Fallo:

N.R: Se advierte que este fallo no se encuentra firme.

Buenos Aires, 11 de abril de 2018.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la causa n° 10049/2015, caratulada “L., S. G. y otros s/ envenenamiento o adulteración de aguas”, del registro de la Secretaría N° 14, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, a mi cargo y en relación a la situación procesal de S. G. L., DNI XX.XXX.XXX, nacido el XX/XX/XX, argentino, domiciliado en S. F. xxxx, piso x x, C.; B. D., DNI xx.xxx.xxx, nacida el xx/xx/xx, argentina, hija de R. A. D. y de H. F.; y J. O. M., DNI xx.xxx.xxx, nacido el xx/xx/xxxx, argentino, domiciliado en J. xxxx, x x, C.

Y CONSIDERANDO:

I.

Inicio.- Las actuaciones se iniciaron a raíz de la denuncia efectuada por el Dr. Mariano J. Aguilar, en su carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia, mediante la cual hizo saber que vecinos de la localidad de San José de Jáchal, provincia de San Juan, habían advertido la rotura de un caño que la empresa “Barrick Gold” utilizaba para transportar cianuro en la mina Veladero, lo que habría ocasionado la contaminación de varios ríos hasta llegar el río Jáchal, cuyas aguas desembocan en las provincias de San Luís y Mendoza. A su vez, hizo saber que la rotura se habría producido el día 12 ó 13 de septiembre del año 2015.

A partir del requerimiento fiscal, se circunscribió el objeto procesal en los comportamientos realizados por S. G. L. (Secretario de Ambiente de la Nación) y J. M. (Secretario de Minería de la Nación), las participaciones de Santiago Bergé (Presidente de la Cámara de Minería de San Juan), D. R. T.(Secretario de Ambiente de la Provincia de San Juan), como así también del presidente y/o directores y/o responsables y/o administradores de la empresa Barrick Gold, en virtud de los posibles incumplimientos, falta de control y/u otras irregularidades con relación al derrame de solución cianurada que se habría efectuado el día 13 de septiembre del año 2015 por parte de la firma Barrick Gold en la mina Veladero, provincia de San Juan.

Sin embargo, mediante resolución de fecha 05 de mayo del 2016, nuestro máximo Tribunal determinó -en el marco de la contienda positiva de competencia suscitada entre el Juzgado Letrado de Jáchal y el Juzgado a mi cargo- que “(.) se declara que en la causa no 10049/15 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal no 7 de esta ciudad deberá continuarse la investigación exclusivamente respecto de S. L. -ex Secretario de Ambiente de la Nación- y J. M. -ex Secretario de Minería de la Nación- y/o de otros funcionarios federales que pudiese corresponder” (fs. 1793 vta.).

Así las cosas, la investigación quedó ceñida a determinar la responsabilidad que les cupo a los funcionarios federales en los hechos denunciados.

A partir de la existencia de una actuación en trámite ante la UFIMA por los mismos hechos que los aquí denunciados -No 1719/15, caratulada: “investigación preliminar s/ inf. Ley 24.051.”- entendí que resultaba beneficioso para la instrucción que la misma se mantuviera en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, razón por la que fue delegada desde sus inicios (conf. art.196 del CPPN)-.

Posteriormente, el objeto procesal fue ampliado a partir de que se tomara conocimiento de dos nuevos derrames de similares características en el emprendimiento minero Veladero -uno el día 8 de septiembre de 2016 y otro el 28 de marzo de 2017-. Respecto de estos sucesos, la investigación sigue en curso en el ámbito del Ministerio Público Fiscal.

II.

De manera paralela a los inicios de la investigación fiscal, se originó un incidente de medida cautelar a raíz de la presentación por la Asamblea “Jáchal no se toca” -querellantes- en la que solicitaron el cierre preventivo del establecimiento minero “Barrick Gold”, ubicado en Veladero, provincia de San Juan. Basaron su petición en que la empresa no había actuado conforme el plan de contingencia previsto en su informe de impacto ambiental a partir del derrame de solución cianurada del 12 y 13 de septiembre de 2015, lo cual podría haber contaminado el agua y los suelos.

Al respecto, fue agregado a la causa un informe que la entonces Secretaría de Ambiente de la Nación realizó a partir de su visita a la mina entre los días 28 de septiembre y 2 de octubre del año 2015. Este señala que el derrame de solución cianurada fue producto de la rotura de una de las válvulas de venteo en el circuito PLS, que se habría ocasionado por congelamiento; y que en dicha oportunidad la compuerta ubicada en el canal de desvío norte se encontraba abierta lo que ocasionó que el derrame alcanzara al río Potrerillos (caso contrario, la solución cianurada habría discurrido hacia una pileta de contingencia). El personal que visitó la mina concluyó que:era llamativo que la empresa no haya considerado en el diseño de las válvulas de venteo su exposición a bajas temperaturas; que el estado de la compuerta ubicada en el canal de desvío norte no era el adecuado al momento del incidente; que los análisis de las aguas superficiales aportados por la firma tenían valores que no eran compatibles con la magnitud medida y tampoco podían ser considerados fehacientes; que eran pocos los controles automáticos con los que contaba la firma para la detección temprana de incidentes; y que el cálculo del volumen de solución cianurada derramada efectuado por la empresa presentaba deficiencias en cuanto a su estimación.

