

NEUQUEN, 18 de mayo de 1.997.-
Y VISTOS:

Dra. NORMA M. AZPARREN
SECRETARIA

13/10

En acuerdo estos autos caratulaos: "MENORES DE LA COMUNIDAD PAYNEMIL S/ ACCION DE AMPARO" (Expte N° 311-CA-1997), venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° TRES esta Sala II, integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIIO y Lorenzo W. GARCIA, quienes firman de conformidad a lo dispuesto en el Acuerdo Administrativo n° 25/96, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Norma AZPARREN, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Gigena Basombrío dijo:

I.- Mediante la presentación de fs. 29/35 la Defensora Oficial de la Primer Circunscripción Dra. Nara Oses interpuso una acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad Paynemil contaminados por el consumo de agua que contiene plomo y mercurio y a tal fin solicitó se subsane la omisión del Poder Ejecutivo Provincial que ha incumplido con su obligación de garantizar la salud pública proveyéndose de agua potable necesaria para la supervivencia y que se adopten las medidas de diagnóstico y tratamiento de los menores, como asimismo las medidas pertinentes tendientes a impedir la contaminación del suelo y del agua.

Corrido el traslado de la acción, conforme providencia de fs. 36 y sustanciado y abierto a prueba el juicio (fs.58), se pasan los autos a resolver (fs. 85vta.), dictándose la pertinente sentencia a fs. 86/89vta.

En ella el Juez hace lugar al amparo y en consecuencia condena al Poder Ejecutivo Provincial a que por medio de los organismos de su dependencia que tengan injerencia en la materia realicen las siguientes medidas: a) provisión en el término de dos días de 250

litros de agua potable por habitante, b) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin, c) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación y d) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación.

Dicha decisión es apelada por la demandada conforme los términos del escrito de fs. 92/99 y cuyo traslado fuera contestado a fs. 101/104.

II.- En primer término conviene señalar que tal como lo sostuviéramos El amparo debe ser reservado para las delicadas, extremas situaciones en que, por falta de otras medidas legales, peligra la salvaguarda de los derechos fundamentales y no puede servir para alterar la competencia ni admitir interferencias del Poder Judicial en la órbita de lo que corresponde se decida en otro Poder del Estado. Por otra parte es una medida excepcional y de aplicación restrictiva. (Rivas, "El amparo " p g. 156) (PS. 95-IV- 637/639, Sala II) (JUBA7-NQN- Q0000361)...

En tal sentido, y no obstante lo afirmado por la quejosa y teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo que antecede conviene destacar que, en el caso específico de autos, no se advierte que exista la posibilidad por parte del Poder Judicial en la configuración o desarrollo de las políticas propias del Poder Ejecutivo. En realidad y conforme resulta de los extremos de la demanda y que se encuentra comprobado a través no sólo de las declaraciones testimoniales obrantes en autos sino también de la documental que fuera oportunamente agregada y que se requiriera por parte de esta Cámara, lo que ocurre es un grave caso de

contaminación en las personas, en el caso los menores que integran la comunidad Paynemil, y ello configura una palmaria violación a la salud que constituye no sólo un derecho constitucional sino también natural y básico para la persona. Me apresuro a aclarar que en base a los elementos probatorios antes mencionados los integrantes del Poder Ejecutivo y sus reparticiones y organismos que han intervenido en el tema son conscientes de la situación. Queda claro, entonces, que no se trata de una injerencia indebida de un poder en la actividad del otro, sino de examinar si en el caso concreto se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la legislación vigente.

En cuanto a la vía alternativa destaco que conforme el artículo 43 de la Constitución Nacional, toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratado o Ley (JUBA7-NQN-Q0001772), y conforme resulta de las constancias de autos no se advierte que exista una vía judicial mas apta que la presente para la solución del conflicto y destaco que ella ni siquiera ha sido mencionada por el quejoso, quien se limita a indicar que podría existir otro medio mas idóneo pero sin especificar cual.

