

**DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
CASO «VARGAS, RICARDO MARCELO CONTRA SAN
JUAN PROVINCIA DE Y OTROS SOBRE DAÑO
AMBIENTAL»***

***CHALLENGES OF INTERNATIONAL LIABILITY
CASE «VARGAS, RICARDO MARCELO VS. SAN JUAN
PROVINCE AND OTHERS ON ENVIRONMENTAL DAMAGE»***

Yésica YORNET**

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo abordar el caso «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental» dentro del eje de trabajo propuesto «Desafíos de la Responsabilidad Ambiental». Para el conocimiento y análisis se han tenido en cuenta las resoluciones ordenatorias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la normativa específica en relación al proyecto minero binacional argentino-chileno Pascua-Lama y los fallos de la Justicia de la República de Chile.

Palabras-clave: Daño ambiental - Responsabilidad - Caso «Vargas».

Abstract: This paper aims to address the case «Vargas, Ricardo Marcelo vs. San Juan Province and others on Environmental Damage» in the proposed axis of work: «Challenges of Environmental Responsibility». For knowledge and analysis of the case were taken into account the resolutions of the Supreme Court of Justice of the Nation, the specific regulations regarding the binational Argentine-Chilean mining project Pascua-Lama and judgments of Justice of the Republic of Chile.

* Trabajo recibido el 4 de diciembre de 2015 y aprobado para su publicación el 9 de marzo de 2016.

** Abogada (Universidad Nacional de Catamarca). Doctorando en la Universidad Nacional de Córdoba sobre el tema: «Regalías mineras y distribución normativa de la renta minera: Incidencia en la función compensatoria-sustitutiva asignada al desarrollo económico y social alternativo a la actividad». Becaria de Conicet.

Keywords: Environmental Damage - Responsibility - Case «Vargas».

Sumario: I. Introducción. II. Resoluciones ordenatorias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III. Competencia originaria de la Corte. IV. Aplicación de principios ambientales como fundamento para el establecimiento de medidas. V. Pascua-Lama en Chile: Fallos de la Corte de Copiapó y de la Corte Suprema de la República de Chile. VI. Proyecto minero binacional: normativa específica aplicable. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. *«Laudato si', mi' Signore» - «Alabado seas, mi Señor», cantaba san Francisco de Asís. En ese hermoso cántico nos recordaba que nuestra casa común es también como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos: «Alabado seas, mi Señor, por la hermana nuestra madre tierra, la cual nos sustenta, y gobierna y produce diversos frutos con coloridas flores y hierba.*

2. *Esta hermana clama por el daño que le provocamos a causa del uso irresponsable y del abuso de los bienes que Dios ha puesto en ella. Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a expoliarla. La violencia que hay en el corazón humano, herido por el pecado, también se manifiesta en los síntomas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso, entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra, que 'gime y sufre dolores de parto' (Rm 8,22). Olvidamos que nosotros mismos somos tierra (cf. Gn 2,7). Nuestro propio cuerpo está constituido por los elementos del planeta, su aire es el que nos da el aliento y su agua nos vivifica y restaura». Encíclica Laudato Si'».*

Tal como lo expresara el papa Francisco en la Encíclica *Laudato Si'*, una de las preocupaciones a nivel mundial, es la protección del medio ambiente. Nos encontramos frente a un gran desafío: disminuir y/o frenar el deterioro ambiental y de los recursos naturales producto del uso irracional que el hombre efectúa. Esto no sólo es una problemática ambiental, sino también de desarrollo con profundos impactos potenciales en la sociedad, la economía y los ecosistemas que exige un cambio en la sociedad, en la forma de consumo y de vida que debe comenzar por ponderar los bienes o valores ambientales que ellos nos prestan y cuál sería nuestro

futuro si como consecuencia de la destrucción y la escasez el hombre no contara con ellos.

La materia ambiental se encuentra caracterizada por la aplicación de presupuestos mínimos de protección y principios ambientales que exigen actuar con diligencia a fin de hacer efectivo el derecho-deber de gozar del ambiente como derecho humano básico. Ello implica que no sea esto «una mera expresión de buenos y deseables propósitos» consagrados en la Constitución.

La naturaleza del bien jurídico protegido «medio ambiente» requiere que el juez actúe enérgicamente y con fundamento en el principio preventivo-precautorio y tome las medidas necesarias para tutelar el medio ambiente.

El caso «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan provincia de y otros sobre Daño Ambiental» está constituido por tres resoluciones ordenatorias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las que interviene sin perjuicio de que aún no ha resuelto si corresponde o no a la competencia federal. El afectado solicita al Alto Tribunal tome medidas en el proyecto minero binacional denominado «Pascua-Lama», concertado entre las Repúblicas de Chile y Argentina con el propósito de explorar, desarrollar y utilizar el yacimiento de oro, plata y cobre en la frontera por considerar que no se están respetando normas de presupuestos mínimos de protección ambiental consagrados por la Constitución Nacional en el artículo 41, párrafo 3°, tales como: Ley de Glaciares, el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas y Ley General del Ambiente, por no contar la empresa minera con un seguro ambiental de cobertura suficiente para hacer frente a un posible daño ambiental. También argumenta que el proyecto argentino-chileno contraviene la Ley de Residuos Peligrosos 24051 y la ley de Áreas Naturales protegidas por encontrarse el proyecto emplazado dentro de la Reserva de Biósfera de San Guillermo.

Ante las diversas dificultades ambientales que se han producido en el proyecto en el lado chileno, el hecho en cuestión se íntegra, con los fallos de la Justicia de Chile, el Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado entre ambos Estados, el Protocolo Complementario del Tratado de Integración y Complementación Minera aprobados por Ley 25243 y el Protocolo Adicional Específico al tratado de Complementación Minera entre la República de Chile y la República Argentina para el Proyecto Minero «Pascua-Lama».

II. Resoluciones Ordenatorias de la CSJN

La causa Vargas está integrada por tres –hasta el momento– resoluciones ordenatorias emitidas por el Alto Tribunal, en las que se describen entre otras cosas: los hechos, las pretensiones y los derechos en los que se fundan. A continuación una breve reseña a cada una de ellas a fin de trazar el camino seguido.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el auto de apertura de la causa «Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo», el 20/06/2006, dijo que «*el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente*»¹.

En reconocimiento del *status* constitucional del derecho a gozar a un medio ambiente sano, es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se pronuncia en cuatro resoluciones ordenatorias.

