

SE PRESENTA COMO AMIGO DEL TRIBUNAL

Sres. Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

BEATRIZ KOHEN, en mi carácter de Presidente y representante legal de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (**FARN**), constituyendo domicilio en Monroe 2142, 1ro. "B" de la Ciudad de Buenos Aires, con el patrocinio jurídico de los Dres. Juan Martín Vezzulla (Tº 67 Fº 18 CPACF) y Andrés M. Nápoli (Tº 50 Fº 870 CPACF) en el expediente caratulado "***Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia de Chubut s/Amparo (Recurso de Hecho en Queja presentado por la demandada, Causa V 1015/2003)***", a V.E. respetuosamente me presento y digo:

I.- PERSONERÍA

Tal como surge de la copias certificadas de las actas de Asamblea Nro. 44/04 del 10 de Septiembre de 2004, y 45/04 del 29 de Octubre de 2004, que también contiene la memoria de las actividades desarrolladas por la fundación para el período 2003/2004, soy la Presidente de FARN. Asimismo, se adjunta copia certificada del Estatuto, en el que consta la representación que se ejerce en nombre de la Fundación.

En dicho carácter, solicito ser tenido por presentada y por constituido el domicilio procesal indicado.

II. OBJETO

En base a las consideraciones que *infra* se detallarán, realizo la siguiente presentación de acuerdo al instituto del *amicus curiae*, como dictamen técnico en la causa mencionada

en el encabezamiento, solicitando expresamente que se lo considere en forma previa a cualquier decisorio.

La finalidad de esta presentación es arrimar a V.E. elementos de derecho útiles para su consideración, trascendentes para la decisión del caso, en el que se debaten asuntos que resultan de relevancia institucional y de interés público.

En efecto, como representante de FARN, tercero ajeno al litigio, habiendo tomado conocimiento de la sustanciación de estas actuaciones ante este Excmo. Tribunal, y atento a que la materia debatida es de especial interés para nuestra Fundación, en tanto relaciona la preservación del ambiente y el desarrollo sustentable, me permito arrimar la opinión de nuestra fundación respecto del alcance de los conceptos aquí debatidos.

Como se analizará, resulta relevante observar la supremacía de las normas ambientales de raigambre constitucional, y la vigencia de la normativa local que desarrolla la legislación básica nacional. El derecho minero, por su parte, contiene, a raíz de las reformas a su código respectivo y a nuestra Carta Magna, disposiciones ambientales plenamente aplicables ante cualquier emplazamiento de la especie. A lo largo de este escrito, se enunciarán algunas cuestiones atinentes a la legitimación de la actora para petitionar, el cumplimiento de los requisitos fácticos y de derecho para la procedencia de la misma y nuestro aporte al respecto.

III. LEGITIMACIÓN

La figura del amici curiae (amigo del Tribunal) fue reglamentada por V.E. mediante la acordada 28/2004, poniendo fin a la existencia de eventuales dudas respecto de la

procedencia de esta presentación. De esta forma, consolidó una práctica que se venía desarrollando, en relación al ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a peticionar ante las autoridades. Asimismo, como una consolidación del compromiso con la búsqueda de la resolución más justa e integral del caso.

La norma citada permite autorizar sin más la presentación de este escrito, sujeto al análisis de los requisitos y la mención de nuestra opinión de la causa para una mejor dilucidación.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar entre los antecedentes judiciales más relevantes para la importancia de este aporte la decisión de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la "CAUSA 761. La causa se relacionaba con los hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)", y el Tribunal aceptó la posibilidad de que una ONG emitiera opiniones de "amigos del tribunal", sin perjuicio de la ausencia de previsión legal vigente. Este antecedente, refuerza el compromiso que venía adquiriendo la figura en las causas relacionadas con los derechos humanos.

También cabe mencionar, en el plano ambiental, que el pasado 13 de diciembre se realizó la presentación de un Amicus Curiae ("Amigos del Tribunal") elaborado por los abogados de FARN, en el marco de una acción de amparo que pretende obtener el correcto y adecuado funcionamiento de una planta de tratamiento de efluentes cloacales que actualmente produce contaminación a un curso de agua en la Provincia de San Luis. El amicus fue incorporado a la causa, y a una semana de la presentación del mismo, el Juez hizo lugar a la medida cautelar de no innovar intimando a la Provincia y Municipio de Juana Koslay a suspender de manera inmediata la ejecución de la obra, es decir el proyecto y ejecución de red de desagües cloacales del barrio Cerros Colorados al barrio Los Eucaliptus,

hasta que se resuelva la cuestión de fondo del amparo (autos “Simon, Eduardo y Otros c/ Poder Ejecutivo Provincial y Poder Ejecutivo de la Municipalidad de Juana Koslay s/ Amparo”, Juzgado Civil Nro. 4 a cargo del Dr. Spagnuolo).

En esta rama, de incidencia colectiva por los denominados derechos difusos, resulta esencial integrar una visión abarcativa del conflicto, producto de los diversos aportes que pueden realizarse en autos, con el valor agregado de la consolidación de precedentes en la materia, que pueden resultar de estímulo a su desarrollo a la vez que se reafirma una mayor seguridad jurídica para la comunidad.

Entre los antecedentes normativos que se suman a la acordada dictada por V.E., se encuentra la ley de procedimientos ante el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 402, B.O. de la Ciudad de Bs. As., Nro. 985, 17/7/00), que ha expresamente previsto la posibilidad de que cualquier persona se presente en calidad de asistente oficioso (*amicus curiae*), a fines de expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate (art. 22), sin limitación alguna respecto de los legitimados activos para interponer esta presentación.

Otra razón que justificó numerosas presentaciones ya desde el inicio, está dada por la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos establecida en el artículo 75 inciso 22 de la CN. Uno de los tratados a los cuales le es otorgada dicha jerarquía es la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuya adopción incluyó también la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de innegable vinculación al caso, dado se encuentran controvertidos elementos relacionados con el derecho de los habitantes a un ambiente sano).

IV.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Los requisitos esenciales para que una persona física o jurídica participe en esta calidad son: 1.- Tener una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito, 2.- Fundamentar el interés público de la causa, y 3.- Informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso.

1.- Reconocida Competencia sobre la cuestión:

La Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) fue creada en 1985. Es una reconocida organización no gubernamental sin fines de lucro, apartidaria, cuyo objetivo principal es promocionar el desarrollo sustentable a través de la política, el derecho y la organización institucional de la sociedad. Los destinatarios del trabajo de FARN son, principalmente, los decisores públicos y privados.

Las propuestas de FARN surgen desde la Política Ambiental, para que se logren modos eficientes en la definición de los ambientes deseados y posibles; desde el Derecho y la Legislación Ambiental, para que la conservación y protección del ambiente se concrete en derechos y obligaciones de todos; y desde la Organización Institucional, para que los distintos sectores asuman a través de sus entidades las tareas y responsabilidades que les corresponden en la protección ambiental.

Para el cumplimiento de sus fines, FARN posee las siguientes áreas de trabajo: Investigación y Capacitación (fomentando el estudio de los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo sustentable, la gobernabilidad y la política ambiental, la conservación y la problemática de la contaminación); Participación Ciudadana (difundiendo y promoviendo nuevas herramientas legales para que los

ciudadanos participen activamente en la defensa de sus derechos ambientales); Comercio y Desarrollo Sustentable (impulsando iniciativas que aborden las vinculaciones entre el comercio, las inversiones y el ambiente en aras de un desarrollo sustentable); e Información y Publicaciones (a través de su Centro de Información Jurídico-Ambiental y de la publicaciones resultantes de los proyectos desarrollados por la institución).

Cabe destacar que la participación de los ciudadanos es uno de los ejes principales del trabajo de FARN, porque son ellos quienes deben cumplir y hacer cumplir las leyes, consensuar políticas y destinar recursos para prevenir los problemas ambientales.

FARN es miembro de: Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), The International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Foro del Sector Social (Argentina), Red de Redes de Información Económica y Social (UNIRED), Red de Comunicaciones sobre Desarrollo Sostenible (RCDS), Alianza Regional para Políticas de Conservación en América Latina y el Caribe (ARCA), la Red Argentina de Abogados para la Defensa del Ambiente (RADA) y el Foro del Buen Ayre (Argentina).

2.- Fundamentar el interés de participar en la causa:

El carácter público de un interés está ligado a sus posibilidades de proyección sobre temas de trascendencia comunitaria. En lo que respecta a la entidad que represento, la presentación se debe a que la misma posee un interés directo en las distintas cuestiones relacionadas con la preservación del ambiente, y las graves consecuencias que puedan derivarse de una mala gestión de los recursos, en mérito a la legislación vigente.

El interés de nuestra Fundación, en tanto relaciona la preservación del ambiente y el desarrollo sustentable, nos motiva a emitir opinión respecto del alcance de los conceptos aquí debatidos. El máximo interés viene dado, asimismo por esta presentación y sus fundamentos.

En forma consecuente, esta presentación intenta llamar a consideración los derechos fundamentales que recepta el artículo 41 de nuestra Constitución, y la legislación ambiental vigente, que expresamente consagra el respeto al derecho ambiental y la obligación de actuar para su protección.

