, esto es, tipicidad de la falta y de la sanción".---------

------ Tal criterio sostuve y sostengo.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ 1.3.- Pero -seguía- en materia ambiental, se trata de imponer otros.- Véase si no la opinión de Tomás HUTCHINSON que ha citado el Dr. CANEO -en la sentencia que vengo glosando y en su voto en esta litis- uno de los pocos administrativistas que se refieren -decía- a la responsabilidad administrativa ambiental, ya que la cuestión ha concitado mayoritariamente opiniones de expertos en responsabilidad civil.-- --------

------ No voy a sobreabundar acerca de los principios propios del Derecho Ambiental, pues lo creo en verdad excesivo.- Sin embargo, ///conviene reiterar -limitadamente- lo que dije en el precedente que vengo citando, remitiéndome al mismo para una fundamentación más acabada.---- ---------- ----------

------- " Asevera la doctrina que el daño ambiental se configura a partir de una contaminación, la cual implica la incorporación a los cuerpos receptores de sustancias que van a

alterar desfavorablemente las condiciones naturales de los mismos, de la que derivarán comúnmente otros tipos de daños; pero permanecerá uno residual por deterioro o menoscabo del entorno no sólo natural sino social, referido a lesiones de bienestar público. Esa "contaminación" sería el acto o resultado de la irrupción, vertimiento o introducción artificial en un medio dado de cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, superando provisoria o definitivamente, parcial o totalmente, la capacidad defensiva y regenerativa del sistema para digerir o reciclar elementos extraños…" (Conc. Isidoro GOLDENBERG y Néstor CAFFERATTA - "Daño Ambiental - Problemática de su determinación causal" Abeledo Perrot - págs. 7 a 9).----------

------ En ese contexto, dable es considerar que la Ley General del Ambiente define al daño ambiental como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos" (art. 27°) y establece que "el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente… (art. 28°, el destacado es propio) y ///completa "La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder…(art. 29°). Ante esta normativa, existe un amplio consenso sobre el factor objetivo de la responsabilidad por daño ambiental.----------

------ Así en el ámbito nacional, pero, como indicaba y fundaba en la Sentencia a que aludo, más dirigido a la responsabilidad civil, porque la norma del art. 29 de mentada Ley, se ocupará expresamente de deslindarla de la "responsabilidad administrativa".- No obstante ello -y volvía a HUTCHINSON- se postula también una responsabilidad objetiva, por riesgo, con

///

inversión probatoria en este orden.----------

------ Como allí concluí, estas pautas no pueden ser trasladadas al ámbito local.----------

----

------ 2.- El Código Ambiental del Chubut no sigue ese camino.- Por cierto que le está vedado reglar sobre responsabilidad civil pues ésa es materia delegada a la Nación, pero no ha "asido" para discernir la administrativa este criterio.- Y ello además, ha sido expresamente reconocido por la Provincia, que ha aclarado en la Disposición N° 135/09 -por la demanda nulidicha- refiriendo al Dictamen de la Asesoría Legal, que hay "una severa y preocupante confusión jurídica entre ///responsabilidad civil y administrativa" y que "el presupuesto necesario para que exista responsabilidad administrativa es la infracción a una ley o reglamento, no la existencia de daño" remitiendo al ya mentado art. 29 de la LNA N° 25675.----------

------ Sin embargo, tal como lo he prevenido, la conducta prevista en el art. 39 de Ley XI N° 35

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

completa el tipo de la falta con el daño, pues la inserta no sólo en el comportamiento de arrojar, abandonar, conservar o transportar, que en sí no es ilícito, sino que la falta se configura cuando lo arrojado, abandonado, conservado, transportado, son "desechos" y pueden provocar daños.- Pues sin posibilidad de otra inteligencia, no otra cosa es degradar el ambiente o afectar la salud, pese a los esfuerzos de la Provincia en el responde por explicarlo distinto.----------

------ En tanto, el art. 38, importa una "medida protectiva": la obligatoriedad de adoptar medidas necesarias para la preservación de las condiciones naturales de las aguas superficiales y subterráneas, aire....- Otras normas -no aplicadas en el caso- aportan definiciones e imponen prohibiciones (vg. arts. 40, 41) en pos del mismo propósito.----------

------ En un Código conceptualista, se ha omitido lamentablemente incluir el de "desecho", que tipifica una de las faltas imputadas justamente por el acto que se ataca, pero que el Consultor

///

Técnico de la demandada, acudiendo simplemente al Diccionario, nos aporta (informe fs. 173/174 - punto 2.5), y tomaré para mí.----------

///--- III.- Con tales razonamientos, he de atender el ataque que formula la actora a esta Disposición que amén de imputarle transgresión a los arts. 38 y 39 de Ley XI Nº 35 imponiéndole por ello una pena de policía de multa por el evento del día 27 de Agosto de 2008 (art. 1º), le asigna la obligación de dar aviso inmediato al Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable ante cualquier evento de voladura de albúmina o similar (art. 3º), y la de presentar en 30 días un proyecto técnico destinado a analizar y aplicar las medidas técnicas idóneas y suficientes a los fines de evitar eventuales sucesos de voladura de alúmina, independiente de su magnitud (art. 4º), en ambos casos, bajo apercibimiento de aplicar sanciones, proyecto el último que debe contar con la aprobación de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental.-

----

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ 1.- La transgresión al art. 38, se funda en el incumplimiento por parte de A. del deber de informar de este incidente a las autoridades competentes; la incursión en el art. 39, por encontrarse probada la afectación a la salud pública (último considerando de la Disposición de marras).----------

------ Acusa la empresa al demandar nulidad, que se afectó su derecho de defensa, el principio de congruencia, la razonabilidad, fundado el acto en falsa causa y motivación, esencialmente por inaplicabilidad de ambas normas: no existe la obligación de informar…no hubo daño a la salud ni al ambiente.----------

///--- 1.1.- La afectación de la defensa no es tal.- Los procedimientos seguidos por la Administración han dado participación acabada a la firma quien produjo informes, realizó descargo, incluso aportó y fue considerado, aunque se estimó extemporáneo, la opinión de una

especialista (Dra. G. – fs. 356/363).----------

------ La circunstancia que apunta al accionar y en la que reposa la agresión, de que al iniciarse el sumario no se le imputó concretamente la ausencia de informar, es harto relativa, no solamente por la amplia participación que le cupo en él, como antes he señalado, sino porque la misma orden que le da comienzo alude a esta circunstancia como derivada de las normas constitucionales (Disposición N° 62/08 SRCA – fs. 19/20).----------
----

------ 1.2.- Estimo de esencial análisis, la endosada falta de motivación y causa, ya que este elemento -la causa- es uno de los esenciales al acto administrativo, cuyos vicios pueden acarrear una nulidad esencial.---------

------ Ya lo decía en SD N° 01/SCA/12, los actos administrativos que aplican sanciones, han de reunir para ser legítimos los mismos requisitos esenciales para la validez de todo acto administrativo (Conf. Cam. Ap. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma Bs. As. – Sala I – 29/12/05 –