La parte activa –legitimado extraordinario– está representada por el señor Ricardo Marcelo Vargas, quien invoca la condición de «afectado»², vecino de la provincia de San Juan, que promueve demanda por daño ambiental colectivo, en los términos del artículo 30³ de la Ley N° 25675

¹ Néstor CAFFERATA, *Perfil del Juez* (<http://web.pnuma.org/gobernanza/documentos/jurisprudencia%20ambiental/Perfil%20del%20Juez.pdf>).

² «El término «afectado» no remite solamente a su carácter de titular de un derecho individual, sino también a titular de clase o sector de derechos de incidencia colectiva. «Afectado» resulta ser quien no habiendo aún sido dañado, se halla en el ámbito potencial de ser dañado». A. MORALES LAMBERTI, y A. NOVAK, *Instituciones de Derecho Ambiental*, M.E.L. Editor, 2005, pág. 217.

³ Artículo 30 de LGA: «*Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o*

mientras, que los sujetos pasivos de esta acción son: Barrick Exploraciones Argentinas S.A. (BEASA), Exploraciones Mineras Argentinas (EMA) en su carácter de concesionaria de la explotación del proyecto minero binacional denominado «Pascua-Lama» y contra dicho Estado provincial en su calidad de autoridad concedente.

Primera resolución. La *pretensión* en esta primera resolución – fecha 24 de abril de 2012– está destinada a obtener:

a) que se obligue a las demandadas a la contratación de un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudieren producir a raíz de la actividad minera de prospección, exploración, explotación, cierre y poscierre del yacimiento (art. 22 de LGA);

b) que se requiera a ese fin a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación una evaluación de la zona de influencia del referido proyecto para acreditar el estado del ambiente, certificar el alcance de los daños y los riesgos introducidos en relación a las normas de presupuestos mínimos de aplicación al caso y;

c) que se las condene a la recomposición del ambiente dañado y que se dañe en el futuro, ordenando su restablecimiento al estado anterior al inicio de sus actividades o, en su defecto, al pago de la indemnización sustitutiva que se determine.

Estas pretensiones, se encuentran fundadas en el artículo 41 de la CN, en las leyes nacionales 25675 General del Ambiente y 25688 del Régimen de Gestión de Aguas y en los artículos 17, 233, 246, 248, 249 y 253 del Código de Minería entre otros.

Los hechos: el proyecto «Pascua-Lama» es el primer proyecto minero binacional en el mundo, que se desarrolla al amparo del Tratado sobre Integración y Complementación Minera firmado entre la Argentina y Chile y del Protocolo Adicional Específico. El proyecto se encuentra ubicado en la cordillera de los Andes, al norte del cinturón minero «El Indio», en la Región III de Chile y en el extremo norte del Valle del Cura,

municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción».

departamento Iglesia, en la provincia de San Juan, en el límite de la frontera entre Chile y Argentina y está emplazado en la cuenca alta del río Las Taguas, tributario del río Jáchal, que integra el «Sistema del Desaguadero». El afectado afirma que, parte del proyecto se encuentra dentro de una Reserva Internacional de la Biosfera «San Guillermo», Área Natural Protegida y que forma parte de Red Mundial de Reservas de Biósfera del programa «El Hombre y la Biósfera» de la Unesco.

Se indica que, en el lado chileno se encuentran principalmente las obras de infraestructura asociadas a la extracción de minerales, mientras el procesamiento se hace especialmente en territorio argentino.

El proyecto minero genera los siguientes impactos ambientales: a) remoción de grandes cantidades de suelo que afectan e impactan directamente en el paisaje y en el patrimonio cultural, alterando así el medio ambiente, en especial el ecosistema de la Reserva de Biosfera «San Guillermo» y el Parque Nacional núcleo del área protegida; b) es un gran generador de residuos domésticos, peligrosos, industriales, industriales no peligrosos y patogénicos, circunstancia que impacta e impactará negativamente en el ecosistema internacional y en las aguas superficiales y subterráneas del territorio argentino, pues las toneladas de colas de lixiviación con el cianuro generadas por la explotación, serán depositadas final y perpetuamente en el dique ubicado sobre el río Turbio; c) los polvos de la actividad minera afectarán directamente a los glaciares existentes en las altas cumbres de la zona, lo que ocasionará un aumento de su temperatura y el consecuente derretimiento, situación que podría provocar liberaciones eventuales de sustancias y residuos peligrosos y derrames con incalculables perjuicios al medio ambiente.

El afectado pretende que los efectos de la sentencia que se dicte se extiendan a Barrick Gold Corporation Company, con domicilio en Canadá, en su condición de controlante de las sociedades demandadas y a los directivos y profesionales responsables de estas compañías.

Solicita se cite como terceros al Estado Nacional, por intermedio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en su condición de autoridad responsable de controlar las actividades generadoras de impactos en ecosistemas internacionales e interprovinciales, y de garante de cumplimiento de diversos convenios internacionales. También en su carácter de autoridad de aplicación de las leyes nacionales 25675 Ley General del Ambiente y 25688 del Régimen de Gestión de Aguas.

Peticiona que sean citadas las provincias de San Luis, Mendoza y La Pampa por encontrarse comprometidos sus patrimonios ambientales, afirma que su intervención procede como legitimado en razón de la previsión contenida en el art. 30 de la ley 25675 y en su calidad de integrantes del Comité de Cuenca del Río Desaguadero. Requiere se cite también al Defensor del Pueblo de la Nación, al Consejo Federal de Minería (COFEMA) y a la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco).

Por tratarse de un emprendimiento binacional, es necesario establecer cuál es el régimen jurídico en el que va a encuadrarse dicha explotación y sus actividades que, tal como lo adelantáramos, son el Tratado sobre Integración y Complementación Minera firmado entre la Argentina y Chile y del Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Pascua-Lama. Sin perjuicio de ello, en lo relativo a las cuestiones ambientales, *«las partes aplicarán sus respectivas legislaciones sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en Argentina, según corresponda»* (artículos 12 del Tratado y 46 del Protocolo Específico).

La Corte, en primer lugar, señaló que el carácter binacional de la explotación no alteraba las reglas establecidas en la legislación nacional para este tipo de cuestiones ambientales, considera que los hechos que se denunciaban exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional. El tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que *«el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general»* (art. 32, ley 25675)», resuelve requerir: a) a la provincia de San Juan informe sobre si se ha realizado el estudio de impacto ambiental en la etapa de explotación del proyecto Pascua-Lama; b) al Estado Nacional informe sobre si se ha realizado informe de impacto ambiental conforme al Pro-

toloco Adicional Específico al Tratado de Integración y Complementación Minera firmado entre la Argentina y Chile, y si ha habido intercambio de información relevante, de los principales aspectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias comprendidas en el tratado y respecto del Estado provincial, que se libre oficio al señor juez federal correspondiente.

Segunda resolución –27 de agosto de 2013–: La CSJN –a través de resolución de fs. 262/265– le requirió al Estado Nacional, que informe al Tribunal en el plazo de 20 días si se han realizado estudios de impacto ambiental en la oportunidad de suscribir el Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación Minero Pascua-Lama del 13 de agosto de 2004 y, asimismo, si en el marco del segundo párrafo del art. 12 de la ley 25243 hubo intercambio de información relevante, que tenga relación con los principales aspectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias comprendidas en el Tratado que dicha ley aprueba.

Frente a la demostración a través de distintos oficios de la actividad desplegada para lograr el cumplimiento de aquella decisión y sin tener respuesta a la fecha del requerimiento por parte del Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y servicios es que la Corte resuelve: Requerir al Señor Jefe de Gabinete de Ministros que adopte las medidas necesarias a fin de que a través del Ministerio referido se dé respuesta a la orden dada por este Tribunal en el plazo de 15 días bajo apercibimiento.

Tercera Resolución: Sin perjuicio de que aún la Corte no se ha expedido sobre su competencia para entender en el caso por vía de instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, ordenó medidas con fundamento en el artículo 32⁴ de la LGA frente a los hechos denunciados por el demandante.

En relación a los pedidos de informes realizados por la Corte, tanto la provincia de San Juan como el Estado Nacional por intermedio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable presentaron lo requerido.

⁴ El artículo 32 de la ley 25676 establece: «*El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*».

Por último, se pone en conocimiento de la Corte, por parte del afectado, de un nuevo hecho; la decisión de la Corte de Apelaciones de Copiapó de suspender la actividad del proyecto minero Pascua-Lama fundada en la afectación entre otros ecosistemas, del glaciar Toro I de naturaleza binacional y compartido por Argentina. Por tratarse este emprendimiento de carácter binacional, el Tribunal no puede obviar las decisiones adoptadas al respecto en la República de Chile, esto en virtud de lo establecido en el artículo 4° de la Ley 25675⁵.

En el país vecino, la Corte de Apelaciones de Copiapó admitió un recurso de protección de garantías constitucionales interpuesto –en los términos previstos en la legislación chilena– por comunidades indígenas, en contra de la Compañía Minera Nevada SpA –sociedad relacionada con la matriz Barrick Gold–, la sentencia indicó que «del mérito de los antecedentes recopilados, es posible colegir indubitablemente, que en la especie existe una ‘amenaza’ seria a los recursos hídricos».

Específicamente se constató que: i) la empresa ejecutante no había construido adecuadamente la infraestructura necesaria para el tratamiento de aguas; ii) que no había implementado correctamente las acciones tendientes a mitigar y controlar el material particulado derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, lo que *per se* constituía una amenaza a los recursos hídricos del lugar; y iii) advirtió que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantenían una capa de material particulado de algunos centímetros de espesor lo que generaba un riesgo de daño ambiental que debía cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional (considerandos 7°, 8° y 11° de la sentencia).

Con fundamento en todo lo ya expuesto, la Corte de Apelaciones ordenó la paralización de la construcción del proyecto, estableciendo una serie de condiciones para la reanudación de las actividades, por haberse comprobado incumplimientos por parte de la empresa a las previsiones

⁵ Cabe recordar uno de los principios de política ambiental que establece la Ley General del Ambiente es el de cooperación según el cual «los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional» y que «el tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta».

contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 24/2006, que constituye la norma medioambiental que rige específicamente la actividad en el país vecino, y por considerar que existía una amenaza seria a los recursos hídricos ubicados en la zona.

Esta decisión luego fue confirmada por la Corte Suprema de la República de Chile en septiembre de 2013.

La resolución de CSJN establece que en virtud de los principios precautorio y de cooperación, en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental, se requiere a la empresa demandada, al Subgrupo de Trabajo creado específicamente para temas de Seguridad Minera y tema Medio Ambiental, y a la provincia de San Juan que informen específicamente: I) si se construyeron las piletas de sedimentación y si se realiza su mantenimiento mensual; II) Respecto al monitoreo de glaciares –desde enero de 2013 hasta la actualidad– se requiere que se informe sobre la existencia de material particulado sobre los referidos recursos, su evolución y el impacto que pudiere haber tenido el material particulado respecto de la temperatura y volumen de los recursos hídricos mencionados; III) Si se ha reportado cualquier anomalía en el monitoreo de agua correspondiente al período enero 2013 hasta la actualidad; y IV) Si en el canal de manejo de aguas superficiales y el sistema de captación de aguas subterráneas, se autorizó la construcción de diques de colas, informar sobre su monitoreo, todo ello conforme a las resoluciones de la Secretaría de Estado de Minería que corresponda.

Por último, el Tribunal resuelve requerir a la empresa demandada, al Subgrupo de Trabajo creado específicamente para temas de Seguridad Minera y tema Medio Ambiental, y a la provincia de San Juan que en el plazo de 30 días informen los puntos antes mencionados (I, II, III y IV).

De las resoluciones antes expuestas, correspondientes a la causa «Vargas, Marcelo Ricardo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental», surgen varias cuestiones importantes a ser tratadas correspondiente a los siguientes tópicos: Competencia originaria de la Corte, aplicación de la ley de presupuestos mínimos como fundamento para el establecimiento de medidas, fallos de la Corte de Copiapó y de la Corte Suprema de la República de Chile y por último la Normativa Específica Aplicable al caso.

III. Competencia originaria de la Corte

Si bien hasta el momento la Corte aún no se ha pronunciado al respecto, es necesario repasar cuestiones correspondientes a la competencia en materia ambiental.

La regla general es que la competencia judicial en materia ambiental siempre es local –provincia, municipio–, el ingreso a tribunales nacionales en conflictos ambientales se da en casos excepcionales. Esto surge de la interpretación armónica de los artículos 41, 3º párrafo, 75 incisos 30, 121 y 124 de la CN y del artículo 7 de la Ley 25675, que establece: *«La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal»*. Es decir, para que haya competencia federal se deberá acreditar que la actividad minera desarrollada por las empresas demandadas puede afectar al ambiente más allá de los límites territoriales sanjuaninos.

