



**Recursos acuíferos: el desarrollo de la sustentabilidad para evitar el daño
inminente y la imposible reparación**

**Fallo Elegido: CRUZ, FELIPA Y OTROS c/ MINERA ALUMBRERA LIMITED
Y OTRO s/ SUMARISIMO**

Carrera: Abogacía

Alumno: Fabricio Mario Masagli

Legajo: VABG58230

DNI N° 25.254.070

Temática elegida: Medio ambiente

Módulo de cursado: 4

Tutor de la Materia: Nicolás Cocca

Fecha de entrega: 22/11/2020

Sumario: I. Introducción – II. Plataforma fáctica e historia Procesal y resolución del tribunal – III. Análisis de la *ratio Decidendi* de la sentencia – IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales –V. Postura del Autor– VI. Conclusión – VII. Referencias Bibliográficas

I. Introducción

El agua dulce es un recurso natural único y escaso, esencial para la vida y las actividades productivas. Se debe tener en cuenta que la disponibilidad de agua dulce en el mundo es limitada y existe una distribución desigual del recurso en las distintas superficies continentales, resultando esta, un insumo crítico y estratégico en Catamarca muy protegido en torno al uso que se le da al mismo en cuanto a la explotación minera. Por eso, una gestión adecuada es clave para la sustentabilidad y ha motivado el aumento de los niveles de eficiencia en el manejo del recurso.

El agua utilizada para el proceso minero, se extrae de un acuífero subterráneo de Campo del Arenal, ubicado a 21 km de la mina. Este depósito de agua se recarga a través de precipitaciones, deshielos provenientes de las sierras del Aconquija del Cajón y serranías menores.

Por otro lado, en cuanto al proceso de molienda y flotación se utiliza agua fresca del acuífero y agua reciclada del dique de colas, cuyo principal objetivo es almacenar los sólidos remanentes del tratamiento del mineral por la planta concentradora, siendo que el agua en cuestión, reingresa al circuito mediante un sistema de retrobombeo, siendo este capaz de bombear hasta el 75% del agua en el proceso productivo, la cual se envía a la planta concentradora nuevamente

Así en el presente el fallo analizado, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbra Limited y otros s/ sumarísimo”, presenta una importante relevancia en cuanto a la política consecuente por parte de las empresas mineras en torno al abandono de pozos y emprendimientos ante su agotamiento, sin tomar los recaudos necesarios, motivo por el que se presenta la pertinente medida por la demandada.

Surge así un problema de carácter axiológico, en tanto se resaltan los principios precautorios del medio ambiente contenidos en la misma ley general de ambiente 25.675, componiendo la misma los presupuestos mínimos a nivel nación, los cuales entran en

conflicto con el art. 263 del Código de Minería, así como también con el art. 42 de la Carta Magna, el cual reza que todos los ciudadanos tienen derecho a gozar de un ambiente sano. El mencionado derecho, se ve afectado en torno a que la permeabilidad del dique de cola está comprometida por la zona de construcción de la minera, la cual de no cesar la misma, puede traer riesgos de contaminación, como ya ha pasado en otras localidades donde opera la misma.

Es dable destacar que en base a lo expuesto, la pretensión de la parte actora, siempre es en primer lugar la protección del ambiente y de suelos tan ricos en flora y fauna como los de la provincia en cuestión, ya que, de ejecutarse el plan correcto ante el cierre, el daño causado a la flora y la fauna, así como también, la contaminación por dispersión de partículas en el aire y las filtraciones tóxicas en los acuíferos, sería de imposible reparación ulterior y vulnerarían los derechos tutelados en la Carta Magna respecto de su artículo 41 y 42, así como también sendas garantías de protección de derechos colectivos reflejados en la Ley 25.675, Ley General de Ambiente

II. Plataforma fáctica, historia procesal, y resolución del tribunal

En el fallo analizado, Cruz Felipa, al igual que el Fiscal General Federal, deducen un recurso de hecho, al ver vulneradas las Garantías ciudadanas tuteladas en la Constitución Nacional, en lo pertinente al cese de actividades de la minera “Bajo de la Alumbreira” y “Bajo el Durazno”, en la localidad de Andagalá, Provincia de Catamarca. Motiva el presente pedido por la parte actora, la política de abandono de pozos por parte de la minera, mediante la cual, si el sistema de retrobombeo deja de funcionar, la contaminación de las aguas sería mucho más rápida, causando un daño de imposible reparación ulterior.

En base a lo expuesto, y confirmando la sentencia de primera instancia, la Cámara Federal de Apelaciones, basada en la vulneración de la garantía de defensa en juicio, decide no hacer lugar a la medida solicitada, hasta tanto no se realicen informes periciales, los cuales están destinados a medir el alcance y la de la degradación ambiental producida en el dique de cola.

