

///MA, 3 de julio de 2015.

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Ricardo A. APCARIÁN, Enrique J. MANSILLA, Liliana L. PICCININI, Sergio M. BAROTTO y Adriana C. ZARATIEGUI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "BAGUES, ANDREA NATALIA Y OTROS S /AMPARO S/ APELACION" (Expte.Nº 27803/15-STJ-), elevados por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería Nro. 5 de la III Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de San Carlos de Bariloche, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

V O T A C I O N

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA.

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 98/99 por los Dres. Roberto Stella y Juan Garcarena, apoderados de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro contra la sentencia obrante a fs. 49/52 dictada por el Dr. Cristian Tau Anzoátegui, titular del Juzgado Civil y Comercial Nº 5 de la IIIa. Circunscripción Judicial, que hizo lugar a la acción de amparo ordenando a la Provincia de Río Negro (Departamento Provincial de Aguas) y Aguas Rionegrinas S.A., a brindar una solución a la problemática planteada por los amparistas, y que garantice el acceso al agua apta para el uso personal, doméstico y fines agrícolas, dentro del plazo de 10 días, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a sede penal, y de fijar una multa diaria de \$ 1,000 por cada día de retardo en favor de la actora y tomar las restantes medidas complementarias que correspondan.

Para así decidir, el juez del amparo destacó que, conforme las constancias de autos, se acreditó que los amparistas y sus familias carecen del acceso al agua, acorde a sus necesidades por su condición de habitantes en una zona urbana desfavorecida.

Además tuvo en consideración la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y los reclamos efectuados, sin que se realicen planes de mejoras ni expansión del servicio respecto del lugar donde residen los amparistas.

Entendió que el Estado provincial (D.P.A.) como la empresa que tiene a su cargo el servicio (Aguas Rionegrinas S.A.) tienen el deber de garantizarles el efectivo derecho de acceso al agua, acorde a sus necesidades.

A fs. 98/99 los apoderados de la Fiscalía de Estado se presentan y alegan incumplimiento del art. 149 bis del CPCyC, solicitando la concesión del recurso en relación y con efecto suspensivo, conforme lo indicado en la Ley Nro. 2921, por considerar que no se encuentra en peligro la vida ni la salud de los amparistas.

A fs. 101/106 presentan el memorial de agravios y, en lo sustancial, sostienen que la sentencia atacada es meramente “voluntarista” porque implica la realización de una obra hidráulica para llevar agua hasta el “...asentamiento ilegítimo distante a decenas de kilómetros...” de la Localidad de El Bolsón. Cita en su aval distintos precedentes jurisprudenciales, entre ellos “Levin” del STJ relativo a no desnaturalizar la división de poderes. Tilda al pronunciamiento de arbitrario e incongruente en contra de lo normado por el art. 200 de la C.P. Menciona asimismo que el fallo iría en contra de lo señalado tanto por la Procuración General como por el STJ en el precedente “ZAINUCO”, al referir que se trataría de un “asentamiento habitado en forma ilegítima e irregular”.

Argumenta de tal modo el apelante que no se encontrarían reunidos los requisitos específicos que demanda la acción sub examine, aludiendo al precedente “Oviedo” del STJ en igual línea que la declarada en “Zainuco”. Señala que, en su lugar, se debió seguir la vía pertinente que manda a la “petición de conexión y los trámites inherentes a lo mismo”, con más el pago de los gastos respectivos.

Entiende el recurrente que la Justicia no debe avalar las “relaciones irregulares y mucho menos obligar al Estado a actuar contra sus propias reglamentaciones vigentes”.

A fs. 108/114 la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, Dra. Ana María Fernández Irungaray, contesta el traslado conferido solicitando el rechazo del recurso incoado y expone acerca de la insuficiencia de los agravios.

Tras reseñar los informes requeridos a los organismos, destaca la Funcionaria que no se trata del derecho de propiedad de los amparistas, cuestión no introducida ab initio, sino del suministro del líquido vital en condiciones de sanidad el que no existe para nadie (propietarios y no propietarios). Esto último diferencia la situación de autos de la suscitada en el precedente “Zainuco”.

Defiende el fallo atacado y realiza una pormenorizada cita de la normativa constitucional involucrada, que contempla el derecho humano a disponer del agua y la protección de la salud, tanto a lo vinculado a la niñez, a la mujer y asimismo a los grupos minoritarios, pueblos originarios y refugiados.

