

LA ACTIVIDAD MINERA Y LOS PASIVOS AMBIENTALES*

MINING ACTIVITY AND ENVIRONMENTAL LIABILITIES

*Georgina Daroni***

SUMARIO: I. El basurero minero chileno en San Juan (Antecedentes del caso). II. Pasivos ambientales mineros: un problema de larga data. III. Pasivos ambientales (mineros): precisiones conceptuales. IV. Obligaciones ambientales del operador minero. IV.a. Residuos provenientes de la actividad minera: las medidas del fallo en torno a la escombrera. V. Atribución de responsabilidad: el operador como generador de residuos y como generador de PAM. VI. Reflexiones finales.

I. El basurero minero chileno en San Juan (Antecedentes del caso)

Un caso paradigmático de pasivo ambiental minero (PAM)^{***} es el basurero creado por una minera chilena instalada a pocos kilómetros de la frontera con Argentina, que creó una escombrera de material potencialmente contaminante en territorio sanjuanino, en el que arrojó unos 55 millones de toneladas de residuos peligrosos entre 2007 y 2012. Son casi más de 52 hectáreas. Las actuaciones se inician con la acción ordinaria entablada por la actora (Xstrata Pachón S.A) contra Minera Los Pelambres (MLP) ante el Juzgado Federal N° 1, Sala 1 Juan, Secretaría N° 1, por la que se ordena a ésta efectivizar el traslado al territorio chileno del material estéril o desecho de roca y otros desechos provenientes de la actividad de la demandada; restaurar ambientalmente el espacio que ha ocupado la escombrera en su territorio;

* Nota a fallo recibida el 15 de septiembre de 2020 y aprobada para su publicación el 12 de octubre del mismo año.

** Abogada. Notaria (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba). Magíster en Derecho y Medio Ambiente (Universidad Internacional de Andalucía). Maestrando en Derecho y Argumentación (Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Córdoba). Doctorando en Derecho (Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Auxiliar (cátedra "A" de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental) Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba).

*** En adelante se emplearán las siglas PAM.

abonar un valor locativo por el tiempo que ocupó el mismo; y abonar todos los daños y perjuicios, en especial, por la apropiación indebida del agua pluvial de la heredad de la actora.

En dicho marco, el juez de primera instancia con fecha 13/03/2015 ordena una medida cautelar genérica de cierre o aislamiento provisional de la escombrera. Posteriormente en sede penal (exte. 6003/2015) el *a quo*, el 1/12/2017, aprueba el plan de retiro de la escombrera, ordenando una serie de medidas que la demandada debe cumplir, en un plazo de 5 años (en caso de ser necesario se dispondrá un plazo de un año de prórroga). En dicha resolución el judicante dispone como medidas, entre otras: un plan de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas; la instalación de un canal de drenaje abierto; la instalación de un canal de óxido calizo; la elaboración de un plan de recomposición de las lagunas y, un plan de reimplantación selectiva de vegas que recomponga el ecosistema afectado, entre otras.

Las medidas indicadas inicialmente consignan el plan de trabajo y el cronograma de tareas inicial para proceder al cierre y aislamiento ambiental integral de la escombrera, asumiendo dichos costos MLP. Seguidamente, en 12/2017, se celebra un acuerdo, entre la Argentina y Chile por el que se comprometen ambos países a realizar y autorizar todos los actos necesarios para lograr el retiro de la escombrera.

Dicho acuerdo motivó el pedido, por parte de la demandada, del levantamiento de la medida cautelar de cierre o aislamiento de la escombrera bajo el argumento que el acuerdo celebrado entre Argentina y Chile para el retiro de la escombrera configura una solución definitiva y ambientalmente adecuada para la causa. Dicha solicitud es denegada por el *a quo* (el 9/08/2018), ordenando en consecuencia readecuar las medidas a las tareas ambientales que se están desarrollando en sede penal. El rechazo es lo que motivó la presente sentencia de la Cámara Federal de Mendoza (que en estas líneas se anota). La Cámara, acertadamente, mantiene la denegatoria del levantamiento de la medida cautelar atento que las medidas cautelares dispuestas en sede civil y penal, tienen distintas finalidades, de manera que ambas se complementan, a fin de hacer efectivo el derecho humano a un ambiente sano.

Si bien la sentencia en cuestión refiere a una serie de cuestiones jurídicas de relevancia para el derecho ambiental, entre ellas: las facultades ordenatorias del juez en el proceso ambiental; los principios de orden público ambiental; derecho humano al ambiente sano la importancia de la tutela cautelar y protectoria del ambiente; el ambiente como derecho humano básico. En este breve comentario nos referiremos, en particular, a la dimensión del problema que subyace a las medidas indicadas y adoptadas en el proceso: los pasivos ambientales mineros.

II. Pasivos ambientales mineros: un problema de larga data

El crecimiento y desarrollo de actividades extractiva -específicamente la actividad minera- ha generado y aún genera problemas socio-ambientales, uno de ellos y palpable por todos es la generación y disposición de residuos. “En el transcurso de

la larga trayectoria de la minería industrializada en América Latina se fueron acumulando pasivos mineros de dimensiones y volúmenes considerables. La mayoría de estos pasivos fueron abandonados por los propietarios u operadores mineros sin la adopción de medidas de seguridad minera o de protección ambiental ni control por parte de las autoridades competentes y pueden presentar o generar por lo tanto efectos adversos a la vida o salud de la población o al medio ambiente¹. Las principales ciudades mineras de Argentina -tal como ocurre en otros países- han visto la proliferación de PAM con alto riesgo para el ambiente y la salud pública.

La implementación efectiva de la tutela ambiental en la actividad minera, bajo el mandato preventivo, precautorio y conservatorio del ambiente y de los recursos naturales plantea la necesidad de identificar y gestionar instrumentos que permitan la remediación y rehabilitación de aquellos sitios que presentan una contaminación producto de la presencia de residuos derivados de la actividad minera. La proliferación de residuos provenientes de la actividad minera genera un potencial PAM si los mismos no están debidamente tratados y gestionados en la planificación de la actividad minera. Correlativamente, se sostiene que resulta de escasa efectividad limitarse a la remediación de los PAM, sin que se instituyan en forma complementaria, mecanismos preventivos en la generación de nuevos PAM.

Lo anterior requiere, por una parte, de marcos normativos específicos relativos a la gestión de los PAMs -para mitigar o remediar daños ambientales- y, por otro, de una regulación de cierre seguro de la actividad minera -para prevenir, mitigar y reparar los efectos nocivos al medio ambiente durante el desarrollo del ciclo minero- que indefectiblemente abarque la correcta disposición final de los residuos generados por la actividad, actuando, así como mecanismo preventivo en la generación de nuevos PAMs -específicamente acumulación de residuos-.

