



TFG-ABOGACÍA

Tema: Medio Ambiente

Nota a Fallo

**EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO
AMBIENTAL: ANÁLISIS DEL FALLO “CRUZ, FELIPA Y OTROS
C/MINERA ALUMBRERA LIMITED Y OTROS S/SUMARÍSIMO”**

Autora: Cuello, Analía del Carmen

DNI: 32415396

Legajo: VABG38923

Prof. Director: Baena, César Daniel

Córdoba, Julio 2020

Agradecimientos

Agradezco a mi hijo Luis Gustavo, por acompañarme cada día de mi carrera, por su paciencia en mis horas de estudio y días fuera de casa. A mi hija Mía Ludmila, quien llegó para darme el último impulso, dando nuevo sentido a mi vida. Sus existencias son el motivo de mi esfuerzo para lograr concluir con éxito esta hermosa carrera.

Le agradezco a Dios y a nuestra Madre del Valle, porque nunca permitieron que baje los brazos, son mi sostén a cada instante.

Dedicatoria

Dedico esta Tesis a mi abuela Lidia que siempre me apoyó y motivó a lograr mis objetivos, siendo mi ejemplo de fortaleza y humildad, en quien me sostuve en los momentos de crisis y confió en mí, animándome a seguir adelante. Sé que desde el cielo brindarás por mí, Abuela.

A mi familia, por el apoyo que siempre me brindaron en el transcurso de mi carrera universitaria, siendo para mí una gran satisfacción poder dedicarles lo que, con mucho esfuerzo, esmero y trabajo, he logrado.

Tema: Medio Ambiente

Fallo: Cruz Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/ Residual (Sumarísimo), de fecha 10 de Julio de 2017. Expte: 600113/2010

Tribunal: Cámara Federal de Tucumán. Provincia: San Miguel de Tucumán.

<http://scw.pjn.gov.ar/scw/seam/docstore/document.seam?docId=1&cid=386106>

Sumario: I. Introducción.- II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal.- III. Análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia.- IV. Análisis crítico del fallo.- IV.1. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.- IV.2. La postura de la Autora.- V. Conclusión.- VI. Referencias Bibliográficas. - VII. Anexo.

I- Introducción

En la presente nota analizaremos el fallo “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otros s/ Sumarísimo”, de fecha 10 de julio de 2017, resuelto por la Cámara Federal de Tucumán, expte. 113/2010.

En este expediente la parte actora inició acción de amparo por daño ambiental en contra de la empresa Minera Alumbreira Limited e YMAD y solicitó el dictado de una medida cautelar con el objeto de que se ordenara la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos mineros denominados "Bajo de la Alumbreira" y "Bajo el Durazno", ambos ubicados en terrenos de su propiedad, en la localidad de Andalgalá, Provincia de Catamarca, hasta tanto se realizaran 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 que las demandadas acreditaran la contratación de un seguro para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño, según lo dispone el art. 22 de la Ley General del Ambiente 25.675.

El fallo en estudio marca un precedente en la sociedad y en la jurisprudencia argentina en materia de tutela jurídica ambiental minera, frente al daño que produce la actividad minera en las personas, sus bienes y el ambiente en general. En cuanto la sentencia de la Cámara Federal de Tucumán hizo lugar a la cautelar solicitada por la Sra. Cruz Felipa y otros, y paralizó la actividad minera en la provincia de Catamarca hasta tanto la empresa presente la documentación que acredite la contratación de un seguro para hacer frente a la reparación del daño ambiental que puede haber ocasionado con su accionar y se realicen informes periciales para medir el alcance de la contaminación provocada.

El caso presenta dos tipos de problemas jurídicos: el problema axiológico y el problema de prueba. En virtud de que el Tribunal incurrió en arbitrariedad, mediante una fundamentación dogmática prescindió de la normativa aplicable y omitió valorar pruebas importantes como el peritaje oficial, que prueba el daño y la contaminación del medio ambiente.

La Cámara se limitó a sostener de manera dogmática el rechazo de la cautelar solicitada por la actora sin hacer mérito de sus argumentos, relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4 de la LGA, y los expresados con relación al informe pericial que acreditaría la contaminación producida por la minera demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera.

Cabe hacer mención al concepto de principios que realiza Robert Alexy en una de sus obras, dice que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo que considera a los principios como mandatos de optimización, que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento depende tanto de sus posibilidades reales como jurídicas (Alexy, 2007).

Respecto al problema de prueba acudimos a Alchourrón y Bulygin (2002), quienes lo denominaron laguna de conocimiento porque hay algunos aspectos del hecho que son desconocidos, y ello dificulta la posibilidad de encuadrar el hecho, sostienen que en estos casos se debe resolver mediante la apelación a un recurso práctico que permita eludir la falta de información, como las presunciones legales que permiten al juez suplir su falta de conocimiento y actuar como si conociera los hechos importantes.