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

"Swiss Medical...").----------

---------- Exponía, en S.D. N° 6/SCA/06 ("V…") "Mucho ha discurrido la doctrina sobre el término "causa", sea en orden a su propia ///consideración como elemento esencial del acto administrativo, hasta sobre el concepto a adoptarse de ella.- Si para una concepción objetiva, está dada por los "motivos" del acto - su "porqué"- entendidos tales como los antecedentes de hecho y de derecho que justifican su dictado (MARIENHOFF - Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II - 3° Ed. pág. 279 y ss), para otra -subjetiva- la constituyen no los hechos sino la apreciación que el sujeto hace de los hechos que puede no coincidir con la realidad (BOQUERA OLIVER -Estudios sobre el Acto Administrativo- pág. 76).- Así señalaba FIORINI, que "El acto administrativo es el producto de una organización compleja, reguladora de distintas situaciones normativas con distintos valores jurídicos: algunos de estos podrán destacarse como determinantes, otros complementarlos, y otros ser sus condicionantes... Todos elementos

///

*concurrentes que establecen como consecuencia la determinación de la causa y su encuadre legal. Estos a su vez, pueden producir un consecuente que no responda a la realidad, a la verdad de los hechos, sea porque se omitan algunos importantes, o se sumen los que no existen, o se los deforme en la realidad, o se acentúen hechos inexactos sobre hechos o conductas, es decir, la consecuencia expuesta no corresponde entonces al proceso de razón que justifica la causa ... no es la causa como objeto la que se presenta viciada en forma independiente, sino que son los elementos y el proceso previo para obtener el consecuente determinante de la causa" ... (Derecho Administrativo – Tomo I pág. 499/500)". Recordé que "Este Tribunal, en concordancia con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, ha adherido a la primera. Así, es la ///situación objetiva de hecho y de derecho que existe en la base del acto, aquélla cuya constatación determinará la comprobación de la causa. Si los hechos fueron mal aprehendidos y razonados, serán falsos o inexistentes".----------
---

------ Ya en la SD N° 33/90 el Tribunal decía "La causa o motivo constituye un elemento esencial

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

del acto administrativo (ST Chaco 31/5/92 ED Rep. 17 pág. 62-Sum. 1)" y en SD N° 13/93 "La ausencia de los antecedentes de hecho o de derecho que preceden y justifican el dictado del acto así como la circunstancia de que los mismos fuesen falsos, determinan la nulidad absoluta del acto". "Si el administrador actúa sin que exista situación objetiva que justifique la decisión adoptada, o funde la decisión en otros hechos aparentes o falsos, o que carecen de relevancia para el caso … o se prescinde del orden jurídico sin dar razones plausibles, o si da como fundamentos preceptos o pautas de excesiva amplitud o remota lejanía en relación con el caso en sustitución de normas positivas inmediatamente aplicables... existe vicio en la causa determinante de la nulidad del acto." (Conc. SD N° 49/SRE/92)".---------

------ Estoy convencido de que aquéllo ha ocurrido en el caso.- El sumario administrativo, cuyas constancias ha descripto acertadamente el preponente, más allá de los defectos a que antes he aludido sobre la investigación del motivo del evento, no arroja -a mi juicio- conclusiones que

///

permitan imputar a A. el cometimiento de las faltas enunciadas.----------

///--- Bien se defiende la empresa de la transgresión que se le achaca al art. 38 de Ley XI Nº 35.- La obligación de informar no está escrita, y tanto no lo está, que la Disposición que ordena la investigación -como ya lo dije- la considera "ínsita" -esto es, implícitamente comprendida en el deber de preservar el ambiente que emerge de las Constituciones Nacional -art. 41- y Provincial -art. 109.----------

------ Si ésta es una derivación razonable -puede serlo- no es un mandato explícito cuyo incumplimiento pueda ser considerado contravención.- Para ello los principios de legalidad, tipicidad, y culpabilidad del Derecho Penal Administrativo que he comentado, requieren un tipo contemplado en ley, mas dolo o culpa en la omisión…y pena.----------

------ Agréguese a ello, que si la misma Disposición Nº 135/09 le impone en el art. 3º esta obligación…es porque no estaba consignada

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

antes.- Y éste es uno de los aspectos en que también veo la denunciada incongruencia. ¿Cómo se va a imponer una obligación que antes se consideró transgredida?.----------

------ Consecuentemente, estimo con el preopinante, que esta omisión que se endilga a A., no puede fundarse en el art. 38 de Ley XI N° 35.---

------ Más aún, consistiendo el tipo de la infracción en el incumplimiento de la manda de adoptar las medidas necesarias para la preservación de las aguas y del aire, y evitar polución, de las constancias del sumario surge, y ///misma autoridad de aplicación lo admite en la Disposición atacada, que A. ha tomado prevenciones atinadas a ese fin, las que serían encerramiento, entarimado y engomado de la cinta transportadora, cobertura con goma de los posibles intersticios de las chapas en el trayecto de la misma, tapas de silos con dispositivos de bloqueo.----------

///

------ Cumple en este estadio que prevenga, que aquella autoridad no ha impuesto ni predeterminado ninguna medida de seguridad aplicada a esta actividad, que desde largo tiempo atrás viene desarrollando A.- No consta tampoco que hubiera analizado antes de este evento los peligros que el desarrollo de la misma ofrece, ni de los materiales que son transportados para su producción, ni del posible impacto ambiental.- Y esta es misión de policía que claramente le asigna la Ley XI N° 35 a lo largo de su articulado (3 inc.d) e i)1, 4 inc. g), 5 inc. d) 19, 20 a)2, y otros).----------

------ No se ha demostrado tampoco -véase el testimonio de especialistas y el informe del experto- que los medios utilizados por la empresa no fueren idóneos, o suficientes al objeto preventivo.- Y producido el informe que la misma Disposición ordenó en su art. 4°, no ha traído la Provincia al juicio objeción que desmerezca las acciones allí descriptas.--

------ Ergo, la falsa causa -expresada en la motivación- que enarbola la empresa actora, son

///

una realidad.- No hay infracción ninguna al art. 38 del Código Ambiental.----------

///--- Asimismo, la prohibición que estipula el art. 39, de …transportar…desechos cuando los mismos pudieren degradar el ambiente en forma incipiente corregible o irreversible o afectar la salud pública, tampoco fue constatada.----------

------ Coherentemente expone el Dr. CANEO, sobre la actividad de A.- El transporte de la alúmina -que no es "desecho" como antes dejé asentado sino materia prima necesaria para la producción del aluminio, lo que efectivamente está probado- es imprescindible para su desarrollo.- Autorizada a funcionar, es de suponer que las autoridades competentes vieron el riesgo que este transporte importa.- Elemento volátil, las partículas de alúmina deben transitar por la cinta al silo.- Hay otra manera distinta de hacerlo? Pues la autoridad ambiental no lo dice.- De hacerlo más seguro? …tampoco.----------