La importancia radica, en definitiva, en la posibilidad de considerar este precedente, de interés público, con la completitud que caracteriza a las cuestiones ambientales, multidisciplinarias. Al decir del Dr. Juan V. Sola, en su obra referida al Control de Constitucionalidad, “cuanto mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de las normas que son auto-impuestas y, de allí, obligatorias y legítimas”.

3.- Informar sobre la existencia de alguna relación con las partes:

Cabe destacar que la presentación del *amicus curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio ya que, si bien puede favorecer la opinión de una de ellas, nada impide la presentación en ese carácter de otra opinión en sentido contrario. Tampoco restringe o afecta el principio de economía procesal ya que la posibilidad de actuación del presentante se limita al agregado de la opinión al expediente; además los jueces no están obligados a expedirse sobre todos los puntos del dictamen ya que la finalidad de este

instituto consiste solamente en aportar más elementos para tomar decisiones de trascendencia pública.

En este caso, la fundación no posee relación con alguna de las partes, lo que garantiza que la opinión que se emite en el presente no contenga otro interés que colaborar con una mejor dilucidación del caso.

V. ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos debatidos en autos se inician con el proyecto de la firma “Minera El Desquite S.A.” (una subsidiaria de Meridian Gold, con sede en los Estados Unidos pero que, a los fines comerciales opera como una empresa canadiense) de explotar una mina de oro a cielo abierto -o potencial y posiblemente subterránea en forma parcial- mediante técnicas de lixiviación de cianuro en tanques.

Sintéticamente, podemos recordar que el emplazamiento minero en cuestión se encuentra ubicado cerca de la ciudad de Esquel, norte de la Patagonia, en proximidades de la base oriental de los Andes Argentinos. Específicamente, las actividades de explotación, procesamiento y eliminación de desechos tendrían lugar en una montaña que se eleva aproximadamente unos 700 metros al este de Esquel.

De acuerdo a informaciones del proyecto, se excavarían uno o más tajos a profundidades que oscilarían entre 180 y 200 metros aproximadamente y los desechos, relaves o colas y roca residual se depositarían en un repositorio combinado. Se calcula que el proyecto afectaría un área de aproximadamente 189 hectáreas y la vida operativa prevista para la mina es de entre 8 y 9 años.

En el mes de octubre de 2002, la compañía minera mencionada presentó ante la autoridad de aplicación el Informe de Impacto Ambiental para el proyecto minero “Esquel”, conforme a la Ley 24.585. Para la evaluación del documento presentado, la provincia de Chubut convocó a la Comisión de Evaluación de Estudios de Impacto Ambiental, ampliada con la participación del municipio de Esquel, otras reparticiones del Estado provincial y la Subsecretaría de Minería de la Nación.

A partir de allí, este establecimiento comenzó a generar incertidumbre en la población de Esquel y cercanías, y por ello los habitantes comenzaron a reunirse para rechazar el establecimiento minero, que no contaba con la evaluación de los impactos ambientales en forma completa ni había incorporado la participación ciudadana en dicha consideración. Ya para el 24 de noviembre del 2002 se produjo la primera movilización en la ciudad, y la oposición al proyecto creció.

El conflicto es entonces tratado a nivel provincial y se sanciona con fuerza de ley la Ley provincial N° 5000 (marzo del 2003) la cual se refiere a la derogación de las leyes 3866 (por la cual se adhería a la Ley Nacional de Inversiones Mineras) y la ley 4482 (Modificación del artículo 6° de la ley 3425 de Derecho de compensación minera), reestableciendo la vigencia de la ley 3598. La Ley provincial 5001 (marzo del 2003) prohíbe la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto y la utilización de cianuro y otros contaminantes en los procesos de lixiviación. Luego, mediante el decreto N° 1628/2002, el poder Ejecutivo provincial veta parcialmente dicha reforma y sanciona el decreto N° 1629/2002, donde deroga el decreto 84/1997 y designa como Autoridad de Aplicación de la ley 24.585 para las etapas de prospección y exploración a la Dirección General de Minas y como Autoridad de Aplicación para la etapa de explotación a la Dirección General de Protección Ambiental. Ambas son Direcciones dependientes del Ministerio de la

Producción de la provincia. Se fija audiencia pública sobre el estudio de Impacto Ambiental para el 4 de marzo de 2003, que luego es suspendida.

El día 5 de Febrero de 2003 se realiza una sesión del Concejo Deliberante de la que resultó una ordenanza prohibiendo el uso de cianuro en el ejido municipal, derogándose asimismo la adhesión municipal a las leyes 24.196 de Inversión Minera y 24.224 de Reordenamiento Minero y también de la ley 3866 de adhesión provincial, con el argumento de “atentar contra el perfil turístico y los intereses de la comunidad local”. Fue Votada por unanimidad. Asimismo, se facultó al ejecutivo a convocar a un referéndum popular sobre el emprendimiento minero, lo que sucede el día 7 de Febrero de 2003, cuando el intendente Williams convoca a un plebiscito no vinculante para el 23 de marzo.

El 23 de marzo se realiza el plebiscito no vinculante en el que se vota por el Sí o por el No a la mina. El No obtiene el 80% del total de los votantes. El 29 de marzo se realizó la clausura simbólica de la mina y uno de los galpones que la empresa El Desquite posee en Esquel. La movilización se hace en una caravana que alcanza los 6 kilómetros en la ruta.

En cuanto a la acción judicial, es iniciada por una vecina de Esquel con el patrocinio de dos abogados locales que militan con los vecinos autoconvocados y que con el acuerdo de la asamblea, presentan un recurso de amparo ambiental en el Juzgado Civil y Comercial de Esquel a cargo del Dr. Claudio Petris, planteando también una acción cautelar para la paralización de las tareas de la minera.

El 19 de Febrero de 2003 el Juez Civil y Comercial resuelve hacer lugar a la medida cautelar planteada en el amparo ambiental, ordenando la paralización total del

emprendimiento minero aurífero denominado Corón Esquel hasta tanto se dé cumplimiento a lo Previsto en la Ley Provincial 4032 y concordantes, es decir la realización del Estudio de Impacto Ambiental, la Audiencia Pública con las respectivas oposiciones y estudios alternativos, y finalmente la Evaluación final de Impacto Ambiental, por parte de la Autoridad de Aplicación que es la Dirección Provincial de Protección Ambiental. Asimismo, con fecha 9 de Junio de 2003 dicta sentencia sobre el fondo de la acción confirmando la medida cautelar en el decisorio y rechazando el resto del planteo de la parte Actora (en Interés Colectivo de la Comunidad de Esquel) en el sentido de ordenar la recomposición total del ambiente alterado, por considerar el Magistrado que debe ser materia de otro litigio, teniendo en cuenta la naturaleza y urgencia que rige la Acción de Amparo. Posteriormente, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut rechazó el Recurso de Queja que había interpuesto la Empresa Minera El Desquite - Meridian Gold contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, que confirmaba el fallo de 1ra. Instancia del Juez en lo Civil, Dr. Claudio Alejandro Petris.

El entorno fáctico debe dar cuenta asimismo a la publicación de sucesivos estudios (por ejemplo, el 8 de marzo se conoce públicamente la existencia de siete contenedores con desperdicios hidrocarburiíferos en Comodoro Rivadavia provenientes de Esquel, y generados por la empresa minera Meridian Gold) y a la existencia de incertidumbres, falta de información, continuas movilizaciones por el cierre del proyecto, presiones de la empresa para el apoyo del mismo, etc.

VI.- CONSIDERACIONES DE DERECHO.

A continuación se realizará un análisis legal de aquellos aspectos del caso sobre los que podemos aportar algunas consideraciones de utilidad para el Tribunal.

Existen numerosas normas aplicables al caso, especialmente la Constitución Nacional (y su artículo 41) y la Constitución de la Provincia del Chubut. También, la ley General del Ambiente 25.675, el Código de Minería y sus modificaciones, la ley 25.688 de Presupuestos mínimos de Gestión del Agua, la Ley Provincial General del Ambiente 4563 (y su decreto reglamentario), la ley provincial 4148 (Código de Aguas), la ley provincial 4032 (de evaluación de impacto ambiental) y la Ley provincial de Corporaciones Municipales 3098, entre otras.

En este sentido, merece particular atención las cuestiones que se relacionan con la aplicación del derecho minero, fundamentalmente en lo que hace al deslinde de competencias.

Tal como han reseñado María Eugenia Di Paola y Juan Rodrigo Walsh sobre la especie¹, cabe recordar preliminarmente que “La Constitución Nacional 1853/1860, consideró en forma expresa la facultad perteneciente al Congreso Nacional de dictar el Código de Minería”; “Acerca del alcance de dicha facultad, el fallo “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Mendoza y otro s/declaración de nulidad”, nos ilustra al considerar “que al conferir al Poder Legislativo de la Nación la facultad de dictar el Código de Minería, la Constitución Nacional le otorgó la atribución de establecer en su integridad el régimen legal de las minas... En relación con lo expuesto resulta pertinente destacar los siguientes aspectos: a) la mentada reglamentación de las minas puede estar contenida en el código de la materia, en las leyes nacionales que se incorporan a este o en las que lo integran, modifican o amplían, todo lo cual comporta el ejercicio

de la misma potestad legislativa del art. 67, inc. 11, que se está considerando (doctrina “Fallos”, T. 248, pag. 781; T. 250, pag.236, Rev. La Ley, T.105, pag. 507, T. 104, pag. 426); b) tal ordenamiento incluye todas las instituciones típicas y específicas de la aludida rama del derecho, con la limitación que resulta del propio texto constitucional; c) la cortapisa indicada precedentemente se refiere al resguardo de las jurisdicciones locales y a la aplicación e interpretación de las normas comunes por los tribunales federales o locales, según corresponda, lo cual debe analizarse primordialmente en función de lo establecido en el art. 100 de la Constitución Nacional. Que el régimen jurídico de las minas comprende, necesariamente, una regulación especial del dominio de éstas que presenta características peculiares, privativas en la materia”²; “Asimismo, nuestra Constitución Nacional ha explicitado en su reforma de 1994 el dominio que las provincias poseen sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio y asimismo ha encomendado a la Nación el dictado de los presupuestos mínimos de protección del ambiente. De esta forma, aún considerado que la jurisdicción ambiental es preeminentemente local, debe tenerse en cuenta el marco en el que se plantea la distribución de competencias en materia ambiental, en el cual se ve relativizada la relación entre el dominio y la jurisdicción. Frías sostiene que “... No siempre existe coincidencia entre el titular del dominio y la jurisdicción. Si esto es importante bajo cualquier régimen de descentralización, con mayor razón lo es en un Estado Federal, donde convergen hacia los fines de la Constitución el gobierno central, los provinciales y los municipales, estos últimos por delegación exigida a las provincias por la misma ley fundamental. Esa convergencia no es subordinación de las provincias al gobierno federal, pero éste tiene la misión de asegurar jerárquicamente esa convergencia”³ La jurisdicción

¹ “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, Juan Rodrigo Walsh, María Eugenia Di Paola, Editorial La Ley, Buenos Aires, Septiembre de 2000, páginas 103 a 106.

² “YPF c/ Provincia de Mendoza y otros s/ declaración de nulidad”, La Ley, 1979-C, pág. 322.

³ Cita realizada por el Dr. Daniel Sabsay en op.cit. Frías Pedro. “El Federalismo Argentino. Introducción al Derecho Público Provincial”. Desalma., Buenos Aires, 1980, pág. 169.

ambiental es preeminentemente local ... consideramos que reconocer la facultad que posee la Nación en relación al dictado de los Códigos de Fondo, no impide la aplicación del resto de las cláusulas constitucionales, que consideran que corresponde a la Nación el dictado de los presupuestos mínimos de protección ambiental y que las provincias posee el dominio originario de los recursos naturales. No se trata de reemplazar facultades de una jurisdicción con atribuciones equívocas, sino de lograr el federalismo de concertación al cual nos remite el Dr. Frías”.

En efecto, la ley 24.585 modifica el artículo 282 del Código de Minería, incorporándole un Título Complementario y estableciendo que sus disposiciones son de orden público. La modificación ratifica que la actividad minera se encuentra sujeta a las disposiciones emanadas del artículo 41 de la Constitución Nacional, cuestión que nos provee la base para nuestro análisis.

Se considera entonces la disposición contenida en el art. 75 inc. 12 de nuestra Carta Magna, que establece como atribución del Congreso de la Nación el dictado de los llamados códigos de fondo, entre los cuales contempla al de minería. Resulta claro que el constituyente ha decidido que la regulación de la actividad minera quede a cargo del legislador nacional.

Ahora bien, la reforma constitucional de 1994 introdujo importantes modificaciones en la materia, debiendo tenerse especialmente en cuenta los Arts. 41 y 124. El primero de estos artículos menciona, en su párrafo tercero, que "corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

Recurriendo a los principios generales, la división de competencias entre la Nación y las provincias surge de la

aplicación del art. 121, conforme al cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación. Es decir que la Nación posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias. Las provincias tienen una competencia general, conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación. La Constitución también establece que la competencia nacional tiene una jerarquía superior a la provincial y que en consecuencia es suprema.⁴

El análisis debe continuar con la observación de otras disposiciones agregadas por la reforma al texto constitucional. En el capítulo dedicado a los gobiernos de provincia, el constituyente ha considerado conveniente expresar que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio" (art. 124).

En esta materia entonces, más allá del dictado del Código de Minería, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de "presupuestos mínimos" para la protección ambiental, los que deberán aplicarse necesariamente en relación con el uso de los recursos naturales. Sin embargo, debe atenderse a la legislación local para el desarrollo de la protección ambiental, cuestión que ha sido integrada por nuestra constitución nacional, como se ha visto, y por la propia reforma al Código de Minería.

Seguidamente, deben considerarse entonces otros artículos que hacen a la cuestión federal y que han sido introducidos por la reforma. Todos ellos establecen de manera invariable el fortalecimiento del ámbito local. Así ocurre en materia de establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc.

⁴ "Comentarios sobre la Ley General del Ambiente" en "Presupuestos Mínims de Protección Ambiental. Recomendaciones para su Reglamentación", Sabsay, Daniel – Di Paola María E., Editorial FARN, Buenos Aires, 2003.

30), de intervención federal (art. 75, inc. 31), de régimen financiero (art. 75, inc. 2), de autonomía municipal (art. 123), de nuevas potestades provinciales (art. 124, 1º parte), etc. Todas estas cuestiones junto a las consideraciones particulares en materia de desarrollo territorial del inc. 19 del art. 75 ("nueva cláusula del progreso") nos están señalando un claro rumbo deseado por el constituyente de reforma, el que se sitúa en el camino de la recuperación del federalismo. En virtud de ello la determinación del alcance de las potestades nacionales derivadas de la expresión "presupuestos mínimos" debe hacerse con alcance restrictivo. De este modo se respetarán las "jurisdicciones locales", las que el mismo constituyente ordena que no deben ser alteradas.

De esta manera la facultad de establecer las normas ambientales de la actividad minera es nacional, así como la legislación básica en materia ambiental, pero será nacional o local la autoridad competente para el dictado de la legislación protectora del ambiente receptor, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 41 y 124, y las leyes que reglamentan su ejercicio. Ello resulta también en la consideración del régimen municipal, como se verá más abajo.

En este escenario, conforme ya hemos mencionado anteriormente por nuestra parte ("La minería sustentable del milenio", Beatriz Silvia Krom, página 417, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2000 y "La constitución de los Argentinos", Sabsay, Daniel y Onaindia, José, Errepar, Buenos Aires, 1994), "la Reforma Constitucional ha modificado el esquema general de competencias ambientales vigente hasta dicha fecha".

"La variable ambiental no es ni más ni menos que un aspecto que integra su régimen legal. Ya expresamos que consideramos que lo ambiental es una suerte de plus que se

adiciona a otras materias hasta integrarlas y de ese modo caracterizar luego de modificar muchas de las facetas que presentan las mismas: La autoridad de aplicación será nacional, provincial o municipal según cual fuere el lugar donde tuvieren lugar las actividades en cuestión. En este último caso, para la materia minera volvemos a lo establecido en el artículo 75, inciso 12, cuando establece que corresponde la aplicación de los códigos a las autoridades federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones. Mientras que para la problemática minera en general nos atenemos a lo que expresa el artículo 41, de conformidad con lo manifestado oportunamente” (“Aspectos constitucionales en materia minero ambiental. Consideraciones de un régimen jurídico ambiental para la minería en la Argentina”, Sabsay, Daniel, Editorial FARN, Buenos Aires, 1995).

Volveremos sobre la cuestión más adelante.

VI.1.- LEGITIMACIÓN

El presente amparo es iniciado por una vecina afectada por las actividades mineras detalladas en los hechos. En este sentido, la actora se encuentra plenamente legitimada para accionar en la presente causa en su carácter de afectada, de conformidad con lo establecido por el art. 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional.

La actora asume dicho carácter en virtud de ser una vecina de la ciudad de Esquel, residiendo en la zona en donde su círculo vital y sus derechos pueden resultar lesionados, aún de manera mediata, con la actividad de la minera.

En materia de derechos colectivos y especialmente en asuntos relativos al medio ambiente, la solución dada por el nuevo texto circunscribió la legitimación activa a tres sujetos de

derecho claramente diferenciados, entre las que se destaca el afectado.

Esta nueva figura que trae consigo el texto constitucional reformado ha roto los moldes clásicos de la legitimación, en donde el único habilitado para actuar procesalmente en este tipo de acciones era el afectado *directo*.

Primaba básicamente un criterio individualista y subjetivo que, de hecho, descalificaba cualquier intento de representación procesal de intereses difusos o colectivos, fueran éstos relativos o no a la cuestión ambiental.