Ante este rechazo, la actora dedujo un Recurso Extraordinario Federal, el cual fue rechazado al igual que el Recurso Extraordinario interpuesto por el Fiscal General

Federal, por considerar que la medida solicitada, coincidía con el objeto de la demanda. De esta manera, los recurrentes sostienen que la resolución apelada, les causa un gravamen actual de imposible reparación ulterior. Esto es, debido a que el tribunal *a quo* decidió rechazar la medida cautelar, no teniendo en cuenta los principios precautorios y preventivos, contenidos en el art. 4 de la Ley 25.675 aludidos por la demandada, lo cual estaba sustentado con pruebas periciales que arrojaban un resultado de incremento de contaminación, producto de la actividad de la empresa minera, tornando así, de manera ilusoria, el principio de prevención contenido en la mentada ley.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bajo el recurso de hecho interpuesto por la parte actora, deciden hacer lugar a las quejas, declarando procedentes los recursos extraordinarios y dejando sin efecto la sentencia apelada. Esto es bajo la premisa que, en la presente controversia, se manifiesta un claro exceso de rigor formal manifiesto, en torno a la ponderación del principio *in dubio pro natura*, como así también el Principio *in dubio pro aqua*, vulnerando de esta manera sendas garantías medioambientales tuteladas en el ordenamiento jurídico, tales como el art. 41 de la Carta Magna, art. 27 de la Ley General de Ambiente N° 25.675, así como también el art. 263 del Código de Minería y la Ley General de Aguas

En síntesis, dada la difícil reparación ulterior, la Corte Suprema de Justicia entiende que se debe priorizar el Principio precautorio por sobre rigor formal, dado que la ausencia de prueba científica, no puede ser causal para postergar medidas eficaces, tales como la medida cautelar solicitada por los actores, en razón de la protección de los canales acuíferos, tales como el río Medina, el cual es un curso fluvial situado en la provincia de Tucumán que nace en el noreste de Catamarca, lo que establece una clara conexión de aguas compartidas entre provincias.

III. Análisis de la ratio Decidendi

Ante el rechazo de la medida cautelar por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán por considerar que se vulneraba el derecho de defensa en juicio, la parte actora presenta un recurso extraordinario federal, mismo el cual fue rechazado, que, por otro lado, es el resultado obtenido por el Fiscal General Federal ante la presentación de un recurso extraordinario federal.

Contra esta decisión, los actores presentan un recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el cual fue aceptado, con motivo de evitar un daño inminente de imposible reparación ulterior, lo que se produciría por el estricto apego al rigor formal manifiesto, sin ponderar los derechos medioambientales tutelados en el orden jurídico.

Por otro lado, entiende que, al resolver de esta manera, el *a quo*, lo hizo con exceso de rigor formal manifiesto, tornando ilusorios los principios precautorios y preventivos del medioambiente, lo que causa daños irreparables y, además, viola los derechos consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, eje de análisis del problema surgido en cuestión. Es decir, en relación con el problema axiológico en lo atinente al artículo 263 del código de minería, el cimero tribunal entiende que se ve reflejada la prescindencia de normativa aplicable y de valoración de pruebas, que demostraban el daño ambiental causado.

En consonancia con lo expuesto, el cimero tribunal afirma que, si bien la medida cautelar invocada por los actores, no reviste el carácter de sentencia definitiva, admite excepción en estos casos ya que hay un peligro de daño inminente y de imposible reparación ulterior, dejando reflejado que debe implementarse ante estos problemas, una visión moderna en torno al art. 4 de la Ley General de Ambiente.

En relación a la omisión de prueba, el Supremo Tribunal deja asentado que la misma fue omitida por el *a quo*, acto que refleja clara evidencia de la potencial contaminación del dique de cola, dado que la construcción se ubica sobre depósitos de aluviales con elevada permeabilidad, lo que es susceptible de causar avalanchas de fango, contaminando las aguas superficiales y subterráneas. A su vez señala que, si bien la demandada implemento un sistema de retrobombeo que, a priori evita la contaminación de las aguas, también señala que para cuando la mina deje de funcionar, es conveniente que este sistema no lo haga, ya que la contaminación sería inminente, lo que, por otro lado, es el objeto de la petición de la parte actora.

Por ultimo deja asentado que el fallo de la Cámara afecta de manera directa el debido proceso adjetivo, por lo cual lo descalifica como acto jurisdiccional en torno a la doctrina que versa en arbitrariedad de sentencias.