La demanda por daño ambiental promovida en contra de Barrick Exploraciones Argentinas S.A. (BEASA), Exploraciones Mineras Argentinas (EMA) en su carácter de concesionaria de la explotación del proyecto minero binacional denominado «Pascua-Lama y contra la provincia de San Juan» en su calidad de autoridad concedente es impulsada ante la CSJN por las características particulares del emprendimiento, por encontrarse ubicado en dos países vecinos y por estar regidos por leyes nacionales, tratados y acuerdos específicos para el desarrollo de dicho proyecto.

La Corte expresa en sus resoluciones: *«Que los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artí-*

culo 117⁶ de la CN»⁷. De la misma forma se ha pronunciado en la última resolución de fecha 1 de septiembre de 2015. La Corte Suprema ha decidido intervenir a título cautelar, solicitando informes a las partes sobre los hechos controvertidos expuestos por el afectado en virtud del bien jurídico que se protege —«el ambiente»— que precisa que el juez actúe de manera activa, continua y anticipatoria de hechos que pueden causar la degradación del medio ambiente.

Lo que deberá acreditarse para que la competencia corresponda a los jueces federales requeridos es definir con toda precisión cuál sería el recurso ambiental, su extensión y de qué manera el «acto, omisión o situación degradarían dicho recurso, afectando a más de una jurisdicción. Ante el incumplimiento de dicha carga, el principio obliga, entonces, a remitir el caso a los tribunales ordinarios. Lo que habilita la competencia federal es la interjurisdiccionalidad del recurso y su afectación más allá de la frontera de la provincia, factor determinante de la presencia de un interés federal. Mientras esto no suceda la competencia será provincial.

IV. Aplicación de principios ambientales como fundamento para el establecimiento de medidas

La tutela ambiental consagrada como el derecho a gozar de un ambiente sano y su deber de preservarlo posee una referencia directa en la norma de mayor jerarquía de nuestro Estado de Derecho que es la CN.

El art. 41 del texto constitucional dispone en el tercer párrafo lo siguiente: «*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*». Es en este marco, que la Nación ejerció la facultad de dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental.

⁶ Artículo 117 de la CN: «En estos casos la Corte Suprema ejercerá la jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente».

⁷ Vargas, Ricardo Marcelo c/San Juan, Provincia de y otros s/ Daño Ambiental. V. 175.XLII. ORI. 24 de abril de 2012, pág. 6.

La Ley General del Ambiente N° 25675 consagra una serie de principios con criterio orientador para interpretar y aplicar esta ley, y toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental. A la hora de fundar sus medidas, la CSJN se basó en los principios precautorio (PP)⁸ y de cooperación, que en el marco de las facultades instructoras del juez en el proceso ambiental, justifican los requerimientos realizados a la empresa demandada, al Subgrupo de Trabajo creado específicamente para temas de Seguridad Minera y tema Medio Ambiental, y a la provincia de San Juan.

La Ley General del Ambiente N° 25675 establece en el artículo 4° el 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.*».

Apunta Antonio Benjamin que «*el deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medioambiente*»⁹.

El PP exige que cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite

⁸ Ejemplo de aplicación del principio precautorio en las resoluciones de la CSJN encontramos en la causa «Salas contra la Provincia de Salta», en las que la Corte dispuso el cese de las autorizaciones de tala y desmonte otorgadas por el Estado provincial en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de la provincia de Salta, como así también su ejecución, hasta tanto se efectuara un estudio que determinara el impacto ambiental acumulativo producido sobre el clima, el paisaje, el ambiente en general y en las condiciones de vida de los habitantes, informe en el que, a su vez, debía proponerse una solución que armonizara la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados, identificando márgenes de probabilidades para las tendencias que señalara, valorando los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras. Ello, sin perjuicio de que luego la Corte decidiera que la causa no era de su competencia originaria, sino de los tribunales locales.

⁹ Néstor CAFFERATA, *Principios del Derecho Ambiental*. Recuperado de www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html

la misma, o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño –científicamente no comprobado todavía– no llegue a producirse¹⁰.

El PP apunta a impedir la creación de un riesgo por operar en un ámbito signado por la incertidumbre y con efectos aún desconocidos, es por ello que se peticiona a los demandados la presentación de una serie de informes sobre la realización de actividades llevadas a cabo tanto por las empresas mineras como por la provincia de San Juan que den cuenta de que la ejecución de todas las actividades se hicieron conforme lo determinan las reglas del caso. Dicho principio tiene un rol fundamental, debe ser aplicado en actividades potencialmente degradantes del medio ambiente para lograr un cambio en sus prácticas. Ha sido desarrollado como consecuencia de ciertas características del mundo contemporáneo, en especial de la enorme capacidad que tienen las tecnologías humanas de provocar catástrofes, muchas veces de enormes magnitudes y que son además irreversibles e irreparables¹¹.

Surge, al decir de Luis Facciano, de las referencias dadas cuáles son los *«tres elementos que caracterizan al principio de precaución: a) la incertidumbre científica: principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención; b) evaluación del riesgo de producción de un daño: se presenta aquí una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos; c) el nivel de gravedad del daño: el daño debe ser grave e irreversible y sólo en este caso juega el principio de precaución. La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable»*¹².

¹⁰ D. LOPERENA ROTA, *Principios del Derecho Ambiental*, Madrid, 1995, pág. 55, citado por José ESAIN, *El principio de Precaución en Argentina*. (http://www.academia.edu/8225577/Principio_de_precauci%C3%B3n_para_Joinville).

¹¹ Orduz N. SALINAS, R. YEPES UPRIMNY, «Documento de consultoría para el proyecto Amazonia posible y sostenible». «El principio de precaución y la Amazonia». CEPAL. Bogotá, Colombia, mayo 2012, pág. 4.