Roberto Adaro (ex director de la entonces Dirección de Gestión Ambiental de Recursos Hídricos de la entonces Secretaría de Ambiente de la Nación) declaró bajo juramento que: “(.) El tiempo en que la firma demoró en detectar la fuga y en realizar los trabajos pertinentes nos pareció llamativo. A su vez, relacionado con el tema de la válvula, nos llamó la atención que la empresa no haya efectuado trabajos de manutención previos al incidente, toda vez que allí es normal que haya tanto bajas como altas temperaturas y por lo demás hace tiempo que la empresa funciona allí. También nos llamó la atención que no tuvieran mecanismos automáticos de detección de incidentes, y que la detección de incidentes quede a merced de recorridas visuales por la zona.Además la estimación de calculo que hizo la empresa para medir la cantidad de solución cianurada derramada no me pareció preciso (.) También me llamó la atención encontrarnos con guanacos muertos, ya que estaban todos juntos como apilados, eran más de dos seguro”. Asimismo, al referirse a la necesidad de impermeabilizar el canal de desvío norte dijo que éste por su ubicación “(.) es susceptible de colectar “agua de contacto” (agua que estuvo en contacto con roca desnuda de las escombreras), con lo cual esta debiera recircularse dentro del valle o tratarse previo a ser volcada”.

Ante este escenario, frente a la alerta de problemas ambientales vinculados con la forma en la que la empresa minera llevaba adelante sus trabajos, y para evitar que se produzca una lesión al medio ambiente que por su magnitud y circunstancias de hecho, pudiese ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, consideré necesario establecer definitivamente en qué condiciones estaba funcionando el emprendimiento.

Para ello, fue adoptada una medida de tipo preventiva en los términos del artículo 4 de la ley general de ambiente y que asegurase la transparencia ambiental, la que consistió en formar una comisión de expertos a fin de que se constituya en la mina y:1) detalle paso a paso el procedimiento de pila de lixiviación que efectúa la empresa para la extracción de oro -y demás metales- mediante el uso de cianuro; 2) indique si encuentra fallas en el mismo que podrían generar un daño ambiental y/o la filtración de solución cianurada al río Potrerillos; 3) enumere y describa las medidas adoptadas y toda modificación realizada por la empresa a partir del derrame ocurrido; 4) determine las funciones de la pileta de contingencia y de la compuerta ubicada en el canal de desvío norte; 5) indique si dicha compuerta debe estar normalmente cerrada o abierta; 6) establezca si ese mecanismo es suficientemente seguro; 7) detalle si deberían hacerse reformas en su procedimiento y con qué finalidad; 8) indique si es necesaria la impermeabilización del canal de desvío norte habida cuenta de que su cercanía con las escombreras lo haría susceptible colectar agua de contacto en caso de deshielo y/o lluvias; 8) compruebe por dónde circula el agua de deshielo; 9) determine la fatiga del material que compone las válvulas, los ductos por los que circula la solución cianurada y demás elementos utilizados para la lixiviación e indique si se encuentran en perfecto estado o no; 10) determine si la forma de detección de incidentes que posee la firma es eficiente y si el tiempo que toma la detección de un problema es el adecuado; 11) compruebe si es suficiente y adecuada la preparación de los operarios y la cantidad de personal que la empresa destina para la detección de incidentes y 12) proponga para el caso de considerar que los procedimientos no logran neutralizar de modo absoluto los riesgos asociados a la actividad, cuáles serían los adecuados para que ello ocurra.

El resultado de la inspección fue enviado al Juzgado letrado de Jáchal, a partir de que la CSJN le asignara la competencia en torno a la responsabilidad de la empresa en el derrame de solución cianurada.Sin embargo, el Comisario Candia del Departamento de Delitos Ambientales de la PFA, que estuvo a cargo del la visita a la mina remitió a este Juzgado una copia en formato digital -reservada en Secretaría-.

La Subsecretaría de Recursos Hídricos del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Viviendas enumeró las medidas adoptadas por la “Barrick Gold” luego de acontecido el derrame: sistema de calefacción de las válvulas de venteo; sistematización y mejoras en la compuerta del canal norte (mayor dimensión y muros de contención); sistema de bombeo en la pileta de conting encia; mantenimiento de canales y drenes para mejorar el escurrimiento superficial; monitoreo continuo de las válvulas de venteo y de los sistemas de PLS y Barren (tuberías por donde circula la solución cianurada) a fin de detectar variaciones en la presión, cámara de video en sistema PLS; y aumento de las bermas de contención en los sectores pasibles de derrame. Informó, a su vez, que la firma luego de lo ocurrido tenía previsto impermeabilizar el canal norte, ya que ello “disminuiría el riesgo de contaminación del agua por influencia de las escombreras y pilas de lixiviación” (anexo III del sumario policial nro. 85/16).

En lo que aquí interesa, Robert Morán, integrante de la comisión a propuesta de la querella, explicó que “las soluciones de lixiviación similares a la del derrame de septiembre de 2015 generalmente contienen importantes concentraciones de, al menos: pH excesivamente alto, aluminio, antimonio, arsénico, bario, cadmio, cobre, cromo, cobalto, hierro, plomo, manganeso, mercurio, molibdeno, níquel, selenio, plata, talio, vanadio, zinc, sulfato, nitrato, amoníaco, boro, fluoruro, cloro, y componentes radioactivos (uranio, torio, potasio 40, alfa y beta, en general), degradación de cianuro y compuestos relacionados (complejos cianurados metálicos, cianato, tiocianato), carbono orgánico, aceites y grasas, y otros numerosos compuestos orgánicos, y elevadas cargas de sedimentos suspendidos.Muchos de estos componentes químicos son tóxicos para la mayoría de especies acuáticas, otras plantas y animales cuando se encuentran en concentraciones suficientemente elevadas, lo cual fue sin duda el caso del 12 y 13 de septiembre de 2015 en las aguas superficiales del Río Potrerillos y del Río de las Taguas. Mientras que las concentraciones disueltas de estos componentes se habrían reducido gradualmente diluyéndose y por medio de reacciones químicas, el derrame habría aumentado bastante la masa (kilogramos) de estos componentes, que estarían presentes como partículas de sedimentos, tanto en forma de partículas suspendidas como de sedimentos en el fondo del arroyo. Ambos podrían desplazarse con la corriente. Muchos organismos acuáticos consumen estas partículas químicas sólidas de manera directa, y los componentes químicos posteriormente se acumulan en organismos superiores de la cadena alimenticia”