En base a lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide hacer lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia apelada.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Dado el problema axiológico detectado en el presente fallo, es necesario abordar a *prima facie* cuál es grado de competencia provincial respecto a la adecuación de los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente. Falbo (2009), expresa que el sistema de competencias legislativas ambientales, reconocido por la Carta Magna en su artículo 43, posee un carácter de competencias maximizadoras, puesto que las provincias pueden optimizar el “piso” de presupuestos mínimos, de manera que la concurrencia posee un gradualismo entre lo mínimo y lo máximo, y así este “piso”, de carácter mínimo, resulta ser inderogable para ellas. Es dable destacar respecto a la Carta Magna, dicha maximización será posible mediante la facultad delegada a las provincias en lo tendiente al dictado de normas correspondientes (Const., 1994, art. 41).

Por otro lado, es dable destacar la función ambiental, lo que al decir de Lorenzetti (2008), En el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41 y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras, complementándose toda la normativa en torno a estos lineamientos. Estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica.

Así, al hacer referencia al vocablo “complementar”, se debe entender que las provincias no pueden tener un umbral menor de protección al establecido por la Nación; al decir de Falbo (2009) las provincias tienen un control más efectivo, optimizando el cuidado del medioambiente con un rango más elevado. Y allí radica justamente el problema, y su solución no será otra cosa que obstar a la adecuación constante de los estándares mínimos que poseen las provincias, respecto de aquellos que posee la Nación.

Un fallo emblemático que sentó jurisprudencia en el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes al respecto de un eje del caso en análisis, es el caso Cosimi María del C. c/Dirección Provincial de Energía de Corrientes s/Acción de Amparo Ambiental, por los

daños causados en el medioambiente y en particular, la salud de las personas (Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expte. N° ED4 - 2575/5, 2012). Allí, la Corte declaró que a pesar de la prueba producida en autos y sus respectivas impugnaciones, tampoco descarta la incertidumbre sobre los efectos nocivos que puedan producirse en la salud a raíz de la propagación tanto de sustancias contaminantes en cuestión, como así también de la exposición –aún a estos niveles- resulta prolongada en el tiempo. Así mismo señala Highton (1993) que:

No hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura y que por encima de esta cifra sea peligrosa, cuando se trata de sustancias tóxicas, a veces se trabaja más allá de los conocimientos científicos, debiendo tomarse una decisión política de asunción de riesgos, ya que si se espera la certeza se reaccionará frente a daños consumados, más no se tomará acción preventiva. En toda esta temática, se requiere una alta especialización y conocimiento científico de leyes naturales, físicas e inclusive astronómicas.

En síntesis, el principio analizado ut supra parte de la base de que, aunque no haya certeza científica de un efecto negativo sobre el medio ambiente, el solo peligro de que se pueda causar un daño grave o irreversible, es justificativo para que se tomen medidas que impliquen la aplicación de restricciones o prohibiciones a las actividades presumiblemente riesgosas (Clément, 2001).

V. Postura del autor

Por todo lo expuesto anteriormente se coincide con la decisión tomada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Catamarca en razón de que puso un alto a la degradación del ambiente, que ya se había producido, lo que en síntesis debió hacer desde un primer momento el *a quo* y no embestir la tutela del bien colectivo perseguido manifestado a través de un exceso de rigor formal manifiesto, tendiendo a continuar el deterioro ambiental. Esto, es un claro ejemplo omisivo de la “...doctrina de la arbitrariedad (...) tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (El derecho al debido proceso. Ministerio Publico Fiscal (n.d.). Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-4.pdf>)”.

Por otro lado, este autor considera de vital importancia el accionar del cimero tribunal en torno a la medida cautelar solicitada por la parte actora, y a que, los criterios para ponderar la procedencia de una medida cautelar son amplios. Esto es que debe haber recaudos expuestos y demostrados. En general, los jueces tienen un criterio de amplitud salvo que se vislumbre que el solicitante de la medida, lo esté haciendo de forma abusiva, indebida o que haya solicitado una medida muy gravosa teniendo la oportunidad de pedir una menos gravosa. En consecuencia, cabe destacar que el juez tiene facultades por el artículo 204 del Código Procesal para otorgar una medida distinta de la pedida o de menor entidad si entiende que puede generar algún perjuicio. Esto es, al decir de Cafferatta (2015) que, debido a la dificultad de los casos ambientales, se agiganta el papel del Juez que deja de lado su rol “espectador” –pasivo- y adquiere un carácter de “responsabilidad social” -activo-. Esto no sucedió con el tribunal *a quo* actuante, habiendo este puesto por encima lo formal antes que la cuestión de fondo, lo cual es uno de los principios troncales del derecho ambiental, ya que se había comprobado una degradación del ambiente.