¹² Néstor CAFFERATA, *Principios del Derecho Ambiental*. (www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html)

Drnas de Clément¹³, por su parte, entiende que Facciano (entre otros autores) en sustancia, sólo indica dos elementos, ya que la evaluación del riesgo previa es la que permite determinar la razonabilidad de la suposición de existencia o no del riesgo, existencia aún carente de posibilidades de ser confirmada científicamente. Además, considera que la gravedad o irreversibilidad del riesgo sospechado no es elemento esencial, sólo es determinante del tipo de medida a adoptar. En otro orden de relación, entiende que la emergencia de un deber de acción es parte sustancial del principio y debe ser considerada elemento esencial del mismo. Es por ello que en el capítulo 2 de la Parte I del libro sobre principio de precaución ambiental toma en consideración como elementos esenciales del principio de precaución los siguientes: *previsión razonable de posible daño ambiental, *incertidumbre sobre la existencia de riesgo; y *emergencia de un deber de acción frente a las dos situaciones previas (acción precautoria). Recuerda, además, que el principio de precaución –piedra angular del desarrollo sostenible– tiene su origen en un antiguo canon del comportamiento humano, correspondiéndose a una visión renovada de la ancestral concepción de «prudencia» ante lo incierto, lo desconocido (riesgo incierto). En la «prudencia» se enlazan la «conjetura» basada en la «memoria», la «inteligencia» con su razonamiento inductivo-deductivo (analogía con lo conocido) y la «providencia» (disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos). Implica una actitud de reserva, circunspección, previsión. La referida autora sintetiza las diferentes escuelas jurídico-doctrinarias y su posición sobre el modo en que la cautela ambiental debe consagrarse en el derecho: *-La más débil (propia de la escuela anglosajona del *common law*), considera que no corresponde consagrar el principio como norma jurídica obligatoria sino como una «ética de acción», como una directriz a guiar la decisión política de los órganos del Estado. Por ello, prefiere hablar de «perspectiva» precautoria, «enfoque» precautorio y no de «principio». Entiende que la sola presión de la población puede obrar como suficiente control frente a las actividades de riesgo dudoso; *-La posición intermedia, ubica al prin-

¹³ Z. DRNAS DE CLÉMENT, (Dir.) *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2008, págs. 14, 23, 53-54, 379-380 (<http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/ZDPprincipioprecaucion2-1.pdf>).

cipio entre las responsabilidades de los poderes públicos del Estado, los que deben regular los procedimientos a cumplimentar frente a toda nueva actividad o cambio de una ya establecida. Además, también, contempla la responsabilidad privada en casos de ocultamiento de información o mala fe. Esta visión que se considera moderada, busca seguridades a futuro en base a una prospección profunda y al seguimiento de la actividad en un marco de transparencia, respondiendo a una «política de gestión» basada en normas; *-La posición principalista considera al principio de precaución una fuente principal del derecho, que impone normas mínimas de gestión ineludibles. Algo más estricta que la anterior, hace descansar el peso de la aplicación de las exigencias de gestión en los poderes públicos y en determinados actores (los especialmente determinados en la legislación); *-La posición catastrofista pretende aplicar al riesgo dudoso reglas más exigentes que al riesgo cierto (atento la incertidumbre), transformándolo en un principio jurídico duro, principio coactivo, aplicado a todo nivel, las más de las veces inmovilizador, a pesar de percibirlo en conflicto con intereses económicos, de desarrollo, científicos y tecnológicos. En las conclusiones la autora señala que principio de precaución se centra en un deber impuesto a todos los actores –pero especialmente al poder público– para que en los casos en que se pueda científicamente y razonablemente esperar que una actividad pueda implicar un daño para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente, se adopten medidas según la gravedad del daño temido (obligación de actuar). Así, cuando se teme un daño grave e irreversible o catastrófico, la actividad debe proibirse; cuando el daño esperado implica una afectación de los bienes ambientales de menor entidad a la situación anterior, la actividad debe ser limitada, controlada, condicionada a la relación costo-beneficio, de conformidad a las previsibilidades disponibles, permanentemente actualizadas.

Este principio actúa sobre un hecho hipotético, sospechado e incierto, se da ante el ejercicio activo de la duda en aquellos casos en que «la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto»¹⁴ requiere actuar de inmediato, de urgencia.

¹⁴ A. MORALES LAMBERTI, A. NOVAK, *Instituciones de Derecho Ambiental*. Córdoba, M.E.L. Editor, Córdoba, 2005, pág. 111.

Para recurrir a este principio, es condición previa y necesaria, la evaluación de los datos científicos sobre los riesgos a fin de determinar si son necesarias medidas para proteger el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal. Las medidas que se adopten, presuponen el estudio de las ventajas y de las cargas derivadas de la acción o de la falta de acción en función de los costos¹⁵.

La aplicación del principio ha invertido la carga de la prueba, esto significa que es el titular de la actividad potencialmente dañosa quien deberá probar la inocuidad de su emprendimiento, debido a que nadie tiene un derecho adquirido para contaminar el medio ambiente. Hasta que el nivel de riesgo para la salud o el ambiente no pueda ser evaluado con certeza suficiente, es el generador del riesgo, quien debe demostrar la inocuidad o seguridad de su actividad, sustancia o producto que utilizaba. Este principio brinda un criterio de razonabilidad para ponderar los posibles efectos que se pueden generar sobre el medio ambiente y un criterio de armonización entre las variables de desarrollo, crecimiento y la dimensión ambiental. No es el objetivo de la aplicación del PP paralizar una actividad o emprendimiento, sino evaluar el nivel de riesgo y los posibles daños que puedan darse. Al respecto el papa Francisco expresa en la Encíclica *Laudato Sí'* lo siguiente: «*En toda discusión acerca de un emprendimiento, una serie de preguntas deberían plantearse en orden a discernir si aportará a un verdadero desarrollo integral: ¿Para qué? ¿Por qué? ¿Dónde? ¿Cuándo? ¿De qué manera? ¿Para quién? ¿Cuáles son los riesgos? ¿A qué costo? ¿Quién paga los costos y cómo lo hará? En este examen hay cuestiones que deben tener prioridad*» (185)¹⁶.

Por último, este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Es necesario siempre tener en cuenta los costos que pueden traer aparejado a la empresa o en última instancia para el Estado, en cabeza de todos los ciudadanos la reparación o mitigación de los posibles daños ambientales

¹⁵ Op. cit.

¹⁶ Encíclica *Laudato Si'*. *Sobre el cuidado de la casa común*, Buenos Aires, Editorial Santa María, 2015, pág. 143.

que puedan generarse o en *ultima ratio* la indemnización sustitutiva cuando la corrección del medio ambiente no pueda realizarse de otra forma, aun cuando ante la falta de certeza el Tribunal toma sus decisiones fundadas en este principio, con miras en los elementos que lo componen y solicitando la presentación de informes a fin de conocer cuál es el estado en el que se encuentran los recursos y cuáles son los posibles impactos que puede generar en ellos la actividad minera.

Al tratarse de un proyecto binacional, la Corte no es ajena a lo que sucede en el país vecino y ante lo obrado por sus pares chilenos en el mismo proyecto minero es que invoca el principio de cooperación que estipula: «Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta»¹⁷.

A nivel internacional, este principio es imprescindible. No es otra cosa que una necesidad biológica y de subsistencia. Recordemos que el proyecto minero Pascua-Lama tiene la particularidad de ser binacional, de las obras de infraestructura asociadas a la extracción de minerales, estar del lado chileno –III Región de Chile– y las de procesamiento del mineral en el departamento de Iglesia, provincia de San Juan, Argentina, en donde se permite a los inversionistas de ambas partes, para el desarrollo del proyecto, el uso de toda clase de recursos naturales –entre ellos el recurso hídrico que es lo más controvertido por la contaminación que se da y que puede darse tanto de los cauces de agua y la alteración que han sufrido los glaciares Esperanza y Toro I del lado chileno y que, por ser compartidos, pueden sufrir del lado argentino–, insumos e infraestructura, sin discriminación.

La defensa del ecosistema obliga de alguna forma a la cooperación, sino cualquier esfuerzo en tal sentido sería en vano.

¹⁷ Ley 25675 art. 4° principio de Cooperación.

V. Pascua-Lama en Chile: Fallos de la Corte de Copiapó y de la Corte Suprema de la República de Chile

La demanda, como recurso de protección, fue iniciada en el país vecino ante la Corte de Apelaciones de Copiapó por comunidades pertenecientes a la etnia indígena «Diaguita», todos habitantes de la cuenca alta del río Huasco, valle de Tránsito, lugar en el que se emplaza el proyecto minero Pascua-Lama. Sus principales actividades son de carácter agrícola y ganadero, siendo los recursos hídricos de suma importancia para su sustentación, los que, aseguran, están siendo intervenidos por la empresa denunciada.

Los demandados son: la empresa Minera Nevada Spa, sociedad relacionada con la matriz minera Barrick Gold y la Comisión de Evaluación Ambiental. La primera, por falta de implementación, construcción o adecuado manejo de obras ordenadas y amenazar el medio ambiente. La segunda, por no efectuar consulta indígena durante la Evaluación de Impacto Ambiental y por autorizar la realización de actividades en el proyecto minero, con la aprobación de la Resolución de Calificación Ambiental, cuando los demandantes han detectados serios incumplimientos.

Por tratarse de una comunidad indígena la legislación chilena establece que, además de aplicar lo relativo a Resolución de Calificación Ambiental de la ley 19300¹⁸, va a aplicarse el Convenio N° 169¹⁹ de OIT.

¹⁸ La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile y modificatorias establece en su art. 3: «Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley. Nota característica ésta y distintiva de nuestra LGA en donde el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, es decir no se tiene en cuenta dolo o culpa del actor, se debe probar la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño ocurrido como consecuencia». Art. 4: «Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Estipula a partir del art. 8 que «los proyectos o actividades señalados en el art. 10 (inciso

Los hechos

1) Los demandantes sostienen que el proyecto minero «Pascua-Lama» –ejecutado por la Minera Nevada SpA– no efectuó consulta indígena y que el proyecto no señala la forma en que se protegerán y se respetarán los derechos de las comunidades indígenas; ello en razón de que el estudio se hace sólo de forma genérica a las comunidades.

2) Se detectó que las labores de *pre-stripping*²⁰ comenzaron sin que estuvieran completamente construidas y operando obras de conducción de aguas previstas para evitar que aguas naturales entraran en contacto con estériles y de aquellas necesarias para tratar aguas de contacto antes de ser éstas devueltas a afluentes naturales.

3) El referido proyecto fue aprobado en lo que hace a medio ambiente con modificaciones al proyecto original, esto es, ciertos aspectos a cumplir para mitigar los daños ambientales producidos. Al efecto, los re-

i –proyectos de desarrollo minero), sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido por la presente ley– y hasta el 25° como se llevará a cabo el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (<http://www.leychile.cl/N?i=30667&f=2010-11-13&p=>).

¹⁹ El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es, «*sin dudas, el instrumento jurídico internacional vinculante más completo que, en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales, se haya adoptado hasta la fecha, y su adopción constituye un hito trascendental en la normativa internacional pertinente. Este Convenio, junto a otros convenios de la OIT en materia de protección de los derechos fundamentales en el trabajo de los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a estos pueblos, busca la consecución y garantía del trabajo decente, como uno de los paradigmas básicos para la erradicación de la pobreza y de un desarrollo sustentable (...). Este Convenio tiene dos postulados básicos: el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del instrumento que fue adoptado en 1989*» (Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, págs. 6 y 8 (presentación).

²⁰ El *pre-stripping* consiste en extraer la roca sin valor comercial (estéril) que está cubriendo las reservas minerales. Normalmente, en forma paralela se realiza la etapa de construcción destinada a establecer las instalaciones para la extracción, el procesamiento, el transporte, entre otras cosas (<http://www.sonami.cl/files/presentaciones/215/02.%20Desarrollo%20de%20un%20Proyecto%20Minero.pdf>).

currentes expresan que, con la finalidad de salvaguardar el medioambiente, se instruyeron por medio de las resoluciones de calificación ambiental, que indica diversas acciones tendentes a amparar los recursos hídricos de la zona y, en particular, los glaciares del lugar, ya que la empresa minera no cuenta con las obras, o mecanismos de mitigación medioambiental que señala, puesto que dichas acciones tendentes a proteger las aguas del lugar no se encuentran terminadas, o bien no están funcionando o no se encuentran autorizadas. Para avalar sus dichos, hacen presente el Informe Técnico de la Dirección General de Aguas de Atacama, de abril de 2012, que da cuenta que el sistema de aguas de no contacto representa un retraso equivalente a un 25% de las obras aún en desarrollo. Estiman que la falta de las faenas de mitigación han afectado gravemente los recursos hídricos, esto es, los ríos Estrecho y El Toro.

4) Detectaron la disminución del curso de agua debido a su uso en las faenas y el deterioro y afectación de los glaciares Toro 1 –de naturaleza binacional–, Toro 2 y Esperanza. Agregan los comparecientes que, de los diversos actos administrativos que acompañan se advierten los incumplimientos al Plan de Monitoreo de Glaciares por parte de la empresa demandada, la falta de información y antecedentes por parte de la minera al respecto, y el carácter grave de esta situación, cuestión denunciada.

Por otra parte, los recurrentes estiman que la actitud de la Comisión de Evaluación Ambiental, co-recurrida en autos, es censurable ya que hasta el momento no ha fiscalizado, sancionado ni tomado medidas para detener las actividades ilegales de la compañía recurrida, lo que a juicio de los reclamantes, constituye una omisión grave e injustificable que se ha intentado enmendar recién con un proceso de sanción administrativo tardío sin adoptar las medidas cautelares o preventivas tales como ordenar la paralización o suspensión de todo o parte de las faenas o actividades ejecutadas en contravención a la ley, de conformidad a la Ley N° 19399, Ley N° 19800 y al deber constitucional y legal que tiene, como órgano del Estado de cautelar la preservación del medio ambiente previniendo los impactos ambientales antes que ellos se produzcan. Demostrando la Comisión una actitud pasiva en contra del principio de prevención que gobierna la legislación medioambiental.

Frente a los hechos antes detallados, la Corte de Apelaciones de Copiapó parcialmente acogió el recurso de protección contra Minera Nevada SpA y en consecuencia ordenó a la compañía: 1) mantener para-

lizada la construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas, así como las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la Superintendencia del Medio ambiente; 2) iniciar el procedimiento administrativo de revisión de RCA para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas del proyecto ha variado sustancialmente; 3) presentar toda la información relativa al plan de seguimiento y monitoreo de glaciares, entre otras cosas. La Corte rechazó la pretensión contra la Comisión de Evaluación Ambiental.

La sentencia indicó que «del mérito de los antecedentes recopilados, es posible colegir indubitadamente, que en la especie existe una ‘amenaza’ seria a los recursos hídricos»²¹. Específicamente indicó que se había constatado que la empresa ejecutante no había construido adecuadamente la infraestructura necesaria para el tratamiento de aguas, que no había implementado correctamente las acciones tendientes a mitigar y controlar el material particulado derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, por lo que *per se* constituía una amenaza a los recursos hídricos del lugar, y advirtió que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantenían una capa de material particulado de algunos centímetros de espesor lo que generaba un riesgo de daño ambiental que debía cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional (considerandos 7°, 8° y 11° de la sentencia). Así, la Corte de Apelaciones ordenó la paralización de la construcción del proyecto, estableciendo una serie de condiciones para la reanudación de las actividades, por haberse comprobado incumplimientos de la empresa a las previsiones contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) n° 24/2006, que constituye la norma medioambiental que rige específicamente la actividad en el país vecino, y por considerar que existía una amenaza seria a los recursos hídricos ubicados en la zona (sentencia del 15 de julio de 2013).

²¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó. Fallo: 5339-2013. 25 de septiembre de 2013 Tercera Sala (http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos_suprema/muestra_doc.php?docid=89478&row_id=&count_basica=2&basica=pascua=%20p%E1scua=%20pa).

La decisión referida fue luego confirmada por la Corte Suprema de la República de Chile con fecha 25 de septiembre de 2013, en ella se pide que se acoja el recurso y se ordene: 1) a la Compañía Minera Nevada SpA, la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua-Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación Ambiental de la Ley 19.300 y las demás que se establezcan destinadas a garantizar los recursos naturales amenazados; 2) a la Autoridad Ambiental, adoptar todas las medidas administrativas necesarias para el adecuado restablecimiento del estado de derecho garantizando el derecho de los afectados y 3) la revocación de la CA, debiendo ingresar el proyecto a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental –conforme el art. 25 quinquies de la Ley 19.300– el cual deberá realizarse de acuerdo a la legislación actualmente vigente, debiendo incluir en la consulta a los pueblos originarios conforme se ha establecido en el Convenio N° 168 de la OIT; 4) En la vista de la causa, se agrega que la sentencia en alzada estableció que uno de los incumplimientos de la RCA N° 24 consistió en haber ejecutado obras que nos estaban previstas en la mencionada resolución, que califica favorablemente el proyecto, por lo que estas obras, necesariamente, debían ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental a efectos de determinar su procedencia. Como se observa, las peticiones de los actores expresadas en su apelación, rebasaban considerablemente el petitorio de su acción cautelar, pues, en definitiva, lo que pretendía es que la Corte revoque la resolución de su calificación ambiental, lo que no fue solicitado en el recurso.

Muy por el contrario, en él se pidió que se acoja el recurso y se ordena a la empresa que cumpla con los compromisos adquiridos ante el Sistema de Evaluación Ambiental, que precisamente son aquellos previstos en la RCA N° 24, cuestión que ha sido íntegramente concedida por la sentencia en Alzada, la que además ha decretado en el punto 2 una medida no requerida expresamente, al haber detectado un riesgo para los recursos hídricos en relación al cambio de la metodología de medición de las muestras que se obtienen.

En virtud de la competencia conservatoria, la Corte estaba en condiciones de adoptar todas las medidas que estime conducentes para otorgar la debida protección a quienes han visto amagados sus derechos constitucionales previstos en el art. 20° de la Constitución Política de la República de Chile. Lo cierto es que no se puede perder de vista

que esta acción constituye una medida de tutela urgente consagrada para dar remedio pronto y eficaz a los atropellos que sufra el ciudadano en sus derechos constitucionales producto de una acción u omisión que a todas luces sea ilegal y arbitraria.

VI. Proyecto minero binacional: normativa específica aplicable

Pascua-Lama es el primer proyecto minero binacional, en el que las obras y actividades de ambos países se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado entre ambos estados, el Protocolo Complementario del Tratado de Integración y Complementación Minera aprobados por ley 25243 y el Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero Pascua-Lama.

En cuanto a los alcances del tratado, constituye un marco jurídico que regirá el negocio minero dentro de su ámbito de aplicación y tiene por objeto permitir a los inversionistas de cada una de las Partes participar en el desarrollo de la integración minera que las Partes declaran de utilidad pública e interés general de la Nación.

El objetivo es permitir el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura contemplado en el respectivo Protocolo Adicional Específico, sin discriminación alguna, en relación con la nacionalidad chilena o argentina de los inversionistas. Para esto se prevén mecanismos de control por ambos Estados partes (artículo 6. Facilitación Fronteriza).