Trae en aval de lo expuesto el fallo “Kersich” de la CSJN, tras lo cual manifiesta que el Estado está incumpliendo con su obligación del suministro de agua potable en Mallín

Ahogado, pretendiendo justificar su omisión en una supuesta inexistencia de título de propiedad, reiterando que esta cuestión no fue argüida en las respectivas contestaciones de informes.

Menciona además que resulta absurdo someter el reclamo al cumplimiento de los requisitos que prevé la reglamentación, toda vez que no existe en la localidad el suministro reclamado. De igual modo, entiende que sorprende que el Estado pretenda disfrazar su omisión mediante la protección de la salubridad pública, cuando precisamente, mediante el amparo se pretende el resguardo de la salud.

Entiende en suma la Dra. Fernández Irungaray que debe confirmarse la decisión del Juez del Amparo.

DICTAMEN DE LA PROCURACION GENERAL.

A fs. 142/148 la Sra. Procuradora General, Dra. Silvia Baquero Lazcano, dictamina que se debe rechazar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la Fiscalía de Estado, confirmando el fallo del Juez del Amparo.

Señala de manera previa que la falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 149 bis del CPCyC. constituye un vicio in procedendo subsanado -en el caso- por la interposición del recurso de apelación y su correspondiente expresión de agravios, sin que se aprecie conculcado el derecho de defensa.

En lo atinente al modo de concesión del recurso señala que la remisión efectuada por el a quo a fs. 100, permite explicar convenientemente la determinación adoptada.

Considera que la situación de autos resulta asimilable “mutatis mutandi” a la discernida en autos “GOYTIA, ALEJANDRA ISABEL C/ AGUAS RIONEGRINAS S.A. S/ AMPARO S/ APELACION”, Expte. N° 27689/15/STJ, oportunidad en la que emitió el dictamen Nro. 38/15 PG, cuyos lineamientos fundamentales reprodujo en su dictamen de fs. 142/148.

En tal sentido, arguyó que los agravios no poseen entidad suficiente para prosperar.

Finalmente señaló que, en coincidencia con lo expuesto por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en su intervención de fs. 108/114, mal puede argumentarse que debe condicionarse la prestación del servicio requerido al cumplimiento de los requisitos de rigor, cuando surge de lo informado por las propias empresas que la zona no cuenta con agua potable (fs. 31). En suma, y como corolario de lo precedentemente consignado, estimó que resulta inviable la vía elegida por la parte recurrente, debiendo rechazarse la apelación incoada por los representantes de Fiscalía de Estado, confirmando el fallo del Juez del amparo.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO.

Ingresando al análisis de los agravios expuestos por los apoderados de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro advierto que las circunstancias sometidas al análisis del Juez del amparo no resultan de la excepcionalidad que habilita esta acción procesal constitucional específica y sumarísima.

Al respecto este Cuerpo ha dicho que: “La excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especiales en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se presentan de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. En este sentido, es esencial que los jueces sean cuidadosos de la doctrina legal respecto de la notoriedad y constatabilidad de los actos que ameritan la acción, o sea que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía (cf. STJRS4 Se. 162/12 “SOLCOFF”, Se. 169/14 “CHANDIA AMABLE”), cuestiones estas que de modo alguno quedan acabadamente acreditadas en estas actuaciones.

Sabido es que para que el amparo se configure como remedio procesal debe dirigirse contra un acto notoriamente ilegal y lesivo de un derecho o garantía constitucional, donde la ilegalidad debe resultar concreta y claramente visualizable,

Nótese que ello no ocurre en autos. Conforme surge del informe del Departamento Provincial de Aguas obrante a fs. 31, desde dicho Organismo han advertido que la Zona de Mallín Ahogado, si bien se ubica en el Área de expansión de la concesión otorgada a Aguas Rionegrinas S.A., acorde al contrato de concesión del servicio público de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Río Negro, aprobado por Decreto N° 1045/98, dadas sus características de asentamiento rural no cuenta con el servicio de agua potable. De dicho informe surge que además el agua del canal de riego no es apta para el consumo humano, por su condición de agua cruda sin tratamiento de potabilización.