Este autor también considera un acierto de este tribunal cuando considera el rol de participación activa que tomo la judicatura al plasmar su amplia facultad de poder fallar *extra petita* en razón del bien jurídico tutelado, lo que en definitiva se traduce como un obrar preventivo acorde a la naturaleza del derecho afectado

Que por otra parte es loable reconocer otro atino en la resolución de la Suprema corte de Justicia de la Nación, en tanto tuvo como primordial principio, el precautorio, con asiento en el art. 4 de la Ley General de Ambiente, y el principio *in dubio pro natura*, que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medioambiente, dando preferencia a las opciones menos perjudiciales, protegiendo así la flora y la fauna, así como también, la contaminación y las filtraciones tóxicas en los acuíferos, lo que de no ser así, sería de imposible reparación ulterior y vulnerarían los derechos tutelados en la Carta Magna respecto de su artículo 41 y 42.

VI. Conclusión

El fallo en análisis es un precedente fundamental a nivel Nacional, ya que se demostró que muchas veces el formalismo administrativo atenta con la tan preciada

protección al ambiente. Siendo dos los ejes fundamentales que sirven de argumentación para lo dicho ut supra, es pionero en citar los principios *in dubio pro aqua e in dubio pro natura*, que se relacionan estrechamente con la Ley General de Ambiente en cuanto a la protección del recurso hídrico, así como también la contaminación del suelo, que es el fin perseguido por la parte actora en el fallo precedente. Otro eje central para mencionar es la autorización para accionar mediante una vía extraordinaria, para lo cual no es precursor el mencionado fallo, pero resulta de extrema importancia para el bien jurídico que se pretende proteger.

Esto es en torno al efectivo el cumplimiento de tales presupuestos mínimos de orden nacional. Y esta necesidad se refuerza en el mandato constitucional establecido en el artículo 41 de la Carta Magna, al establecer que “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”.

Por otro lado, se pretendió resaltar la flexibilización del principio de congruencia en cuanto a los decisorios relacionados con la cuestión ambiental y su incidencia en derechos colectivos, y en tal caso es que se debe priorizar el principio de protección del medio ambiente pudiendo el juez extender su decisorio. Sin embargo, y dada esta facultad de los magistrados en materia medioambiental, ese rol debería ejercerse con mayor intensidad cuando lo ambiental se cruza tan directamente con un deterioro que impacta negativamente en el derecho a la salud, entiendo que tanto el derecho a la preservación del medioambiente como el derecho a que el ambiente sea sano y apto para el desarrollo humano, donde los habitantes puedan gozar del derecho a la salud están consagrados en la Carta Magna.

Queda así claramente acentuado el rol de protección de los Magistrados en razón de la tutela de los derechos ambientales, priorizando las generaciones futuras. No obstante, se puede apreciar el trabajo que falta por realizar en torno a conseguir una efectiva tutela judicial, que sea realmente de carácter preventivo, ya que no se provee del verdadero sentido de justicia, cuando la misma se aplica en supuestos de carácter irreversible, como la salud de las personas, producto de la constante contaminación.

A modo de cierre, sería de gran acierto hacer propias las palabras del tribunal sentenciante en este fallo para la resolución de un caso que se deba resolver en lo inmediato, ya que Argentina cuenta con un derecho y jurisprudencia ambiental en ciernes; Así, denotar el presente fallo, es de utilidad no solo para guiar a los juristas nacionales, sino que también es importante en la búsqueda del perfeccionamiento del derecho ambiental, ya que no solamente el mismo constituye un aporte desde el derecho de fondo, sino que también desde el derecho de forma.

VII. Referencias Bibliográficas

Doctrina

Cafferatta, N. (2015). *Perspectivas del derecho ambiental en Argentina*. 1-17

Clément, Z. (2001). *El Principio de precaución en materia ambiental nuevas tendencias*.
Cordoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Soc. de Córdoba

El derecho al debido proceso. Ministerio Publico Fiscal (n.d.). Recuperado de
<https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-4.pdf>

Falbo, A. (2009). *Derecho Ambiental*. La Plata: Editora Platense.

Highton, E. (1993). *Reparación y prevención del daño al medio ambiente*. Buenos Aires:
La Roca

Hutchinson, T., Iturraspe, J., Donna, E. (2011). *Daño Ambiental*. Buenos Aires: Culzoni
Editores

Minera Alumbreira. (n.d.). Recuperado de <http://www.alumbreira.com.ar/quienes-somos/acerca-de-minera-alumbreira>/Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México: Porrúa.

Legislación

Constitución de la Nación Argentina [Const.]. (1994).

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (27 de noviembre de 2002). Ley
General del Ambiente. [Ley 25675].

Régimen de Gestion Ambiental de Aguas [Ley 25.688 de 2003]

Ley de Aguas de 1884. (s.f.).

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (19 de julio de 1995). Código de
Minería. [Ley 24498 de 1995].

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (23 de febrero de 2016). CSJ 154/2013
(49-C)/CS1.

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes. (13 de septiembre de 2013). ED4 2575/5