Para demostrar los problemas jurídicos nos remitiremos al texto de la sentencia: Al dejar sin efecto la sentencia la CSJN señaló específicamente que “en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la LGA, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4 de esa Ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles”. El Supremo Tribunal resaltó, asimismo, al revocar la sentencia, que no se tomó en cuenta los argumentos de la actora “relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4 de la LGA, ni de los expresados con relación a la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión”.

El tratamiento del fallo tiene una importante relevancia práctica, al existir un antecedente jurisprudencial en materia de derecho ambiental que permita resolver los problemas jurídicos presentes en el mismo, otorgando celeridad y claridad de los casos similares que se presenten en nuestros Tribunales. La CSJN en este caso resolvió reconociendo el excesivo formalismo de los jueces de instancias inferiores frente al tratamiento de cuestiones que se refieren a la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado. También sostuvo que los principios preventivo y precautorio en materia ambiental deben aplicarse aún en instancia cautelar, cuando existen informes periciales que indican el daño ambiental.

II- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

A continuación desarrollaremos los antecedentes del caso en estudio, es decir, los hechos, pretensiones de las partes, los derechos y argumentos invocados. Luego, mencionaremos la historia procesal, es decir, los diversos decisorios en la etapa jurisdiccional y concluiremos realizando una breve descripción de la decisión del Tribunal.

Del decisorio de la Cámara Federal de Tucumán, surgen que los hechos del caso consisten en que Minera Alumbreira Ltd. y Yacimientos Mineros Aguas de Dionisio -YMAD- desarrollan actividad minera en los yacimientos denominados “Bajo la Alumbreira” y “Bajo el Durazno”, en terrenos de propiedad de los actores, Felipa Cruz y otros pobladores de Andalgalá, provincia de Catamarca, Argentina.

A pesar de reiterados pedidos y reclamos efectuados por la parte actora han producido un gravísimo e irreparable daño a las propiedades y consecuentemente al medio ambiente tanto de la provincia de Catamarca como a la de Tucumán, que se verifican en la prueba producida en autos expte. n° 348/03 caratulado Flores, Juana Rosalinda y otros c/ Minera Alumbreira Limited s/ Daños y Perjuicios, en el que queda demostrado que el dique de colas afecta a las propiedades. Además, las demandadas no contaban con un seguro obligatorio, ni integrado un fondo de restauración ambiental para realizar acciones de reparación-art. 22 Ley General del Ambiente 25675-.

La parte actora inicia acción de amparo por daño ambiental en contra de las citadas empresas y solicita, como medida cautelar la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos en cuestión. Ello, hasta tanto se realicen informes periciales in situ para medir el alcance de la contaminación y degradación del ambiente producido por las filtraciones originadas en el dique de colas -entre otros factores contaminantes-, y hasta

que las demandadas acreditaran la contratación de un seguro de cobertura que garantice el financiamiento de la recomposición del daño, según lo dispone el art. 22 de la LGA 25.675.

En primera instancia, el 29 de Abril de 2010, el juzgado Federal de Catamarca resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada. Entendió que no se trataba de una medida autosatisfactiva sino más bien innovativa, debido a que se intentaba alterar o modificar la actual situación de las accionadas.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, el 9 de Abril de 2012, confirma dicha resolución con fundamentos en que la medida coincidía con el objeto de la demanda y que otorgarla hacía lugar a la acción de fondo, lo que vulneraba la garantía de defensa en juicio.

Contra la sentencia de Cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios la accionante y el Fiscal General. Denegados estos, ambos recurrieron en queja ante la CSJN que, por sentencia de fecha 23 de febrero de 2016 decidió hacer lugar a las quejas; declarar procedentes los recursos extraordinarios; dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Para decidir señaló que la sentencia de esta Alzada era arbitraria puesto que se había omitido considerar la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión.

Finamente, el 10 de julio de 2017, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, con una composición diferente, dictó el pronunciamiento. Se basó en que, según el fallo de la CSJN, la sentencia apelada de dicha cámara había sido arbitraria ya que “había omitido considerar la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión” (considerando II, párr. 4°).

Luego de hacer referencia a ciertas actuaciones relevantes de la causa (considerando II, párrafos 8° a 15°), el Tribunal dicta su pronunciamiento en el tercer considerando, ordenando la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos mineros denominados "Bajo de la Alumbreira" y "Bajo el Durazno", ubicados en terrenos de propiedad de la parte actora, en la localidad de Andalgalá, Provincia de Catamarca, a fin de que se realicen los informes periciales in situ para determinar la posible contaminación y degradación del medio ambiente y hasta que las demandadas acrediten fehacientemente 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 (considerando III).

III- Análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia

A continuación mencionaremos los argumentos jurídicos del Tribunal para resolver los problemas jurídicos presentes en el caso en estudio, que como expusimos anteriormente son el problema axiológico y el problema de prueba. El Tribunal Federal de Tucumán ha fundamentado su decisión en:

Primero, las circunstancias denunciadas por la parte actora al momento de solicitar la medida cautelar importarían la posibilidad de perjuicios al ambiente. Ello lleva a considerar como marco normativo al art.41 de la Constitución Nacional y a la Ley General del Ambiente, entre las disposiciones de esta última se encuentran los principios de prevención y precautorio. El principio preventivo exige que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atiendan en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que se pueden producir sobre el ambiente y el principio precautorio obliga, ante el peligro de daño grave o irreversible, a adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente aún en ausencia de información o certeza científica (considerando III, párrafos 1° a 4°).

Segundo, se considera acreditada la verosimilitud del derecho; el informe pericial efectuado en la causa “Flores Juana Rosalinda y otro c/ Minera La Alumbra Limited s/ daños y perjuicios” señala que el dique de colas, presa de residuos construido por la demandada para retener temporalmente efluentes líquidos procedentes de las plantas de tratamiento, fue construido sobre un terreno con elevada permeabilidad, lo que compromete la impermeabilidad de dicho dique; si los efluentes residuales almacenados en el dique son tóxicos, los mismos se podrían filtrar causando al ambiente y por consiguiente a la vida humana, vegetal y/o animal que hay en él, daños que podrían ser irreversibles e incluso afectar a las generaciones futuras (considerando III, párrafos 5° a 8°).

Por último, la demandada habría incorporado un sistema de retrobombeo para el manejo del dique de colas y detener el proceso de contaminación del subsuelo, tratándose de un método de limpieza de acuíferos contaminados; el recurso hídrico se encuentra alterado y la restauración de la calidad de un acuífero deteriorado por el ingreso de contaminantes, es complicado en el aspecto técnico, de altísimo costo y es muy compleja su restitución a su condición original (considerando III, párrafo 9°).

IV. Análisis crítico del fallo

En el presente apartado desarrollaremos un análisis crítico del fallo en estudio, para lo cual, primero realizaremos una descripción del análisis conceptual, los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales fundamentales en los que se basó el Tribunal para emitir la *ratio decidendi* y resolver los problemas jurídicos presentes. Luego, brindaremos la posición de la autora con respecto a los argumentos esgrimidos por el Tribunal en la *ratio decidendi*.

IV.1. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Para adentrarnos un poco más en profundidad en el caso en estudio, en los siguientes párrafos realizaremos un breve análisis del Principio Precautorio en el Derecho Ambiental, nociones generales sobre su origen y desarrollo, conceptualización, elementos y su reconocimiento en el Derecho Argentino.

➤ Origen y desarrollo del Principio Precautorio

Siguiendo a Ramos Martínez (2017) decimos que, la primera expresión del principio de precaución surgió en el año 1970 con el Vorsorgeprinzip en el Derecho alemán del ambiente. En la misma década, el principio de precaución se extendió en 1972 al Derecho Internacional, en la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente. En 1982, con la Convención sobre el Derecho del mar, se previó en su art. 206 la protección y preservación del medio marino. Luego, en la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, Londres 1987, se reconoció la necesidad de adoptar el principio de precaución, reiterándose en 1990. Posteriormente, el principio se fue afirmando en distintas conferencias internacionales: la Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales (Helsinki, 1992), La Convención Marco sobre Cambios Climáticos (Nueva York, 1992), El tratado de Maastricht de la Unión Europea, entre otros.

Cabe destacar la Declaración de Río de Janeiro, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en junio de 1992, de la cual nuestro país formó parte, consagró el Principio Precautorio, estableciendo:

Principio 15: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e 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 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

También se encuentra regulado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada por Argentina en 1993 mediante Ley 24.295, que en su artículo 3.3, dispone:

Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, teniendo en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. (Ley 24.295,1993).

➤ **Conceptualización y elementos del Principio Precautorio**

A los fines de poder brindar una conceptualización del término precaución nos remitiremos a lo expresado por la Dra. Drnas de Clément, quién expresa de manera clara y adecuada a nuestro análisis lo siguiente:

El término español “precaución” proviene del latín *praecautio* (*prae* / antes; *cautio* / cuidado, cautela). El Diccionario Larousse señala que se aplica para el futuro y siempre a la parte de lo desconocido, por lo que el actuar cautelar se caracteriza por la vigilancia y la desconfianza frente a lo desconocido. Ese actuar cuidadoso exige la adopción de medidas apropiadas para evitar el mal potencial que se teme, a pesar de que su naturaleza no esté definida con precisión. (Zlata Drnas de Clément, 2008, pp.23-24).

