

Derecho Ambiental Medidas Cautelares Mineras Principio Preventivo

JURISPRUDENCIA

Mendoza, 24 de septiembre de 2019. Y VISTOS:

Los presentes autos N° FMZ 13033/2014/1/4/CA5, caratulados: ?INC. APELACION EN AUTOS XSTRATA PACHON S.A (HOY PACHON S.A) c/ MINERA LOS PELAMBRES s/ CIVIL Y COMERCIAL-VARIOS?; venidos de Juzgado Federal de San Juan N° 1, a esta Sala ?B?, en virtud del recurso apelación, interpuesto por la demandada, a fs. sub 164, contra el auto de fs. sub 137/142 y vta., que dispuso readecuar las medidas cautelares ambientales a las tareas llevadas a cabo en sede penal. Y CONSIDERANDO:

1) Que, a fs. sub 164, la demandada deduce recurso de apelación contra la resolución de fs. sub 137/142 y vta.. Expresa agravios, a fs. sub 166/186 y vta.. Expone que, la resolución recurrida se funda en un riesgo inexistente y conjetural sobre las consecuencias ambientales que provoca el retiro de la escombrera. Manifiesta que, el a quo desconoce arbitrariamente los efectos del Plan de Obras y el Acuerdo celebrado entre Argentina y Chile, para el retiro de la escombrera, ya que, esa decisión constituye una solución definitiva y ambientalmente adecuada para la causa. Expone que, la resolución apelada genera un dispendio jurisdiccional y de recursos innecesario e injustificado, en perjuicio de la demandada, ya que, el a quo replica las medidas ordenadas en sede penal. Sostiene que, la resolución recurrida importa una superposición de medidas jurisdiccionales sobre el mismo objeto susceptible de generar pronunciamientos contradictorios. Expresa que, la decisión de imponer las costas a la demandada resulta arbitraria, en tanto deben imponerse a la actora y, en el peor de los casos, en el orden causado. Por último solicita que se levante la medida cautelar, con costas a la actora. 2.) Que, corrido el respectivo traslado, la actora contesta, a fs. sub 182/190 y vta. y, por los motivos que allí expresa, a los que cabe hacer sucinta remisión, solicita se rechace el recurso de apelación, con expresa imposición de costas a la demandada. 3) Que, las presentes actuaciones se inician con la acción ordinaria entablada por la actora contra la Minera Los Pelambres, por la que pretende se ordene a ésta a efectivizar: el traslado, al territorio chileno, del material estéril o desecho de roca y otros desechos provenientes de la actividad de la demandada; restaurar ambientalmente el espacio que ha ocupado la escombrera en su territorio; abonar un valor locativo por el tiempo que ocupó el mismo; y abonar todos los daños y perjuicios, en especial, por la apropiación indebida del agua pluvial de la heredad de la actora. Por su parte solicita medidas ambientales preventivas. Así, el a quo ordena, el 13/03/2015, una medida cautelar genérica de cierre o aislamiento provisional de la escombrera que implica las siguientes acciones: disponer material fino compactado para minimizar las infiltraciones que pueden acidificarse al entrar en contacto con el estéril acumulado; suavizar el talud; minimizar la infiltración por medio de la nivelación de superficie de la escombrera; minimizar la escorrentía; monitorear los efluentes en los puntos críticos; y si fuese necesario implementar un sistema de tratamiento activo. El magistrado fija una caución real de PESOS UN MILLÓN DE \$ 1.000.000. Que, en sede penal (exte. 6003/2015) el a quo, el 1/12/2017, aprueba el plan de retiro de la escombrera, ordenando una serie de medidas que la demandada debe cumplir, en un plazo de 5 años (en caso de ser necesario se dispondrá un plazo de un año de prórroga). El judicante dispone como medidas, entre otras: un plan de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas; la instalación de un canal de drenaje abierto, la instalación de un canal de óxido calizo; la elaboración de un plan de recomposición de las lagunas y, un plan de reimplantación selectiva de vegas que recomponga el ecosistema afectado, entre otras. Que 12/2017, se celebra un acuerdo, por canje de notas, entre la Argentina y Chile en relación al botadero Cerro Amarillo, por el que se comprometen ambos países a realizar y autorizar todos los actos necesarios para lograr el retiro de la escombrera. 4) Que, frente al pedido del levantamiento de la medida cautelar de cierre o aislamiento de la escombrera, como consecuencia de la aprobación del acuerdo referido supra, el a quo (el 9/08/2018), decide no hacer lugar a aquél, y en consecuencia dispone readecuar las medidas a las tareas ambientales que se están desarrollando en sede penal, por una cuestión de economía procesal. El magistrado tiene en cuenta el acuerdo mencionado y, que la aprobación del retiro de la escombrera no se encuentra firme. Que la aprobación del retiro quedó firme el 15/11/2018. 5) Que, a fs. sub 22/24, la representante de Fiscalía de Estado, de la provincia de San Juan, contesta el traslado, oponiéndose al levantamiento de la cautelar de aislamiento de la escombrera. Si bien reconoce que los trabajos de retiro de los residuos han comenzado a desarrollarse, sostiene que se debe maximizar la protección ambiental. Invoca la aplicación del principio precautorio, el cual busca proteger el ecosistema en general, y el principio de no regresión, a fin de no retroceder en los niveles de protección alcanzados en esta materia, por los posibles perjuicios irreversibles que se pueden generar con la actividad de la escombrera. Por su parte destaca que, las medidas cautelares dispuestas en sede civil y penal, tienen distintas finalidades, de manera que, ambas se complementan, a fin de hacer efectivo el derecho humano a un ambiente sano. 6) Que, a fs. sub 116/124 y vta., la actora denuncia el agravamiento de la contaminación ambiental, por parte de la demandada (?las aguas de las lagunas cercanas a la escombrera indican que estas no cumplen con las normas ambientales argentinas sobre niveles de la calidad del agua,