------ Es claro, que si así es, solamente puede estimarse que hay falta si no se adoptan las previsiones necesarias y aptas para evitar voladuras.- Y -repito lo expuesto antes- la misma demandada dice que se tomaron las precauciones, que hay un plan de contingencia…el mismo fue informado y no hubo observaciones.-----
----

------ Podría haber ocurrido -y también me reitero en lo dicho- que hubiera mediado negligencia culpable o dolo en el desarrollo de la actividad…¿se abrió la tapa del silo? ¿se omitió bloquearlo?. Si así fue ///¿faltó diligencia, prudencia, hubo impericia…?- Nada de esto -la causa del evento- fue -insistiré- controlado ni averiguado convenientemente.----

------ Finalmente, que se trató de un suceso excepcional, está contundentemente acreditado.- Y por ser excepcional, no afectó el ambiente, ni la salud de la población, pues las "molestias" de irritación ocular y nasal a que aluden los peritos, fueron meros trastornos que se probaron en una sola persona, y resultaron prácticamente

///

intrascendentes, sin secuelas.----------

---------- -----

------ Que si estos hechos se reiteran podrá haberlas…esto dicen los expertos.- Ante la supuesta eventualidad de que hechos de estas características se sucedan en el tiempo -surge de la causa que otro evento ocurrió el 16 de Septiembre del mismo año, aunque de menor envergadura- la autoridad de aplicación debería -previo examen de técnicos y profesionales en la materia- emitir normas claras preventivas y protectivas, corrigiendo si fuere menester las que la misma Empresa ha pergeñado e informado.- Debería incluso, indagar más sobre la alúmina, ordenar e inspeccionar la medición de las partículas, verificar la forma en que se "limpian" de la ciudad aún frente a derrames o voladuras escasas.- Porque si se autorizó a la Empresa a funcionar, comparte el Estado la responsabilidad del riesgo normal para el ambiente o la salud que la actividad crea.-------

---------- ----------

///

------ Es de considerar, que n ormas como el art. 41 del Código, aluden a una previa adecuación a las normas de calidad cuando se descarga en cuerpos receptores como el aire, a fin de convertirlos en inocuos o ///inofensivos para la salud de la población, la flora y la fauna, e impone a las autoridades la corrección de las actividades degradantes, y el propiciar una progresiva disminución de los niveles de contaminación.- Se cuenta -surge de la causa y lo menciona la Provincia al contestar la demanda- con una estación de monitoreo del aire (Estación "E") - que se supone podría auxiliar a la concreción de este objetivo.- Pero esto no es tarea que incumba al Poder Judicial; lo cito en pro del principio protectivo que según el Código mismo debe sobreponerse en importancia al represivo (art.3 inc. i) 1, art. 5 inc. e)), y en el caso bajo análisis, las autoridades parecen no haber tenido en cuenta.----------

------ A resultas de lo que vengo de decir, no veo A. haya transgredido la prohibición contenida en el art. 39 de Ley XI N° 35, lo que -según lo dije respecto del art. 38- importa vicio en la

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

causa del acto, que también incurre en contradicción cuando así lo afirma, pese a asegurar que contaba con los elementos técnicos necesarios para evitar el daño (que luego dirá no debe considerarse para configurar la falta) o disminuir el riesgo.----------

------ 2.- Asimismo, como lo señalara también en SD N° 01/SCA/12, puede apreciarse de una simple lectura, que el Código Ambiental no tipifica cuál es la coerción que han de sufrir quienes transgredan las prohibiciones de los arts. 38° y 39°.- Cuando en el Título XI -arts. 139°/142°- se ocupa "De las Sanciones"- considera sólo la de multa.- Pero no especifica allí cuáles de las conductas normadas en su ///articulado son las que quedan comprendidas.- Únicamente prevé quién las aplica, el destino de los fondos que se recauden, que constituyen títulos ejecutivos a los efectos de su cobro judicial, que serán graduadas según la importancia de la contravención y la posibilidad de aplicarlas fraccionada y progresivamente; para indicar finalmente qué ocurre en caso de reincidencia del

///

infractor. Reitero, no efectúa una tipificación de penas con referencia a conductas infractoras.-
----

------ A sólo una referirá en el Capítulo siguiente, art. 146: al "vertido" prohibido, limitado el "vertido", si concatenamos ello con el art. 49° que lo define como "evacuación deliberada" en el mar, no puedo sino colegir que la infracción punible es únicamente ésta; y ello ocurre cuando alguna de las sustancias indicadas en el art. 47°, se introduce de manera dolosa en las aguas del mar.- Conducta que no se le ha imputado a A.----------
----

------ ¿Laguna? Me preguntaba en aquel fallo.- Es posible, aunque la imprevisión no se supone en el legislador.- Y citaba "…en algunos casos, la aplicación de la norma por parte de la Administración se reduce a una cuestión automática. Así las decisiones operan en un ámbito donde no hay margen alguno y la Administración debe ceñirse a lo previsto por la norma. Sin duda es en ejercicio de la potestad sancionadora o disciplinaria …donde se observan claramente los márgenes de ponderación que tiene

///

la autoridad, salvo aquellos casos, donde a una conducta determinada se le aplica una sanción preestablecida, cuya aplicación es casi automática" (Conc. Susana PARÉS – "Incumbencias del Derecho Administrativo en la Cuestión Ambiental…" Rev. De ///Derecho Público 2010-I- Derecho Ambiental- III- Rubinzal-Culzoni, pág. 214/215)".----------

------ 3.- De todo ello resulta que ni hay conducta tipificada, ni hay culpabilidad, ni hay tipificada sanción.- El art. 1 de la Disposición N° 135/98/SRCA/ es nulo de nulidad absoluta y manifiesta por aplicación del art. 33 inc. 2 de Ley I N° 18.----------

------ 4.- En lo relativo a la orden de informar -que incongruentemente se achacó como infracción para luego imponerla como obligación- y que también es atacada de nula, los argumentos que la controvierten son inconsistentes.----------

///

------ En el marco de lo normado por el art. 41 de la Constitución Nacional, 109 de la Carta Provincial, y Ley XI N° 35, atento el informe de los expertos sobre los efectos aleatorios que puedan sobrevenir de la repetición de hechos como el acaecido en la salud y el ambiente, la medida es protectiva, razonable y necesaria.- Perfectamente legítima de ser adoptada justificada en el principio de prevención.- Aunque por lo dicho antes, el apercibimiento para el caso de incumplimiento es ocioso.-

------ En lo relativo a la orden impartida por el art. 4°, de presentar un informe sobre las medidas previstas para casos semejantes, igualmente se sustenta en el principio enunciado y normas indicadas que lo receptan.- ///No obstante ello el pronunciamiento sobre el acuse de nulidad es inoficioso, pues fue oportunamente cumplido.----------

------ 5.- Todos motivos por los que, coincidiendo con el prevotante, considero debe admitirse parcialmente la demanda, declarando la nulidad del art. 1 de la Disposición cuestionada, y de su sucedánea N° 40/MAyCDS en tanto lo

///

confirma, coincidiendo totalmente con la urgente necesidad que afirma el Dr. CANEO de reformar la Ley XI N° 35, en los aspectos que propone, y fundamentalmente en materia de legalidad y tipicidad de conductas y sanciones.----------

------ A idéntica cuestión dijo el Dr. ROYER:----

------ Sobreabundante y farragoso resulta insistir y reiterar análisis y conclusión en esta causa, amplia y más que suficiente lo dicho por quienes me preceden, que comparto en su totalidad.- Mas estoy obligado por imperio constitucional a emitir voto fundado, y sujetándome a esta manda me pronuncio.----------

------ A) Una lluvia de alúmina encontró el ciudadano de Puerto Madryn el día de 27 de Agosto de 2008.- Agitadas por el viento, acumuladas en aceras, jardines, sobre viviendas y vehículos, micropartículas de este mineral se enseñorearon en la localidad.- Ninguna duda cupo al vecino que

el origen lo era la actividad de A. SAIC.--------

------ Pero a la firma no pareció preocuparle el hecho...ni enterados.- Fue la responsable de Seguridad y Medioambiente de la A. ///p. la que se ocupó de "contactar" a la firma, y se le comunicó que la "voladura" provenía de pérdida de la cinta que transporta esta materia prima que se descarga del buque, para depositarla en un silo (la cinta que vemos sobre el muelle arribando a la ciudad) dados "fuertes vientos" que ingresaron a la misma.----------
----

------ Igual explicación se dio a la autoridad provincial de Medio Ambiente que el día 28 practicó inspección, afirmando el encargado de A., que no comunicó a ninguna autoridad porque "no había habido desperfectos en los equipos".- Aunque luego resultó y se demostró que sí, los había habido, y que no fue un derrame de la cinta sino la apertura, aparentemente por rotura del bloqueo, de la tapa de uno de los silos a los que aquélla lleva el material.----------
----

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ A todo esto la prensa -lógicamente- da a publicidad la contingencia el 28 de Agosto.----------

------ A. es intimada por los funcionarios provinciales del área ambiental con asiento en Madryn (Comarca VIRCH, Península Valdés y Meseta Central, rezan logos y sellos) a producir informe, y además propician un trámite sumarial (29/8/08), lo que es receptado por la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental, que por Disposición N° 62/08 lo ordena.----------

///--- Lo hace en el marco de sus legítimas atribuciones como policía del ambiente que le otorga la Ley XI N° 35, inobjetablemente ante un hecho que con evidencia -sin necesidad de mayores abundamientos- lo merecía.----------

///

------ B) El desarrollo del sumario ha sido relatado fielmente por el Dr. CANEO.- Culmina con la Disposición N° 135/09 que en esta litis se embate por nula, la que:----------

- en el art. 1° impone a A. -con relación a este incidente- la sanción de multa por infracción al art. 38 de Ley XI N° 35, en tanto omitió informar a la autoridad provincial, e incumplimiento del art. 39 porque dijo encontrar probado que el mismo afectó la salud pública;----------

- estableció en el art. 3° para la firma la obligación de informar sobre cualquier acontecimiento de esta naturaleza o similar "bajo apercibimiento de aplicar las sanciones que correspondan";----------

- la intimó a producir y presentar en 30 días, un proyecto técnico sobre medidas aptas a los fines evitar eventuales sucesos de voladuras de alúmina.----------

------ Algunos de sus fundamentos son interesantes:----------

- reproduciendo el dictamen legal dirá que como "comprensivo" en el art. 38, A. tuvo el deber de comunicar a las autoridades provinciales el hecho

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

ante el riesgo al ambiente o a la salud que implicaba;----------

- aludiendo al art. 39 -dijo- "la opinión resulta opuesta" pues la empresa contaba con elementos técnicos necesarios para evitar el daño o disminuir ///el riesgo…los silos contaban con dispositivos de bloqueo…poseía un plan de contingencias que aplicó;----------

- mas luego, señaló que no hubo daño al ambiente, pero afectó la salud de las personas, quedando demostrado ese efecto nocivo.----------

- y además indicó que el descargo de A. manifiesta confusión entre "responsabilidad civil y administrativa" pues el presupuesto para ésta es la infracción, no el daño, adunando en referencias doctrinarias y jurisprudenciales esta afirmación, con cita inclusive de Sentencias de este Tribunal.----------

------ C) Para atender el planteo nulificante, conviene despejar primero los ataques a los arts.

///

3° y 4° del acto cuestionado, que en concordancia con los preponentes no los estimo atinados.------ ----------

------ Entiendo harto juiciosa la obligación de informar a la autoridad de aplicación de Ley XI N° 35 que estipula el art. 3°, pues ello es imprescindible para que proceda en el marco de sus potestades policiales, no sólo a investigar, sino a ordenar las medidas que considere apropiadas para prevenir daños.- Con aclaración de que, decir que establecer esta obligación es legítima, no significa que lo sea sancionar por no hacerlo antes de estar estipulada.- Ampliaré esta acotación más adelante.----------

------ También veo legítima la orden de presentación del proyecto a que refiere el art. 4° del acto atacado.- Aunque sea ocioso pronunciarse sobre esta legitimidad, ya que el mandato fue cumplido, lo hago para destacar ///como lo hacen mis predecesores, que nada ha dicho la Provincia en este juicio acerca de las previsiones allí enunciadas –ni bueno, ni malo- y para coincidir totalmente con lo expresado por el Dr. PASUTTI, acerca de las funciones trascendentes en la materia que competen a la

///

autoridad de aplicación -y su responsabilidad- con respecto a la actividad de A.- El mismo art. 38 -aquí impuesto a la actora- le es aplicable como autoridad, y debe sujetarse en un ***accionar positivo*** *al Título I en sus Capítulos I, II, III, IV, V y VI del Código Ambiental.----------*

------ En definitiva entonces, estos ataques de nulidad no pueden prosperar, no adolecen de vicio ninguno, la causa es clara, el objeto lícito.- El planteo debe rechazarse respecto de estos artículos de la Disposición N° 135/09.----------

------ D) Es el art. 1° de la precitada Disposición el que está en crisis.-----

------ Ya en la SD N° 01/SCA/12 -"T."- que mis predecesores vienen citando, me referí al desarrollo del derecho al ambiente.- Recordé mi voto en SD N° 14/SRE/01 ("P. K.") en el que aludía a conferencias, pronunciamientos y convenios internacionales, al Pacto Federal Ambiental del 5 de Julio de 1993, que tuvo en

especial consideración esta materia aumentando las obligaciones de las Provincias (LL 1995-B-1291 - "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional")", previniendo "no fue ajeno el Chubut a esta preocupación, que consagra garantías para la comunidad y normas protectivas en su Constituci¢n renovada -arts. 109 a 111", remitiéndome a este mismo fallo ///luego, en la SD N° 26/SRE/01 (in re "G..."), primera oportunidad en la que resolví un Amparo en la materia.----------

------ Señalaba que, evidentemente desde ese momento hasta nuestros días, este Derecho ha sido objeto de muy interesantes estudios, y diversas posiciones, abonando con conceptos sobre daño al ambiente y "contaminación".- Me remito a este precedente.----------

------ Concluía, en que "de un Derecho Ambiental como disciplina científica, será el de comprender las normas legales referentes al uso y conservación de todos los bienes, fenómenos y elementos naturales o creados, en tanto influyan en la calidad del entorno desde el punto de vista del interés humano; la doctrina conducente a su formulación e interpretación; las decisiones jurisprudenciales, y los usos y costumbres correlativos.- Todo ello con el propósito de ***condicionar la conducta humana respecto del disfrute, preservación y mejora del***

///

ambiente, introduciendo acciones y abstenciones a favor del bien común” .--------

------ “Como disciplina jurídica diferenciada, se inspira en principios propios que la orientan e informan.- Como ilustra Luis KAMADA, citando a MOSSET ITURRASPE, el de realidad; de regulación jurídica integral; de responsabilidad compartida; de conjunción de aspectos colectivos e individuales; de nivel de acción más adecuados al espacio a proteger; de tratamiento de causas productoras y de los síntomas con ///puntualidad o premura y de unidad de gestión. (Conf.: “Daños punitivos y la prevención del daño material” en DJ 2007 –I, 173)”.--------

------ *Citando a Jaime FERNANDEZ MADERO, mencionaba que el daño ambiental* se exterioriza en forma lenta y, consecuentemente, los efectos nocivos se evidencian luego de transcurridos largos períodos de tiempo y suelen ser de gran magnitud, o propagarse a grandes distancias del lugar físico en que fueron ocasionados.- Todo ello implica la dificultad de establecer la cuantía de los perjuicios e incluso que la percepción de la reparación se torne ilusoria, además de resultar dificultoso habitualmente determinar la relación de causalidad entre el daño ambiental y la conducta contaminante.- Y que el autor consideraba que el perjuicio ocasionado a la sociedad a través de la afectación del medio ambiente ***constituye per se una actividad contraria al orden normativo, vale decir antijurídica***, razones por las que se pronuncia por el criterio de responsabilidad

objetiva para dirimir las cuestiones con él relacionadas. Y dice “ya sea con carácter preventivo o precautorio, lo esencial en materia de tutela ambiental es tener en cuenta la prevención del perjuicio como núcleo prioritario de la reparación, pues así se observa en la redacción del primer párrafo del art. 41° de la Carta Magna y más aún cuando impone el deber de preservarlo. (“Los daños al medio ambiente” en LL 2004-A, 1456)”.----------

------ De lo dicho deducía, que la noción de "daño ambiental" es ambivalente, pues designa no sólo el que recae en el patrimonio ambiental que es común a un agrupamiento social -traducido como impacto ambiental- sino también a aquel que se causa al medio ambiente, ///pero "rebota" afectando los intereses de una persona física determinada, caso en el cual el componente de responsabilidad civil es indudable.- Pero -seguía- “ambos interesan al Derecho Público, pues además del perjuicio individual, el daño producido al ambiente afecta la calidad de vida e intereses de los seres humanos en general a la sanidad, salubridad, a sus valores culturales, estéticos, recreativos”.----------

------ “La pena ambiental, debe coexistir con la perspectiva jurídica daño/responsabilidad, y contiene la respuesta que proporciona la sociedad, a través de las leyes o de los jueces, al fenómeno del hecho injuriante en general, atendiendo a una regla de preferencia de la prevención, antes que la curación, con un objeto disuasorio para el

///

causante del daño u otras personas que puedan realizar similares actividades.- Pues como acota la Dra. KELMELMAJER, suelen ser agentes contaminadores, degradadores o explotadores del ambiente, los titulares de mayor poder económico, sin dejar de atender a que sus actividades -pese a su peligrosidad potencial- son necesarias a la comunidad”.----------

------ "En este contexto descripto la injerencia del Estado es trascendente, y la influencia del Derecho Público en el Ambiental, ostensible.- Y se produce a través del Poder de Policía".-------
----

------ Recordaba, que “el art. 14° de la Constitución Nacional, en su primera parte, establece que: “Todos los habitantes de la Nación gozan de ///los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio…”, en tanto que el art. 28°, dispone que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.- De la interrelación de esos artículos se construyó el aludido Poder considerado como “la facultad que emana del órgano legislativo, a fin de promover el bienestar general, pudiendo de tal forma restringir o limitar derechos individuales contemplados en la Constitución Nacional, siempre que el bienestar general torne necesaria tal limitación”.- Para manifestarse válidamente requiere una ley formal, emanada del Honorable Congreso y

debe reunir los siguientes caracteres: impersonal, general, abstracta y objetiva.- (Conc. Javier BARRAZA y Fabiana SCHAFRIK “Actualidad en la jurisprudencia sobre el poder de policía en la Constitución Nacional” en LL 1998- F,1051).- Regulación que -reitero- atendiendo al principio protectorio, puede asumir -siguiendo la doctrina- caracteres específicos en materia ambiental, que no siempre se condicen con los clásicas propios de esta actividad”.----------

−−−−−− La Provincia del Chubut ejerciendo tal poder, ha fijado para sí las pautas que habrán de ser consideradas por los habitantes como “*límites de tolerancia en pos del bien común*” sancionando para ello un Código Ambiental, describiendo el objetivo, tratando de fijar los estándares “de tolerancia” en la materia -señalados por los doctrinarios- tipificando aquéllas conductas que se consideran transgresoras.- Se ocupó, muy cuidadosamente, de aportar definiciones para su interpretación, pero así como “cuidó” los aspectos ambientales, marró –como ha de verse luego- en los jurídicos.----------
---

///--- “Tradicionalmente, el Poder de Policía, reúne notas muy asentadas.- En mi voto, en SD Nº 8/SCA/06 (in re “P…”) siguiendo al autor español Alejandro NIETO -Derecho Administrativo Sancionador- me refería a ellas, en tanto el autor efectúa una serie de proposiciones para "una política represiva eficaz", derivada de las "matizaciones" que se imponen en este ámbito en razón de su especificidad, derivada de su objetivo, que -sostiene- no es sancionar sino justamente lo contrario, no sancionar, logrando que sólo con la amenaza se logre el cumplimiento efectivo de órdenes y prohibiciones.- Las normas sancionadoras protegen intereses

///

colectivos, generales y públicos y su pretensión es que el daño no se produzca para lo cual debe evitarse el riesgo.- De tal modo, habrá infracción cuando por incumplir la norma se creó el riesgo, y esto sin considerar las consecuencias dañosas, aunque puedan ser valoradas para graduar pena (Tecnos - 2 Ed.- pág. 29/32, 35/37)".----------