Asimismo, es dable señalar que, ante un requerimiento del Juez del Amparo, desde la firma “Aguas Rionegrinas S.A.” han informado que, en el lugar donde residen los amparistas, Mallín Ahogado, no se han realizado, ni tampoco aprobado, planes de mejora y expansión del servicio a su cargo. (fs. 41).

Por otro lado ha de señalarse que los procesos de urbanización que carecen de autorización y planificación previa conllevan la dificultad para que el Estado cumpla

con la provisión de servicios toda vez que precisamente al no responder a conductas planificadas muchas veces no existe posibilidad fáctica de extender redes de servicios en aquellas zonas elegidas por los vecinos sin consentimiento del propio Estado al que luego se demanda.

En dicho contexto el plazo de 10 días ordenado por el Juez del Amparo a la Provincia de Río Negro (Departamento Provincial de Aguas) y a la firma Aguas Rionegrinas S.A luce extremadamente voluntarista, como lo manifiesta la representación de la Fiscalía de Estado, pues una problemática tan compleja como la planteada requiere de procedimientos técnicos administrativos que no podrían ser llevado a cabo en tan corto plazo.

Ello así, puesto que, si bien la provisión de agua es una actividad que siempre deberá ser cumplimentada por el Estado, ya sea en forma directa por la Administración Pública o en forma indirecta mediante el otorgamiento de concesiones, permisos o licencias al sector privado, necesariamente se requiere estudios de factibilidad, de planificación de la expansión del servicio de agua potable en forma previa a cualquier ejecución de obra. A ello han de sumarse las características geográficas y demográficas de la zona en cuestión (Mallín Ahogado) y que se trata de un asentamiento rural distante a varios kilómetros de la Zona urbana de la Localidad de El Bolsón que merece un tratamiento específico.

No puede autorizarse al amparo como la forma habitual para corregir lo que eventualmente debe ser examinado por otro sendero procesal o legal. Ello, porque existen vías alternativas reparadoras aptas que obstan a la aplicación de este remedio constitucional, excepcional y residual, viable únicamente ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales para atender el reclamo planteado, circunstancia no acreditada en autos. Mientras el acto es susceptible de cualquier remedio dentro de la propia administración, o de cualquier recurso ante otro órgano de alzada, no puede considerarse impugnabile por la acción de amparo (Cf. Bidart Campos, *Derecho de Amparo, Las Vías Procesales Previas*, págs. 147/148, Ed. Ediar 1961).

La razón de ser del amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente; ni el razonable ejercicio de las atribuciones propias de la autoridad administrativa son bastantes para motivar la intervención judicial por vía de amparo, en tanto no medie arbitrariedad manifiesta de los organismos correspondientes (Cf. CSJN., 07-12-83, ED.

107 - 454) .

En dicho contexto surge que la cuestión planteada exige el agotamiento de una etapa de mayor amplitud de debate, discusión y ejercicio de pruebas que pudieran hacer valer las partes en un juicio contradictorio, todas estas circunstancias -no mediando una irreparabilidad del perjuicio- resultan ser ajenas al ámbito natural procesal del amparo. Admitir lo contrario supone autorizar el amparo como la forma habitual para corregir lo que eventualmente debe ser examinado por otro sendero procesal o legal (Cf. STJRNS4 "FEMMINELLA RUSSO" del 7.5.96"; Se. 42/98 "BADILLO", Se. 9/10 "GOMEZ", Se. Nº 60/11 en autos "V., N. G. S/ MANDAMUS").

DECISORIO.

Por las razones expuestas corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado, revocando la sentencia del Juez del amparo, por los fundamentos expuestos en los considerandos. Costas por su orden atento las particularidades del caso (cf. Art. 68 2da. Parte del CPCC).

MI VOTO.

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA, dijo:

Adhiero a los fundamentos y solución propuesta por el señor Juez preopinante. ASI VOTO.

La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini, dijo:

He de adherir al voto que encabeza el acuerdo, en tanto propone con válidos fundamentos hacer lugar a la apelación interpuesta por los representantes de la Fiscalía de Estado contra la sentencia del Sr.Juez del amparo.