La Corte y los tribunales inferiores en su mayor medida, sostuvieron durante décadas este criterio en materia de legitimación activa y, en la mayoría de los casos, las cuestiones puestas a consideración no eran abordadas en su fondo, so pretexto de la inexistencia de legitimación procesal suficiente.

El caso Kattan o más conocido como el de las Toninas Overas, fue el primer eslabón jurisprudencial de la transformación de ese criterio.

Recordemos que en materia de amparos, luego de la consagración jurisprudencial de la figura en los casos Siri y Kot, se sucedió un largo período pretoriano, que, concluyó, con la sanción de la ley 16986. En ese período, el texto al que hacemos referencia, puso un límite concreto y puntual a la legitimación activa. Su carácter restrictivo quedó evidenciado en la redacción del artículo quinto que expresaba: "...La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el artículo 1ro. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren,

mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público....”

De esta forma, quedó en claro que sólo estaban habilitados para actuar aquellos que demostraren un grado directo y propio de afectación de sus derechos.

Como se señalara, el nuevo Art. 43 de la Constitución Nacional introdujo la figura más amplia del afectado, la cual fue fruto de un amplio debate doctrinario.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por considerar que el afectado es quien, en forma directa, recibe el efecto del hecho dañoso o la amenaza de daño que de él deriva. Otras interpretaciones, han colegido que el afectado puede serlo tanto en forma directa cuanto indirecta, pretendiendo, con ello significar, que la legitimación activa definida por el nuevo texto era amplia e irrestricta.

Los doctrinarios que adhieren a una tesis restrictiva, entienden que la correlación del primer párrafo del art. 43 que remite a toda persona como legitimado activo para interponer amparos contra actos u omisiones de autoridad pública o de particulares que lesionen o amenacen otros derechos (no colectivos), es claramente contradictoria con la legitimación atribuida al afectado para esos intereses difusos. Así, si el convencional hubiera pretendido extender la legitimación no tendría sentido alguno el haber diferenciado los conceptos en los párrafos aludidos. Si esa hubiera sido la intención, todos los derechos conculcados, resulten o no colectivos, hubieran considerado legitimada a toda persona para la interposición de las acciones de Amparo.

Para los que avalan esta postura, el panorama se ve agravado aún más por el hecho de que pese al tiempo

transcurrido desde la sanción de la nueva constitución, aún hoy continúa vigente el texto de la ley 16986 (decreto ley), reglamentaria del Amparo. Ello implica que cualquier intento de ampliación jurisprudencial de la legitimación activa podría colisionar no sólo con la letra del art. 43 de la CN, sino además con los límites que esta ley impone que, como ya vimos, son por demás restrictivos.

Los que adhieren a una tesis más amplia, entienden que debe interpretarse conjuntamente los términos “afectado” y “derecho de incidencia colectiva”, o sea, no es necesario que la afectación recaiga en una única persona de manera directa, sino que puede recaer sobre más de una persona y hasta de de un modo reflejo. Esta interpretación ha tenido una importante acogida en la jurisprudencia y la doctrina.

Es ilustrativo, a los efectos de entender el alcances que le ha dado la jurisprudencia (en el caso que se describe a continuación la Cámara Nacional Civil, Sala D en el fallo SEILER, MARIA LETICIA c/MCBA s/AMPARO) al término afectado en materia ambiental:...”no cabe ninguna duda de que la Sra. Seiler está legitimada para reclamar por un predio que está a pocos metros de su domicilio real, ya que independientemente de lo que más adelante se dirá acerca de los derechos que la MCBA ha conculcado, no puede negarse que lo que allí acontece la afecta de modo directo. Su legitimación es palmaria pues, independientemente del interés de toda la comunidad en preservar el predio urbano en condiciones de higiene razonables, existe en la actora un interés particular en revertir el cuadro de situación descripto. Téngase presente que la Sra. Seiler, y los demás vecinos de la cuadra, son los que deben soportar diariamente la existencia del basural referido...”.

En el mismo sentido, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en autos

caratulados “Schroder, Juan c/Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/Amparo”, ha dicho:”...En cuanto a la falta de legitimación del actor se considera que su calidad de vecino de la Provincia de Buenos Aires no fue negada..., por lo cual la sentencia tuvo por acreditada esa circunstancia...Según el art. 43 de la Constitución, cuando se trata de la protección de los derechos relativos al ambiente la acción (de amparo) podrá ser interpuesta por el afectado. Esta condición se encuentra debidamente cumplida con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor. Máxime si se tiene en cuenta que dedujo una pretensión exclusivamente anulatoria con la cual no pretende, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su eventual restablecimiento...”.

También en el caso “I. M. c/Impsa y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, en el que el Superior Tribunal de Jujuy reconoció la legitimación activa de una vecina de San Salvador de Jujuy, que interpuso una acción de amparo, solicitando a la Municipalidad que disponga el traslado de una planta de disposición final de residuos, invocando para ello la defensa de los derechos a la salud, la calidad de vida y el medio ambiente. El tribunal resolvió la cuestión formulándose la siguiente pregunta: ¿cabe privar del acceso a la justicia, al sujeto individual que invocando su condición de ciudadano, denuncia la contaminación del medio en el que viene, y por el contrario reconocerles legitimación a los grupos organizados en asociaciones colectivas”?

Desde luego que ello no equivale a admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno, ya que deformaría las atribuciones del Poder Judicial, y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de

medidas cautelares. Debe existir, como en el presente, un “caso” y una vinculación de la problemática con la parte actora.

Resumiendo, tal como V.E. ha sostenido, es indudable que **“dada la importancia que reviste la prevención del daño ambiental en la actualidad, es necesario ampliar la legitimación procesal a los ciudadanos y a las entidades no gubernamentales. Ello, a fin de que tengan acceso a la jurisdicción en los casos de intereses difusos. No se requerirá para ello la producción de un daño concreto y cierto, ni acreditar la afectación de un derecho individual. Esto, a efectos de evitar que no se modifique, destruya o altere su hábitat”** (“Roca, Magdalena c/Buenos Aires, Provincia s/Inconstitucionalidad”, CS, R. 13.XXVIII-O, ED t. 164, p. 725 - Fecha 16.5.1995-).

VI.2.- JURISDICCIÓN LOCAL. AUTONOMÍA MUNICIPAL

La autonomía consiste en la facultad que tiene la autoridad para darse sus propias normas, elegir sus autoridades y administrarse a sí misma, dentro del marco de su competencia territorial y material (la autarquía, por su parte, solo comprende la auto-administración). Al respecto, la Reforma Constitucional de 1994 puso final a esta divergencia, reconociendo expresamente la naturaleza autonómica del Estado municipal (artículo 123). Claramente, la convención fijó la obligación que deben cumplir las provincias de asegurar sus regímenes municipales en forma autonómica, no dejando margen para instaurar regímenes de naturaleza autárquica⁵. Ya nos hemos referido en forma más extensa a las atribuciones constitucionales del estado provincial, por lo que en este acápite cabe refrendar las atribuciones municipales en la materia.

⁵ Conceptos extraídos del libro “Región Metropolitana de Buenos Aires. Aporte Jurídico-Institucional para su construcción”, Daniel A. Sabsay, María del Carmen García, Andrés Nápoli y Daniel Ryan, Editorial Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2002.

El concepto de poder de policía, en su sentido amplio, hace referencia a las facultades legislativas propias de los diversos niveles de gobierno para regular y reglamentar los derechos individuales reconocidos por la ley a fin de asegurar su ejercicio por todos los ciudadanos y en última instancia la concreción del bienestar general. De esta regulación surgen limitaciones a los derechos individuales, cuya aplicación le compete a la autoridad administrativa que consiste en ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales. El principio que el poder de policía tiene naturaleza local, permite afirmar que todos los niveles de gobierno (Nación, provincias, Ciudad de Buenos Aires y Municipios) son ámbitos de ejercicio del poder de policía. A partir de allí, se debe analizar la distribución del ejercicio del poder de policía en la relación provincia-municipio⁶.

En este sentido, la siguiente cuestión a analizar es que existen algunos límites que han sido impuestos por la Municipalidad de Esquel, para su autogobierno, y que deben ser revisados en cuanto a su procedencia.

Como fuera dicho, de acuerdo a los artículos 5 y 123 de la Constitución la autonomía de los municipios debe ser garantizada, por resultar el nivel de gobierno más cercano a las necesidades de la gente y con mayores posibilidades para interpretar cuestiones tan específicas y sensibles como las relacionadas con los establecimientos con impacto sobre el medio ambiente, cuestión que resulta importante para favorecer dicho régimen.

En general, no existe discusión doctrinaria ni jurisprudencial acerca de la incumbencia que le compete a los Estados provinciales y a los Municipios en materia de salud y medio ambiente. Al respecto, la normativa constitucional enseña que el dominio originario de los recursos naturales pertenece a

⁶ Idem anterior

las provincias (art. 124 C.N.), de lo que se infiere que, en principio, son las provincias quienes tienen la facultad de reglar y de ejercer el poder de policía en materia ambiental. Las excepciones a éste principio son aquellas específicamente previstas en la Constitución Nacional relativas a cuestiones interprovinciales, interjurisdiccionales entre la Nación y las provincias, territorios nacionales, y cuestiones que hagan al crecimiento armónico de la Nación (art. 75 incs. 12, 13, 15, 18, 19 y 30 y cláusula de bienestar C.N.).

