



Marcos Agustín Elvino

Legajo: VABG18067

DNI 27687632

Tutor: Dr. Nicolás Cocca

Nota Fallo

Temática: Derecho Ambiental

Fallo: “Cruz, Felipa y otros c/ Alumbarrera Limited y otro s/  
sumarísimo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23  
de febrero de 2016

Título: “El Principio Precautorio: una medida cautelar,  
suspende la actividad de la minera La Alumbarrera”

Entrega Final

**Sumario:**

- I. Introducción.
- II. Hechos de la causa, historia procesal y resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- III. Identificación y reconstrucción de la “ratio decidendi”.
- IV. Análisis y comentarios.
- V. Conclusión.
- VI. Bibliografía.

**I. Introducción**

El creciente deterioro del medio ambiente debido a la explotación de los recursos naturales y la laxitud de los controles necesarios por parte de los estados a fin de evitar la contaminación, es una situación que preocupa, tanto a ciudadanos como a parlamentarios de todo el mundo.

Los legisladores que formaron parte de la Convención Nacional Constituyente de 1994, en consonancia con el contexto internacional y el cambio de paradigma respecto a la protección del medio ambiente, incorporan a nuestra carta magna el artículo 41°.

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. (Constitución, 1994)

Así, a partir de la incorporación de este derecho de los llamados derechos de tercera generación, mediante los cuales todo individuo tiene derecho a gozar de un medioambiente sano, limpio y sostenible; la protección por parte de la justicia de nuestro hábitat, debe ser prioridad.

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió mediante un fallo de fecha del 26 de febrero de 2016, hacer lugar a un recurso extraordinario presentado por la parte actora Felipa Cruz y otros, a fin de decidir sobre la procedencia del recurso de hecho deducido por el Señor Fiscal Federal de Tucumán en favor de la

demandada y no hacer lugar a la solicitud hasta que no estén efectuadas las pericias finales respecto las consecuencias medioambientales con relación al dique de colas implementado por la empresa, con el objeto de frenar cualquier tipo de contaminación que pudiese darse tanto en aguas, como en medio ambiente de la zona.

## **II. Hechos de la causa, historia procesal y resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Para poder comprender como se inicia el conflicto, vamos hacer un breve repaso del motivo que inició el reclamo por parte de los vecinos de la zona, la parte actora, denominada Felipa Cruz y otros, son habitantes de Andalgalá, en la provincia de Catamarca, lugar en donde tiene actividad La Alumbreira Limited.

La controversia se origina con el reclamo presentado por los pobladores, quiénes argumentan que la empresa estaría contaminando, tanto los reservorios de agua superficiales de la zona, como las napas para consumo.

A su vez, la minera ha presentado tanto ante la justicia como a los vecinos, una solución, que argumentan, es la indicada para poder desarrollar la actividad y así no contaminar, los diques de colas.

Para mejor comprensión, vamos a definir cómo funciona un dique de colas, así, según el sitio web de la minera indica que “el dique de colas es una obra de infraestructura de mina, cuyo principal objetivo es almacenar los sólidos remanentes del tratamiento del mineral por la planta concentradora” (Alumbreira, 2017).

Este sistema permitiría filtrar el agua utilizada y retener los sólidos a los que denominan “colas”, que son los sedimentos del mineral molido que no tiene valor económico para la explotación.

Así, el agua es filtrada por los drenajes para luego ser recolectada en una pileta, mientras que los sedimentos sólidos quedan en el dique. El agua de dicha pileta será recirculada hacia la minera para volver a utilizarse en el proceso de extracción. Actualmente, la corporación dice contar con 10 pozos de retrobombeo, un pozo extra de reserva, dos piletas de colección de drenajes y 25 estaciones de monitoreo, destacando el permanente monitoreo y resaltando que dicha información es pública y está disponible tanto en la Secretaría de Minería de Catamarca, como en

las actualizaciones de los reportes de impacto ambiental, que presenta a las autoridades cada 2 años. (Alumbrera, 2017)

Asimismo, destaca que el material o residuo del dique de colas, no contiene ninguna sustancia tóxica y que los reactivos que utilizan son de “corta vida”, motivo por el cual ninguno de ellos tiene su disposición final en dicho “mineraloducto, ni colas, ni tienen influencia alguna al tacto o al entrar en contacto con la piel” (Alumbrera, 2017), aseverando la no utilización de cianuro o mercurio en sus procesos.