III.

Prueba recolectada.

En su investigación, el titular de la Fiscalía Federal nro. 7 y de la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental, Dr. Ramiro González, dispuso diversas medidas de prueba, las que giraron en torno a tres ejes: 1) daño ambiental como consecuencia del derrame del 13 de septiembre de 2015; 2) responsabilidad de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en tal suceso; y 3) responsabilidad de la Secretaría de Minería de la Nación.

1) En cuanto al primero, se solicitó al Instituto Nacional del Agua (INA) que realizara un peritaje de especialidad en distintos puntos de las aguas del río Jáchal, provincia de San Juan, como así también de sus afluentes y confluentes, a fin de corroborar la presencia de cianuro y/u otras sustancias que podrían ser peligrosas para la salud de las personas y/o el ambiente (fs. 145). El Instituto tomó muestras en los siguientes puntos del Río Jáchal: Malimán Arriba, Angualasto (Puente Buena Esperanza), Escuela de Kitesurf, Río Jáchal después del vertedero de Cuesta del Viento y Pachimoco.Los resultados obtenidos indicaron la presencia de cianuro, mercurio, arsénico y diversos metales en todas las muestras en concentraciones “relativamente importantes” (v. fs. 898).

Por otra parte, se recibió el informe de ensayo no I-9780 elaborado en el mes de septiembre de 2015 por la Universidad Nacional de Cuyo (UNCUYO) a pedido de la municipalidad de Jáchal, provincia de San Juan, en el marco del cual se tomaron once muestras de agua en diferentes lugares a fin de determinar la presencia de cianuro, mercurio, plomo, aluminio, cobre, níquel, zinc, manganeso, arsénico, boro, sulfatos, cloruros, alcalinidad, dureza total, conductividad eléctrica, pH y análisis bacteriológico. A fs. 1351 se agregó una imagen satelital en la cual se marca con rojo el supuesto recorrido que habría hecho la solución cianurada.

Del análisis de las muestras se obtuvo que los contenidos de arsénico, boro, aluminio, manganeso, mercurio superaban los valores guía de calidad de agua para beber y vida acuática. También se halló la presencia de zinc, cloruros y sulfatos por fuera de los límites permitidos establecidos por el Código Alimenticio Argentino y la Organización Mundial de la Salud. Se efectuó un estudio bacteriológico en todas las muestras que arrojó que la mayoría no eran aptas para el consumo humano (fs. 416/448 y fs.1320/1356).

A fs. 632/642 consta la declaración testimonial del Ing. Civil Gerardo Horacio Damian Salvioli, brindada en su carácter de Director Interino del Centro Regional de Aguas Subterráneas, en el marco de la cual aportó detalles acerca de los cursos de agua presuntamente afectados durante el derrame de solución cianurada ocurrido en el mes de septiembre de 2015.

Prestaron testimonio Inés O ´Farrel (Bióloga y Científica), Héctor Adolfo Ostera (Dr.en Geología y profesor en la UBA) y María Baraldo Victorica (Vicedecana de la Facultad de Ciencias Exactas de la UBA), quienes brindaron sus conocimientos específicos a fin de conocer mayores detalles acerca de los posibles impactos que se habrían producido con el derrame de solución cianurada. Entre otras cuestiones manifestaron que las soluciones cianuradas podían llegar a matar organismos acuáticos como peces, aves, microinvertebrados y a la fauna silvestre, siendo que en los primeros días de acontecido el derrame podría haber existido esa mortalidad en los ríos cercanos – hasta el Blanco- y luego, si bien los efectos sobre la fauna acuática se irían alivianando se podrían ver afectados los sedimentos de los ríos. En este sentido, manifestaron que cuando el cianuro se concentraba en los sedimentos de los ríos formaba complejos con elementos como el cobre (el cual es abundante en la zona) que son muy tóxicos para la fauna (fs. 672/708).

Por otra parte, a fs. 1058/1115, se encuentra agregado el Sumario no 226/15 del Departamentos de Delitos Ambientales de la PFA, en el marco del cual se describieron los puntos oportunamente requeridos por la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA) respecto al derrame ocurrido durante el mes de septiembre de 2015 en la mina Veladero.