Cafferatta (2013), considera al principio precautorio, desde una dimensión jurídica como una herramienta de defensa del ambiente y la salud pública, que permite ampliar los límites de acción del Derecho de daños, con un sentido de prevención y anticipatorio, intenso, enérgico, fuertemente intervencionista, cuya finalidad es impedir que se produzca un daño grave e irreversible.

También le reconoce una dimensión política y moral, la primera de ellas porque implica finalmente adoptar una decisión política frente a situaciones de este tipo y poder satisfacer los derechos en juego; y desde la moral, en cuanto la UNESCO en 2005, lo definió sosteniendo que es de aplicación cuando hubiera una actividad “científicamente plausible, pero moralmente inadmisibles”.

Los elementos característicos del principio precautorio son tres: a) la incertidumbre científica, que lo diferencia de la prevención; b) la evaluación del riesgo de producción de un daño; y c) el nivel de gravedad del daño: el daño debe ser grave e irreversible.

➤ **El Principio Precautorio en el Derecho Argentino**

El principio precautorio se integra en el ordenamiento jurídico argentino mediante la Ley General del Ambiente 25.675, sancionada en 2002, dicha ley contiene una serie de principios de política ambiental, entre los que se destaca el principio en análisis. Así, en su art. 4, lo reconoce de la siguiente manera: “Principio precautorio: 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”.

El principio precautorio en nuestro país es reconocido entre los argumentos para resolver conflictos de Derecho Ambiental, como el caso en estudio, donde se lo aplica para hacer lugar a la medida cautelar que ordena la suspensión de la actividad minera en cuestión.

En el mismo, la CSJN adopta una visión protectoria del Derecho Ambiental al enunciar que, en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del ambiente, la interpretación de la Ley debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, en su Art. 4 introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la presencia de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (considerando II, párrafo 5°).

A continuación mencionaremos dos casos relevantes donde la CSJN aplicó el principio precautorio:

a) Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional (13/12/2011). Este es el primer caso en el que una sentencia de la Corte aplica el principio de precaución. Asociaciones de pueblos originarios y otras personas se quejaron de la tala indiscriminada de árboles, actividad autorizada por el gobierno de Salta. La Corte Federal, en su decisión en 2008 invocó el principio de precaución, citó a una audiencia pública, suspendió provisionalmente las tareas de tala y desmonte, y ordenó que se rindieran una serie de informes. Posteriormente, en 2011 la Corte tuvo por cumplidas las medidas dispuestas, levantó la prohibición dictada a través de la cautelar por no subsistir las circunstancias que determinaron la decisión, había desaparecido el peligro de daño irreversible.

b) Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Provincia de Catamarca s/ amparo ambiental (17/4/2012). La Comunidad del Pueblo diaguita de Andalgalá interpuso amparo ambiental ante la CSJN contra la provincia de Catamarca, Minería Agua Rica LLC (sucursal Argentina), el Estado Nacional, la provincia de Tucumán, Salta, La Rioja y/o quien resulte titular de la concesión minera a cargo de la explotación del yacimiento Agua Rica, a los fines de que se ordene el cese de la actividad y/o explotación llevada a cabo en la zona.

Alegó que existía una grave e inminente afectación a la salubridad y habitabilidad del ambiente donde reside dicha comunidad. Solicitó se pondere el principio precautorio.

La Corte de la Nación, por mayoría, siguiendo el dictamen de la procuración general, se declaró incompetente. En disidencia, el Dr. Ricardo Lorenzetti hizo referencia a varias cuestiones de interés para la aplicación del principio de precaución:

Según los informes incorporados a la causa existirían importantes riesgos en relación a la cantidad de agua superficial, específicamente una reducción del agua en el río Minas. Este hecho podría afectar la agricultura, la economía local y la calidad de la vida humana; como asimismo, el hábitat y la vida acuática.

En este caso, el principio precautorio obliga a suspender el proyecto hasta tanto se realice un estudio de impacto ambiental acumulativo de la explotación del yacimiento Agua Rica, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Asimismo, deberá proponer una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados.

IV.2. La postura de la Actora

Compartimos los argumentos esgrimidos por el Tribunal de la Corte Suprema de Justicia y que el Tribunal Federal de Tucumán toma y reconoce para resolver los problemas jurídicos presentes, dictando la sentencia del caso expuesto en la presente nota a fallo.

En cuanto puso de manifiesto la arbitrariedad y el excesivo formalismo de los jueces de Tribunales inferiores que resolvieron no hacer lugar a la medida cautelar ante cuestiones que se refieren a la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado, reconocido por la Constitución Nacional en su art. 41 y la Ley General del Ambiente. Omite lo establecido por el art. 32 de la LGA, en virtud del cual, “se otorga a la autoridad judicial interviniente la facultad de disponer todas las medidas necesarias en el proceso, a fin de proteger el interés general, en cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria”. Siguiendo esta línea, el Tribunal también sostuvo que los principios preventivo y precautorio en materia ambiental deben aplicarse aún en instancia cautelar, cuando existen informes periciales que indican el daño ambiental.