Contrario a ello, la actora presentó junto con el recurso un informe pericial producido en otra causa caratulada "Flores, Juana Rosalinda y otro c/ Minera Alumbrera Limited s/daños y perjuicios", el cual indica que el sustrato del dique de colas tiene una gran permeabilidad por su composición sedimentosa, siendo susceptible de sufrir filtraciones que contaminen los reservorios de agua superficiales y subterráneas, generando niveles altos de sulfato en la zona, superiores a los que la Organización Mundial de la Salud aconseja.

Tales pericias demuestran que los niveles altos de sulfato coinciden con el comienzo de la actividad, por el cual se solicita mediante recurso, la interrupción hasta tanto se defina si dicha contaminación y la explotación están directamente asociadas.

En abril de 2010, la actora presentó ante la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán la medida cautelar, solicitando la suspensión hasta tanto finalicen las pericias in situ y se hubiese contratado el seguro correspondiente para poder solventar la recomposición de los daños, según lo indica el artículo 22 de la Ley 25.675.

En el año 2012, la Cámara Federal ratificó el rechazo de la medida cautelar, motivo por el cual la actora decide solicitar su elevación a la Corte Suprema, a fin de que resuelva respecto de la procedencia o no del recurso, quién en febrero de 2016, hace lugar al reclamo y ordena a la Cámara Federal librar nuevo pronunciamiento.

Dicho fallo, se da en un contexto revolucionado en relación a la gran cantidad de denuncias en la región, respecto a la degradación del medio ambiente, sumado a ello la decisión del Ejecutivo Nacional de bajar los aranceles que dicha actividad tributaba, eliminando las retenciones según Decreto 349/2019 publicado el 12 de febrero de 2016.

La ley 25.675 conocida como Ley General de Ambiente sancionada en el año 2002, delinea las políticas estatales en materia de protección ambiental, estableciendo que se deberá cumplir con determinados objetivos y marca su política bajo diez principios, entre los cuáles se encuentran los de congruencia, de prevención, precautorio, entre otros.

En conformidad con el principio de congruencia, la Corte hace prevalecer en su fallo los principios postulados en dicha norma, observando a su vez el de prevención, el que según el artículo 4º dice que “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” (Ley General del Ambiente, 2002).

Concluyendo así en la aplicación del principio precautorio, el cual se da “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente” (Ley General del Ambiente, 2002).

El fallo de 2016 de la Corte Suprema, resuelve devolver a la Cámara Federal de Tucumán a fin de que la misma haga lugar al recurso presentado, con el objeto de que se suspenda la actividad de la minera y contar con pericias actuales respecto a la contaminación de las aguas en la zona.

La medida precautoria se presenta en 2010 ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Catamarca, el cual resuelve el 29 de abril de ese mismo año, no hacer lugar. En consonancia con dicho tribunal, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, reconfirma dicha resolución, el 9 de abril de 2012.

Así las cosas, el Fiscal General de la Nación interpone un Recurso de Queja ante la Procuración General de la Nación, quién el 5 de diciembre de 2013 decide que el fallo no tuvo en cuenta el daño irreparable que se continúa produciendo con el no otorgamiento de dicha acción de amparo.

La controversia se genera con la interposición del recurso solicitando la inmediata interrupción de las actividades de en los yacimientos Bajo La Alumbra y Bajo el Durazno por posible daño ambiental. El Juzgado Federal de Catamarca lo deniega, por considerar a dicha medida como innovativa (es decir, que tiende a

modificar el estado de derecho existente antes de la petición de la medida), y no como la medida autosatisfactiva presentada, la cual debe ser de carácter urgente y requiere de una imperiosa solución, debiendo prevalecer para esos casos el principio de celeridad y así, evitar mayores daños.