------ Y en esto la Provincia viene coincidiendo, como lo subrayé, en B).-

------ Indicaba también que ***"el principio de legalidad*** -lex previa -lex certa, exige la tipicidad suficiente de las conductas infractoras -elemento objetivo- que se desenvuelve en dos niveles: normativo, que exige predeterminación inteligible de la infracción, descripción de los elementos esenciales de un hecho sin cuyo incumplimiento -abstractamente considerado- no puede ser calificado de infracción, y de aplicación que exige que el hecho concreto imputado se corresponda exactamente con el previamente descripto, y la ***culpabilidad*** –o ///imputabilidad subjetiva- *por causa de dolo, culpa, negligencia grave, leve, o simple descuido o ligereza,* y que involucra a personas físicas o jurídicas, constituyen los presupuestos de la sanción que también debe ser típica con determinación correlativa y proporcional a la infracción (Ob. y autor citado – págs. 199/202, 291/295, 310 a 314, 342 a 352).- El Tribunal Supremo de España –citado por el mismo doctrinario, decía- es gráfico cuando indica el camino a seguir: en el enjuiciamiento de una resolución administrativa que ultime un expediente correctivo o

sancionador, se ha de partir del análisis del hecho o acto impugnado, de su naturaleza o alcance, para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es –o no- subsumible en alguno de los supuestos tipos de infracción administrativa previstos por la norma que sirve de basamento para la estimación que se persigue y en su caso, sanciona; *enjuiciamiento que deberá hacerse con un carácter exclusivamente jurídico pues la calificación y sanción de una infracción administrativa no es facultad discrecional de la administración, viniendo condicionada su legalidad por la tipificación de la falta y la sanción y por la prueba inequívoca y concluyente de que el sancionado es responsable de aquélla* (fallos del 26/12/83 y 17/12/88 – pág. 345)".- La Corte Nacional sostuvo tal criterio afirmando que sólo puede ser reprimido quien sea culpable (Fallos 290:202).- Así lo apliqué, aunque reconozco que la cuestión de imputabilidad tiene sus matices en la Policía Administrativa, a partir de las normas que la autorizan".----------

------ *Continuaba* "No ahondaré aquí en la antigua y sostenida discusión sobre la diferencia entre falta o contravención y delito, o en la ponderada tanto como criticada aplicación al campo del Derecho Administrativo ///Sancionador, de los principio del Derecho Penal.- Pero lo cierto es que éste conforma lo que GARCÍA PULLÉS llama "el régimen jurídico circundante" (La distinción entre delitos y faltas – El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte – Rev.JA – Supl.Der.Adm. 2006-III), y de ellos derivan los antes mencionados.- Así es que el de legalidad se integra con cuatro subprincipios:----------

///

- de reserva legal, según el cual no es posible la creación ni de infracción ni de sanción alguna sin una norma expresa que lo establezca;----------
- de tipificación, que determina que esa norma legal debe describir la conducta infractora y ***las características de la sanción*** que le corresponde;----------
- la prohibición de retroactividad de la ley *in peius*, y la obligación de admitir la retro o utra actividad de la ley mas benigna;----------
- la prohibición de la analogía *in peius*;----------

------ Se advertirá -decía - que “la ***presunción de inocencia*** no está entre estos subprincipios, pues -opina el doctrinario- el mismo fue morigerado y hasta limitado por la jurisprudencia en materia administrativa, en cuyo ámbito campean la responsabilidad objetiva, la teoría del riesgo creado, la solidaridad, incompatibles con la culpabilidad típica del Derecho Penal.- Este principio además, en materia administrativa, se enfrenta con el de la presunción de legalidad de los actos, de modo que comprobada una infracción por la autoridad de aplicación, se invierte *el onus probandi* y debe acreditar el acusado su falta de responsabilidad (vg. infracciones de tránsito).- Y considera que afirmar que la presunción de inocencia se ///impone a aquella presunción de legitimidad, es desentenderse de la realidad, bregando por la evolución en este aspecto en beneficio del ciudadano”.----------

------ “Es justamente en este punto donde los ambientalistas se apartan del “régimen circundante” (penal), y en lugar de presumir inocencia

presumen culpabilidad e inversión de las cargas probatorias”.- *Y razonaba* “Puedo estar o no de acuerdo en que ante el bien jurídico protegido, puede admitirse un criterio de responsabilidad objetiva, con inversión de la obligación de probar…pero ello no significa que el elemento subjetivo esté ausente, pues -en mi opinión- deberá quedar siempre abierta la posibilidad de probar excusación o exculpación”.- No veo -decía- por una parte, que el Código Ambiental de la Provincia ni lo recepte ni lo induzca*, en lo cual –insisto- la Provincia está de acuerdo, afirmando justamente lo contrario "el presupuesto de la responsabilidad administrativa es que exista infracción a una ley o reglamento, no la existencia de daño" (vuelvo –insistiendo- al punto B).----------*

------ Aún cuando no se aplique Dto. N° 1282/08, por la fecha del evento, el Dto.Ley N° 920 (hoy Ley I N° 18 - Sección Primera) es de atención ineludible por lo que será el principio de verdad material e impulsión de oficio –art. 26 inc. 3 conc. 57 inc. 1 y 180, y el de valoración de prueba - art. 26 inc. 5- lo que deben guiar la hermenéutica.----------

------ De algunas normas del Código Ambiental también se infiere –por otra- que se enrola en el tradicional criterio de imputabilidad subjetiva

///

(art. 49 conc. 146).----------

///--- E) En orden al primer aspecto -que debió configurar la "causa" del acto para luego conformar "in aliunde" o integrar la "motivación", la invalidez argumentada por la actora la encuentro evidenciada.----------

------ Tal como lo expresaba en el decisorio al que vengo aludiendo "Acerca del vicio en el elemento causa del acto administrativo me he pronunciado en distintas oportunidades. En la SD N° 1/SCA/11 (in re "G…"), reiterando la N° 13/93 ("P..."), 17/SCA/97 ("P..."), N° 3/SCA/99 ("F..."), 6/SCA/06 "V..."), con cita de CASSAGNE y MARIENHOFF, dije que la ausencia de los antecedentes de hecho y derecho que preceden y justifican el dictado del acto administrativo determinan su nulidad absoluta (Derecho Administrativo - Tomo II -pág. 243 - Trat. de Der. Administrativo -Tomo II- págs. 26/27)".- Aduné también con cita de GORDILLO sobre la arbitrariedad (me remito a lo allí enunciado a fin de no sobreabundar) y traje el precedente de la SD N° 4/SCA/01 ("F...") en la que señalé que la causa "...es requisito intrínseco del acto, y se define como el elemento lógico que se integra con diversos datos materiales, que comprende el "por qué", y se compone de los antecedentes fácticos, circunstancias y normas que concentran y evalúan su contenido de fuente creadora del mismo... una constelación de motivos determinantes... con su necesaria vinculación

con el fin el "para qué"...La jurisprudencia tiene dicho, que "todo lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho invocados para emitir el acto, caen o pueden caer bajo el poder de revisión de los jueces, para llegar a realizar un verdadero ///análisis de la existencia de los presuntos antecedentes, es decir, aquellos que constituyen su causa o motivo; por ello, el juzgador debe efectuar el control de legalidad de un acto administrativo, pero a su vez desentrañar los motivos y los hechos que le sirven de origen, valorando objetivamente los antecedentes que se encuentran en la causa y fueran la motivación de su dictado, para dar por sentado si corresponde o no la modificación de la decisión a que arribara el organismo en cuestión" (CN Apel. Cont. Adm. Fed. Sala II en "Cervera c/A.N.A...." del 28/02/95 y la Sala I en "Kohn Loncarica c/Poder Legislativo..." del 20/02/98, Bol.Jur. Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed. Cap. Fed.-ED-Año 1998 N° 1)".--------

------ En cuanto a la motivación, me ocupé de este elemento esencial del acto administrativo en la Sentencia Definitiva N° 1/SCA/08 (in re “P…”) donde reiteré mi voto en SD N° 31/SRE/04, en la que citando a GARCIA DE ENTERRIA dije “...la motivación debe reconducir la decisión a una regla de derecho que la autoriza o de cuya aplicación surge; obliga a fijar los hechos de cuya consideración se parte, y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma...pero además a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto, y debe ser suficiente dando razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de esa decisión (Curso de Derecho Administrativo - Civitas - Tomo I - pág. 542, 543)”.- Previne, también allí siguiendo a ESCOLA, que “...el acto administrativo no puede aparecer caprichosamente,

///

desvinculado de toda relación precedente sino que debe motivarse, debe reconocer como antecedente necesario, la existencia de circunstancias que se tuvieron en cuenta para dar origen al acto en sí mismo”... “...*en el caso de potestades regladas, la motivación ///permitirá controlar si se ha aplicado correctamente el ordenamiento jurídico y en caso de haber sido así, si tal aplicación lo ha sido a un caso que revista las características exigidas por el presupuesto fáctico de la norma. Los interesados tendrán así conocimiento de los supuestos de hecho y de derecho de la Resolución, lo que les permitirá apreciar si aquéllos se ajustan a la verdad y si éstos son legales.*”- Citando a MAIRAL concluía “...Exigencia que se considera mayor aún si de actos discrecionales se trata...pues constituye el deber ser exigible al mismo”. La jurisprudencia concuerda: “la motivación debe ser suficiente, es decir, debe mostrar el proceso lógico jurídico que ha determinado la decisión y esa suficiencia no puede desvincularse de la amplitud de la facultad ejercida ni del concreto caso en que los actos se emiten” (CNCAF -Sala III - 5/4/88, "Guarrochena Crespo...", Sala II - 10/10/01- "Parodi Juan C...”)”.----------
---

−−−−−− **"**Tratándose en concreto del ejercicio de potestades sancionadoras – enseña LICHT- hay tres manifestaciones de ***actividad reglada***: la configuración de la conducta antijurídica y sus consecuencias; la imposición de la sanción; su ejecución.- Esta caracterización traduce *ab initio*, una limitación al obrar administrativo que deberá ceñirse a las normas y principios que informan ese derecho.- La primera, está

indicando que la causa del acto deberá sustentarse en una norma general y abstracta que defina la conducta objeto de reproche y la consecuencia derivada de su inobservancia.- En tanto importa una aserción acerca de la concurrencia de los extremos que posibilitan la imposición de una ///sanción, su defecto u omisión acarrea un impedimento para que el acto pueda proyectarse sobre la esfera de libertades del administrado.- La resolución se traduce así en un silogismo: la norma general y abstracta es la premisa mayor, las situaciones de hecho que han dado lugar al obrar administrativo la premisa menor, y la decisión es la consecuencia a que se arriba mediante la apreciación o subsunción de los hechos en relación con las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa.- La motivación es el medio de exteriorización de este razonamiento.- Y el juez ha de poder verificar no sólo la corrección del enunciado final, sino de las premisas que la sustentan, ya que de un antecedente falso en buena consecuencia se sigue un resultado apócrifo o accidentalmente verdadero.- (Tbjo, citado antes)”.----------

------ “La “tipicidad” dada por la premisa mayor, es bastante dificultosa en materia administrativa, mas debe decirse que el Código Ambiental – como lo señalé antes- en este aspecto se ha esmerado prodigando claras “definiciones””.----------

------ Mas como en aquel caso en éste, tengo que concluir en que la Disposición cuestionada, no respeta este silogismo.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ F) Los extremos en que la demanda se funda, alegando vicio en la causa, en la motivación, en la razonabilidad por incongruencia, son certeros.- Porque de lo aquí demostrado surge a mi juicio claro:----------

- la obligación de informar no está escrita.- Si no lo está ¿Cuál es la tipicidad legal? Y en todo caso ¿a qué reescribirlo en un artículo de la misma Disposición?;----------

///- Ha quedado establecido rotundamente que se trató de un suceso extraordinario.----------

- El acto deja en claro, que A. cumplió con las medidas suficientes para prevenir las "voladuras".- Y aunque como dicen mis colegas, ello no está evidenciado pues no se indagó suficiente sobre las causas del evento, y se desechó posible prueba -técnica o de otro tipo como el testimonio de responsables- conformándose la Provincia con las manifestaciones de A. (incluyendo el tamaño de las partículas…), así lo hace manifiesto.-------

///

- El transporte de la alúmina es un riesgo propio y normal de la actividad de A., radicada en la zona desde hace muchísimos años, sobre el que la autoridad ambiental no ha elaborado pautas de prevención de ningún tipo; las existentes, son las que a criterio -no controvertido- de la empresa se hacen necesarias para minimizarlo;----------

- La alúmina no es un "desecho", concepto éste no elaborado por el Código Ambiental -es materia prima indispensable para el desarrollo de esta industria;----------

----

*- En sí misma -los expertos coinciden- no fue esta "voladura" nociva para el ambiente o la salud.- Materia inerte, óxido estable insoluble en agua…dice el testimonio de los Ing. M. a fs. 125/126 y vta (Metalúrgico y Laboral) y C. a fs. 127/128 (Químico y de Seguridad).- Salvo claro, que se dé una continua exposición, con partículas de determinado tamaño que -según A.- son mayores a las potencialmente dañosas, con lo que el consultor de la Provincia se conformó (fs. 173/174), añadiéndose que en realidad…**no hay ///evaluación suficiente de impacto en la***

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

población humana, *lo cual "sería conveniente" estudiar (fs. 177);----------*

- Sólo se ha demostrado que ***una persona*** *sufrió molestias de irritación ocular y nasal;----------*

------ De esto dicho, concordado con la lectura de las normas -transcriptas por el Dr. CANEO- se desprende, que los principios de legalidad y tipicidad de la falta fueron indudablemente desconocidos por la autoridad provincial.- Qué decir del de culpabilidad, ya que en ningún momento se alude a culpa o negligencia de la firma…y se niega toda posibilidad -encarada por A. en su descargo- de imputación objetiva (otra vez B).----------