En ese contexto, los objetivos de este aporte serán, luego de la reconstrucción conceptual de PA, relevar y abordar desde un plano descriptivo el marco normativo de atribución de responsabilidad por PAM, justificando cómo la existencia de depósitos de residuos proveniente de la actividad minera sin las medidas de disposición y remediación son susceptibles de configurar un pasivo ambiental.

III. Pasivos ambientales (mineros): precisiones conceptuales

A los fines de determinar la relación entre los PA y la actividad minera debemos comenzar necesariamente con el abordaje de la definición del concepto de pasivo ambiental. La reconstrucción del concepto “pasivo ambiental” no es tarea sencilla, atento la confusión y falta de determinación del término. Es asociado a la idea de

(1) OBLASSER, Ángela - CHAPARRO, A. Eduardo. *Estudio comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos*, CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura Santiago de Chile, mayo de 2008, p. 9.

externalidad², impacto ambiental³, daño ambiental, sitio contaminado⁴, deuda social-ambiental⁵, legado de contaminación histórica⁶.

A los fines del análisis delimitaremos un concepto operacional. Un PA refiere a la existencia de una obligación legal de asumir la remediación de impactos ambientales negativos no mitigados o por el riesgo de que un daño ambiental se configure; es producto de actividades desarrolladas en el pasado y/o en el presente -puede ser consecuencia de una contaminación histórica, pretérita o responder a una situación actual⁷-, que generan un efecto acumulativo y progresivo (con el transcurso del tiempo) y que representan un potencial riesgo para el medio ambiente, para la salud, vida de las personas, ante la existencia de un daño ambiental de incidencia colectivo o el riesgo que el mismo se materialice. De la existencia de un PA se deriva la necesidad de remediación, saneamiento, mitigación o compensación por encontrarnos ante áreas o sitios contaminados, en los que se superan los umbrales tolerables de contaminación (sea del agua superficial, subterránea, suelo, subsuelo, atmósfera, eliminación de residuos). Sitios en los que no se encuentran debidamente gestionados los posibles impactos negativos, por lo que se configura un potencial riesgo de daños para la salud, calidad de vida, propiedad (daños patrimoniales y extra patrimoniales producto de la situación de contaminación) y para los bienes y servicios ambientales.

Podemos asimilar un PA a un sitio contaminado como consecuencia de una actividad o conducta, realizada en el presente (actual) o que fue realizada en el pasado (pretérita), pero que -en uno u otro caso- puede afectar el ambiente de

(2) Los economistas hablan de los daños ambientales como externalidades, es decir, como lesiones al medioambiente producidas por un fracaso del mercado, que hace que no sea el responsable del daño el que pague la reparación o compensación, sino la sociedad en su conjunto, cfr. RUSSI, D. - MARTÍNEZ ALIER, J. "Los pasivos ambientales", en *Íconos*, pp. 123-131.

(3) Un **impacto ambiental** puede definirse como la alteración positiva o negativa de la calidad de una variable ambiental, es decir, realizada una acción o proyecto puede derivarse un cambio cualitativo, el cual puede ser positivo o negativo. En ese último caso, el impacto coincidiría con el concepto de daño ambiental.

(4) En México los pasivos ambientales se definen como: "aquellos sitios contaminados por la liberación de materiales o residuos peligrosos que no fueron remediados oportunamente para impedir la dispersión de contaminantes, pero que implican una obligación de remediación. En esta definición se incluye la contaminación generada por una emergencia" (Definición Mostrada Por el Gobierno Mexicano en la "Reunión Conjunta de las Comisiones de Energía y Minas y Medio Ambiente y Turismo del Parlamento Latinoamericano" -Brasilia 2008-.

(5) Son éxitos de traslación de los costos a la sociedad que permiten a las empresas ser competitivas, cfr. MARTÍNEZ ALIER - O'CONNOR, "Ecological and economic distribution conflicts", 1996.

(6) Un pasivo ambiental responde a un legado de contaminación histórica. Cfr. MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, p. 10

(7) "Se reclama por la reparación de los daños y perjuicios, pasados, presentes y futuros, que la contaminación del predio causa a COFRUVA S.A." Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial Neuquén, Sala II, COFRUVA S. A. C/ Y.P.F. S. A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", sentencia de fecha 1 de febrero de 2007.

manera adversa, lo que conlleva la obligación de incurrir en costos tendientes a la remediación de ese sitio.

De lo expuesto y a los fines de caracterizar un PA, enunciaremos los siguientes elementos: a) supone una obligación legal de pagar una suma de dinero o incurrir en un gasto (costo) derivado de asumir la remediación de impactos ambientales no mitigados⁸; b) es un sitio que no se encuentra remediado; c) implica un conjunto de impactos negativos perjudiciales para el medio ambiente, la salud, calidad o vida digna, ocasionados por determinadas obras, actividades o conductas, existentes en un determinado período de tiempo⁹ (lo que refuerza la idea de la temporalidad, ya sea presente o pasada¹⁰; d) configura un riesgo potencial y permanente susceptible de configurar un daño ambiental colectivo, afectando bienes y servicios ambientales y derechos individuales (patrimoniales o extrapatrimoniales) como daño rebote, indirecto; e) su existencia implica una “interferencia en el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, que puede tener repercusiones negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de todos otros derechos humanos”¹¹; f) esta situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro o un riesgo potencial implica un deterioro progresivo en el tiempo: el efecto proyectivo, acumulativo y sinérgico¹² es ínsito a la generación, acumulación y/o abandono sin las correctas medidas de cierre y mitigación de un PA. g) La situación fáctica de la existencia de un PA conlleva una exposición permanente a una situación de riesgo, que continúa en el tiempo hasta tanto el sitio no sea saneado y remediado: la exis-

(8) Se lo define como el conjunto de daños realizados o gastos compensatorios que la empresa transfiere a lo largo de su historia. Cfr. MORALES LAMBERTTI, Alicia. *Gestación y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, p. 6.

(9) Conforme artículo 46 del Reglamento General de Gestión Ambiental de Bolivia -Reglamentación de la Ley N° 1333 del Medio Ambiente-: Para efecto del presente Reglamento se entiende por pasivo ambiental: a) el conjunto de impactos negativos perjudiciales para la salud y/o el medio ambiente, ocasionados por determinadas obras y actividades existentes en un determinado período de tiempo; b) los problemas ambientales en general no solucionados por determinadas obras o actividades.

(10) “Daño ambiental derivado de la contaminación pasada y/o presente del complejo industrial YPF sito en Ensenada y Berisso”. Cfr. Sala Tercera de esta Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 12 días del mes de julio del año dos mil doce, expediente 18.159 caratulado: “M., A. S. y otro c/ Y.P.F. S.A. s/cese de daño ambiental-daños y perjuicios”.