Que con relación a la situación de hecho que justifica la vía deducida coincido con el análisis que se hizo en el expediente de la causa. La solicitud de la contaminación del agua que la comunidad utiliza para su consumo, lo cual se encuentra reconocido y no cuestionado, advierto que pese al tiempo transcurrido desde que se puso de manifiesto dicho hecho, hoy por hoy, la situación sigue sin

se en forma razonable. Para ello basta con
irse a las declaraciones testimoniales prestadas
a causa y, en especial, lo expresado por Héctor
cci, jefe de la zona sanitaria, cuando afirma que
todavía no se realizaron los análisis de sangre y orina
en el laboratorio de Bariloche o lo manifestado por
Delio Gabriel Lanchas, director de medio ambiente,
cuando afirma que es necesario realizar un nuevo
estudio para determinar si el recurso hídrico es
contaminante, dado que los anteriores tienen límites de
detección que no son suficientes.

A mi criterio, lo que resulta de la prueba
producida es que si bien existe cierta actividad por
parte del Poder Ejecutivo con respecto a la situación
planteada por la contaminación, en la realidad lo que
se observa es una falta de actuación oportuna con
respecto a los graves hechos ocurridos como lo
demuestran las declaraciones testimoniales antes
citadas y las constancias documentales existentes.

En tales condiciones y teniendo en cuenta la
gravedad y consecuencias que trae la contaminación del
agua, la demora en proveer los recursos y adoptar las
políticas necesarias a fin de revertir la situación y
toda vez que se encuentra afectado un derecho de clara
raigambre constitucional, me llevan al convencimiento
que se ha producido una omisión por parte de la
demandada que reviste la característica de arbitraria
en los términos del art. 43 de la Constitución
Nacional.

En cuanto a los requisitos formales, esto es,
la legitimación de la Defensora Oficial y el plazo para
deducir la acción debe tenerse en cuenta que ellos
deben estar en función de la aplicación de la justicia
al caso concreto.

Así, y en lo que se refiere al plazo, destaco
que si bien es cierto que el problema de la

105
HS

contaminación existió de larga data, en realidad y en función de la representación invocada por la Defensora a la esfera de su conocimiento llegó con posterioridad a ello y seguramente a raíz de las noticias periodísticas. De todas formas y dada las especiales características del caso considero que el plazo en cuestión no resulta suficiente como para justificar la desestimación de la demanda por un mero recaudo formal, en virtud de encontrarse afectada gravemente la salud de los menores integrantes de la comunidad y que obligan a la adopción de medidas rápidas tendientes a asegurar el cumplimiento de expresos derechos constitucionales.

Con respecto a la legitimación de la Dra. Oses destaco que la quejosa no ha cuestionado las normas y fundamentos jurídicos en base a los cuales el sentenciante admitió su participación, razón por la cual dicha cuestión ha quedado firme. Y en lo que se refiere a la renuencia de los progenitores de los menores entiendo que queda evidenciada en la falta de promoción de las medidas judiciales tendientes a asegurar los derechos de sus hijos.

III.- Por las razones expuestas y los fundamentos de la sentencia, que comparto, propongo se confirme la decisión de fs. 86/89vta. Con costas.

Mi voto.-

El Dr. García dijo:

Adelanto mi opinión favorable a la demanda apelada, adhiriendo al

argumentos de la recurrente, que frente a la gravedad y perentoriedad de la situación fáctica que se denuncia a través de la acción intentada, en cuanto afecta en forma actual y evidente la salud de un núcleo poblacional de la provincia, pareciera baladí y poco

insistir en cuestiones procesales tales como la admisión de la denunciante, la interposición de la demanda de amparo dentro del plazo legal, o la diferencia semántica entre omisión y retardo.-

En torno a ésto último, entiendo que entre omisión y retardo existe una relación de género a especie, y que el concepto de retardo lleva ínsito el de omisión, toda vez que todo retardo o demora en el cumplimiento de una acción o prestación positiva importa una omisión de quien debió ejecutarla en tiempo propio.-