Estimo menester reiterar- una vez más- que en las acciones previstas en los arts. 43, 44 y 45 de la Constitución Provincial son de imprescindible acreditación los requisitos de urgencia, gravedad, irreparabilidad del daño e ilegalidad manifiesta; requisitos que adquieren vigor jurídico cuando caracterizan una violación a un derecho constitucional, pero no a cuanta violación soporte todo derecho consagrado por el constituyente. Es decir, esta garantía no se aplica automática y genéricamente, y sólo está contemplada para aquellas situaciones que ante la urgencia y la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta no puedan hallar remedio en otras vías idóneas disponibles, y para derechos perfectamente individualizados en el compendio de las cláusulas operativas de la Carta fundamental de la Provincia. (cf. STJRNS4 Se. 12/02 "PAULETICH").

Es de destacar que este Tribunal ha expresado desde larga data que la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones

especialísimas en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se manifiesten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna (cf. STJRS4 Se. 150/01 "ABECASIS", Se. 43/06 "HUUSMANN" y Se. 59/11 "GARCIA").

Luego, y aún cuando la suerte del recurso está adelantada, no soslayaré que el Sr. Juez del amparo en el considerando "7" de su sentencia afirma categóricamente que no corresponde citar al Sr. Gobernador y a la Fiscalía de Estado; contraviniendo no solamente la reiterada doctrina de este STJ. que manda a garantizar la bilateralidad -aún restringida- en este tipo de acciones procesales de corte constitucional; sino que además desoye y soslaya uno de los pilares del debido proceso legal. Ciertamente es que el informe de la autoridad o particular que aparece como autor de la afectación de derechos es recaudo del art. 43 de la C.Pcial., como también cierto es que si se trata de una autoridad dependiente del Poder Ejecutivo, actúa por delegación de su titular, por consiguiente es este titular quien debe estar anoticiado junto al representante legal de los intereses del Estado, de la interposición de una acción de estas características. Esta sola defección a los principios del debido proceso legal, por vulneración del derecho de defensa, acarrearía la nulidad del decisorio.

El acceso a los servicios básicos, entre ellos el agua potable, configura un derecho inherente a la dignidad humana que debe ser atendido por el Estado en la forma más eficiente y presta. Tanto más, cuando dentro del universo de titulares de tal derecho se encuentran niños y niñas. Por tales razones, las acciones del Estado deben ser positivas y las órdenes jurisdiccionales conducentes para garantizar el ejercicio y goce de tal derecho humano. Advierto que las amparistas reclaman por el uso del Canal secundario nº 2, la Defensoría de Menores reconduce el reclamo aludiendo al agua potable y el Juez del amparo dispone ordenar a la Provincia (DPA y ARSA) a "brindar una solución a la problemática planteada y que garantice el acceso al agua para uso personal, doméstico y fines agrícolas".

Tal como se expresara en el voto ponente la sentencia en crisis luce extremadamente voluntarista y soslaya la existencia de otros derechos de igual rango y merecedores de protección. Me refiero al cuidado, protección y conservación del medio ambiente, que en el subexámine pareciera pasar inadvertido.

Los accionantes se encuentran habitando en zona rural (distante a 15 km. de la localidad de El Bolsón) pero no se trata de cualquier zona rural sino de un humedal o mallín, cuya

urbanización presenta - a la luz del principio protectorio- serios reparos.

Estos ambientes son consecuencia de un largo proceso evolutivo en el que la humedad provista por una vertiente o cauce que aflora en un ambiente árido o semiárido, motiva una vegetación totalmente distinta de la que le rodea. Por consiguiente se está ante un ecosistema que merece protección.

Cabe recordar que la Ley M 3266 tiene por objeto regular el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental como instituto necesario para la conservación del ambiente en todo el territorio de la provincia a los fines de resguardar los recursos naturales dentro de un esquema de desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público.

El art. 3 de la citada norma establece cuáles son los proyectos, obras o acciones que se someten a dicha ley. Entre ellos, tenemos: evacuación de residuos sólidos, líquidos y gaseosos en áreas rurales o urbanas provenientes del uso residencial; la generación o ampliación de plantas urbanas; el uso y manejo de recursos florístico, faunístico y paisajístico, tanto terrestres como marítimos, fluviales o lacustres con fines turísticos y/o productivos; emprendimientos para el uso del recurso hídrico con fines turísticos y/o productivos; contaminación de un modo significativo del suelo, el agua, el aire, la flora, el paisaje y otros componentes relevantes tanto naturales como culturales de los ecosistemas, las que modifiquen sensiblemente la topografía, las que alteren o destruyan directa o indirectamente poblaciones de la flora y la fauna silvestre, las que modifiquen las márgenes, cauces, caudales, régimen y comportamiento de las aguas superficiales y subterráneas, las que emitan directa o indirectamente ruido, calor, luz, radiación ionizante y otros residuos energéticos sensiblemente molestos o nocivos y las que favorezcan directa o indirectamente la erosión, y cualquier otro proceso de efecto degradativo para el ambiente.