(11) Naciones Unidas, Asamblea General: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017, 34/20. Los derechos humanos y el medio ambiente A/HRC/RES/34/20.

(12) Comisión IDH: Informe n° 69/04, petición 504/03. Admisibilidad comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú), 15 de octubre de 2004: La grave contaminación ambiental ocasionada por la cancha de relaves mineros había generado una crisis de salud pública en la Comunidad de San Mateo de Huanchor y que cada día aumentaba el riesgo asociado a la exposición a los metales contenidos en los relaves (...) los efectos de la exposición de los relaves en el transcurso del tiempo se han prolongado y se agudizan al no recibir el tratamiento adecuado (...). El resaltado me pertenece, para hacer énfasis en el elemento temporal.

tencia del PA conlleva actualidad por sus propios efectos. h) Exigen la necesidad de remediación.

En lo que respecta a la definición de PAM adoptaremos la siguiente: “pasivo ambiental minero hace referencia a los impactos ambientales generados por las operaciones mineras abandonadas con o sin dueño u operador identificables y en donde no se hayan realizado un cierre de minas reglamentado y certificado por la autoridad correspondiente»¹³.

En ese sentido cabe clarificar que un PAM es un sitio contaminado que no se encuentra remediado y que el mismo puede responder a una causa pretérita o presente, al que se le tornan aplicables todos los elementos identificados para un PA in supra; asimismo, cabe precisar que el término “abandono” no implica necesariamente inactividad y/o desconocimiento del sujeto generador responsables -titular del derecho minero-, puede ser un explotación activa y que de igual manera configure un PAM, dado que el elemento clave es la existencia o probabilidad de riesgo. Incluso el término abandono refiere a la no adopción de las medidas de prevención, corrección y remediación necesarias para el sitio¹⁴ conforme los elementos y residuos allí existentes, como por ejemplo depósito de relave tal como un tranque abandonado sin un cierre apropiado, y que presenta una alta inestabilidad física de su pared de contención¹⁵. La aclaración se justifica dado que encontramos definiciones normativas que aluden a la necesidad del abandono -como por ejemplo el régimen peruano-¹⁶, requiriendo concesiones no vigentes o inactivas.

(13) YUPARI, Anida. “Informe preliminar Pasivos Ambientales Mineros en Sudamérica”, elaborado para la CEPAL y el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales BGR.

(14) En idéntico sentido “Existen importantes daños ambientales sin el debido saneamiento, originados en el pasado, pero que se encuentran dentro de concesiones activas, con la empresa titular u operadora responsable, presente en el lugar”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Diana, - BURUCUA, Andrea. Pasivos ambientales e hidrocarburos en Argentina. Análisis de casos y marcos jurídicos para un debate urgente. Buenos Aires, El Jinete Insomne, 2015, p. 58.

(15) Para este ejemplo, el tranque sería clasificado como PAM, por presentar un riesgo significativo al causar daños al medio ambiente y consecuencias fatales o catastróficas en el caso de existir personas que habiten los alrededores. Cfr. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Pasivos mineros en Chile”, p. 3. URL: <https://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial-19-5-2015/pasivos-ambientales-minero-en-chile>.

(16) Ley N° 28271, modificada por la Ley N° 28526 y por el Decreto Legislativo N° 1042 (2008). Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (Decreto Supremo N° 059-2005-EM) modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM. En dichas disposiciones legislativas se determina que son considerados *pasivos ambientales mineros* aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, actualmente abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad. Los *Pasivos ambientales mineros abandonados* son aquellos pasivos que se encontraban localizados fuera de una concesión vigente a la fecha de entrada en vigencia de la Ley. Y *Pasivos ambientales mineros inactivos* son aquellos que, a la fecha de vigencia de la Ley, se encontraban localizados en concesión vigente, en áreas, labores o instalaciones que estaban sin operar durante dos años o más.

En el caso comentado claramente el depósito de residuos se encontraba sin las medidas de gestión y disposición y acumulativamente se evidencia la intención de MLP de desprenderse de los residuos generados.

Se pueden distinguir los siguientes tipos de PAM: depósito de relaves, botadero de desmontes, depósito de escorias, pilas de lixiviación, labores subterráneas y tajos abiertos, a los que se asocian los siguientes riesgos: drenaje de aguas ácidas contaminadas, falla catastrófica, erosión, contaminación con sedimentos.

“Los sitios contaminados corresponden a sitios o áreas, de tamaño variable, en los cuales, por causa antrópica, conocida o no, se han vertido desechos sin adecuado resguardo. Algunos de estos sitios revisten riesgos potenciales o actuales para la salud humana o para los componentes ambientales que eventualmente entren en contacto con ellos. La inadecuada disposición de relaves, desmontes, manejo inapropiado para la disposición de efluentes peligrosos y materiales contaminantes de las operaciones mineras y la inestabilidad física de los depósitos de residuos generan riesgos para la salud y para subsistencia humana y son algunos de los factores que se analizan cuando se está caracterizando un PAM. En todo el mundo existen abundantes minas abandonadas que aún no ha sido caracterizadas, ni remediadas”¹⁷.

La minería abandonada tiene un amplio rango de impactos ambientales y socioeconómicos. Entre los impactos ambientales más frecuentes de las minas abandonadas están: paisajes físicamente alterados, pilas de desechos, subsidencia, combustión espontánea de desechos de carbón, contaminación del agua, edificios y plantas abandonados, pérdida de vegetación, pozos abiertos (*open shafts*), huecos.

A partir de las precisiones indicadas podemos subsumir y configurar la escombrera como un PAM, dado que claramente se evidencia la presencia de un sitio contaminado en ausencia de las medidas de gestión y mitigación que conlleva un riesgo potencial para el ambiente y salud de las personas, en torno al cual se evidencia la necesidad de adoptar las acciones técnicas y legales en pos de la restauración y monitoreo de la eficacia de las medidas ejecutadas y control ante la posibilidad de configurarse nuevos daños ambientales.

IV. Obligaciones ambientales del operador minero

La actividad minera debe procurar realizarse de manera tal que garantice la conservación y restauración del ambiente afectado por la misma. Siguiendo la clara regla hermenéutica integración de fuentes se interpele al concesionario minero a respetar y adecuar el desarrollo de la actividad (en cada fase) a la normativa de presupuestos mínimos de protección ambiental (LGA y normativa sectorial) y nor-

(17) ARANGO ARAMBURO, Marcela - OLAYA, Yris. “Problemática de los pasivos ambientales mineros en Colombia”, *Revista gestión y ambiente*, p. 128, Volumen 15 - No. 3, diciembre de 2012, Medellín, pp 125-133.

mativa complementaria local que en su consecuencia se dicte, como así también a las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos -y específicamente ambientales- de un modo coherente con todo el ordenamiento.