------ De tal suerte, e idénticamente a como finalizaba afirmando en la SD N° 01/SCA/12- la causa del acto sancionatorio es falaz.- "Así se ha sostenido que si "la sanción aplicada no responde a los antecedentes de la causa… la

///

resolución recurrida se encuentra viciada en sus elementos causa, motivación y finalidad, resultando nula de nulidad absoluta e insanable" (CNACAF - SALA II - 10/02/2011 -elDial AA6A25); "la sanción prevista en los artículos... es de naturaleza represiva, por lo que solo puede ser admitida en caso de que se demuestre cabalmente, y sin lugar a dudas, que se encuentran reunidos los elementos configurativos del tipo, circunstancia que en el caso no se verifica." (CNACAF - SALA V - 23/06/2011 elDial AA6FD1).----------

///--- G) A más, reiteraré lo que puse manifiesto en aquella Sentencia: para estas conductas que el Código "prohibe" -aún si se aceptara que fueron "cometidas" por A., ***no se ha previsto sanción.***----------

------ Se ha tipificado la falta, pero no la pena, que solamente aparece prevista para el "vertido deliberado" de determinados elementos a las aguas del mar, en normas que la disposición atacada no hubo aplicado.---

------ No sólo no existe sanción "típica", directamente no existe prevista sanción para el

///

incumplimiento de las mandas o la violación de las prohibiciones que el código estipula.--------
----

------ Por todos los motivos enunciados, soy de la opinión, concordando con el criterio expuesto por los Sres. Ministros que me preceden con su voto, que corresponde admitir parcialmente la demanda incoada por A. SAIC, declarando la nulidad del art. 1° de la Disposición N° 135/09 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental, y a la par, concuerdo en que es imprescindible la modificación del Código Ambiental, pues de lo contrario, acciones que sí contraríen los objetivos constitucionales protectivos, quedarán sin castigo, y los principios y políticas en la materia, caerán en agua de borrajas.----------

------ Así voto.----------

------ A la segunda cuestión dijo el Dr. CANEO:----------

///--- Según he votado la primera propongo al Acuerdo: 1) ACOGER PARCIALMENTE la demanda intentada por A. S.A.I.C. contra la Provincia del Chubut, DECLARANDO LA NULIDAD del art. 1º de la Disposición N° 135/09 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut, y de la Resolución Nº 40/09 del Ministro de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut en tanto lo confirma.- 2) Ordenar a la Provincia del

Chubut, la devolución de la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL ($150.000) abonados en concepto de multa, con más intereses a Tasa Activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A. hasta su efectivo pago.- 3) Las costas deben imponerse a la Provincia vencida (art. 69 Ley N° XIII Nº 5 -antes art. 68 CPCC).- 4) En cuanto a los honorarios, estimando que si bien se trata de una acción contencioso-administrativa de nulidad, el efecto sucedáneo y expresamente demandado, es la devolución de la multa que propicio ordenar, considero estimar ésta, mas sus intereses, como monto del proceso, y fijarlos para los letrados de la actora, Dr. R. L., en el 12% sobre la suma resultante y en el 30% de esta regulación para el Dr. G. H., de conformidad con los arts. 6°, 8°, 37° y 46° de la Ley XIII N° 4, valorados sus trabajos profesionales de acuerdo con los parámetros del art. 5° inc. a) a f) del mismo ordenamiento, con más el IVA si correspondiera.- En tanto, no corresponde regulación a los representantes procesales de la accionada por aplicación del art. 20° la Ley V N° 96.- Y fijar los del Perito Ingeniero Químico José María MOLINA en el 3% sobre la misma base de conformidad con el art. 60 de la Ley XIII N° 4, y de la Consultora Técnica por la actora, Dra. S. ///G. en el 1%, (art. 60 citado - 465 de Ley XIII Nº 5, antes 461 CPCC), más IVA si correspondiere, sin que proceda fijar estipendios a los Consultores Técnicos por la Provincia (art. 2 de la citada Ley).- 5) Disponer que, firme la presente, se libre Oficio al Sr. Gobernador de la Provincia, y a la Honorable Legislatura del Chubut, a fin de poner en su conocimiento la estimación de este Tribunal, de la necesidad urgente de modificar el Código Ambiental de la Provincia – Ley XI Nº 35 – en el sentido indicado por los votos que conforman el fallo.- El Oficio transcribirá los apartados pertinentes, y se acompañará copia de la Sentencia.----------

------ A la misma cuestión dijo el Dr. PASUTTI:----------

------ Tal como voté la primera cuestión concuerdo con la solución que propicia el Dr. CANEO.----------

------ A idéntica cuestión el Dr. ROYER dijo:----------

------ Según voté la primera, comparto lo resuelto para la segunda por los Dres. CANEO y PASUTTI.----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

///--- **1º) ACOGER PARCIALMENTE** la demanda intentada por A. S.A.I.C. contra la Provincia del Chubut, **DECLARANDO LA NULIDAD** del artículo 1º de la Disposición N° 135/09 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut, y de la Resolución Nº 40/09 del Ministro de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut en tanto la confirma.----------

------ **2º) ORDENAR** a la Provincia del Chubut, la devolución de la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL ($150.000) abonados en concepto de multa, con más intereses a Tasa Activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA hasta su efectivo pago.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ **3º) COSTAS** a la demandada (art. 69 Ley N° XIII-5).----------

------ **4º) REGULAR** los honorarios del Dr. R. L. en el 12% del monto del proceso indicado en la Segunda Cuestión, y del Dr. G. H. en el 30% de esta regulación (arts. 5° inc. a) a f), 6°, 8°, 37° y 46° de Ley XIII N° 4), con más el IVA si correspondiere.----------

------ **5º) REGULAR** los honorarios del Perito Ingeniero Químico José María MOLINA en el 3% del monto del proceso (art. 60 de la Ley XIII N° 4), y de la Consultora Técnica por la actora, Dra. S. G. en el 1% sobre la misma base (norma citada conc. arts. 465 de Ley XIII Nº 5, antes 461 CPCC), con más IVA si correspondiere.----------

///--- **6º) DISPONER** que, firme la presente, se libre Oficio al Sr. Gobernador de la Provincia, y a la Honorable Legislatura del Chubut, a fin de poner en su conocimiento la estimación de este Tribunal, de la necesidad urgente de modificar el Código Ambiental de la Provincia -Ley XI Nº 35- en el sentido indicado por los votos que conforman el fallo.- Los Oficios transcribirán los apartados pertinentes, y se acompañará copia de la Sentencia.----------

------ **7º) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. Fernando S.L. Royer, Daniel L. Caneo y José L. Pasutti.
Recibida y registrada en Secretaría el 22/08/12 bajo el N° 11/SCA/2012.-

///