en lo que hace al pH mínimo....?), y el incumplimiento de sus obligaciones de prevención del daño ambiental. 7) Que, ingresando a resolver las cuestiones traídas a consideración de esta Alzada, me pronuncio por rechazar la apelación impetrada por la demandada, en mérito a las consideraciones de hecho y derecho que a continuación expongo. 7.1 Debe recordarse que la finalidad que tienen las medidas cautelares se circunscribe a ?... evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable (...). Es decir que se trata de evitar la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten innocuos los pronunciamientos que den término a los litigios?. (NOVELLINO, Norberto; Citado en -Medidas Cautelares y Procesos Urgentes?, Digesto Practico La Ley, pág. 56; parágrafo 85; 1ª edición; Bs. As.; año 2001).- En este sentido ?no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente vinculadas con el reconocimiento de un derecho ulterior, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.? (cfr. MORELLO, A. ?Códigos...?, Ed. 1971, T.III, p.60, parág. C.) 7.2 Respecto de la procedencia de las medidas cautelares, la misma está condicionada a que se acredite la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; éste exige que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que el peticionario espera de la sentencia por pronunciarse, no pueda en los hechos realizarse porque a raíz del transcurso del tiempo los efectos del fallo final resulten inoperantes. 7.3 Sentado lo anterior y evaluadas las constancias obrantes en la causa, se verifica que en el caso en estudio, se encuentra en crisis la decisión sobre medidas cautelares que tienen por fin inmediato proteger el medio ambiente, esto es, un derecho de tercera generación, es decir, un derecho público subjetivo que tiene como titular las generaciones presentes y futuras. Así, la esencia de orden público que acompaña al derecho ambiental por su directa vinculación con la salud de la población, con la calidad de vida y la dignidad de la persona humana, hace que sea necesario evitar el daño antes que repararlo (a veces de imposible reparación). Por ello esta temática implica un interés público relevante, que requiere de todos los ámbitos de actuación positiva por parte del Estado. La CSJN, en materia ambiental, ha dicho que ?...un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no sólo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para la cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan (cfr. CSJN "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 4/06/2019). (La negrita me pertenece). Sentada la importancia de los bienes jurídicos afectados con la presente cautelar, cabe mencionar los principios de la política ambiental consagrados en la ley 25675, tales como el principio precautorio y preventivo, que el operador jurídico debe utilizar como criterios orientadores de sus decisiones. Así, el principio preventivo, implica que, ?Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.? Por su parte, el principio precautorio importa que, ?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.? (cfr. art. 4, Ley 25675). En este sentido la CSJN ha dicho que?..... no puede dejar de señalarse que en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el arto 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles... Es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional... que deben entenderse las facultades que el arto 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse....? (cfr. CSJ 154/2013 (49-C)/CS1 y CSJ 695/2013 (49-C)/CS1, en autos ?Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo?, sentencia de fecha 23/02/2016). (La negrita me pertenece). Cabe tener presente los objetivos que contempla la Ley General del Ambiente (ley 25675), a saber?...e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; j) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental..?, objetivos plenamente aplicables para prevenir las consecuencias dañosas que la actividad de la escombrera Cerro Amarillo puede provocar en el medio