De esta manera, inexorablemente todo operador minero deberá ser congruente con los principios y normativa de orden público ambiental, que configuran un piso inderogable, irrenunciable, indisponible, imprescriptible, de aplicación obligatoria y directamente operativas. En dicho contexto las actividades deben prever y evitar la consecución de daños ambientales, siendo responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar. Surge tanto de nuestro marco legal como de la normativa chilena (Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente)¹⁸ la obligación en cabeza del titular del derecho minero de cumplimentar el procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental¹⁹⁻²⁰ (art. 262²¹ y ss. del Código Minero Argentino²²) de manera previa al inicio de la actividad; incluso nuestro sistema dispone un régimen agravado porque dicho procedimiento se debe cumplimentar para cada etapa o fase de la actividad minera.

El objeto del procedimiento de EIA es predecir, identificar, valorar, interpretar, corregir y mitigar las consecuencias y efectos ambientales que determinadas acciones o proyectos pueden causar sobre la calidad de vida de las personas y el ambiente en general (bienes y servicios ambientales). La finalidad es asegurar la identificación y previsión de los riesgos y peligros potenciales y reales de determinado proyecto para diseñar planes y medidas de monitoreo, prevención, mitigación, restauración y compensación de posibles daños ambientales.

(18) “Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley” (art. 8). Artículo 10: “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: (...) *Proyectos de desarrollo minero*, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y *disposición de residuos y estériles*, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda (...)”.

(19) En adelante EIA.

(20) Art. 251 Código de Minería Argentino: Los responsables comprendidos en el artículo 248 deberán presentar ante la autoridad de aplicación, y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el Artículo 249, un Informe de Impacto Ambiental.

(21) El informe de Impacto Ambiental debe incluir: a) La ubicación y descripción ambiental del área de influencia. b) La descripción del proyecto minero. c) Las eventuales modificaciones sobre suelo, agua, atmósfera, flora y fauna, relieve y ámbito sociocultural. d) Las medidas de prevención, mitigación, rehabilitación, restauración o recomposición del medio alterado, según correspondiere. e) Métodos utilizados.

(22) También se emplearán las siglas CMA.

IV. a. Residuos provenientes de la actividad minera: las medidas del fallo en torno a la escombrera

Claramente, uno de los ítems (obligación) a considerar en el desarrollo de la actividad minera será la generación y disposición de residuos, a los fines de determinar la magnitud, cantidad y medidas de disposición y remediación del sitio en que se coloquen los residuos provenientes de la actividad. Como fase integrativa de la vida de la actividad minera se debe consignar el cierre (total o parcial) y post-cierre, evitando el abandono (intempestivo o no) de las instalaciones y residuos. Nos podemos encontrar con una actividad minera activa con instalaciones y sitios que están abandonados y/o atravesando (en el supuesto óptimo) el debido proceso de cierre, porque justamente se debe planificar previendo qué hacer con los remanentes de la actividad.

El cierre es una fase más del ciclo de vida de la actividad y se revela como un mecanismo preventivo para evitar la generación de nuevos PAM, a los fines de que el área de influencia se encuentre remediada, minimizándose los impactos negativos. Por su parte, durante la etapa de post-cierre ya se habrán ejecutado las tareas de cierre planificadas en relación al desmantelamiento de la infraestructura y la rehabilitación del sitio. Además, durante la misma se implementan las tareas de monitoreo y mantenimiento, así como los programas y/o medidas de gestión social acordados, con el fin de permitir la continuidad y eficacia en el cumplimiento de los objetivos de cierre previstos.

El cierre es una fase más en el desarrollo de la planificación minera, fase que inexorablemente debe incluir la disposición final de los residuos y remediación del sitio. Existe en cabeza del operador minero la obligación de cerrar y rehabilitar el área de influencia de su actividad (tanto dentro como fuera del perímetro de su concesión). La finalidad de la implementación de esta etapa es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador minero internalice (asuma) y contabilice los costos de la rehabilitación. La responsabilidad del operador subsiste durante las obligaciones de cierre y post-cierre, como un mecanismo de atribución de costos y de responsabilidad.

Es en esta línea que se inscribe el fallo analizado, es la empresa MLP quien debe asumir las medidas y los costos de tales medidas en torno a resolver el PAM que ha generado, por la incorrecta disposición de residuos en un sitio no autorizado (invadiendo territorio de la Provincia de San Juan). Las medidas indicadas a MLP de aislar o cerrar provisoriamente y su consecuente retiro se enmarcan en la necesidad de remediar un pasivo ambiental generado por una actividad minera activa que ha depositado sus residuos sin las medidas de seguridad y acondicionamientos necesarios para evitar un riesgo para el ambiente y salud de las personas.

La medida cautelar justamente tiende al cierre o aislamiento provisional de la escombrera que implica las siguientes acciones: disponer material fino compactado para minimizar las infiltraciones que pueden acidificarse al entrar en contacto con

el estéril acumulado; suavizar el talud; minimizar la infiltración por medio de la nivelación de superficie de la escombrera; minimizar la escorrentía; monitorear los efluentes en los puntos críticos; y si fuese necesario implementar un sistema de tratamiento activo. Medidas que coadyuvan y se complementan con la finalidad última: el plan de retiro de la escombrera. Es decir, procuran por un lado aislar y evitar que dicho PAM continúe siendo un factor de riesgo para el ambiente y salud de las personas, a través de medidas de mitigación y minimización de los efectos negativos, para finalmente con el retiro vislumbrar una posible solución ambiental y social del problema, con medidas progresivas, graduales que permitan, por un lado, la rehabilitación y remediación del sitio y por otro, a través de planes de monitoreo controlar y evitar la continuidad y agravamiento de los perjuicios. Va de suyo que en esta etapa de ejecución del retiro MLP cuenta con un plazo de cinco años, lo que evidencia las dificultades y riesgos que conlleva el plan de retiro de la escombrera, de allí que reina en dicho ejecución plena aplicación del principio de precaución, atento el posible peligro de daño que puede derivarse. Los planes de retiro y remediación de los sitios implican un trabajo de años, permaneciendo latente la amenaza de que se ocasionen y/o agraven los daños ambientales.

De allí que las acciones técnicas y legales, efectuadas por MLP, están destinadas a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la incorrecta disposición de residuos para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista. La rehabilitación se lleva a cabo mediante la ejecución de medidas que sean necesarias realizar antes, durante y después del cierre de operaciones.

La necesidad de contar con planes de cierre regulados se evidencia en que los abandonos y depósitos sin planificación ni controles adecuados y/o sin una debida consideración de sus consecuencias ambientales, sociales y económicas han generado la proliferación de sitios contaminados con la presencia de residuos y demás elementos altamente riesgosos para el ambiente y salud de las personas²³.