En el marco de dicho sumario, personal policial accedió a la mina Veladero el día 26 de septiembre de 2015, oportunidad en la cual se diagramó un programa de muestreo. Al día siguiente, recorrió el Canal Norte del Valle de Lixiviación, a la altura de la válvula de venteo que regula los conductos que conducen la solución cianurada a las alturas del valle por un sistema de bombas. Se detalló que dicho canal tenía la función de encausar los deshielos de las montañas y conducir el agua al río Potrerillos, en la parte más baja del valle.Asimismo, se hizo saber que “[e]n el sitio continuaban las actividades de remoción de tierra, donde se estaba construyendo una altura de tierra superior a la existente entre el canal norte y el valle propiamente dicho, ya que prácticamente no existía una contención que obstaculizara posibles derrames del valle sobre los terrenos linderos o el canal norte. Allí se identificó la válvula que supuestamente habría sufrido una ruptura, la que había sido cambiada oportunamente y suplantada por otra que fue dotada de una protección más eficiente”. Se procedió a extraer muestras de suelo del canal norte (identificada como M1). Luego, el personal policial -y los testigos- se constituyeron en el lugar donde existía la compuerta del canal norte, la cual estando abierta liberaba el mencionado canal para que se comunicara con el río Potrerillos. Se aclaró que en caso de estar cerrada, desembocaba en una pileta de contingencia que se encontraba en la profundidad del valle, ello en caso de producirse algún derrame. Se procedió a la toma de muestras de suelo inmediatamente después de la compuerta (identificada como M2). Luego, el personal policial se constituyó en el arroyo De Las Taguas, donde se obtuvo la muestra identificada como M3. Asimismo, se obtuvieron muestras del lecho anterior a la desembocadura del río Potrerillos con el Río Las Taguas (M4) y del cauce del río de Las Taguas (M5).

Tanto las muestras líquidas como sólidas tomadas fueron analizadas por el Gabinete de Apoyo Técnico Jurídico de la PFA. Todas las muestras analizadas, tanto sólidas como líquidas, evidenciaron presencia de cianuro total.Pero las muestras rotuladas con los precintos 053732 (río Las Taguas) y 053668 (río Blanco, parque San Guillermo) presentaban valores superiores en los niveles guía de calidad de agua para la protección de vida acuática de agua dulce superficial del Anexo II, Decreto Nacional 831/93 (reglamentario de la ley 24.051).

Se informó la presencia de plomo y cadmio en todas las muestras y cromo total en las muestras identificadas con los precintos 053777 (desembocadura del río Potrerillos con el río Las Taguas), 053732 (río Las Taguas) y 053668 (río Blanco, parque San Guillermo). Todos los valores se hallaban por fuera de lo normado en el decreto 831/93 y ley 24.585 (modificación del Código de Minería) (v. fs. 1058/1115).

Con relación a las causas que podrían haber motivado el derrame de solución cianurada, el personal policial expuso: “(.) se averiguó por dichos de algunos de los empleados, que la válvula habría fallado, por causas tales como un exceso de presión, la ruptura por el congelamiento de la solución que ella regula, o porque la misma no pudo resistir la presión a la que fue sometida, dado que la resistencia de la misma es menor a la resistencia del ducto, ya que esto permite que ante una gran presión ceda, en primer instancia, la válvula antes que el ducto, produciendo las consecuencias o bvias que dicha situación provocaría. Ante la inesperada ruptura de la válvula de venteo y el derrame producido, el mismo derramó fuera del valle por la inexistencia de un muro de contención que impida que esa gran cantidad de solución cianurada destinada a regarse en el valle desbordara fuera de éste, escurriendo por el canal norte, ubicado a 20 mts. del recorrido del ducto. Por esta circunstancia el ´derrame de cianuro ´ escurrió por el canal norte en dirección al Río Potrerillo.Este incidente fue potenciado por el hecho de que al momento del derrame la compuerta mencionada más arriba se hallaba abierta, impidiendo este hecho que el incidente fuera contenido por la pileta de contingencia, escurriendo toda la solución hacia el río Potrerillo. En este punto es dable considerar que la escorrentía natural que habría seguido la solución cianurada es la siguiente: 1o contacto con el suelo en el canal norte al lado del dique de lixiviación, 2o por el suelo seco, hacia la compuerta que se habría encontrado levantada, que de haber estado cerrada hubiera derivado la solución cianurada hacia una pileta de contención y llevó dicha solución hacia el río Potreillo, 3o el río Potrerillo propiamente dicho, 4o río De las Taguas, 5o río de la Palca, 5o rio Blanco, 6o dique Cuesta del Viento, y 6o río Jáchal” (fs. 1062).

Por otra parte, el Ministerio de Minería de la provincia de San Juan, remitió un informe elaborado por la UNOPS y PNUMA en octubre del 2015, de cuyos resultados preliminares se registraron, desde las aguas debajo de la pileta de emergencia hasta la desembocadura del río Potrerillos al río de Las Taguas-, valores anómalos de cianuros totales que se encontraban por encima de los niveles guía para preservación de la vida acuática en agua dulce, pero se mantenían por debajo del valor guía de agua para bebida humana. Además, se detalló que se registraron valores anómalos de metales (tales como aluminio, arsénico, cadmio, cobre, hierro, manganeso, plomo y cinc). En tramo del río de Las Taguas se observó la presencia de metales tales como arsénico, aluminio, cobre, plomo y cinc (fs.1312/1314).

Asimismo, de las constancias agregadas en el transcurso de la presente investigación, surge que en el marco de la causa no 33551/15 caratulada “Actuaciones remitidas por fiscalía única de Jáchal con motivo de la denuncia de Saúl Argentino Zeballos y denuncia de fiscalía de estado”, mediante auto de mérito de fecha 03 de marzo de 2016, el Juzgado Letrado de Jáchal decretó los procesamientos de Leandro Carlos Ariel Poblete, Segundo Fabricio álvarez, Carlos Alberto Cabanillas, ángel Valentín Escudero, Osvaldo Héctor Brocca, David Victoriano Sánchez Condell, Walter Alejandro Pizarro, Antonio de Jesús Adames Reyes y Ricardo Omar Cortéz Alcaraz, quienes desempeñaban diferentes funciones en la explotación minera de Veladero, por el hecho de haber decidido mantener abierta la compuerta del canal norte en forma indefinida, conducta que fue subsumida en el delito previsto en el art. 56 de la ley 24.051, en función del art. 55, primer párrafo, de la mencionada norma legal.

2) En lo que atañe al segundo eje de la investigación, la entonces Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (SAyDS) remitió -orden de presentación mediante- las actuaciones administrativas identificadas como “CUDAP: EXP-JGM: 0052213/2010”. Destacó que en tal expediente la intervención de la SAyDS con relación al denominado “Proyecto Veladero” estaba relacionada con la solicitud de inscripción por parte de la empresa Minera Argentina Gold S.A.en el Registro Nacional de Operadores y Generadores de Residuos Peligrosos en su carácter de “Generador de Residuos Peligrosos” en el marco de lo dispuesto en la ley e indicó que el mencionado registro se encontraba a cargo de la Dirección de Residuos Peligrosos (DRP) perteneciente a la Dirección Nacional de Control Ambiental de la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación de la ex SAyDS.

Expresó además que “(.) la intervención o injerencia de la SAyDS sobre la empresa generadora en la mina se circunscribe a las actividades de control sobre la gestión de aquellos residuos que resulten peligrosos en los términos de la Ley No 24.051 y que la explotación minera genera como consecuencia de su actividad cuando deban ser enviados a disposición fuera de la jurisdicción provincial, revistiendo este el supuesto de interjurisdiccionalidad contemplado por el artículo 1o de la Ley No 24.051 (.) en el marco de las competencias específicas de la Ley No 24.051 la SAyDS ha extendido sucesivos Certificados, siendo el último expedido el No 4738, aprobado por Resolución No 2/2011 (.) Cabe aclarar que entre las categorías sometidas a control incluidas en dicho certificado no se encuentra la sustancia que, de acuerdo a la información publicada en los medios, habría causado el incidente en cuestión, que sería utilizada en el proceso de producción”. Destacó que no era el organismo encargado de autorizar la explotación minera y que tampoco intervenía en el control ambiental de la actividad llevada a cabo en la mina, pues la misma constituía un bien del dominio privado del estado provincial.En el mismo sentido, indicó que tampoco intervenía en la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), ni era la que autorizaba o aprobaba las tecnologías y/o procesos utilizados por la mina en su explotación.

Refirió finalmente que “(.)frente al evento ocurrido en el emprendimiento minero instalado en la zona de Veladero, provincia de San Juan (.) quien suscribe instruyó a la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación a que realizara las acciones correspondientes en el marco de su competencia”. Por ello, detalló que luego de algunas reuniones mantenidas por diferentes áreas de la SAyDS se concluyó la necesidad de realizar con carácter de urgente una inspección en la mina dentro del marco de las actuaciones que ya se encontraban tramitando ante la Secretaría para la obtención por parte de la empresa del Certificado Ambiental Anual, y en la medida de lo posible y las competencias que le eran propias, efectuar un relevamiento in situ en la zona del siniestro (fs. 157/162). Es decir, ante el suceso el organismo reacciona reconociendo su poder de control en la provincia.

De la documentación remitida por la SAyDS surge, entre otras cuestiones, que MAGSA consignó entre los residuos peligrosos que generaría los contemplados en el Anexo I de la Ley 24.051 como “Y33”, los cuales corresponden a “cianuros inorgánicos” (fs. 27/31); en este sentido mediante la resolución no 1854 de fecha 22 de noviembre de 2007, la SAyDS le renovó a la empresa el Certificado Ambiental Anual incluyendo la categoría “Y48” (materiales y/o elementos contaminados con residuos peligrosos categorías Y08, Y09, Y12, Y22, Y23, Y26, Y29, Y31, Y33 -cianuros inorgánicos-, Y34, Y35, Y42) (fs. 1014/1015).

Por otro lado, dentro del expediente en cuestión obran diferentes reportes de la firma a la SAyDS respecto de “incidentes” ocurridos en la mina.Entre los mismos, figura un derrame de 5554 litros de solución cianurada que habría sucedido el día 31 de julio de 2011; otro de 1680 litros a los cuatro meses; y otro de 1494 litros acaecido el 22 de marzo de 2012.

En cuanto a la intervención de la SAyDS en la mina, vale destacar: una nota de fecha 17 de febrero de 2004, en la cual la SAyDS informa al Jefe de la Delegación San Juan de la PFA que “(.) [e]ste organismo, sí cuenta con el poder de policía de fiscalización y control para intervenir ante la actividad de la empresa de generación, almacenamiento transitorio, manipulación, transporte y/o disposición final que se lleven a cabo en el ámbito administrativo de la ley 24.051, de Decreto reglamentario 891/93 y normas complementarias, exigencias que asimismo han sido internalizadas en la provincia de San Juan mediante la ley 6.665” (fs. 196); así como también informes de inspecciones realizadas por la SAyDS en el proyecto Veladero a fin de verificar el cumplimiento de la ley 25.675, ley 24.051 y legislación complementaria (los días día 9 y 10 de marzo de 2006, 15 y 16 de abril de 2008, 25 de febrero al 1 de marzo de 2013; 25 de marzo de 2013, 28 de septiembre al 02 de octubre de 2015). Vale aclarar que en muchos de estos informes se mencionan irregularidades; sin embargo no consta qué se hizo al respecto.

Finalmente, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación remitió la pertinente normativa respecto a la competencia que poseía la entonces Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, a cargo de S. L. al momento del hecho (v. fs.1966/1997).

Conforme el decreto 1919/2006 entre los objetivos de dicha Secretaría se encontraba el planificar y coordinar la inserción de la política ambiental en los Ministerios y en las demás áreas de la Administración Pública Nacional; el entender en la preservación, protección, defensa y mejoramiento del ambiente, en la utilización racional y conservación de los recursos naturales, renovables y no renovables, la preservación ambiental del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica tendientes a alcanzar un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, en el marco de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Por su parte, la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación, a cargo de B. D. al momento del hecho dañoso, debía asistir a la Secretaría en la formulación e implementación de una política de fiscalización, control y preservación ambiental nacional; e implementar políticas, programas y proyectos vinculados al control ambiental, así como a la preservación del ambiente y a la prevención de la contaminación en todas sus formas.

A su vez, dentro de la órbita de la mencionada Subsecretaría funcionaba la Dirección Nacional de Control Ambiental cuya responsabilidad primaria consistía en asistir a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable en todos los aspectos relacionados a la fiscalización y control ambiental, en el marco de lo previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional, y en el ejercicio del poder de policía que le compete a la jurisdicción por aplicación de la normativa ambiental; y entender en los aspectos relativos a la fiscalización y control de los residuos peligrosos de conformidad con las leyes 24.051 (Decreto Reglamentario 831/93, normas complementarias) y 25.612.

La Dirección de Residuos Peligrosos, dentro de la Subsecretaría, tenía poder de policía ambiental en lo referente a residuos peligrosos e intervenir en la radicación de las industrias generadoras de losmismos, en los casos que la legislación nacional así lo prevé; y efectuar el control de las acciones relativas a la implementación de la normativa vigente en materia de generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos.

Finalmente, la Dirección de Prevención y Recomposición Ambiental debía coordinar con otros organismos públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, todo aspecto cuyo objeto sea el control y la preservación de la calidad del agua, del aire y del suelo.

3) Por otra parte y en torno a la intervención de la entonces Secretaría de Minería del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación en el hecho investigado -tercer eje de la instrucción-, se le requirió a dicho organismo las constancias de todos aquellos permisos, autorizaciones o concesiones efectuados dentro del ámbito de su competencia, respecto a la actividad minera desarrollada por la firma Barrick Gold y/o Minera Argentina Gold SA en Veladero, provincia de San Juan.

La entidad manifestó que en lo relativo al ámbito de la jurisdicción, debería tenerse presente lo dispuesto por el art. 124 de la Constitución Nacional, el cual establecía que los recursos naturales son de dominio originario de los estados provinciales, siendo la autoridad de aplicación las provincias, las cuales eran las que ejercían el poder de concesión. Por ello, informó que el estado nacional no otorgaba concesiones mineras, siendo los estados provinciales quienes lo hacían con respecto a sus propios recursos mineros ubicados en sus respectivos territorios.

En su respuesta, también expresó que el art.7 del Código de Minería (ley no 1919) establece que “[l]as minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”, motivo por el cual la competencia, la jurisdicción y el poder de policía sobre las cuestiones atinentes a los recursos minerales eran facultades provinciales, ejercidas por las autoridades provinciales competentes, en su carácter de autoridad de aplicación.

Hizo saber que “[e]n lo referido a los permisos y autorizaciones, se informa que Minera Argentina Gold S.A. operadora del Proyecto Veladero, se encuentra inscripta en la Ley 24.196 ´Ley de Inversiones Mineras ´. Por lo cual la Dirección de Inversiones y Normativa Minera, de esta Secretaría, como autoridad de aplicación de dicha ley, extiende autorizaciones de importación y controla el destino en las condiciones que ella establece” (fs. 401/402).

Finalmente, la mencionada Secretaría remitió copia de las actuaciones CUDAP: PROY-S01:0012704/2006, relativas al régimen establecido en la ley 24.196, de donde surge que la firma MAGSA, por resolución de la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Minería no 147, de fecha 09 de marzo de 1998, fue inscripta en el Registro de Inversiones Mineras (fs. 60/61).

Conforme el decreto 1142/2003, entre los deberes que poseía la Secretaría de Minería de la Nación se encontraba el promover los estudios e investigaciones geológico-mineras, económico-financieras, estadísticas y de mercado necesarios para evaluar, planificar y coordinar el racional aprovechamiento de los recursos mineros del país, contemplando la preservación del medio ambiente.

Al momento del hecho la Secretaría de Minería de la Nación se encontraba incluida en la órbita del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.A su vez, la mencionada Secretaría se conformaba por un Gabinete, una Dirección Nacional de Minería y una Dirección Nacional de Planificación Estratégica Regional.

Del referido Decreto surge que la Dirección Nacional de Minería, perteneciente a la Secretaría de Minería de la Nación, tenía responsabilidades primarias y acciones a su cargo tales como “elaborar y proponer normas de seguridad e higiene para la actividad minera”.

Asimismo, de la Resolución no 58/2004 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación se aprobaron las aperturas estructurales inferiores de dicha cartera ministerial. En este sentido, se desprende que en el ámbito de la Dirección Nacional de Minería también se creó la Dirección de Economía Minera y Desarrollo y la Dirección de Inversiones y Normativa Minera. A su vez, en el marco de la Dirección Nacional de Planificación Estratégica Regional se creó la Dirección de Gestión Ambiental Minera y la Dirección de Asistencia al Productor Minero y Nuevos Mercados (v. fs. 1895).