La medida resuelta por el Juzgado Federal de Primera Instancia de Catamarca fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, sin embargo, en el año 2013, el dictamen de la Procuración General de la Nación, considera que los fallos anteriores se basaron en una “fundamentación meramente dogmática” (Cruz, Felipa y otros c/ Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo, 2016), sin tener en cuenta las “consecuencias irreparables” (Cruz, Felipa y otros c/ Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo, 2016) que pueden traer aparejadas son respecto al agravamiento de la situación contaminante.

Así, en 2016, la Corte Suprema, tuvo en cuenta lo fallado por la Procuración General, haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por la actora y suspendiendo la actividad en los yacimientos.

Hasta tanto se realizarán informes periciales in situ para medir el alcance de la contaminación y degradación del medio ambiente producido por las filtraciones originadas en el dique de colas -entre otros factores contaminantes- y hasta tanto las demandadas acreditaran haber cumplido con la contratación de un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño, según lo dispone el art. 22 de la Ley General del Ambiente 25.675 (Cruz, Felipa y otros c/ Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo, 2016).

### **III. Identificación y reconstrucción de la “ratio decidendi”**

Finalmente, con respecto a la ratio decidendi que motivó el fallo unánime del Alto Tribunal, compuesto por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco, otorgando la cautelar sobre la que trataba la acción de amparo, hace hincapié en su fallo en el juicio de ponderación que debe realizar el magistrado, quién debe hacer prevalecer el daño ambiental causado y arbitrar los medios a su alcance a fin de recomponer la situación actual y no permitir su agravamiento, reconociendo así el derecho constitucional de gozar de un ambiente sano y limpio.

Argumenta que, tanto la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y el Juzgado Federal de Catamarca, no había tenido en cuenta los principios que postula la Ley 25.675 ni el artículo 41° de nuestra Constitución Nacional.

Expone que las medidas, no son sentencias definitivas y que las mismas se deben interpretar teniendo siempre en cuenta los principios precautorio y de prevención de daño, determinando así que prospere la cautelar, como medida idónea, según el artículo 32°.

Refuta a la Cámara, quien señala que el objeto de la medida coincide con el objeto de la demanda y que serían necesarias ambas pruebas, haciendo así caso omiso del principio precautorio, pudiendo generar aún más daños irreversibles hasta que los ensayos periciales se den por concluidos.

La Corte destaca la omisión por parte de ambos tribunales de la prueba aludida, según pericias presentadas en la causa Flores Juana Rosalinda y otros c/ Minera La Alumbra, de las cuales surge:

- La permeabilidad del sustrato del dique de colas,
- La posible provocación de avalanchas de lodos y fangos debido a la permeabilidad de los suelos,
- La afectación de la calidad y cantidad de aguas superficiales y subterráneas de la zona,
- Que el sistema de manejo de colas se aplica con la finalidad de detener el proceso de contaminación del subsuelo,
- La no utilización del sistema de manejo de colas puede causar una rápida contaminación de las aguas superficiales fuera de la zona de concesión de la minera,
- Las aguas de la zona donde se encuentran las minas han arrojado altos niveles de sulfato superiores a los recomendados por la Organización Mundial de la Salud,
- En el área examinada se han incrementado el contenido de metales pesados luego de la puesta en funcionamiento de la minera,

El voto ampliatorio de la Dra. Highton de Nolasco, afirma que al omitir toda referencia a la prueba aludida, la Cámara no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave e

irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente –art. 4° de la ley 25.675 (Cruz, Felipa y otros c/ Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo, 2016).

Para determinar en su séptimo considerando, que el fallo “afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional)” (Cruz, Felipa y otros c/ Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo, 2016), motivo por el cual se hace lugar al recurso presentado por la actora.

#### **IV. Análisis y comentarios**

En este apartado, vamos a realizar una observación más detallada del punto litigioso que resuelve el fallo, valiéndonos de jurisprudencia, textos doctrinarios y demás información que haya sido publicada por autores de renombre, a fin de reflexionar acerca del mismo.

Ante lo expuesto, como ya hemos visto los legisladores argentinos determinaron que cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la urgencia debe motivar medidas eficaces para evitar mayores deterioros, frente a ello, podemos valernos del texto de opinión publicado por el Dr. Nicolás Ferla, quién afirma que “en muchas ocasiones ni el mayor estudio o análisis científico puede brindarnos certidumbre sobre una determinada actividad. Ante tal circunstancia es cuando interviene el principio precautorio como estrategia reguladora” (Ferla, 2016), dejando bien en claro la urgencia que demanda el daño ambiental actual, frente a la tardía demora de las pericias finales.