Así también válido es traer a colación que en autos “RONCO JORGE FABIAN Y OTROS S/ MANDAMUS”, (Se. N° 42/2013) se otorgó tratamiento a la petición del Sr. Ronco, que en su calidad de miembro integrante de la “Asamblea en defensa de la Tierra y el Agua” y vecino del Paraje Mallín Ahogado, interpuso una acción de “mandamus” contra el ex Consejo Provincial de Ecología y Medio Ambiente (CODEMA) a fin que se ordene la realización de la Audiencia Pública, previa a la Evaluación de Impacto Ambiental en relación al Proyecto Centro de Actividades de Montaña en Cerro Perito Moreno; justamente en defensa del mallín.

En “DOMINGUEZ, MARIANA Y OTROS S/AMPARO S/APELACIÓN” (Se. N°

28/2009.) se interpuso acción de amparo contra las Obras iniciadas por el Emprendimiento Club de Campo El Redil -ubicado a orillas del Lago Moreno, en la ciudad de San Carlos de Bariloche y este STJ. resolvió ordenar al Municipio que complete en un plazo máximo de 90 días, el estudio de impacto ambiental referido al emprendimiento, dando respuesta suficiente a los cuestionamientos formulados por los amparistas y lo dictaminado por el perito biólogo forense y a la demás normativa nacional provincial o municipal que resulta aplicable.

Como bien puede advertirse la cuestión de la generación o ampliación de plantas urbanas como la contaminación de un modo significativo del suelo, el agua, el aire, la flora, el paisaje y otros componentes relevantes tanto naturales como culturales de los ecosistemas; es compleja.

Por ello el imperium que la Constitución otorga a la Magistratura en el art. 43 de la C.Pcial., por sobre todo otro poder y otra autoridad pública, debe ser ejercido con la prudencia y equilibrio propios de la investidura, con meduloso estudio y análisis de las circunstancias a ponderar.

Necesario resultaba, ante la situación puesta a su amparo, que el Sr. Juez se acerque al lugar y verifique las condiciones, como así también tome contacto con los restantes pobladores del mallín, desentrañando todas las aristas de la problemática. Dado que, como bien surge de los informes, en dicha zona no hay agua potable y sin embargo sus pobladores bregan por la conservación del mallín y la cultura de ese medio ambiente, cuidando que la urbanización no les afecte. A lo que se agrega, que los propios amparistas dejan a la luz en su presentación, que los pobladores en asamblea de Socios regantes no mostraron solidaridad hacia ellos. Lo cual, en principio también debió motivar la agudeza del análisis, para determinar en qué circunstancias se encuentran los amparistas ocupando el lote.

Por las razones expuestas, adhiero al temperamento propiciado por los Jueces que me preceden en el orden de votación, debiendo hacer lugar a la apelación de la Fiscalía de Estado, revocando la sentencia del Juez del amparo e imponiendo costas por su orden.

MI VOTO.

Los señores Jueces doctores Sergio M. BAROTTO y Adriana C. ZARATIEGUI, dijeron:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, nos abstenemos de emitir opinión (art.39 L.O.). NUESTRO VOTO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 98/99 por los Dres. Roberto Stella y Juan Garciarena, apoderados de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro revocando la sentencia obrante a fs. 49/52 dictada por el Dr. Cristian Tau Anzoátegui, titular del Juzgado Civil y Comercial N° 5 de la IIIa. Circunscripción Judicial, por los fundamentos expuestos en los considerandos. Costas por su orden atento las particularidades del caso (cf. Art. 68 2da. Parte del CPCC).

Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Tribunal de origen.

Constancia: De que no suscribe la presente el doctor Enrique J. MANSILLA por encontrarse en comisión de servicios (art. 39 de la L.O.).

Firmantes: APCARIAN-PICCININI-BAROTTO(en abstención)-ZARATIEGUI(en abstención)-(JUECES). ANTE MI: LOZADA (SECRETARIO)

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo I

Sentencia N° 85

Folio N° 287/292

Secretaria N°4