La Dirección de Inversiones y Normativa Minera debía instrumentar y administrar acciones emanadas de la aplicación de las Leyes No 24.196 y 24.402 y normativas conexas, y ejercer los controles pertinentes; así como también proponer normas de seguridad e higiene minera que garanticen el adecuado cumplimiento de las obligaciones en la materia (v. fs.1926/1927):

Por su parte, la Dirección de Gestión Ambiental Minera tenía por función el proponer e instrumentar sistemas de monitoreo ambiental, en coordinación con las Autoridades de Aplicación de la Ley No 24.585; y elaborar estudios e informes dirigidos a obtener un conocimiento acabado de la evolución del ambiente en las áreas de influencia de los proyectos mineros, del impacto que la actividad imprime sobre la población y proponer medidas tendientes a la mitigación de los mismos, en coordinación con las Autoridades Mineras Provinciales.

Finalmente, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación informó que “(.) la estructura aprobada en el Decreto No 1142 del 26 de noviembre de 2003 y la Resolución No 58 del 11 de febrero de 2004, estaban vigentes al 12 de septiembre de 2015. En la fecha referida, el Ing. J. O. M. (DNI No xx.xxx.xxx) ejercía el cargo de SECRETARIO DE MINERíA DE LA NACIóN, el Dr. M. A. G. (DNI No x.xxx.xxx) ocupaba el cargo de Director Nacional de Minería y el Lic. D. B. (DNI No xx.xxx.xxx), estaba al frente de la Dirección de Inversiones y Normativa Minera. El resto de los cargos creados a través de la normativa referida, se encontraban vacantes” (v. fs. 1962).

IV.

Imputaciones y descargos.

Conforme la propuesta hecha por el Fiscal, se le atribuyó a S. L. el “haberomitido actuar en el ámbito de sus funciones como Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación – consagradas en decreto 1919/06, ley 25.675, ley 24.051, decreto reglamentario 891/93 y normas complementarias-, permitiendoque elproyecto minero Veladero propiedad de la firma Minera Argentina Gold S.A funcionara sin los debidos controles estatales, al menos durante el año 2015.En este sentido, la investigación pudo determinar que desde el 10 de enero de 2012 la firma de mención estaba operando sin el Certificado Ambiental Anual -el último expedido fue el No 4738, aprobado por Resolución No 2/2011-, documento que debía ser exigido por la SAyDS a fin de conocer, entre otras cuestiones, los residuos peligrosos que manipulaba la empresa y que debían someterse a fiscalización y control de la Dirección Nacional de Control Ambiental a su cargo -la cual funcionaba dentro del ámbito de la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación-. Esta circunstancia, impidió que la SAyDS supiera que la firma manipulaba “soluciones cianuradas” en su proceso productivo y por tanto, que fiscalizara su debido uso, máxime cuando debía hacerlo con especial atención por el tipo de explotación -la cual planteaba la posibilidadde contaminación interjurisdiccional por los grandes caudales de agua utilizados para la extracción de metales- y su asentamiento en ambiente periglacial.En este contexto, el 12 y 13 de septiembre de 2015 se produjo la rotura de una de las válvulas de venteo en el circuito PLS (pila de lixiviación) lo que ocasionó el derrame de 1072 m3 (un millón setenta y dos mil litros) de solución cianurada desde el canal norte de SLV (Sistema de Lixiviación en Valle) hacia el río Potrerillohasta llegar al Jáchal-parte integrante de la Cuenca del Río Desaguadero-por la ausencia de un muro de contención y porque la compuerta ubicada en el canal de desvío norte estaba abierta -lo cual impidió que la sustancia sea dirigida a la pileta de contingencia-. Con posterioridad a tal derrame la SAyDS negó que la firma manipulase tal sustancia, siendo que los “cianuros inorgánicos” -consignados como “Y33″ del Anexo I de la ley 24.051- formaban parte de las categorías de Control y Constituyentes de los Certificados Ambientales Anuales de la empresa desde el año 2007 (por Resolución SAyDS no 1854 de fecha 22 de noviembre de 2007) y que la firma había reportado a la SAyDS derrames de solución cianurada previamente -los días 31/07/11, 29/11/11 y 22/03/12-. Al momento del derrame, laSAyDSdebíaentender en laproteccióndel ambiente, en la utilización racional y conservación de los recursos naturales, en la preservación ambiental del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica tendientes a alcanzar un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, en el marco de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional, como así también entender en la elaboración y actualización permanente del diagnóstico de la situación ambiental nacional en forma coordinada con organismos nacionales, provinciales y municipales; debía asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; tenía el poder de policía de fiscalización y control para intervenir ante la actividadde la empresa de generación, almacenamiento transitorio, manipulación, transporte y/o disposición final que se lleven a cabo en el ámbito administrativo de la ley 24.051, de Decreto reglamentario 891/93 y normas complementarias. Además, según el decreto 1919/06, la Dirección Nacional de Control Ambiental de la SAyDS -la cual funcionaba dentro del ámbito de la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación de la SAyDS- tenía entre sus funciones la de entender en los aspectos relativos a la fiscalización y control de los residuos peligrosos de conformidad con las leyes 24.051 y 25.612, motivo por el cual la SAyDS ostentaba poder de fiscalización y control sobre la firma que explota Veladero. Todas estas obligaciones se vieron incumplidas por parte del compareciente durante el periodo indicado” (v. fs. 2412/8).