Así, respecto al principio precautorio, podemos realizar un análisis desde el antecedente de la Resolución de Naciones Unidas en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente del 14 de junio de 1992, quienes buscando objetivos que representen los intereses de los Estados participantes, se comprometen y convalidan la precaución frente a tales situaciones.

Aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. (Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992)

Asimismo, sumado a este antecedente, podemos referirnos al séptimo considerando del fallo analizado, respecto del juicio de ponderación y afirmar liminarmente que la determinación de la prueba a utilizar presenta dificultades



importantes, porque si incumbe procesalmente al promotor del resarcimiento de daños demostrar la certidumbre de estos, la prueba de tales degradaciones ambientales se nos erige en sumamente difícil la mayoría de las veces, por lo que debemos ponderar las siguientes cuestiones al ofrecer la prueba: a) que es indispensable contar con el apoyo de especialistas en la disciplina que tecnológicamente se encuentre involucrada en el problema ecológico que se pretende hacer cesar o bien resolver residualmente en la indemnización perseguida; b) que el esfuerzo probatorio tiene como destino la determinación del origen del daño, para que con ello identifiquemos tanto a su autor o autores, como de qué manera se debe reparar; c) que por la característica propia de estos daños, la certeza o certidumbre de su existencia es reemplazable por la verosimilitud. (Cafeferatta, 2004)

En concomitancia, el jurista Gustavo González Acosta, respecto del principio precautorio dice que el mismo no condiciona la adopción de medidas por parte de las Autoridades a la verificación de infracciones administrativas asegurando el derecho de defensa, sino que faculta a las mismas a la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. (González Acosta, 2015)

Ahora bien, ya nos hemos abocado a realizar un análisis de la aplicación del principio precautorio, sin embargo, dicho principio no puede ser pensado su correlato de prevención, según el mismo articulado de la Ley que dice que, “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” (Ley General del Ambiente, 2002).

Así, según el fallo “Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional s/ amparo” de marzo de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resuelve aplicando dicho principio de prevención.

Ordenando de manera provisional el cese de desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia, pues configura una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras, perjuicio que de producirse sería irreversible. (Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional, 2016)

La situación coincide en significar un “riesgo cierto, daño dudoso”, tal como lo indica el autor Zlata Drnas de Clément, en su artículo de 2001.

Es obligación del sujeto internacional de adoptar previsiones atento la certeza científica sobre los riesgos que entraña la actividad; obligación de actuar de modo proporcional a las fuerzas en juego para evitar daños transfronterizos; imposición de restricciones o prohibiciones a las actividades bajo jurisdicción del sujeto internacional; obligación fundada, básicamente, en el derecho internacional general. (Drnas de Clément, 2001)

En la misma tesitura, Mario Valls, indica que la actividad minera no puede causar daño ni perjuicio a tercero, salvo los casos que el código u otra norma legal autorice, pero indemnizando previamente, lo que es sencillo tasar. También autorizada por el código u otra norma puede someter al ambiente a un riesgo inherente a la actividad minera y eso es más difícil de tasar por lo difuso del riesgo y del damnificado, esencialmente el ambiente. (Valls, 2016)

Y aquí introducimos la dualidad que implica el poder pautar un desarrollo sustentable de la actividad minera, en contraposición al objetivo de minimizar el impacto ambiental, como lo determinan los artículos 11°, 12° y 13° de la Ley 25.675, o bien su obligación a indemnizar a terceros y contar con los seguros necesarios para responder ante daños ocasionados.

En síntesis, la Ley establece los presupuestos mínimos relativos a la protección ambiental y a la vez, tanto el Código de Minería sancionado por la Ley 1919 y las regulaciones provinciales y locales, configuran un ordenamiento jurídico que busca una gestión adecuada de los recursos y una protección de nuestro medio ambiente. Así es como la Resolución Conjunta 1/2019 firmada por el Ministerio de Transporte y Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable, la Resolución (Resolución, 2019), define nuevos y actualizados procedimientos para la evaluación de impacto ambiental, equiparando un desarrollo sustentable de la explotación de nuestros recursos naturales.