El cierre de una mina debe ser realizado de forma planificada desde la concepción del proyecto, considerando sus aspectos ambientales, sociales, culturales y económicos, entre otros, y brindando además amplia participación a los grupos de interés involucrados. El plan de cierre es un documento vivo que debe crecer junto con el desarrollo de la operación, desde el plan conceptual al inicio del proyecto hasta un plan detallado antes del fin de la operación²⁴.

(23) Ministerio de Producción y Trabajo Presidencia de la Nación - Dirección Nacional de Producción Minera Sustentable. Secretaría de Política Minera. "Guía de recursos de buenas prácticas para el cierre de minas", agosto 2019.

(24) Ibidem.

El retiro de la escombrera debe ser realizado de forma planificada desde la concepción del proyecto, considerando sus aspectos ambientales, sociales, culturales y económicos, entre otros, y brindando además amplia participación a los grupos de interés involucrados. haciendo hincapié en la necesidad de una auditoria final -debidamente fiscalizada por la autoridad de aplicación- en la que se certifique el cumplimiento íntegro de las medidas contenidas en el plan de cierre -o en el informe de impacto ambiental ya previsto en la normativa-. Corolario de lo anterior, no puede dejar de citarse que una cuestión imprescindible, es el ejercicio efectivo del poder de policía de la/s autoridad/es de aplicación, ya que sería de escasa efectividad la implementación de medidas de cierre si no son acompañados de una debida fiscalización.

V. Atribución de responsabilidad: el operador como generador de residuos y como generador de PAM

Las normas de responsabilidad asumen la función de instrumentos eficaces para que los costos de prevención, control y reparación ambiental sean imputados y asumidos (internalizados) por quienes los producen y no por el conjunto de la sociedad. Es decir, la esencia económica del derecho es que utiliza el sistema de responsabilidad para internalizar las externalidades.

“El derecho ambiental es redistributivo, en el sentido de que procura paliar el impacto económico, a través de la incorporación a los costos, de todas las externalidades que significan las medidas de prevención de la contaminación”. El daño ambiental colectivo puede generar costes a la sociedad en su conjunto, por lo que debería ser el autor del daño, no la colectividad, quien soportase dichos costes, razón de ser o fundamento que persigue el sistema de responsabilidad - principio de atribución de costes-. Como sostiene Jordano Fraga, “significa optar entre las diversas alternativas posibles de distribución de los costes de descontaminación (sociedad en su conjunto - contaminador directo), por la solución en que los costes se imputan al contaminador directo”.

En un principio la práctica frecuente (y persiste lamentablemente -en muchos casos- en la actualidad) era “que los costos ambientales no eran económicamente contabilizados o, incluso, muchas veces se asumían como costo cero. Esto en la práctica ha significado que los costos efectivos han sido con frecuencia subsidiados por los contribuyentes y los ciudadanos afectados”.

Nuestro sistema normativo establece a través del principio de responsabilidad la obligación de asunción de los costos de las acciones prevención y corrección en cabeza del generador, de los daños actuales o futuros.

El marco jurídico-normativo de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo es la base o piso inicial de análisis para identificar y delimitar las reglas y principios que delinean la atribución de responsabilidad por pasivos ambientales.

Conforme el art. 28 de la LGA “el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable”. Se establece en nuestro sistema de responsabilidad ambiental (y civil) un factor de atribución objetivo, fundamentado en el riesgo (potencial) que ciertas actividades implican para el medio ambiente.

El CMA estipula en su art. 248 que “Las personas comprendidas en las actividades indicadas en el artículo 249 serán responsables de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de lo establecido en la presente Sección, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentran bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo causa el riesgo o vicio de la cosa. El titular del derecho minero será solidariamente responsable, en los mismos casos, del daño que ocasionen las personas por él habilitadas para el ejercicio de tal derecho”.

En función de esa responsabilidad ambiental objetiva²⁵ el titular del derecho minero será responsable de los residuos que se generan como consecuencia del desarrollo de la actividad, incluso cuando tercerice la gestión de los mismo, en cuyo caso conforme las hipótesis que puedan suceder nos encontraremos ante responsables solidarios. Específicamente en lo que hace a residuos peligrosos deberá sujetarse a lo prescripto en la Ley 24051, que es la normativa directamente operativa y aplicable a la materia, en conjunción con la Ley 25612. En virtud de dichas legislaciones el operador de la actividad minera se configura como un generador de residuos peligrosos. De allí que el operador minero (generador) responde durante toda la vida y ciclo del residuo, es lo que en la doctrina se conoce “desde la cuna hasta la tumba”, por lo que el abandono o transferencia de los residuos no lo exime de responsabilidad, debiendo adoptar todas las medidas tendientes a la prevención, minimización y gestión de los residuos que genere. El problema ambiental más grave se plantea por los drenajes ácidos de roca y lixiviación de metales de las galerías subterráneas, minas a cielo abierto, las pilas de roca de estéril y áreas de tanques de relave. En este mandato se inscribe la responsabilidad de MLP, quien debió haber realizado una correcta gestión de los residuos.

“Los suelos que quedan tras una explotación minera contienen gran diversidad de materiales residuales -escombros estériles, entre otros- (...). El tipo de elementos

(25) Incluso hay que considera que la única causal de exención de responsabilidad es la prevista en el art. 29 de la Ley General del Ambiente (“La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”). De manera congruente encontramos el art. 1757 del Código Civil y Comercial: Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

contaminantes, así como su concentración en el medio depende de múltiples factores (...). Así, cuando los residuos generados (escombreras, residuos de concentración o “colas”) no se disponen de forma adecuada sobre el terreno, las actividades mineras pueden generar importantes problemas de contaminación de suelos y aguas subterráneas. Por último, no debe dejarse de mencionar la posibilidad de depuración de lechos contaminados de cursos de agua y otros sistemas acuáticos, ya que la misma puede dar origen, paralelamente, a significativos aprovechamientos de metales pesados, comúnmente denominados como “minería urbana”. En consecuencia, también en este caso se hace necesaria la implementación de tecnologías de gestión de los sitios afectados, dando prioridad a las fuentes de contaminación más críticas y las situaciones que presenten mayor compromiso, a fin de controlar, disminuir o eliminar los contaminantes presentes en el medio reduciendo riesgos a la salud de la población”²⁶.

Correlativamente, es a partir de la obligación imperativa y constitucional de que *“el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer”* que se aborda la problemática de los PAM en torno a sitios contaminados con residuos y elementos remanentes de la actividad minera, tal como se evidencia en el caso analizado.

Específicamente en el CMA encontramos el art. 263 que prevé: *“Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere”*. El término residual parecería hacer remisión al daño histórico, pasado, el “daño que va quedando”, en concreto a los pasivos ambientales.

No hay atisbo de duda alguna respecto a que el operador minero es quien debe cumplir con el plan de cierre, post cierre y la obligación de remediación del daño producido durante el ciclo de vida del proyecto minero. Sin embargo, no hay opiniones coincidentes respecto a esa suerte de retroactividad- daño residual- que podría estar aludiendo a PAMs. Sin embargo, la obligación de no contaminar siempre ha estado presente en nuestro ordenamiento más allá de la legislación sectorial específica posterior.

En nuestro sistema normativo, a través del Informe de Impacto Ambiental se determina la línea de base ambiental, precisándose los daños preexistentes con la finalidad de distinguir las responsabilidades. Respecto a la responsabilidad por los PAM, se suscita una mayor complejidad debido al vacío legal en la temática. En la responsabilidad por PAM se observa, la mayoría de las veces, una clara disociación entre quién es el generador del pasivo, es decir, el causante y quién asume la responsabilidad por la remediación del mismo. Siempre que sea posible y de

(26) Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva- Secretaría de Planeamiento y Políticas en Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. “Sector ambiente y cambio climático perfil de propuesta: sistemas de gestión de sitios contaminados”, año 2013.

conformidad con el principio de responsabilidad debería ser el titular u operador que haya causado el riesgo quien sufrague los costos del saneamiento, situación que se evidencia en la atribución de responsabilidad a MLP que se materializa en una serie de medidas que debe ejecutar en torno a la escombrera (PAM) generado por su accionar.

En torno a la responsabilidad por PAM hay que considerar el riesgo o la incertidumbre (prevención-precaución²⁷) o certidumbre de su ocurrencia (daño ambiental). Desde la función de la responsabilidad preventiva, precautoria y reparatoria es necesario realizar la distinción entre PA contingentes y PA configurados, categorías conceptuales de origen contable, útiles para discernir el alcance de las obligaciones de prevenir, remediar o recomponer daños ambientales. Dicha distinción tiene razón de ser en una doble vertiente de análisis: por un lado, 1) *según su materialización o reconocimiento en el balance*, hablamos de PA contingentes en cuanto contablemente constituyen una obligación posible surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia puede ser consecuencia, con cierto grado de incertidumbre, de un suceso futuro o no ser susceptible de cuantificación en un determinado momento²⁸. De allí que el que se asocia un valor estimado al PA conforme la probabilidad de ocurrencia determinada, nos movemos ante un cierto nivel de incertidumbre sobre la posibilidad que se asigne dicho costo a la empresa²⁹. En tanto que el PA es configurado cuando nos encontramos ante una obligación presente que genera un costo (salida de recursos) estimable y cierto para la empresa a los fines de afrontarlo. Por otro lado, 2) *según su configuración*, en dicho caso el PA configurado se asimila con el DAC, de allí que en las normativas³⁰ y la doctrina caractericen al PA como una especie o categoría de daño ambiental especial, que generará prioritariamente su recomposición, restauración o eventualmente su compensación³¹, está materializado (hay certeza del riesgo);

(27) En la sentencia analizada el Tribunal manifiesta: “Sentada la importancia de los bienes jurídicos afectados con la presente cautelar, cabe mencionar los principios de la política ambiental consagrados en la ley 25675, tales como el principio precautorio y preventivo, que el operador jurídico debe utilizar como criterios orientadores de sus decisiones”.

(28) Conforme NIC 37.

(29) “Se destacó que el pasivo emergente del estado que registraba el pozo MdT14 constituiría una deuda eventual o contingencia de YPF SA que se habría generado por hechos ocurridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1990 en los términos del art. 1º, inc. 2º, del decreto 546/93”.

Cfr. Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala IV, 29266/2013 “TRIPETROL PETROLEUMSA-ANTRIM ARG-UTE-P.G.-INC MED- c/ YPF SA s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)”, Buenos Aires, agosto de 2014.

(30) Ley N° 14343 - Ley de Regulación de Pasivos Ambientales de la Provincia de Buenos Aires- brinda una definición legal de pasivo ambiental “... se entenderá por pasivo ambiental al conjunto de los daños ambientales (...). Ley 10208 - Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba- que en su artículo 89 estipula que “se entiende por pasivo ambiental al conjunto de impactos ambientales negativos e irreversibles.

(31) MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008, p. 8.

mientras que el PA contingente refiere al potencial riesgo (incertidumbre) de un daño se configure, la probabilidad de que un daño ocurra (en términos potenciales).

Dicha distinción tiene aplicación directa en el caso analizado, atento que podemos entrever dos cuestiones: por un lado, nos encontramos ante un pasivo ambiental configurado materializado en el daño ambiental colectivo que se evidencia por la situación de abandono y no adopción de las medidas de gestión y disposición de los residuos generados por la MLP, donde claramente la escombrera configura un PAM. Incluso los costos de las acciones de aislamiento, cierre y retiro son un gasto cierto, una obligación presente que genera un costo (salida de recursos) estimable y cierto. En dicho caso se encuentran plasmados los principios de prevención (riesgo cierto y conocido) y responsabilidad (asunción de los costos de las medidas por MLP).

Por otro lado, estamos ante un pasivo ambiental contingente, que se evidencia en el potencial peligro que implica el plan de retiro de la escombrera, con la probabilidad de ocurrencia de un nuevo daño ambiental colectivo e incluso ante la probabilidad de que se evidencia la necesidad de nuevas medidas que garanticen, luego del efectivo retiro, un nivel óptimo de remediación del sitio contaminado. Y es justamente en esta arista del análisis que encuentra total aplicación y operatividad el principio de precaución. En la sentencia se refiere: "(...) la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino fundamentalmente, a promover una solución enfocada en lo futuro, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan" (cfr. CSJN «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», 4/06/2019). Estamos ante posibles contingencias que pueden suscitarse de los planes y medidas que debe llevar a cabo MLP, ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles conforme la doctrina judicial de nuestra CSJN.

VI. Reflexiones finales

La Cámara Federal de Mendoza en el fallo analizado deja entrever el *paradigma ecocéntrico* que viene siendo afirmado por la CSJN en sus recientes causas ("Atual", "Majul", "Barrick Gold"), marcando una línea directriz al momento de resolver los conflictos ambientales.

En ese sentido, la propia Cámara indica que "esta temática implica un interés público relevante, que requiere de todos los ámbitos de actuación positiva por parte del Estado. La CSJN, en materia ambiental, ha dicho que (...) un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no sólo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino fundamentalmente, a promover una solución enfocada en lo futuro, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan (cfr.

CSJN «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», 4/06/2019).

Bajo esa línea es que se torna palmaria que la regulación jurídica ha cambiado sustancialmente, nos encontramos ante un bien colectivo (el ambiente), indisponible, comunitario, en donde el paradigma ha mutado desde una visión antropocéntrica hacia un modelo eco-céntrico o sistémico (Fallos: 329:2316 y 340:1695) y en ese camino se direcciona la sentencia de la Cámara, que no duda en mantener una medida protectoria del ambiente, que complementa y resguarda el plan de retiro de la escombrera.