En materia de derecho minero, rige el juego de competencias supra aludido. En consonancia con las disposiciones de nuestra Carta Magna (“cada Provincia dicta su propia Constitución...asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”), la Constitución Provincial establece que es competencia de los Municipios “...entender en todo lo relativo a sanidad, ...reglamentar las cuestiones vinculadas con la protección del medio ambiente y el patrimonio natural y cultural...”.

Asimismo, la Ley 3098 establece en su artículo 29 que “...corresponde a las Corporaciones Municipales entender en forma originaria en las cuestiones vinculadas a las áreas de la salud...y planificación industrial que se desarrollan en el ámbito de sus ejidos...”.

Fue en este sentido y con dichas alcances que el municipio de Esquel de declaró “MUNICIPIO NO TOXICO Y AMBIENTALMENTE SUSTENTABLE” y prohibió en su ejido municipal “las actividades industriales y mineras que empleen técnicas de lixiviación con sustancias tóxicas o cualquier otra técnica que requiera el uso de explosivos e insumos tóxicos, como asimismo técnicas que liberen en el ambiente y dejen disponibles en el mismo sustancias de cualquier índole que por

sí mismas o en combinación con otras pudieran resultar tóxicas y/o nocivas a la salud humana, al conjunto de los recursos naturales, agua, suelo, flora, fauna, gea, paisaje, fuentes de energía convencional y no convencional y atmósfera en función de los valores del ambiente”. También prohibió “la instalación, operación o funcionamiento de laboratorios de metalurgia, análisis químicos o de cualquier otra naturaleza destinados de modo principal, eventual, esporádico o aisladamente al desarrollo actual o potencial de las técnicas prohibidas en el artículo anterior” y “el ingreso, tráfico, uso, almacenamiento, comercialización, elaboración, producción, extracción, transporte de toda sustancia tóxica o explosiva incluidos en los Anexos I, II y III de la Ley Nacional 24.051”. Ratifica la importancia del Estudio de Impacto Ambiental, cuando el mismo fuera exigido por el ordenamiento legal vigente (es decir, de acuerdo a la ley 25.675 ante todo emprendimiento que pueda ocasionar un impacto negativo en el ambiente).

Cabe mencionar que el municipio también expresó su voluntad de protección al declarar “ÁREA DE PAISAJE PROTEGIDO ESPECIAL”, las zonas de cerros, cumbres y filos situados dentro del Ejido Municipal de Esquel. Recordemos que la zona resulta un valioso Patrimonio Natural de ilimitada pureza, reconocido mundialmente y de importante atractivo turístico. La zona de la provincia del Chubut donde se realiza la actividad minera objeto de la presentación de autos contiene estos recursos naturales (agua, flora y fauna autóctona, bellezas panorámicas y ecosistemas, Parque Nacional Los Alerces, Centro de Esquí la Hoya, Complejo Hidroeléctrico Futaleufú, Rios Perecí, Guanaco, arroyo Lepá, lago Esquel, lago Futalaufquen, lago Cholila, Nahuel Pan y la ciudad de Esquel, asentada sobre un pequeño valle cordillerano). Asimismo, elementos arqueológicos, paleontológicos y culturales, a tener en cuenta (“Minería: ahondando la “veta” con una medida cautelar hacia la

preservación ambiental” por Jorge E. Badino, en JA 2003-III, fascículo Nro. 12)

VI. 3.- DAÑO AL AMBIENTE

Ahora bien, analizando el encuadre general del derecho minero, la legitimación y la autonomía municipal, cabe desarrollar en este acápite las consideraciones relacionadas con la prevención del daño ambiental y sucesivamente dos de sus componentes, la participación ciudadana y la evolución de impacto ambiental.

En este sentido, resulta relevante que si el daño es una consecuencia inevitable en la actividad minera y por ello la política ambiental debe tender a prevenirlo, y en caso de no poder evitarse, su objetivo es minimizar sus efectos a los fines de la conservación (cita de E. Catalano en su “Código de Minería comentado” obrante en autos). Eso es lo que aplicó el a quo sin violar el principio de jerarquía de normas (Jorge E. Badino, ob. cit., página 86).

Todo esto nos vincula con un tema de especial relevancia en el caso, y que se une a los puntos mencionados más abajo (evaluación de impacto ambiental y participación ciudadana): El derecho al ambiente sano, que se ha conceptualizado en nuestra CN en forma amplia, introduciendo en su texto las últimas consideraciones a nivel internacional: el derecho-deber de todos los habitantes de gozar y proteger el medio en el que viven.

El Art. 41 de la CN establece la obligación de “las autoridades” (entre las que se encuentran, lógicamente, el Estado Nacional, Provincial, Municipal y sus entidades de control) de la “protección del derecho a vivir en un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y la

preservación del patrimonio natural”. Por ende, existe el deber genérico de preservar el medio ambiente, frente a la “abstención de ejecutar actos que, sin perjuicio del agente, hubieran prevenido o mitigado el daño”, ya que “tal conducta genera el deber de repararlo” (“Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A. s/ordinario”, Cámara Federal de Apelaciones, Sala II, de La Plata, 08/09/2003).

En el caso resulta directamente afectados otros importantes derechos como el derecho a la salud, reconocido por la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (cfr. art. 75, inc. 22, CN).

Ahora bien, este mandato constitucional y de pactos internacionales, se ve plasmado, en ejercicio de la potestades concurrentes establecidas por el art. 41 de la CN, por la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), emanada del Congreso Nacional, cuyo Art. 1 dispone: “la presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. ”. El Art. 3, por su parte, establece: “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta.”.

Los presupuestos mínimos de protección del ambiente incluyen la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental, que obligatoriamente dispone la normativa provincial y municipal, respecto de programas y acciones que pueden ocasionar daños al ambiente y la salud. También los presupuestos mínimos del tercer párrafo del art. 41,

reglamentados en la Ley General del Ambiente establece que se deben permitir la participación y opinión de los ciudadanos de la provincia, ya sea mediante su participación en Audiencia Pública o mediante un mecanismo semejante de control del Estudio de Impacto Ambiental.

El cometido del artículo 41 de la CN mencionado se está cumpliendo, a raíz de la sanción de las leyes de presupuestos mínimos y su desarrollo local basado en el juego de competencias constitucional. La mayoría de estas normas se aplican al caso de autos, en especial la ley 25.675, como fuera dicho. La ley 25.688, por su parte, brinda los presupuestos mínimos para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional (art. 1), y respecto de la utilización, el art. 5, comprende a la colocación, introducción o vertido de sustancias en aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento (inc. d), lo colocación e introducción de sustancias en aguas subterráneas (inc. e) y las acciones aptas para provocar permanentemente o en una medida significativa, alteraciones de las propiedades físicas, químicas o biológicas del agua (inc. i).

Por supuesto, que ello es conteste con la Constitución Provincial y la Ley Provincial 4563 (nos referimos al desarrollo local a la legislación ambiental de presupuestos mínimos a nivel nacional), que en su artículo 1 dice” La presente Ley tiene por objeto la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente de la Provincia del Chubut, estableciendo los principios rectores del desarrollo sustentable y propiciando las acciones a los fines de asegurar la dinámica de los ecosistemas existentes, la óptima calidad del ambiente y el sostenimiento de la diversidad biológica y los recursos escénicos para sus habitantes y las generaciones futuras”.

Ahora bien, hemos destacado ya que el Código de Minería ha incorporado estas cuestiones ambientales, por lo que si bien a priori el dictado del Código es una facultad nacional y solo las reglas procedimentales mineras una facultad local, la incorporación de la variable ambiental al código minero ratifican la validez suprema de la aplicación del artículo 41 de la Constitución (y sus normas de presupuestos mínimos) y las normas generadas a raíz de la protección ambiental que corresponde a los poderes locales en virtud del citado artículo, y los artículos 5, 123 y 124. Claro esta, por otra parte, que esta solución no podía darse de otro modo.

Al respecto, en el ámbito de la provincia de Chubut se han dictado varias leyes que complementan lo expuesto: 3425, 4032, 4069, 4572 y 4958, entre otras. Por su parte, el decreto provincial 1629/2002 designa al Ministerio de la Producción (Dirección General de Minas y Geología y a la Dirección General de Protección Ambiental) para la protección ambiental de la ley 24.585.