Como ya hemos mencionado a lo largo de la nota, los Tribunales inferiores omitieron los argumentos de la actora referidos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4 de la Ley General del Ambiente y de la existencia del informe pericial que acreditaba la contaminación generada por la minera y su potencial incremento al no disponerse el cese de la actividad, que de haberse tenido en cuenta se podría haber resuelto de manera rápida,

evitando que el daño se extendiera por varios años, tiempo que la causa permaneció innecesariamente en los Tribunales; ya que consideramos que ante realidades concretas de afectación del ambiente se debe brindar una rápida decisión judicial.

Por lo tanto, consideramos acertada la aplicación del principio precautorio, ya que se estaba ante el peligro de daño grave e irreversible al ambiente y se debían adoptar medidas urgentes para impedir su degradación.

Con respecto a la prueba, fue correcta la decisión del tribunal de valorar el informe pericial efectuado en la causa “Flores”, ya que el mismo, acreditaba la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera.

Cabe mencionar lo que al respecto dice Jorge Peyrano, “el requirente de la tutela ambiental debe probar científicamente que existen sospechas fundadas acerca de la nocividad denunciada. Por su parte, el requerido debe intentar demostrar, también con base científica, que las sospechas en cuestión son infundadas, no han sido probadas o carecen de intensidad suficiente” (como se cita en Kemelmajer de Carlucci, 2016).

Si bien, el principio precautorio es de naturaleza prospectiva, como lo mencionan Sacristán y Piccione, “la conceptualización institucionalizada del principio precautorio es de tinte prospectivo, aportando las notas de lo que es plausible pero incierto, con decisiones que se adoptarán, hipotéticamente, bajo riesgo – en el puro campo especulativo- en la incertidumbre o ignorancia”, en nuestro caso, la Corte al dar relevancia a la existencia del informe pericial que acreditaba la contaminación, también lo aplicó retrospectivamente, dando lugar a una expansión de su aplicación en el Derecho Ambiental Minero (Sacristán y Piccione, 2018, p.153).

Sin embargo, posteriormente la Corte no usó el mismo criterio, así se evidencia en el fallo “Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Nacional-Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y Empresa Cram S.A. s/ recurso” (5/9/2017), en el que aplicó el principio con visión prospectiva, omitiéndose las consideraciones retrospectivas de los daños producidos (Sacristán y Piccione, 2018, p.154).

Finalmente podemos decir que la jurisprudencia no es del todo clara, los integrantes de la CSJN tienen posiciones variadas, según sea el caso que llega al tribunal, lo que otorga inestabilidad e incertidumbre a la industria minera.

V. Conclusión

En la presente nota hemos analizado el fallo “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y Otros s/ Sumarísimo”, de fecha 10 de julio de 2017, resuelto por la Cámara Federal de Tucumán.

El Tribunal resolvió ordenando la suspensión inmediata de la actividad minera en los yacimientos ubicados en terrenos de propiedad de la parte actora, en Andalgalá, Prov. de Catamarca, a fin de que se realicen los informes periciales in situ para determinar la posible contaminación y degradación del medio ambiente y hasta que las demandadas acrediten la contratación de un seguro, según lo que dispone el art. 22 de la LGA.

El caso presentaba dos tipos de problemas jurídicos: el problema axiológico y el problema de prueba. En virtud de que el Tribunal incurrió en arbitrariedad, mediante una fundamentación dogmática prescindió de la normativa aplicable y omitió valorar pruebas importantes como el peritaje oficial, que prueba el daño y la contaminación del medio ambiente.

Los argumentos jurídicos del Tribunal para resolver los problemas jurídicos presentes fueron: Primero, las circunstancias denunciadas por la parte actora al solicitar la medida cautelar importarían la posibilidad de perjuicios al ambiente, se consideró como marco normativo al art. 41 de la CN y a la LGA, entre las disposiciones de esta última se encuentran los principios de prevención y precautorio. El principio precautorio obliga, ante el peligro de daño grave o irreversible, a adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente aún en ausencia de información o certeza científica

Segundo, se consideró acreditada la verosimilitud del derecho; el informe pericial efectuado en la causa “Flores”, señala daños al ambiente que podrían ser irreversibles e incluso afectar a las generaciones futuras. Por último, la demandada habría incorporado un sistema de retrobombeo para el manejo del dique de colas y detener el proceso de contaminación del subsuelo.

Finalmente, luego de haber analizado el fallo y las diversas fuentes a las que hemos recurrido, podemos afirmar que el derecho a un ambiente sano y equilibrado reconocido por el art. 41 de la CN y la LGA ha crecido en el Derecho Ambiental Minero, en virtud de la aplicación del principio precautorio por la CSJN, a los fines de evitar que se produzca un daño grave e irreversible al ambiente y contribuir a su preservación para las generaciones futuras. Nuestro caso tiene una relevancia práctica en materia jurídica, ya que es un antecedente en la jurisprudencia argentina que permitirá a los Tribunales el dictado de sentencias rápidas que resuelvan problemas jurídicos como los aquí presentes.

VI. Referencia Bibliográfica

Doctrina

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2002). *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cafferatta, N. (2013). Naturaleza jurídica del principio precautorio. *RCyS*, IX, 5. AR/DOC/2532/2013
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.
- Drnas de Clément, Z. (2008). *El principio de precaución ambiental- La práctica Argentina*. Córdoba: Lerner.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2016). El Principio de Precaución en el Derecho de la Responsabilidad Civil. Estado de la Situación en el Derecho Argentino. *Revista jurídica Universidad de San Andrés*, 3.
- Ramos Martínez, M. F. (2017). El principio precautorio como fuente de responsabilidad estatal frente a los derechos fundamentales. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 17 (70), 45-63. DOI: 10.21056/aec.v17i70.845.
- Sacristán, E. B. y Piccione, G. (2018), ¿Llevar hechos del pasado al futuro? Los causes de la aplicabilidad del principio precautorio o propósito de un caso minero. En J. A. Martínez de Hoz (Ed.) *RADEHN* (p. 99-158). Bs. As.: Ábaco.

Legislación

- Ley 24.295 (1993), Apruébese la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley 24430 Constitución de la Nación Argentina (1994), Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley 25675 General del Ambiente (B.O. 28/11/2002), Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Jurisprudencia

- CSJN (13 de Diciembre de 2011), Salas Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional. Fallos 334:1754.
- CSJN (17 de Abril de 2012), Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Provincia de Catamarca s/ amparo ambiental. Fallos 335:387.
- Cámara Federal de Tucumán (7 de Marzo de 2017) Expte: 348/03 [MP Ernesto Clemente Wayar].
- Cámara Federal de Tucumán (10 de Julio de 2017) Expte: 600113/2010 [MP Marina Joséfa Cossio].
- CSJN (5 de septiembre de 2017), Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Nacional-Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y Empresa Cram S.A. s/ recurso. Fallo-Tomo M. 318. L. RHE. [MP Carlos Fernando Rosenkrantz].

VII. ANEXO

Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

600113/2010 CRUZ FELIPA Y OTROS c/ MINERA ALUMBRERA LIMITED Y OTROS/RESIDUAL (SUMARISIMO)

S.M. de Tucumán, 10 de Julio de 2017

AUTOS Y VISTOS: lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia de fecha 23 de febrero de 2016 dictada a fs. 569/575; y

CONSIDERANDO:

I.- Que radicados los presentes autos en este Tribunal, proceden a excusarse de seguir interviniendo los señores vocales titulares de la Cámara doctores Ricardo Mario Sanjuan y Ernesto C. Wayar a fs. 578.

Que mediante providencia de fs. 579, se procede a designar a los Jueces de Cámara Subrogantes, doctor Raúl Daniel Bejas, a cargo del Juzgado Federal de Tucumán n° 1 y al doctor Fernando Luis Poviña, a cargo del Juzgado Federal de Tucumán n°2.

Que a fs. 580 el doctor Raúl D. Bejas aceptó el cargo ya fs. 581 el doctor Fernando L. Poviña se excusa de entender en la presente causa.

Que por providencia de fs. 582, se designa como Juez de Cámara Subrogante al doctor Guillermo Daniel Molinari, a cargo del Juzgado Federal de Santiago del Estero, quien aceptó el cargo a fs. 583.

Que la designación de los señores Conjueces, fue notificada conforme consta en autos (fs. 623 y vta.; fs. 971 vta., fs.989 vta.).

Que entrando al tratamiento de las excusaciones formuladas por los vocales integrantes del Tribunal, doctores Ricardo Mario Sanjuan y Ernesto C. Wayar de fs. 578, corresponde sean aceptadas.

Que respecto a la excusación efectuada por el doctor Fernando Luis Poviña de fs. 581, corresponde sea aceptada por la particular situación en que se encuentra el señor Juez, como Magistrado de primera instancia.

Que de ese modo queda integrado el Tribunal con la doctora Marina J. Cossio y doctores Raúl Daniel Bejas y Guillermo Daniel Molinari.

II.- Que la parte actora en este expediente inició acción de amparo por daño ambiental en contra de la empresa Minera Alumbreira Limited e YMAD y, asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar con el objeto de que se ordenara la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos mineros denominados "Bajo de la Alumbreira" y "Bajo el Durazno", ambos ubicados en terrenos de su propiedad, en la localidad de Andalgalá, Provincia de Catamarca, hasta tanto se realizaran 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 que 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.

Que el juez de primera instancia, por sentencia de fecha 29 de abril de 2010 (dictada a fs. 354/356 de estos autos) decidió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora. Dicho fallo fue confirmado por este Tribunal (en distinta composición) en la sentencia de fecha 09 de abril de 2012 por entender que la medida solicitada coincidía con el objeto de

la demanda y que otorgarla importaba hacer lugar a la acción de fondo, extremo que -a su criterio- vulneraba la garantía de defensa en juicio.

Contra la sentencia de Cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios la accionante y el Fiscal General. Denegados estos, ambos recurrieron en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por sentencia de fecha 23 de febrero de 2016 decidió hacer lugar a las quejas; declarar procedentes los recursos extraordinarios; dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Para así decidir señaló que la sentencia de esta Alzada era arbitraria (y por ende descalificable como acto jurisdiccional válido) puesto que se había omitido considerar la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión.

Al dejar sin efecto la sentencia la CSJN señaló específicamente que “en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el Art. 4° de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles”. El Supremo Tribunal resaltó, asimismo, al revocar la sentencia, que no se tomó en cuenta los argumentos de la actora “relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el Art. 4° de la Ley general del Ambiente, ni de los expresados con relación a la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión”.

A fin de emitir pronunciamiento al respecto, este Tribunal considera conveniente hacer referencia a ciertas actuaciones relevantes de la causa, a saber:

A fs. 367 el 05 de mayo de 2010 se corrió traslado de la acción a las demandadas Minera Alumbreira Limited y contra YMAD (Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio).

A fs. 402/422 contesta demanda YMAD y a fs. 714/769 contesta demanda Minera Alumbreira Limited.

A fs. 805/826 la parte actora contesta entre otras cosas, la excepción de prescripción opuesta por Minera Alumbreira Limited.

Por proveído de fs. 844 y vta. del 28 de febrero de 2011 se dispuso dar intervención al Ministerio Publico Fiscal y citar como terceros interesados en los términos de los arts. 94 y 96 Procesal a la Provincia de Catamarca, al Estado Nacional, al Sr. Defensor del Pueblo de la Nación, a la Universidad Nacional de Catamarca a través de la Facultad de Cs. Exactas, Físicas y Naturales a fin de que eleven una terna de profesionales con competencia para desempeñarse como peritos en materia Ambiental y Minera a fin de que se pronuncien sobre las cuestiones que constituyen el objeto de la presente causa.

A fs. 855/856 por sentencia de fecha 21 de marzo de 2011 se rechaza el pedido formulado por Minera Alumbreira Limited quien se opuso a las citaciones de terceros.

A fs. 880 se tiene por parte al Estado Nacional, mientras que a fs. 905 el Defensor del Pueblo de la Nación manifiesta que no participará en el pleito.

A fs. 884/904 el Estado Nacional opone defensas y contesta citación de tercero. Igualmente a fs. 915/922 se presenta la Provincia de Catamarca y contesta la citación de tercero.

A fs. 923 en fecha 06 de octubre de 2011 se tiene por presentado por parte a la Provincia de Catamarca.

III. Ahora bien, analizado el caso se advierte que las circunstancias denunciadas por la parte actora al momento de solicitar la medida cautelar importarían la posibilidad de perjuicios al ambiente.

a. Ello nos lleva a considerar el marco normativo en el que se encuadra la presente cuestión, a saber: el artículo 41 de la Constitución Nacional establece el derecho de todos los habitantes a gozar de 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. Al mismo tiempo, la norma constitucional consagra el derecho -deber de todos los habitantes de preservar el medioambiente. Esto último presupone la disponibilidad de mecanismos eficaces para la protección ambiental, entre los cuales se cuentan-aunque de manera no exclusiva- las acciones judiciales.

La consagración del derecho a gozar de un ambiente sano ha inspirado la sanción de la Ley General del Ambiente (n° 25.675), ley de presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente.

Entre sus disposiciones se cuentan esencialmente principios para la interpretación y aplicación de la ley y para ejecutar la política ambiental. Entre ellos, el principio de prevención exige 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”. A su vez el principio precautorio obliga, ante el peligro de daño grave o irreversible, a adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente aún en ausencia de información o certeza científica.

b. En cuanto a las constancias de la causa, se advierte que se han adjuntado elementos que permiten considerar acreditada la verosimilitud del derecho que habilita la concesión de la medida cautelar requerida, en aras a la realización de la prueba pericial in situ solicitada por la actora en la presente causa.

En efecto, tal como lo señaló el Alto Tribunal debe valorarse el informe pericial efectuado en la causa “Flores Juana Rosalinda y otro c/ Minera La Alumbra Limited s/ daños y perjuicios” el que se encuentra agregado a fs. 299/318 y 319/326, en el que se señala que el “dique de colas” -presa de residuos construido por la demandada para retener temporalmente efluentes líquidos procedentes de las plantas de tratamiento- fue construido sobre un terreno con elevada permeabilidad, lo que compromete “la impermeabilidad de dicho dique”. (fs. 302 y 303).