Establece normas diversas sobre aspectos tributarios y aduaneros, regímenes promocionales aspectos laborales, inversiones entre otros. En materia medio ambiental, el artículo 12 de la ley 25243 y el 46 del Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero Pascua-Lama disponen: *«Las Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en la Argentina, según corresponda»*. Este artículo posibilita que cada país aplique sus normas medio ambientales vigentes y pertinentes en el área minera –v. gr. Ley 24585 de protección ambiental para la actividad minera, incorporada en el título XIII del Código de Minería, Ley 25675 de presupuestos mínimos y en el caso de la provincia de San Juan la ley n° 6571 de evaluación de impacto ambiental y el decreto provincial 1815 que prevé la creación de una comisión interdis-

ciplinar de Evaluación de Impacto Ambiental para el proyecto Pascua-Lama, la ley 26688 de glaciares, entre otros— y no solamente en lo relativo a Impacto Ambiental, respetando la normativa de cada país parte. Del lado chileno la ley 19300, la Constitución Política, etc.

Continúa señalando: *«las Partes promoverán el intercambio de información relevante, que tenga relación con los principales efectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias, comprendidas en el presente Tratado»*. Esto es lo que posibilita al Tribunal solicitar información a las empresas mineras, el estado provincial y el Nacional sobre todo lo actuado de conformidad con lo que establece el Tratado y en vista de la paralización de las actividades del lado chileno y de la comprobación de irregularidades.

Esta última parte del artículo activa el principio de cooperación antes mencionado, por tratarse de un proyecto binacional que comparte recursos naturales, siendo el más controvertido el recurso hídrico al que ambas normativas le dedican un artículo en el que estipulan qué normas rigen el recurso hídrico compartido²².

VII. Conclusión

El caso «Vargas», instado por un vecino de la ciudad de San Juan, en su calidad de «afectado», es un claro reflejo de la actuación proactiva por

²² Art. 14 de ley 25243 *Recursos Hídricos Compartidos: La utilización de los recursos hídricos compartidos, para todos los efectos del presente Tratado, deberá llevarse a cabo de conformidad con las normas de derecho internacional sobre la materia y, en especial, de conformidad con el 'Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas' de 26 de junio de 1971, del 'Tratado sobre Medio Ambiente' entre la República Argentina y la República de Chile firmado el 2 de agosto de 1991 y del 'Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos' entre la República Argentina y la República de Chile de la misma fecha. Artículo 44 del Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero Pascua-Lama. De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 6 del Tratado, se entenderá que 'las Partes' permitirán a los inversionistas de una y otra, el uso de toda clase de recursos naturales necesarios para el desarrollo del negocio minero, comprendiéndose en este concepto los recursos hídricos existentes en sus respectivos territorios, aunque no tengan la calidad de recursos hídricos compartidos, cuyo acceso se concederá dando pleno cumplimiento a la legislación interna del país en que se encuentren dichos recursos.*

parte de la Justicia en casos ambientales, por la naturaleza del bien jurídico protegido, en relación a un posible daño ambiental que debe ser evitado aun cuando no haya certeza científica sobre el riesgo que la actividad minera puede causar en la salud o en el ambiente. Precisa de la toma de decisiones de manera anticipatoria y preventiva-precautoria. Esto se advierte en la actuación de la Corte, en virtud de la aplicación de los principios de la Ley General del Ambiente, que fundamentan sus resoluciones vinculadas a los pedidos de informes sobre actuación de las empresas mineras y de la provincia de San Juan, en calidad de autoridad concedente del proyecto minero binacional «Pascua-Lama» –primero en el mundo por sus características, que se rige por un marco jurídico propio–, sin perjuicio de que no se ha manifestado en relación a su competencia.

Los incumplimientos detectados por parte de la empresa minera que lleva a cabo la explotación de dicho proyecto del lado chileno, determinó que la Corte Suprema de la República de Chile y antes la Corte de Copiapó ordenen la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua-Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación Ambiental, se dé participación y se escuche a todas las comunidades indígenas que vayan a ver afectadas en forma positiva o negativa por la explotación de este proyecto minero y además se establezcan medidas destinadas a garantizar la protección de los recursos naturales amenazados, alguno de ellos compartidos con nuestro país.

Bibliografía

- Acuerdo de Complementación Económica N° 16 entre la República Argentina y la República de Chile.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile –www.leychile.cl– documento generado el 28-oct-2013 (<http://www.leychile.cl/N?i=30667&f=2010-11-13&p=>).
- CAFFERATA, Néstor, *Los principios y reglas del Derecho Ambiental* (<http://aulavirtual.upsjb.edu.pe/Downloadfile/Docente/AMBIENTE.pdf>).
- , *Principios del Derecho Ambiental* (www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html).
- , *Perfil del Juez* (<http://web.pnuma.org/gobernanza/documentos/jurisprudencia%20ambiental/Perfil%20del%20Juez.pdf>).

- Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (web pdf).
- Corte Suprema de Justicia. 24/04/2012, «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental». V 175.XLIII.ORI
- Corte Suprema de Justicia. 27/08/2013. «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental». V 175.XLIII.ORI
- Corte Suprema de Justicia. 01/09/2015. «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental». V 175.XLIII.ORI.
- Corte Suprema de Justicia., 26/03/2009. «Salas Dino y otros v. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo», S.1144.XLIV, originario. Fallo: 5.339-2013.-25 de septiembre de 2013 Tercera Sala (http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos_suprema/muestra_doc.php?docid=89478&row_id=&count_basica=2&basica=pascua=%20p%E1scua=%20pa).
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=inicioConsulta>).
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Dir.) *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner, Córdoba, 2008 (<http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/ZDPrincipioprecaucion2-1.pdf>).
- Encíclica *Laudato Si'*: sobre el Cuidado de la Casa Común, Buenos Aires, Editorial Santa María, 2015.
- ESAIN, José, *La distribución de competencias Nación-Provincias en Materia Ambiental*.
- , *El Principio de Precaución en Argentina* (http://www.academia.edu/8225577/Principio_de_precauci%C3%B3n_para_Joinville).
- LOUTAYF RANEA, R. G., SOLÁ, Ernesto, «Competencia en materia ambiental: recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales», *La Ley, Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, 2012, mayo.
- MORALES LAMBERTI, A., NOVAK, A. *Instituciones de derecho ambiental*, Córdoba, M.E.L. Editor, 2005.
- Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero «Pascua- Lama».
- SALINAS ORDUZ, N., YEPES UPRIMNY, R., *Documento de consultoría para el proyecto Amazonia posible y sostenible. El principio de precaución y la Amazonia*, CEPAL. Bogotá, Colombia, mayo 2012, págs. 4 y 5.