Creemos interesante reiterar aquí, por la importancia que merece el cuidado ambiental (es decir, no solo por una cuestión de armonizar el juego federal de las normas conforme a derecho sino inclusive por la utilidad intrínseca y superior de su respeto) algunos conceptos vertidos con anterioridad en “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad” (Juan Rodrigo Walsh y Maria Eugenia Di Paola, Editorial La Ley, Buenos Aires, Septiembre de 2000): “La actividad minera, por su propia naturaleza extractiva, y tratándose de recursos no renovables (al menos en la escala temporal humana), es intrínsecamente irreversible. Una mina a cielo abierto, por más medidas de mitigación que se adopten, jamás podrá restituirse a su estado anterior al comienzo de la explotación. El planteo respecto del valor estético y paisajístico, aún cuando en nuestro medio no haya alcanzado un alto grado de sofisticación, cobrará a nuestro juicio mayor incidencia

futura, acorde con la consolidación de la conciencia ambiental. Quizás el hecho de encontrarse en Argentina los yacimientos mineros en zonas alejadas del territorio y relativamente despobladas, haya sido la razón primordial por la cual no existe mayor discusión en torno a los valores estéticos, o el “valor de existencia” de un paisaje apto para la explotación minera”.

“La cuestión no reviste una importancia menor, toda vez que el concepto del daño ambiental ha sido receptado en nuestro ordenamiento constitucional y específicamente en el Código de Minería. La ley 24.585, en lo referido al daño ambiental, establece en el artículo 18 del Título Complementario que “... todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere ..” La recuperación de explotaciones agotadas, en lo estético, recreativo, además de su re acondicionamiento ambiental, ocupará, a nuestro juicio, un sitio privilegiado en la agenda de discusión de las políticas ambientales futuras. En este sentido, y a diferencia de muchas otras actividades económicas, la minería no puede optar por una localización, más o menos apta en función de sus consecuencias ambientales”.

“La redacción del Código de Minería abre dos alternativas en cuanto a la interpretación de estos dos artículos clave para la gestión ambiental minera. La primera de ellas, de naturaleza restrictiva, dará prioridad a lo establecido en el artículo 17, por cuanto, por ejemplo, una actividad que genere un riesgo para el entorno carecerá de entidad suficiente para su suspensión. La segunda interpretación, más amplia y con fundamentos en el artículo 282 reformado, tiende a incluir dentro de los condicionantes esenciales de la actividad a la protección ambiental. En esta segunda interpretación, el artículo 282 viene a complementar o ampliar la noción del poder de policía en materia minera, incorporando la dimensión ambiental a la

concepción más tradicional, atendiendo a la salubridad y seguridad. Nos inclinamos por esta segunda postura, más acorde con una interpretación armónica y sin contradicciones del Código del Minería en su conjunto, por el cual, el artículo 282 viene a completar la regla general del artículo 17". Recordemos que el artículo 17 supone la suspensión de la actividad si puede entrañar un riesgo al entorno, cuestión que es reforzada por la ley 25.675 (General del Ambiente) al imponer la evaluación de impacto ambiental PREVIA a todo emprendimiento de estas características. Esto es decir y afianzar los principios preventivo y precautorio del derecho ambiental nacional.

Retomando la cuestión competencial, hemos señalado que cabe “distinguir dos situaciones diferentes: 1) La actividad minera en sí misma se encuentra sujeta a lo establecido en el artículo 75, inciso 12, de la C.N. Compete, por lo tanto, al legislador nacional regular todo lo atinente a la minería en lo referido a las consecuencias ambientales que la actividad pueda producir; y 2) En cuanto la actividad minera produce efectos sobre otros recursos naturales, bajo la esfera de tutela de otra jurisdicción, le es aplicable la normativa ambiental local. El explotador de la mina se ubica en la posición de cualquier otro potencial contaminador, y deberá dar cumplimiento con las exigencias propias de la normativa local vigente.” (“Aspectos constitucionales en materia minero ambiental. Consideraciones de un régimen jurídico ambiental para la minería en la Argentina”, Sabsay, Daniel, Editorial FARN, Buenos Aires, 1995, pág. 35).

Analizaremos lo expuesto respecto de la evaluación de impacto ambiental y la participación ciudadana a continuación.

VI.3.a- EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es un procedimiento previo a la toma de decisiones, que sirve para identificar, descubrir y evaluar de modo apropiado los efectos directos o indirectos de un proyecto sobre: el hombre, la fauna y la flora; el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje; la interacción entre ellos; los bienes materiales y el patrimonio cultural. Por otro lado, desde el punto de vista técnico, podría considerarse como la comparación entre el estado de situación del medio ambiente antes de una intervención o instalación de un proyecto (sea urbano o rural, sea industrial o agrícola, de gran escala o de media y aún pequeña) y de la situación del mismo medio después del proyecto instalado y operando. Dicha evaluación debe ser aprobada en forma previa al inicio de cualquier emprendimiento y no puede ser suplida por informes periciales judiciales o extrajudiciales en ninguno de los alcances previstos por la normativa de evaluación de impacto ambiental.

Asimismo, completando lo hasta aquí mencionado, el prestigioso doctrinario Ramón Martín Mateo enmarca a la Evaluación de Impacto Ambiental como “un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de derecho público” (Tratado de Derecho Ambiental, Editorial Trivium, Madrid 1992).

De aquella definición, podemos extraer, continuando con Martín Mateo (Manual de Derecho Ambiental, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998), que algunas de las características de este procedimiento que explican su funcionalidad son: “prevalencia de énfasis preventivo”, esto es, con el EIA se trata de identificar los elementos de riesgo para eliminarlos, paliar su incidencia, o en su caso aconsejar el desistimiento de la acción; y “ponderación”, esto es, constituye un procedimiento de análisis de resultados, ambientalmente anticipables, de una decisión contemplada – sin que deba confundirse con ésta y sin sustituir

la responsabilidad de quien finalmente deba pronunciarse al respecto.

Vale enfatizar lo expuesto anteriormente respecto de que la Ley General del Ambiente (Nro. 25.675, Art. 4º) establece el “principio de prevención” como uno de los principios a cumplir para la interpretación y aplicación de dicha ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, implicando que “las causas y las fuentes de las problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. Es por ello que, para la consagración de aquel principio, en su Art. 11 dispone que “Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución”.

En el ámbito de la Provincia de Chubut, la reglamentación de la Ley N° 4.032 sobre EIA define a esta como el “análisis realizado por la Autoridad de Aplicación a partir de: - el conjunto de la documentación presentada por el titular del Emprendimiento (Estudio de Impacto Ambiental), - la información y estudios recabados por la misma, - las ponencias presentadas en Audiencia Pública; que conducen al dictamen final de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 4.032 y el presente reglamento.” (Art. 2 Decreto 1153/95). Asimismo, aquel decreto establece que el objetivo del Estudio de Impacto Ambiental será “...identificar y predecir el impacto de las acciones a desarrollar, y proponer medidas de atenuación y/o mitigación pertinentes”.

En este sentido, reuniendo las características mencionadas en los artículos 1º y 2º de la Ley Provincial 4.032, en cuanto a la

capacidad de degradar el ambiente, consideramos que el proyecto minero cuestionado en los presentes actuados debe cumplimentar en su totalidad con el procedimiento de EIA. La ausencia de EIA no puede ser subsanada con la realización de otros estudios que puedan darse en el futuro y con anterioridad a la puesta en marcha de la actividad productiva, precisamente porque el núcleo central de la decisión radica en los efectos de la explotación minera y su prevención/mitigación.

Como primera conclusión de lo hasta aquí expuesto, el no adoptar el procedimiento de EIA, de por sí implica una serie de daños, los que no son precisamente daños ambientales, sino violaciones al principio de prevención ambiental. En este sentido, García Minella, en opinión vertida en causa citada por el tribunal, “Almada c/ Copetro” (sent. del 19 V 1998, publicada en J.A. 1999 I 259) mencionó que: “Por ello debe asignarse a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable...”

A su vez, José Alberto Esain (“Derecho Ambiental - Su actualidad de cara al tercer milenio”, Ed. EDIAR, 2004), refiriéndose al procedimiento administrativo preventivo ambiental indica que “jurídicamente, el punto más importante en este aspecto es que cuando hablamos de prevención en medio ambiente no nos referimos a daños ciertos que ya se hayan concretado, sino de posibles daños futuros. La prevención implica la posibilidad de estudiar - a partir de la experiencia científica pasada en relación a los impactos de determinadas actividades sobre el medio - pudiendo predecir los potenciales agravios, antes de que se produzcan.”

Según Germán Bidart Campos (“El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar. Buenos Aires. 1995”) no es necesario que se acrediten los clásicos daños, pues el menoscabo surge de que no se haya completado el procedimiento de EIA y se haya iniciado o continuado con la actividad o se haya falseado su información o que se incumpla con la DIA (simil CAA), es decir: “la falta de prevención ambiental, que es quizá el aspecto más importante del derecho reglado en el art. 41 de la Constitución Nacional”. De allí que si la actividad se ha comenzado a ejecutar sin procedimiento de EIA completamente aprobado, se estará violando de manera arbitraria la manda constitucional, y así su fuerza normativa.