ambiente ubicado en el terreno de la actora. Por su parte, el art 41 de la CN reza que, "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. Este camino protectorio orienta a la jurisprudencia, "...la posibilidad de que se produzca el daño y la trascendencia que reviste el bien jurídico comprometido, requieren perentoria tutela cautelar",... "el rigor formal con el que el a quo ha resuelto la desestimación de la tutela preventiva no condice con el activismo con que deben actuar los jueces al atender cuestiones que, como las ambientales, obligan a una tutela jurisdiccional diferenciada". (cfr. Cámara Única de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia de Neuquén, autos "Cooperativa de Vivienda y Consumo Nueva Esperanza de Junín de los Andes LDA y Otros c/ Mun. de Junín de los Andes S/ Inc. Apelación", año 2017). (La negrita me pertenece). Debo destacar que, en autos, la finalidad de la medida cautelar civil, esto es, aislar o cerrar provisoriamente la escombrera, es completamente distinta de la que persigue la medida adoptada en sede penal, esto es, el retiro de aquella. Es que ambas no se contraponen, por el contrario, son complementarias. En este sentido se ha pronunciado el Sr. Fiscal de Estado (ver fs. sub22/24), además de recomendar que se maximice la protección del medio ambiente. Es que, resulta razonable la decisión adoptada por el judicante de readecuar las medidas (no de replicarlas, como lo sostiene la demandada) de manera que ante la falta de previsión, por parte de alguno de los magistrados (civil o penal), de alguna situación particular, pueda ser cubierta por las medidas que ha adoptado el otro. Así, como anticipé, la protección del ambiente que pretende la actora por medio de la cautelar en crisis, encuentra fundamento constitucional (art. 41 CN) y, legal (Ley General de Ambiente y CCYCN, en la función preventiva del daño). Por su parte, resulta preponderante el peligro en la demora en proteger estos bienes que, como mencioné, trascienden el mero interés de las partes comprometidas en la contienda. La actividad de la demandada puede generar graves daños, de difícil o imposible reparación, si se levanta la cautelar en crisis. 7.4 En cuanto a la contracautela, estimo adecuada la fijada por el a quo, esto es PESOS UN MILLON (\$ 1.000.000). Por lo expuesto, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. sub 164, contra la providencia de fs. sub 137/142 y vta., 2) IMPONER las costas de esta Alzada a la recurrente vencida (Art.68, 2º parte del C.P.C.C.N.) 3º) DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad. Protocolícese. Notifíquese. Publíquese. Firmado: Dres. Alfredo Rafael Porras, Olga Pura Arrabal y Gustavo Castiñeira de Dios.

Cita digital: