



**Nombre:** Patinella Sánchez, Karen Yanet.

**D.N.I.:** 34.194.653

**Legajo:** VABG27204

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO MINERO BARRICK Y  
PRUDENCIA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO**

**Carrera:** Abogacía.

Seminario Final de Graduación

**Profesor:** Baena, César.

## **Sumario.**

I. Introducción. II. Premisa fáctica e historia procesal y decisión del tribunal. III. Ratio decidendi. IV. Análisis conceptual y antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales del fallo. V. Postura de la autora. VI. Conclusiones finales. VII. Bibliografía.

## **I. Introducción.**

La población debe ser consciente del impacto ambiental que produce la minería a cielo abierto, generando la destrucción de la corteza terrestre, contaminación de las aguas, destrucción de la flora. Como así también la utilización de productos químicos como el cianuro, que se encarga de disolver los compuestos indeseados, con el objetivo de extraer los minerales de la tierra. Por este motivo se debe recurrir a las diversas herramientas jurídicas que protejan en forma rápida el patrimonio ambiental y una de estas es el amparo expresada en el art. 43 (Const., 1994, Art. 43) de la Carta Magna (Aguilar, 2010).

Respecto los problemas jurídicos se encuentran los axiológicos y el de prueba. El primero contiene el conjunto de las normas que se establecen para la aplicación del derecho pero, existen además otros patrones que le permiten al juez justificar determinada decisión. Dichos patrones son los llamados principios jurídicos. Este problema de tipo axiológico, conlleva una contrariedad entre diversos principios que pueden ser superiores dentro del sistema o a su vez, un conflicto entre principios en casos concretos. (Dworkin, 2004).

Por otro lado, también se puede tener en cuenta la problemática jurídica que se dirige sobre la prueba. Según Alchourron y Bullygin (2012), este tipo de problema se produce por la carencia de pruebas que deberían haber sido aportadas por las partes y que el Tribunal debe haber tenido en cuenta, que dan lugar a la valoración y funcionamiento de las diversas presunciones legales.

Aquí se estima pertinente analizar el de prueba ya que, el mismo se presenta ante una indeterminación en la existencia de un hecho por no haberse probado, lo cual resulta indispensable para la resolución de la causa. Se puede observar el mismo cuando la empresa minera afirma que es arbitrario y vulnera el derecho a defensa, debido a la omisión por parte del tribunal de valorar los hechos, la prueba producida y la mala interpretación del principio precautorio.

Por lo tanto, la falta de uno de los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo, referido al daño manifiesto subsanado con la amplia aplicación del principio precautorio que habilita al juez a adoptar medidas concretas tendientes a la protección del medio ambiente, aún en ausencia de daño concreto permitiendo que el amparo proceda. Sobre este principio en concreto recae una obligación de prevenir y evitar cualquier tipo de violación del medio ambiente debido a que una vez que se configura el perjuicio la solución a veces es irremediable (Aguilar, 2010).

## **II. Premisa fáctica, historial procesal y decisión del tribunal.**

La controversia planteada en los autos caratulados “Marín Enrique y municipalidad de Jáchal c/ Minera Argentina Gold SA y otro- Amparo de interés colectivo con acumulados Autos 38804 “Municipalidad de Jáchal c/ Barrick s/ Amparo” (Corte de Justicia de San Juan, Sala Primera SP3804, 2016), se debe a un derrame de solución cianurada sobre el Río Jáchal.

Ante el peligro de contaminación ambiental y posible daño a la población, en primera instancia con fecha 23 de diciembre de 2015, Marín Enrique y la Municipalidad de Jáchal interponen un amparo ambiental contra la empresa minera Argentina Gold S.A.

Luego, Barrick presenta una queja argumentando que la acción de amparo debió ser rechazada, en razón de no haberse acreditado el daño ambiental.

Atento a lo expuesto, la empresa minera Argentina Gold S.A. interpone un recurso de inconstitucionalidad y de casación a fin de que se revoque la sentencia dispuesta por el tribunal a quo. Teniéndose en cuenta los hechos acontecidos con fecha 27 de enero de 2016, la Corte de Justicia de la provincia de San Juan resuelve desestimar de modo formal los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos.

### **III. *Ratio decidendi* de la sentencia.**

La Corte de Justicia, de la provincia de San Juan integrada por el Dr. Ángel Humberto Medina Palá, Dr. Miguel Ernesto Novoa, y el Dr. Juan Carlos Pérez en forma mayoritaria desestiman los recursos de inconstitucionalidad y casación, en función de los argumentos que se expondrán en forma subsiguiente:

Que dando lugar a la sentencia de primera instancia se admitió la acción de amparo ambiental, declarando inadmisibles la queja alegando la falta de acreditación del daño ambiental. Además, se considera absolutamente aplicable el principio precautorio establecido por el Art. 4 de la Ley General de Ambiente (Ley 25.675, 2002, Art. 4) porque permite la adopción de todo tipo de medidas que tiendan a proteger el medio ambiente, aun cuando no se haya demostrado científicamente el daño concreto. Sostuvieron que la falta de acreditación del daño ambiental no hace al amparo improcedente ya que, se ha probado el riesgo cierto, cuando la minera incumple el plan de trabajo, lo que permite tomar diferentes medidas aun si no las solicitaron las partes.

Teniendo en cuenta la problemática jurídica derivada sobre la prueba, el tribunal omite la valoración de la prueba ofrecida, pese a no reconocerse una evidencia directa del

daño que se produjo, ni una certeza de que se haya producido, el tribunal no rechaza la acción. Entonces el juez no valora si verdaderamente se produjo el daño ni tampoco evaluó la cantidad de información que se incluyó a la hora de dictar sentencia. El tribunal considera que no falló sobre el carácter preventivo del amparo ambiental, ya que no existe imposibilidad de adoptar las medidas para prevenirlo. Lo que establece en la resolución fue suspender la incorporación de cianuro en el término de 10 días y en ese caso no dar cumplimiento a la orden hacerlo en forma definitiva.

#### **IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.**

El amparo ambiental, tal como hoy lo conocemos, ha transitado por diferentes etapas. La Constitución reformada en 1994 puede ser considerada el momento oficial de nacimiento del amparo ambiental. Sin embargo, ese momento tiene como antecedente una primera fase histórica del amparo, existía en la sociedad la necesidad de contar con una vía de protección que fuera expedita, rápida. Producto de esa necesidad social existían autores que proponían realizar reclamos urgentes por violación a derechos constitucionales mediante el antiguo habeas corpus, frente a esto surgen otras opiniones que proclamaban la inviabilidad de esta postura y la jurisprudencia de los tribunales la avalaba. Camps, C. E. (16/03/2018). El amparo ambiental y la pretensión preventiva de daños: la lucha por la eficacia procesal. Recuperado de: L.L. AR/DOC/2856/2018.

Dicha reforma incorporó los arts. 41 (Const. 1994, art. 41) y 43 (Const. 1994, art. 43) reconociendo a nivel constitucional en forma expresa la acción de amparo, los derechos de incidencia colectiva (Corte Suprema de Justicia de la Nación. M. 1569. XL, 2008) y el daño ambiental. En el primero, se fija una división de competencia entre la Nación y las

provincias, determinando para la Nación el dictado de presupuestos mínimos en materia ambiental y a las provincias les corresponde complementar el sistema, logrando a través de esto resguardar la política ambiental y las autonomías provinciales. Tolosa, N. B. (2016). Regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-regulacion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-materia-ambiental-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>. Por su parte en el art. 43, párrafo segundo, se establece la protección constitucional del ambiente mediante la institución de amparo colectivo, señala expresamente qué situaciones subjetivas pueden protegerse mediante esa acción y cuáles son los sujetos legitimados activamente para deducirlas. Esain, J. El federalismo ambiental: reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General de Ambiente. Recuperado de: <http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wp-content/uploads/2015/07/FederalismoAmbiental.pdf>.

Estas normas ambientales fueron reglamentadas a partir de la incorporación de la Ley General del Ambiente, esta ley nos brinda las herramientas para la protección del ambiente como la demanda por daño ambiental, la acción de amparo, así como los principios que regirán la política ambiental nacional (Cafferatta, 2003).

El conflicto planteado en los autos caratulados “Marín Enrique y municipalidad de Jáchal c/ Minera Argentina Gold SA y otro- Amparo de interés colectivo con acumulados Autos 38804 “Municipalidad de Jáchal c/ Barrick s/ Amparo” (Corte de Justicia de San Juan, Sala Primera SP3804, 2016), se debe a un derrame de solución cianurada sobre el Río

Jáchal, provocado por la rotura de una válvula. Ante el peligro de contaminación ambiental y posible daño a la población, en primera instancia, Marín Enrique y la Municipalidad de Jáchal interponen un amparo ambiental contra la empresa minera Argentina Gold S.A. Luego, Barrick presenta una queja argumentando a que la acción de amparo debió ser rechazada, en razón de no haberse acreditado el daño ambiental. Lo que es subsanado por el tribunal a quo, exponiendo que resulta absolutamente aplicable el principio precautorio.

En muchos casos los accionantes presentan un amparo, por necesitar una medida urgente ante la inminente producción del daño. De acuerdo a lo expuesto, la falta de uno de los requisitos para la procedencia del amparo como lo es un daño cierto, manifiesto permite observar el conflicto por la admisibilidad del Amparo. Tolosa, (2016). Regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-regulacion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-materia-ambiental-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>.

Conforme a lo analizado precedentemente también se observa el problema axiológico y el de prueba. El conflicto con la prueba comienza cuando la empresa minera afirma que el fallo es arbitrario y vulnera el derecho a defensa, debido a la omisión por parte del tribunal de valorar los hechos, la prueba producida y la mala interpretación del principio precautorio.

En consideración a la aplicación de dicho principio como regla jurídica debe apreciarse el conjunto de nociones que lo componen: 1) asegurar la existencia de los riesgos

en juego; 2) estudiar los datos científicos; y, 3) apreciar las medidas de precaución a tomar para evitar la realización de los daños. Briceño Chavez, A. M. (10/12/2017). El principio de precaución y la actividad minera. Presupuestos para definir el alcance de las medidas precautorias cuando se trata de la protección del ambiente. Recuperado de: L.L. AR/DOC/4002/2017

Por último el art. 32 (Ley 25.675, 2002, art. 32) de la LGA, aporta flexibilización a las facultades jurisdiccionales, manifestando que el juez puede tomar “todas las medidas necesarias para ordenar conducir o probar los hechos dañosos en el proceso”. Lo que genera cambios en lo jurisprudencial debido a que en muchos fallos se ha manifestado cierta evasión respecto de invertir la carga de la prueba o la exigencia de certeza científica a través de estudios que son de imposible desarrollo para los afectados. Resulta una restricción total del derecho al ambiente sano rechazar una acción de amparo por falta de certeza científica. Tolosa, (2016). Regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-regulacion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-materia-ambiental-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>.

#### **V. Postura de la autora.**

Los conflictos de esta nueva era, como el cambio constante en los recursos y la velocidad en la que vive la sociedad, exige que el derecho implemente herramientas, dinámicas, flexibles para construir soluciones eficaces, en beneficio de la protección del ambiente. Con el dictado de la Ley General de Ambiente se incorporó en el art. 4 una gran



cantidad de principios y con ellos se reforzó su protección. El principio precautorio en su esencia promueve medidas que protejan pese a no haber pruebas científicas que demuestren riesgo. Aquí se plantean dos cuestiones de suma importancia como lo es actuar tarde es débil y actuar muy pronto es fuerte, lo que se busca es mantener un equilibrio entre la protección y dinámica del sistema ecológico.

Lo que se observa es una aplicación más acotada, restringida a sólo los casos en los que se presenta incertidumbre científica y daño grave, irreparable, debiendo extenderse esta aplicación cuando se afecten derechos fundamentales de la persona humana. Consentino, y Lorenti (2015). La mecánica de los presupuestos mínimos y la responsabilidad civil ambiental resarcitoria en el nuevo código civil y comercial de la nación. Recuperado de: L.L. AR/DOC/5096/2015.

Por un lado se sostiene que la minera no pudo aportar prueba suficiente de información que existe sobre Barrick, pero por otro lado la situación ha cambiado con el paso del tiempo ya que, los riesgos que afectan al ambiente, la peligrosidad reconoce una dimensión mayor y preocupante. La idea de prevención es tema de debate y los comportamientos de la sociedad con el tiempo pueden provocar la destrucción de la vida en el planeta. Ante tales situaciones, el derecho da la respuesta a través del instituto de principios básicos establecidos en la ley 25.675, (Ley 25.675, 2002) exponiendo un avance jurídico en el derecho de daños donde la atención estaba dirigida a la reparación.

Otro punto relevante a tratar respecto del fallo analizado, es lo relacionado con el aprovechamiento de los recursos y el paso del tiempo, anteriormente nuestra sociedad no utilizaba una gran cantidad de recursos, la población y las industrias no tenían el auge ni los avances tecnológicos que existen en la actualidad, con el paso del tiempo, el aumento de la

población, y una economía de consumo sin control ha llevado a un aprovechamiento de recursos desmedido. En el caso planteado Minera Argentina Gold estaba trabajando en su Nivel Máximo de cota, la Declaración de Impacto Ambiental de Veladero establece que la solución lixiviante no debe superar los 3.926 metros sobre el nivel del mar (msnm). Pero la planta estaba trabajando por encima a unos pocos metros de alcanzar el máximo operativo. Frente a este suceso, la empresa decidió abrir una compuerta para evitar que el agua siga ingresando al valle de lixiviación. Esa decisión terminó provocando el derrame. Si esa compuerta hubiera estado cerrada, la rotura de la válvula no hubiera provocado inconvenientes.

Ahora bien, podemos concluir que debido a la sobreexplotación del yacimiento con el fin de acortar plazos de explotación, generar más recursos y reducir los costos, nos encontramos ante una inobservancia del principio de sustentabilidad, El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. (Cafferatta, 2003)

## **VI. Conclusiones finales.**

Haciendo un repaso final al fallo analizado se concluye que el medioambiente es un bien jurídico sumamente importante para el desarrollo de la vida en nuestro planeta ya que, las consecuencias pueden ser devastadoras por esto ante cualquier daño o contaminación debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, la implementación de la ley general de ambiente, incorporó gran cantidad de principios, permitió aumentar su protección lo que ha presentado un importante avance. Siempre es preferible evitar el daño a tener que repararlo ya que, en la mayor parte de las ocasiones no es susceptible de reparación.

Además, muchas veces no existe certeza o consenso científico acerca de cuándo una determinada actividad o práctica puede generar daño ambiental. La realidad demuestra que pocas veces tanto la función preventiva como el principio precautorio surten efecto en mitigar el daño ambiental.

La sobreexplotación de los yacimientos mineros es un tema preocupante que debe tener mayor control, ya que sus consecuencias son importantes y luego derivan en situaciones como la planteada en este fallo.

## **VII. Bibliografía.**

### **Legislación.**

- Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994). 1er Ed. Advocatus.
- Congreso de la Nación Argentina. (7 de Octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación. [Ley 26.994 de 2014].
- Congreso de la Nación Argentina. (6 de Noviembre de 2002) Ley General de Ambiente. [Ley 25.675 de 2002].

### **Doctrina.**

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1991). Definiciones y normas. En Autores, Análisis lógico y Derecho. Madrid, ES: Centro de Estudios Constitucionales
- Briceño Chavez, A. M. (10/12/2017). El principio de precaución y la actividad minera. Presupuestos para definir el alcance de las medidas precautorias cuando se trata de la protección del ambiente. Recuperado de: L.L. AR/DOC/4002/2017
- Cafferatta, N. A. (2003). Introducción al Derecho Ambiental. (1<sup>er</sup> Ed.). México: D.R. Instituto Nacional de Ecología.

- Camps, C. E. (16/03/2018). El amparo ambiental y la pretensión preventiva de daños: la lucha por la eficacia procesal. Recuperado de: L.L. AR/DOC/2856/2018.
- Consentino, G. M. y Lorenti M. (2015). La mecánica de los presupuestos mínimos y la responsabilidad civil ambiental resarcitoria en el nuevo código civil y comercial de la nación. Recuperado de: AR/DOC/5096/2015.
- Dworkin, R. (2004). Los derechos en serio. Madrid: Ariel.
- Esain, J. El federalismo ambiental: reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General de Ambiente. Recuperado de: <http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wp-content/uploads/2015/07/FederalismoAmbiental.pdf>
- Rodríguez, C. A. (2007). Ley General del Ambiente en la República Argentina. (1er Ed.). Lexis Nexis: Buenos Aires.
- Tolosa, N. B. (2016). Regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-regulacion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-materia-ambiental-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>.

### **Jurisprudencia.**

- Corte de Justicia de San Juan, Sala Primera (27 de Enero de 2017). Sentencia SP 3804.
- Corte Suprema de Justicia, (8 de Julio de 2018). Sentencia M. 1569. XL  
Recuperado de: SAIJ-FA08000047.