En cuanto a la suspensión de la actividad llevada a cabo sin haber cumplimentado el procedimiento de EIA, la Sala 2^a, Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata en el caso “Yane, Salvador Alberto c/ Municipio General Alvarado s/ Materia a Categorizar”, de fecha 19/08/03, mencionó que: “De acuerdo al derecho vigente debería existir una declaración de impacto ambiental que aquí no se ha obtenido, por lo que bien podría calificarse al accionar del municipio como ilegal y lesivo de un derecho reconocido expresamente por los textos constitucionales, y que requiere una urgente cesación (argto. Art. 321 del CPC)”

Ya con anterioridad a la reforma contitucional de 1994, en el comentado caso “Katan A.E. y otro c/ Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo) s/Amparo” (LL, 1983-D p. 582), la justicia nacional comenzó a exigir como requisito previo a una actividad con potencial depredatorio para el ambiente, un estudio científico, argumentando el magistrado interviniente, Juez Garzón Funes (en el caso, para declarar nulas las resoluciones que otorgaban determinados permisos de pesca), la falta de estudio previo al permiso de captura, es decir la falta de

prevención ambiental, no exigiendo a los amparistas que acrediten daños, ya que el agravio es la falta de estudio científico.

Por último, señalamos que en autos “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrolla Sustentable s/ Recurso de Hecho” (CSJN, 11/07/02), V.E. sostuvo que “... constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional.

En definitiva, existiendo un estudio de impacto ambiental no aprobado, incompleto, sin participación ciudadana, consideramos que el comienzo de los trabajos resulta improcedente. Dicho estudio, y su aprobación en un marco de participación ciudadana, no puede ser suplido por informes periciales o manifestaciones unilaterales que no logren revertir la incertidumbre que generan proyectos como el de la especie, cuestión que ha ameritado expresamente procedimientos complejos como los de evaluación de impacto ambiental.

Esto es porque los impactos pueden resultar de diversa índole ya que los factores o parámetros que constituyen el Medio Ambiente pueden verse afectados en mayor o menor medida por las acciones humanas: a) Factores físicos – químicos; b) Factores biológicos; c) Factores paisajísticos., d) Factores sociales,

culturales y humanos, e) Factores económicos, entre otros. Sin entrar en detalle excesivo al respecto, ya que la causa contiene información considerable en tal sentido, entre los impactos en especial, podemos mencionar que debe evaluarse el procedimiento para la Extracción (Problemática de la extracción a cielo abierto, que constituye un uso temporal de los terrenos y es necesaria una restauración posterior para evitar que las áreas abandonadas queden en situación de degradación, sin posibilidad de utilización. En efecto, responder al interrogante de qué se hará tras el cierre), Hundimiento del suelo (incluye materiales rocosos permeables junto on las aguas subterráneas contenidas en ellos. Existe objetivos para prevenir, evitar y minimizar impactos irreversibles), residuos peligrosos generados (conforme la ley 24.051), Impacto paisajístico (como minimizar el impacto en zonas de fragilidad), Impacto por ruido o vibraciones, Drenaje ácido, Impacto sobre las aguas (por erosión sedimentación o por contaminación química), Impacto sobre fauna y flora (cuanto más alterada se vea la vegetación, más se vera afectada la fauna, por lo que se imponen las medidas de conservación, la fijación de estándares (tipos de contaminación) y la reglamentación del cierre de minas que se hará), etc.

Más allá de la participación en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental y su aprobación, estimamos que el Estudio de Impacto Ambiental del denominado Proyecto Esquel fue preparado para Minera El Desquite S.A. por Vector Engineering, Inc. (Octubre de 2002) sin responder a numerosos interrogantes que interesan al público (mencionados principalmente en la acción y por diversas presentaciones de terceros) a los que nos remitimos.

Esto implica que el considerar incumplido el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, debe necesariamente ocasionar la suspensión preventiva de toda actividad con impacto en el ambiente hasta tanto se cuente con

certeza respecto de los mismos y la forma de mitigarlos, todo ello en el marco del debido control y la participación ciudadana.

VI.3.b- PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La participación ciudadana comprende el proceso mediante el cual se integra al ciudadano, en forma individual o colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones que afectan algún ámbito de la esfera pública, sea en lo político, económico, social o ambiental.

Como se ha sostenido desde nuestra fundación, la participación ciudadana alcanza al conjunto de relaciones que un individuo tiene con el Estado, de manera directa o indirecta, e involucra todos los mecanismos que implican hábitos sociales de control, discusión, negociación, conciliación e incidencia en las políticas públicas en general.

Debemos destacar que los tratados internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional, reconocen diversos mecanismos de participación pública. En este sentido, el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos), reconoce en su Art. 23 el derecho de participar en los asuntos públicos, mientras que el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en su Art. 25 hace lo propio en relación con el a que tienen los ciudadanos para participar en la discusión de los asuntos públicos.

Con ello, se pretende el logro de un ejercicio del poder más justo y equitativo y un mayor involucramiento de los mismos en los asuntos públicos. La evaluación constitucional de este siglo aconseja que la participación de los habitantes de la comunidad política en el proceso de toma de decisiones “no debe limitarse al voto para la elección de sus representantes, pues se genera la consideración del gobierno como algo ajeno a la

ciudadanía y se diluye la relación entre las decisiones colectivas y la voluntad de los afectados”⁷.

Ahora bien, en materia ambiental la Ley Nro. 25.675 (Ley General del Ambiente) resulta suficientemente clara, más allá de la normativa provincial citada en la causa, para la obligatoriedad de la participación ciudadana en la consideración de los proyectos que tengan incidencia sobre el medio ambiente.

Al efecto, incorpora un acápite especialmente dedicado a la Participación Pública. Siguiendo los postulados establecidos por el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro, su artículo 19 establece “..... el derecho de toda persona a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”.

Asimismo y de manera correlativa, dispone el deber de las autoridades de “institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas, como instancias obligatorias y previas para la autorización de actividades que puedan generar efectos negativos o significativos para el ambiente”.

Si bien la ley nombra a la Audiencia Pública como uno de los mecanismos de participación ciudadana, no se restringe solamente a la misma, sino que deja abierta la posibilidad de establecer otro tipo de procedimientos que se adapten a cada situación particular. Sin embargo, al nombrar expresamente a la audiencia pública, la erige en un instrumento clave para la canalización de la participación.

En el ámbito local, esto es reforzado por el artículo 6to. de la ley 4032 y el artículo 17 del Decreto 1153, así como también el artículo 3ro. de la ley 4563.

⁷ “La constitución de los Argentinos” Sabsay-Onaíndia, Editorial Errepar, 5ta. Edición, Buenos Aires,

A título ilustrativo, cabe recordar que este tipo de modalidad de participación, fue introducido en la Argentina por el ambientalismo, precisamente como garantía para una participación pública ordenada. En este sentido, en el año 1984, a inicios del regreso a la democracia, el Senado de la Nación celebró a título demostrativo la primera audiencia pública, a raíz de la necesidad de determinar su competencia en el control de la contaminación del Río Reconquista, un curso de agua situado en la Provincia de Buenos Aires. A partir de allí, el mencionado instrumento fue desarrollándose en cada una de las jurisdicciones, y a nivel federal se incorporó en la Ley de Obras Hidráulicas y en otras que regulan la concesión de los servicios públicos.

Pese a que este tipo de procesos, tal como han sido concebidos en nuestro sistema, no posee carácter vinculante, la LGA, siguiendo la línea establecida por el Convenio de Aarhus, impone a la autoridad la obligación de fundamentar las desestimaciones de las opiniones que los participantes hayan expresado en la Audiencia

En consonancia con lo dicho, la norma dispone que la participación “deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

Más allá de expuesto, al igual que lo que sucede con la información ambiental, la LGA establece que la política ambiental nacional deberá cumplir con el objetivo de “fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión”

Ahora bien, no ha existido en autos la debida participación ciudadana, inclusive en el caso de ocupaciones de Comunidades Aborígenes Prane y Nahuelpan, especialmente afectadas.

Por ello, creemos que la idea que los ciudadanos sólo actúan cuando se trata de elegir a los gobernantes, principio básico de la democracia representativa (“el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”), se percibe como insuficiente para hacer frente a las complejidades de la vida moderna, que cada vez con más fuerza plantea la necesidad de un rol activo de la población en las cuestiones públicas.

La participación ciudadana es una garantía democrática de considerable magnitud, tomada inclusive como medida del grado de desarrollo democrático de una nación. Como sostenía Miguel Angel Ekmekdjian, “La participación de un pueblo en la cosa pública no debe limitarse a la emisión periódica del sufragio. Hoy más que nunca es necesario que el ciudadano asuma su responsabilidad de participar, ya sea en forma personal o a través de las instituciones intermedias”.

En efecto, en el caso que nos ocupa, y tal como sostiene Gibson, las comunidades requieren información para la toma de decisiones acerca de las actividades mineras. Los miembros de ella experimentan impactos debidos a la explotación minera, intrínsecos a la operación de una mina, que consisten en un probable incremento del costo de vida y un aumento de influjo de personas extrañas a la comunidad, más allá de los temas ambientales. Sin embargo las comunidades son frecuentemente vistas por los ejecutivos de las empresas como la parte menos importante a la que deben reportar sus actividades. Tanto las

corporaciones como los gobiernos deben obtener el consentimiento de las comunidades afectadas por la minería.⁸

Por último, resulta de especial relevancia al caso, más allá de la normativa aplicable analizada de suficiente validez, la consideración y reconocimiento del informe del BSR (Business for Social Responsibility), de Agosto de 2003, una organización internacional sin fines de lucro que se dedica a ayudar a las empresas que la integran a alcanzar resultados exitosos respetando los valores éticos, las personas, comunidades y el medio ambiente (www.bsr.com).