Los cambios sustanciales que estamos evidenciando no dudan en afirmar el principio in dubio pro natura “ante la duda, los conflictos han de ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales”³².

Esto último implica reconocer nuevas dimensiones de valor³³: “esos pasivos ambientales generan la responsabilidad de recomponer el daño ambiental y remediar los sitios contaminados (...) En estos casos el daño ambiental existe, el pasivo ambiental debe ser remediado (...). Pero ese daño ambiental no puede ser restringido en términos meramente patrimoniales o financieros, sino debe ser comprensivo también de la lesión de intereses más generales, de naturaleza eminentemente social, igualmente susceptibles de valoración y reparación”³⁴.

(32) CSJN, “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, sentencia de fecha 11 de julio de 2019.

(33) Es importante advertir que el reconocimiento de los valores intrínsecos, no niega ni altera los contenidos referidos a los derechos ciudadanos a un ambiente sano. Los dos abordajes de derechos sobre el ambiente son válidos, y es una buena cosa que se los mantuviera y se los articulara entre sí. Tan sólo es necesario tener presente que estos derechos clásicos a un ambiente sano tienen su foco en las personas: son derechos humanos, donde se cuida de la Naturaleza en tanto esto puede afectar a las personas, y no por los valores propios de ésta (GUDYNAS, Eduardo. “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología Política” (2011). En La naturaleza con derechos. De la filosofía política. Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana. Quito, Ecuador, pág. 253.

(34) MORALES LAMBERTI, Alicia. “Remediación de pasivos ambientales de la minería de uranio: Deuda ecológica y social”, 2008, págs. 52-53. Pp.19-55. URL:

<http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/RFD/article/view/735>

SENTENCIA

Tribunal: CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA BFMZ 13033/2014/1/4/CA5

Fecha: 24 de septiembre de 2019.

Autos: “*Inc. Apelación en autos Xstrata Pachón S.A. (hoy Pachón S.A.) c/Minera los Pelambres s/ civil y comercial varios*”.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA BFMZ 13033/2014/1/4/CA5

AUTOS: “INC.APELACION EN AUTOS XSTRATA PACHON S.A (HOY PACHON S.A) c/MINERA LOS PELAMBRES s/ CIVIL Y COMERCIAL- VARIOS”; venidos de Juzgado Federal de San Juan N° 1, a esta Sala “B”, en virtud del recurso apelación, interpuesto por la demandada, a fs. sub 164, contra el auto de fs. sub 137/142 y vta., que dispuso readecuar las medidas cautelares ambientales a las tareas llevadas a cabo en sede penal.

Y CONSIDERANDO:

1) Que, a fs. sub 164, la demandada deduce recurso de apelación contra la resolución de fs. sub 137/142 y vta. Expresa agravios, a fs. sub 166/186 y vta. Expone que la resolución recurrida se funda en un riesgo inexistente y conjetural sobre las consecuencias ambientales que provoca el retiro de la escombrera. Manifiesta que, el a quo desconoce arbitrariamente los efectos del Plan de Obras y el Acuerdo celebrado entre Argentina y Chile, para el retiro de la escombrera, ya que, esa decisión constituye una solución definitiva y ambientalmente adecuada para la causa. Expone que la resolución apelada genera un dispendio jurisdiccional y de recursos innecesario e injustificado, en perjuicio de la demandada, ya que, el a quo replica las medidas ordenadas en sede penal. Sostiene que, la resolución recurrida importa una superposición de medidas jurisdiccionales sobre el mismo objeto susceptible de generar pronunciamientos contradictorios. Expresa que la decisión de imponer las costas a la demandada resulta arbitraria en tanto debe imponerse a la actora y, en el peor de los casos, en el orden causado. Por último, solicita que se levante la medida cautelar, con costas a la actora.

2.) Que, corrido el respectivo traslado, la actora contesta, a fs. sub 182/190 y vta. y, por los motivos que allí expresa, a los que cabe hacer sucinta remisión, solícitase rechace el recurso de apelación, con expresa imposición de costas a la demandada.

3) Que, las presentes actuaciones se inician con la acción ordinaria entablada por la actora contra la Minera Los Pelambres, por la que pretende se ordene a ésta

a efectivizar: el traslado al territorio chileno del material estéril o desecho de roca y otros desechos provenientes de la actividad de la demandada; restaurar ambientalmente el espacio que ha ocupado la escombrera en su territorio; abonar un valor locativo por el tiempo que ocupó el mismo; y abonar todos los daños y perjuicios, en especial, por la apropiación indebida del agua pluvial de la heredad de la actora. Por su parte solicita medidas ambientales preventivas. Así, el a quo ordena, el 13/03/2015, una medida cautelar genérica de cierre o aislamiento provisional de la escombrera que implica las siguientes acciones: disponer material fino compactado para minimizar las infiltraciones que pueden acidificarse al entrar en contacto con el estéril acumulado; suavizar el talud; minimizar la infiltración por medio de la nivelación de superficie de la escombrera; minimizar la escorrentía; monitorear los efluentes en los puntos críticos; y si fuese necesario implementar un sistema de tratamiento activo. El magistrado fija una caución real de PESOS UN MILLÓN DE \$ 1.000.000. Que, en sede penal (exte. 6003/2015) el a quo, el 1/12/2017, aprueba el plan de retiro de la escombrera, ordenando una serie de medidas que la demandada debe cumplir, en un plazo de 5 años (en caso de ser necesario se dispondrá un plazo de un año de prórroga). El judicante dispone como medidas, entre otras: un plan de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas; la instalación de un canal de drenaje abierto, la instalación de un canal de óxido calizo; la elaboración de un plan de recomposición de las lagunas y, un plan de reimplantación selectiva de vegas que recomponga el ecosistema afectado, entre otras. Que en 12/2017, se celebra un acuerdo, por canje de notas, entre la Argentina y Chile en relación al botadero Cerro Amarillo, por el que se comprometen ambos países a realizar y autorizar todos los actos necesarios para lograr el retiro de la escombrera.

4) Que, frente al pedido del levantamiento de la medida cautelar de cierre o aislamiento de la escombrera, como consecuencia de la aprobación del acuerdo referido supra, el a quo (el 9/08/2018) decide no hacer lugar a aquél, y en consecuencia dispone readecuar las medidas a las tareas ambientales que se están desarrollando en sede penal, por una cuestión de economía procesal. El magistrado tiene en cuenta el acuerdo mencionado y, que la aprobación del retiro de la escombrera no se encuentra firme. Que la aprobación del retiro quedó firme el 15/11/2018.

5) Que, a fs. sub 22/24, la representante de Fiscalía de Estado de la provincia de San Juan contesta el traslado, oponiéndose al levantamiento de la cautelar de aislamiento de la escombrera. Si bien reconoce que los trabajos de retiro de los residuos han comenzado a desarrollarse, sostiene que se debe maximizar la protección ambiental. Invoca la aplicación del principio precautorio, el cual busca proteger el ecosistema en general, y el principio de no regresión, a fin de no retroceder en los niveles de protección alcanzados en esta materia, por los posibles perjuicios irreversibles que se pueden generar con la actividad de la escombrera. Por su parte destaca que las medidas cautelares dispuestas en sede civil y penal, tienen distin-

tas finalidades, de manera que ambas se complementan, a fin de hacer efectivo el derecho humano a un ambiente sano.

6) Que, a fs. sub 116/124 y vta., la actora denuncia el agravamiento de la contaminación ambiental, por parte de la demandada (“las aguas de las lagunas cercanas a la escombrera indican que estas no cumplen con las normas ambientales argentinas sobre niveles de la calidad del agua, en lo que hace al pH mínimo...”), y el incumplimiento de sus obligaciones de prevención del daño ambiental.

7) Que, ingresando a resolver las cuestiones traídas a consideración de esta Alzada, me pronuncio por rechazar la apelación impetrada por la demandada, en mérito a las consideraciones de hecho y derecho que a continuación expongo. 7.1 Debe recordarse que la finalidad que tienen las medidas cautelares se circunscribe a “(...) evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable (...). Es decir que se trata de evitar la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inoocuos los pronunciamientos que den término a los litigios” (NOVELLINO, Norberto; Citado en Medidas Cautelares y Procesos Urgentes- I, Digesto Practico La Ley, pág. 56; parágrafo 85; 1ª edición; Bs. As.; año 2001). ¬En este sentido “no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente vinculadas con el reconocimiento de un derecho ulterior, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente” (cfr. MORELLO, A. “Códigos (...)”, Ed. 1971, T.III, p.60, parág. C). 7.2 Respecto de la procedencia de las medidas cautelares, la misma está condicionada a que se acredite la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; éste exige que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que el peticionario espera de la sentencia por pronunciarse, no pueda en los hechos realizarse porque a raíz del transcurso del tiempo los efectos del fallo final resulten inoperantes. 7.3 Sentado lo anterior y evaluadas las constancias obrantes en la causa, se verifica que en el caso en estudio, se encuentra en crisis la decisión sobre medidas cautelares que tienen por fin inmediato proteger el medio ambiente, esto es, un derecho de tercera generación, es decir, un derecho público subjetivo que tiene como titular las generaciones presentes y futuras. Así, la esencia de orden público que acompaña al derecho ambiental por su directa vinculación con la salud de la población, con la calidad de vida y la dignidad de la persona humana, hace que sea necesario evitar el daño antes que repararlo (a veces de imposible reparación). Por ello esta temática implica un interés público relevante, que requiere de todos los ámbitos de actuación positiva por parte del Estado. La CSJN, en materia ambiental, ha dicho que “(...) un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no sólo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino fundamentalmente, a promover una solución enfocada en lo futuro, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias

que de ella se derivan (cfr. CSJN «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», 4/06/2019). (...). Sentada la importancia de los bienes jurídicos afectados con la presente cautelar, cabe mencionar los principios de la política ambiental consagrados en la ley 25675, tales como el principio precautorio y preventivo, que el operador jurídico debe utilizar como criterios orientadores de sus decisiones. Así, el principio preventivo implica que, “(l)as 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”. Por su parte, el principio precautorio importa que, “(c)uando 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 medioambiente” (cfr. art. 4, Ley 25675). En este sentido la CSJN ha dicho que “(...) no puede dejar de señalarse 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 arto 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante (...) que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer a petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (...)” (cfr. CSJ 154/2013(49-C)/CS1 y CSJ 695/2013 (49-C)/CS1, en autos “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro/ sumarísimo”, sentencia de fecha 23/02/2016) (...). Cabe tener presente los objetivos que contempla la Ley General del Ambiente (ley 25675), a saber “(...) e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; j) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental..”, objetivos plenamente aplicables para prevenir las consecuencias dañosas que la actividad de la escombrera Cerro Amarillo puede provocar en el medio ambiente ubicado en el terreno de la actora. Por su parte, el art 41 de la CN reza que, “(t)odos 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. Este camino protectorio orienta a la jurisprudencia», “la posibilidad de que se produzca el daño y la trascendencia que reviste el bien jurídico comprometido, requieren perentoria tutela cautelar”, “el rigor formal con el que el a quo ha resuelto la desestimación de la tutela preventiva no condice con el activismo con que deben actuar los jueces al atender cuestiones que, como las ambientales, obligan a una tutela jurisdiccional diferenciada”. (cfr. Cámara Única de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia de Neuquén, autos “Cooperativa de Vivienda y Consumo Nueva Esperanza de Junín de los Andes LDA y Otros c/ Mun. de Junín de los Andes S/ Inc. Apelación”, año 2017) (...).

Debo destacar que, en autos, la finalidad de la medida cautelar civil, esto es, aislar o cerrar provisoriamente la escombrera, es completamente distinta de la que persigue la medida adoptada en sede penal, esto es, el retiro de aquella. Es que ambas no se contraponen, por el contrario, son complementarias. En este sentido se ha pronunciado el Sr. Fiscal de Estado (ver fs. sub22/24), además de recomendar que se maximice la protección del medio ambiente. Es que, resulta razonable la decisión adoptada por el judicante de readecuar las medidas (no de “replicarlas”, como lo sostiene la demandada) de manera que, ante la falta de previsión, por parte de alguno de los magistrados (civil o penal), de alguna situación particular, pueda ser cubierta por las medidas que ha adoptado el otro.

Así, como anticipé, la protección del ambiente que pretende la actora por medio de la cautelar en crisis, encuentra fundamento constitucional (art. 41 CN) y legal (Ley General de Ambiente y CCYCN, en la función preventiva del daño). Por su parte, resulta preponderante el peligro en la demora en proteger estos bienes que, como mencioné, trascienden el mero interés de las partes comprometidas en la contienda. La actividad de la demandada puede generar graves daños, de difícil o imposible reparación, si se levanta la cautelar en crisis.^{7.4} En cuanto a la contracautela, estimo adecuada la fijada por el a quo, esto es PESOS UN MILLON (\$ 1.000.000).

Por lo expuesto, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. sub 164, contra la providencia de fs. sub137/142 y vta., 2) IMPONER las costas de esta Alzada a la recurrente vencida (Art.68, 2º parte del C.P.C.C.N.) 3º) DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad. Protocólese. Notifíquese. Publíquese. Firmado: Dres. Alfredo Rafael Porras, Olga Pura Arrabal y Gustavo Castiñeira de Dios.