Ello permite, a priori, interpretar que si los efluentes residuales almacenados en el dique son tóxicos, los mismos se podrían filtrar causando al ambiente y por consiguiente a la vida humana, vegetal y/o animal que en él se ubica, daños que podrían tornarse irreversibles e incluso afectar a las generaciones futuras.

También se destaca que la demandada habría incorporado un sistema de retrobombeo para el manejo del “dique de colas” a fin de detener el proceso de contaminación del subsuelo, tratándose de un método de limpieza de acuíferos contaminados -tal como lo explicó la especialista en su informe defs. 305-.

Otra información absolutamente relevante es la expresada a fs. 310 vta.: "...como se muestra en los estudios mencionados, podemos decir que el recurso hídrico se encuentra en este caso alterado. Concluyendo que la restauración de la calidad de un acuífero deteriorado por el ingreso de uno o varios contaminantes, constituye una tarea complicada en el aspecto técnico y generalmente de altísimo costo, siendo muy compleja su restitución a su condición original".

Lo expuesto nos lleva a sostener que la medida cautelar solicitada por la actora debe ser otorgada y, en consecuencia se ordena la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos mineros denominados "Bajo de la Alumbraera" y "Bajo el Durazno", ambos ubicados en terrenos de propiedad de la parte actora, en la localidad de Andalgalá, Provincia de Catamarca, a fin de que se realicen los informes periciales in situ para determinar la posible contaminación y degradación del medio ambiente y hasta que las demandadas acrediten fehacientemente 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.

c. La postura adoptada se ajusta a los principios que imperan en el derecho ambiental ya que en asuntos concernientes a la tutela del ambiente, el conflicto entre desarrollo (producción) y el cuidado del medio ambiente, exige que las reglas procesales se interpreten con un carácter amplio, otorgando al Tribunal atribuciones que exceden el rol tradicional del juez espectador. Lo sostenido, sin embargo, no significa privar a las demandadas de ejercer apropiadamente su derecho de defensa, atento que podrán participar en la producción de la prueba pericial solicitada por la actora y que motiva la suspensión que aquí se ordena.

d. A las presentaciones efectuadas por Minera Alumbraera Limited de fs. 584/622; fs. 624/670; fs. 684/697; fs.699/705 y las del Gobierno de la Provincia de Catamarca de fs.706/969, devuélvanse las mismas a sus presentantes a los efectos de que se hagan valer en primera instancia y se les imprima el trámite correspondiente debiendo el juez, oportunamente, pronunciarse al respecto. Asimismo devuélvase la contestación de fs. 673/676 efectuada por el apoderado de la actora.

Atento a las circunstancias del caso y por razones de celeridad procesal, se recomienda al señor Juez a quo que, una vez cumplimentadas las medidas a las cuales se condiciona la presente cautelar, proceda a dar inmediato tratamiento a la cuestión de fondo.

A lo solicitado por el señor Fiscal General a fs.978/980 y vta., téngase presente, y estése a lo resuelto en el día de la fecha.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

I.- ACEPTAR las excusaciones de los señores vocales doctores Ricardo Mario Sanjuan y Ernesto C. Wayar de fs. 578, y la del doctor Fernando Luis Poviña de fs. 581, conforme a lo considerado.

II.- DECLARAR INTEGRADO el Tribunal con los firmantes de la presente.

III.-HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada por la actora y, en consecuencia, ORDENAR la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos mineros denominados “Bajo de la Alumbreira” y “Bajo el Durazno”, ambos ubicados en terrenos de propiedad de la parte actora, en la localidad de Andalgala, Provincia de Catamarca, a fin de que se realicen los informes periciales in situ solicitados por la actora, y hasta que las demandadas acrediten fehacientemente haber cumplido con la contratación de un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del posible daño, según lo dispone el Art. 22 de la Ley General del Ambiente 25.675.

IV.-DISPONER la devolución de las presentaciones efectuadas por Minera Alumbreira Limited de fs. 584/622 fs.624/670 fs. 684/697 fs. 699/705 y las del Gobierno de la Provincia de Catamarca de fs. 706/969, y la de fs. 673/676 de la actora, conforme a lo considerado. Regístrese, notifíquese, y publíquese. Marina Josefa COSSIO.- Guillermo Daniel MOLINARI.- Raúl Daniel BEJAS.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Cuello, Analía del Carmen
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32415396
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El Principio Precautorio en el Derecho Ambiental: Análisis del Fallo “Cruz, Felipa y otros c/Minera Alumbreira Limited y otros s/sumarísimo”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	anacuello87@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^{1[1]}</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: San Fernando del Valle de Catamarca, 30 de Octubre de 2020.

Cuello, Analía del Carmen

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^{1[1]} Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.