Las conclusiones a las que arrija el estudio resaltan principalmente que:

- No existió información compartida y de una comunidad transparente entre la firma Meridian y la comunidad y
- Nunca existió diálogo o participación respecto de los objetivos de la mina.

En resumen, cabe destacar que la falta de participación e información fue especialmente relevante respecto del Estudio de Impacto Ambiental (fojas 6 del informe). La audiencia pública oficial que la empresa había acordado celebrar en virtud de la ley ambiental de la Provincia de Chubut se postergó reiteradamente y nunca se llevó a cabo (fs. 8).

Respecto de las preguntas no resueltas por Meridian, se hace especial hincapié en la información inadecuada sobre el cianuro, el uso de químicos peligrosos, la calidad y disponibilidad del agua, el drenaje ácido de roca y el cierre de la mina.

⁸ Gibson, Ginger. Community Information Needs: Access to Information Through the Mining Life Cycle. Working paper prepared for the MMSD Workshop on Access to Information. IIED. World Business Council for Sustainable Development. November 2001.

El informe fue pedido y receptado por la firma Meridian, tal como surge de su página web (http://www.meridiangold.com/pdf/08-11-03_Response-English.pdf)

VI.4.- DAÑO A LA SALUD

La última de las cuestiones a analizar por nuestra parte se relaciona con el derecho a la salud de los ciudadanos, ya que gran parte de los temores que despierta la actividad minera surgió a raíz del desconocimiento del estudio de impacto ambiental y la imposibilidad de la participación ciudadana a su respecto, creciendo el temor por los efectos que este proyecto en particular pueda tener sobre la población.

Los temores que en general despierta toda actividad minera (y que el estudio de impacto ambiental debe despejar) se relacionan con el proceso productivo en sí y el cierre posterior de la mina.

Si bien la minería ha sido justificada por razones geopolíticas, prácticas y por el alegado “rasgo de la utilidad pública” (Martinoli, Jorge E. “Los derechos difusos y el derecho procesal minero”, JA del 18/1/1989, Nro. 5603, p.1), ello no implica que no haya que tener un cuenta los pasivos ambientales que deja la actividad minera. Este resulta, por caso, uno de los problemas más graves que enfrentan países como Australia y Sudáfrica, de larga trayectoria minera (Jorge E. Badino, ob. Op. citada). Al respecto, el Diario La Nación salió publicado un artículo en el que Germán Sopena mencionaba los riesgos de ciertas prácticas mineras, considerando por ejemplo que “luego de veinte o treinta años de explotación, la mina de Bajo de la Alumbrera habrá producido un hoyo comparado al de la otra gran mina a cielo abierto de América, la de

Chuquicamata, en Chile....” (Diario La Nación, 5/6/1997). En caso de Esquel, el yacimiento se encuentra cercanos a la población y a ecosistemas muy preciados, lo que constituye un importante agravante a esta preocupación.

Ya hemos expuesto algunas de estas cuestiones en “Consideraciones de un Régimen Jurídico Ambiental para la minería en la Argentina” (Editorial FARN, Buenos Aires, 1995) y sucesivos trabajos, tal como se ha mencionado más arriba: La industria minera está catalogada como una de las actividades industriales más contaminantes. En cada fase genera una serie de impactos en la salud del ser humano.

Se ha mencionado en autos que durante toda la actividad minera se generan sustancias tóxicas, algunos de ellas asociadas en la roca, otras utilizadas para la separación de los minerales: Estas sustancias son difundidas al ambiente y se acumulan en el organismo humano ocasionando envenenamiento o intoxicación, obstaculizando el metabolismo normal.

En concentraciones elevadas ocasionan la muerte, tanto del trabajador, como de los habitantes de las comunidades colindantes a una mina. Entre las sustancias tóxicas presentes en la minería tenemos: los polvos de sílice, plomo, boro, cadmio, arsénico, mercurio, azufre, cianuro y otros metales pesados que al contaminar el ambiente se acumula en aves, mamíferos, alimentos de la agricultura, etc. De ésta manera se incorporan a la cadena alimentaria.

Entre los efectos, podemos resumir lo siguiente:

- 1.- En el inicio de la explotación del mineral se requieren miles de toneladas de dinamita, con el objeto de romper la roca y poder trasladarla a la planta para su trituración. La dinamita,

en consecuencia, emana altas concentraciones de nitratos y monóxido de carbono provocando a los trabajadores y pobladores que están en su alrededor graves impactos en la salud, como vómitos, asfixia, decaimiento, irritación del tejido pulmonar, decaimiento, pérdida de la conciencia y muerte. Se puede agregar en esta etapa la presencia de polvo.

Todos ellos procesos que deben analizarse, en cuanto a su producción, su mayor o menor medida, las vías de mitigar los efectos, etc., a la luz de las consideraciones vertidas en anteriores capítulos.

2.- En el proceso de explotación de una mina hay varias operaciones en las que se generan polvo por el desprendimiento de partículas sólidas que quedan suspendidas en el aire. Se puede citar: Polvos de sílice (que al ser respirado conlleva la pérdida de la elasticidad y permeabilidad de la pared alveolar de los pulmones, obstruyendo el normal intercambio de oxígeno y salida de dióxido de carbono, entre otros efectos) que inclusive conlleva en ocasiones el uso de grandes cantidades de agua, que posteriormente son arrojadas a los ríos o lagunas contaminándolos con un alto grado de metales pesados como azufre, cromo, cadmio, boro, etc. y otros contaminantes; cadmio (que puede producir irritación de las vías respiratorias, toxicidad pulmonar y bronquitis, entre otros efectos); mercurio (que puede provocar intoxicación aguda o crónica); el cianuro (asociado a los procesos de extracción del oro a gran escala, el cianuro se dispersa en el ambiente y se transporta a grandes distancias del sitio de origen, donde puede convertirse en un tóxico celular); azufre (que normalmente produce irritación de las mucosas y las conjuntivas); arsénico (un metal pesado que no se degrada y puede causar irritaciones en la piel, las vías respiratorias, daños hepáticos y renales, a nivel del sistema nervioso, etc.) y otras sustancias tóxicas.

No es nuestra intención abundar en la consideración científica de las características, sino llamar la atención sobre la incidencia en la salud que puede tener la actividad minera, que justifica tomar los recaudos preventivos que exige un estudio de impacto ambiental aprobado y con la suficiente participación y control de los posibles afectados.

Entre los mencionados, es el uso del cianuro el que genera mayor preocupación en la comunidad. Considerando que tanto el cianuro como el mercurio pueden utilizarse para poner en solución al oro, de forma previa a su recuperación y que el cianuro en condiciones ácidas puede generar gas cianhídrico que es venenoso, es menester trabajar con un método que asegure un manejo responsable.

Puede brevemente resumirse, de todo lo expuesto en esta presentación, que en el caso que nos ocupa, existe un deber de actuación en cumplimiento de los principios ambientales de prevención y precaución previstos en las normativa vigente, en tanto resulta imperioso evitar cualquier tipo de actividad del hombre que pueda alterar de manera significativa e irreparable el medio ambiente, hasta tanto se de cumplimiento a la aprobación del EIA conforme lo señalado más arriba. Ello, mediante el cumplimiento de la totalidad de sus pasos legales.

Si consideramos el peligro que toda actividad minera conlleva de no llevarse a cabo en legal forma, podemos concluir que la falta de cumplimiento de los procedimientos regulados en base a una mínima protección, conllevan, necesariamente, a la suspensión de la actividad. Máxime cuando resulta evidente la falta de control, no sólo estatal sino ciudadana, de una actividad que los afecta directamente.

De la revisión de autos, surge a nuestro entender que por las razones expuestas a lo largo de este escrito corresponde

confirmar la normativa aplicada al caso (frente a la falta de cumplimiento de los arts. 6 y 7 de la ley 4032 y arts. 17,19 y 22 del decreto 1153/95, de conformidad con la supremacía del artículo 41 de nuestra Carta Magna y las disposiciones de la ley 25.675).

Debemos recordar, por último, que ello obedece a que en materia del derecho ambiental existe la temida gravedad de que una vez producido un daño es muy difícil, cuando no imposible, repararlo para volver la situación al estado inicial.

VII. PETITORIO

De acuerdo a lo expuesto en el presente escrito, solicitamos a V.E. que:

1) Se tenga a la FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (FARN) como *Amici Curiae* en esta causa, en los términos de la Acordada 28/2004.

2) Se agregue el presente escrito y se tenga presente este dictamen al momento de resolver la presente causa.

Proveer de conformidad y tener presente que,

SERÁ JUSTICIA