También merece réplica la objeción referida a la elección de la vía del amparo para "superar las hipótesis en que está en juego un deber impuesto al Estado en forma genérica o global", ni a corregir o encauzar las potestades que conforman los fines y objetivos primordiales del Estado o la sociedad, ni que mediante la vía en cuestión pretenda obligarse al Poder Ejecutivo a gobernar o a cumplimentar en suma aquellos compromisos que tienen calidad institucional o política.-

Entiendo que los conceptos precedentemente expuestos son atinados en general, pero no atañen concretamente al objeto de este amparo. Es claro que las constituciones suelen contener normas programáticas, enderezadas a fijar objetivos para la acción estatal, que por limitaciones de orden material no pueden considerarse directamente operativas. Así el derecho a la salud o a la vivienda propia, no puede interpretarse en el sentido de que pueda demandarse directamente al Estado para que garantice que un particular no se enferme o que le provea de una vivienda gratuita. Pero sí pueden interpretarse tales ideas-fuerza o postulados programáticos para determinar las cargas y obligaciones de funcionarios o instituciones concretas en relación con los cursos de

116 106
Dra. NORMA M. AZARREN
SECRETARIA

acción que resulten congruentes con una situación dada en que se ponga en peligro o tela de juicio los derechos fundamentales que la Carta Magna tiene a garantizar. Y es claro que, ante el incumplimiento de los cursos de acción posibles en función de los medios materiales disponibles por el poder administrador, no será otro que el Poder Judicial el competente para decir el derecho que corresponda al tratamiento del caso, sin que ello implique sino el cumplimiento de las funciones específicas, sin desmedro de las que competen al poder recurrente, sujeto en todo caso al control de legalidad, sin desmedro de la discrecionalidad técnica que se le reconoce en punto a la conveniencia y oportunidad de su gestión.-

Concluyo, pues, en que el caso de la contaminación artificial de napas freáticas, en cuanto afecta el derecho a la salud de ciudadanos concretos, habilita a éstos -o a quienes puedan representarlos-, a instar las acciones correctivas y sanitarias conducentes al restablecimiento del bien jurídico afectado, deviniendo así en un supuesto claramente justiciable.-

Así frente a un supuesto de menor afectación del bien jurídico en cuestión, cual ha sido el caso del desconocimiento del derecho a la libre elección del prestador médico, la C.Civ. Com. Fed. ha dicho in re "Marengo Noelia Emilia c/ I.O.S." -registrada en LD textos- que "El orden a la verosimilitud del derecho, se encuentra en juego tanto el derecho a la salud, que es un derecho constitucional (cfr. nuevo art. 42 CN, art. 12 del pacto internacional de derechos humanos y sociales y culturales, adoptado por la O.N.U. y ratificado por ley 23.313), según la jurisprudencia que cita. También ha destacado el mismo tribunal in re "González c/ I.O.S." del mismo registro, que la CSJ implícitamente aceptó la vía del amparo en los casos en

DR. NORMA M. AZPARIEN
SECRETARIA

pretendió que la autoridad pública sumitiera una droga experimental "crotolina" (in ra "C.M. c/ Estado Nacional, ED 122-584), en criterio compartido por la SCMendoza en autos "Fundación Cardiovascular de Mendoza.s/recurso de amparo", ED 153-164 y sgtes., con nota de Susana Albanese, "El amparo y el derecho a la salud". De la misma autora, puede verse en LL 1991-D, 78, "El Amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida").-

Concurriendo, pues, tanto evidentes razones de urgencia, inexistencia de vías alternativas procesales idóneas, como la afectación del derecho constitucional a la preservación de la salud y del medio ambiente ecuménico, adhiero al voto que antecede, sufragando en igual sentido.-

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

- I.- Confirmar la resolución de fs. 86/89 vta. en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.-
- II.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C.C.)-
- III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.-
- xv.

FEDERICO SIGENA BASOMBIO
JUEZ

LORENZO A. WALDMAN GARCIA
JUEZ DE CÁMARA

DR. NORMA M. AZPARIEN
SECRETARIA

En P. de suyo de 1992, se libran los autos de autos