## V. Conclusión

Por medio del análisis de dicho fallo, lo que se busca es una toma de conciencia que movilice a los ciudadanos a defender un derecho constitucional como lo es el de gozar de un ambiente sano, aun cuando esto signifique luchar contra la estructura de corporaciones multinacionales.

Para el caso particular, este fallo de la Corte considera que la Cámara Federal de Tucumán no ha hecho un balance entre la prueba presentada y el daño irreversible que se pueda generar, sin adoptar el principio precautorio y tomar medidas urgentes que protejan la salud pública y el medio ambiente.

No prevaleció la protección de salud de la población por sobre los intereses económicos de la minera, dando por suficiente la implementación de este dique de colas, el cual estaría contaminando tanto en sus reservorios superficiales, como napas subterráneas.

En tal sentido, tales afirmaciones quedaron explicitadas en el informe pericial al que hace referencia la Dra. Elena Highton de Nolasco, quien detalla que “el agua en ciertos lugares aledaños a la mina presenta niveles de sulfato superiores a la medida tolerada por la Organización Mundial de la Salud (Highton de Nolasco, 2016)”.

En síntesis, la ratio decidendi en que la Corte Suprema se erigió, es en la relevancia de proteger la salud, bregando por un ambiente sano, “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente” (Ley N° 25675, 2002).

El fallo de la Corte no hace más que tomar las medidas acordes a fin de permitir el derecho constitucional que tiene cada habitante de nuestro país a vivir en un ambiente sano.

Los Doctores Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco, le otorgan preponderancia a la protección del ambiente aplicando el principio precautorio, otorgando así la cautelar en favor de la actora, en sintonía con una clara tendencia hacia los aires proteccionistas que hoy en día están comenzando a plasmarse en la jurisprudencia internacional.

El fallo pone el acento en dos temas puntuales, por un lado decide tomar en consideración la prueba aportada y aplicar así el principio precautorio a fin de evitar mayores daños.

Por otra parte, resuelve otorgarle preponderancia a la prueba invocada por sobre lo planteado por la Cámara Federal de Tucumán respecto a que la medida cautelar coincidía con el objeto principal de la demanda y el hecho de otorgarla significaba vulnerar el derecho de defensa de la denunciada.

Los conflictos relativos al Derecho Ambiental, tanto aquí como en todo el mundo, se encuentran en tensión entre la urgente necesidad proteccionista y la puja por continuar con un desarrollo de actividades que durante años no han sido reguladas en miras de buscar sustentabilidad y que hoy sí preocupan a la opinión pública por el notable deterioro.

Los grandes incendios forestales en el Amazonas, la gran cantidad de causas que están tramitando en los diferentes fueros provinciales de nuestro país respecto a la falta de regulación y control por parte del estado nacional, provincial y local, son sólo algunos de los ejemplos de esta puja.

La ferocidad con la que la joven activista Greta Thunberg se expresa, no es más que un síntoma del avance de las corporaciones petroleras, mineras y agropecuarias, siempre priorizando el superávit económico, en detrimento de la búsqueda de un desarrollo sustentable, muchas veces incumpliendo tanto con normas jurídicas como con parámetros de calidad.

#### **VI. Bibliografía:**

- Decreto 349/2016. Derechos de Exportación. Alícuotas. Bs. As., publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 12/02/2016.
- Quevedo, Nicolás. (2016) El principio precautorio en el Derecho Ambiental. Publicado en el portal abogados.com.
- Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992).
- Cafferatta, Néstor A. (2004) Introducción al Derecho Ambiental. México: Instituto Nacional de Ecología. 178, 179.
- González Acosta, Gustavo (2015). Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales. Número 16.
- Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de marzo de 2016. Sumario.
- Drnas de Clément, Zlata. (2001) Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el interamericano. Jornadas de Derecho Internacional. Washington.: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

- Valls, Mario F y Fumarola, Sandra E. (2016) Las controversias entre la explotación minera y la protección ambiental en la Cordillera de los Andes. Revista Dial.com.