L. explicó que como Secretario de Ambiente no detentaba poder de policía alguno sobre la mina Veladero y que el único control que ejercía era en torno a la inscripción de la empresa MAGSA en el registro de residuos peligrosos. Señaló que la SAyDS sólo tenía competencias en el control de aquellos residuos peligrosos que fueran enviados a disponer como residuos por fuera de la provincia. Remarcó que la sustancia identificada como “Y33” era un elemento utilizado en el proceso productivo de la mina y no un residuo, por lo cual no estaba bajo su orbita de control. En este sentido, manifestó que la Secretaría a su cargo no intervenía en la aprobación de los procesos productivos ni en el estudio de impacto ambiental, siendo la provincia -por intermedio de sus Ministerios de Minería y Secretaría de Ambiente- la que poseía el poder de policía ambiental sobre la mina. Finalmente, indicó que la ley 25.675 permitía a la Secretaría colaborar con la provincia y que en ese marco fueron efectuadas las visitas a Veladero.A preguntas de este Juzgado manifestó que “lo que se derrama no es un residuo peligroso, sino que es un elemento del proceso productivo. Según las constancias de la causa y todos los estudios efectuados a partir del derrame, no hubo daño en la salud de las personas, estando las aguas aptas para consumo humano. Si no es residuo, no puedo pensar que se va a afectar el ambiente interjurisdicionalmente”.

A B. D., por su parte, se le imputó el “haber omitido actuar en el ámbito de sus funciones como Subsecretaria de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación -consagradas en Ley 25.675, la Ley 24.051, Decreto Reglamentario 831/93 y normas complementarias-, junto con el entonces Secretario de Ambiente de la Nación, S. L., permitiendo que el proyecto minero Veladero propiedad de la firma Minera Argentina Gold S.A funcionara sin los debidos controles estatales, al menos durante el año 2015. En este sentido, la investigación pudo determinar que desde el 10 de enero de 2012 la firma de mención estaba operando sin el Certificado Ambiental Anual -el último expedido fue el No 4738, aprobado por Resolución No 2/2011-, documento que debía ser exigido por la SAyDS a fin de conocer, entre otras cuestiones, los residuos peligrosos que manipulaba la empresa y que debían someterse a fiscalización y control de la Dirección Nacional de Control Ambiental a su cargo -la cual funcionaba dentro del ámbito de la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación-. Esta circunstancia, impidió que la SAyDS supiera que la firma manipulaba “soluciones cianuradas” en su proceso productivo y por tanto, que fiscalizara su debido uso, máxime cuando debía hacerlo con especial atención por el tipo de explotación -la cual planteaba la posibilidad de contaminación interjurisdiccional por los grandes caudales de agua utilizados para la extracción de metales- y su asentamiento en ambiente periglacial.En este contexto, el 12 y 13 de septiembre de 2015 se produjo la rotura de una de las válvulas de venteo en el circuito PLS (pila de lixiviación) lo que ocasionó el derrame de 1072 m3 (un millón setenta y dos mil litros) de solución cianurada desde el canal norte de SLV (Sistema de Lixiviación en Valle) hacia el río Potrerillo hasta llegar al Jáchal -parte integrante de la Cuenca del Río Desaguadero- por la ausencia de un muro de contención y porque la compuerta ubicada en el canal de desvío norte estaba abierta -lo cual impidió que la sustancia sea dirigida a la pileta de contingencia-. Con posterioridad a tal derrame la SAyDS negó que la firma manipulase tal sustancia, siendo que los “cianuros inorgánicos” -consignados como “Y33″ del Anexo I de la ley 24.051- formaban parte de las categorías de Control y Constituyentes de los Certificados Ambientales Anuales de la empresa desde el año 2007 (por Resolución SAyDS no 1854 de fecha 22 de noviembre de 2007) y que la firma había reportado a la SAyDS derrames de solución cianurada previamente -los días 31/07/11, 29/11/11 y 22/03/12-. La Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación de la ex SAyDS a cargo de la compareciente en los días que ocurrió el derrame tenía funciones de fiscalización y control en la mina de mención con el objetivo de verificar el cumplimiento de la Ley 25.675, la Ley 24.051, Decreto Reglamentario 831/93 y normas complementarias; debía implementar políticas vinculadas al control ambiental así como a la preservación del ambiente y a la prevención de la contaminación en todas sus formas. A su vez, dentro de la órbita de la mencionada Subsecretaría funcionaba:la Dirección Nacional de Control Ambiental que debía asistir a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable en todos los aspectos relacionados a la fiscalización y control ambiental y entender en los aspectos relativos a la fiscalización y control de los residuos peligrosos de conformidad con las leyes 24.051 y 25.612, y la Dirección de Residuos Peligrosos que debía entender en la fiscalización de la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos” (v. fs. 2452/7).

Mediante un escrito D. manifestó que la intervención de la SAyDS en la explotación minera era excepcional ya que intervenía solamente en los casos en que un emprendimiento estuviese ubicado en regiones inter- jurisdiccionales provinciales, o bien abarcase dos provincias o fuera internacional o tuviera efectos ambientales más allá de las fronteras locales. En caso de Veladero, dijo que la intervención se limitaba al control de residuos peligrosos generados por la mina y enviados a disponer fuera de la jurisdicción local. Señaló que la Subsecretaría no debía ejercer el control ambiental de la mina, sino la autoridad local. En este sentido, sostuvo que el certificado ambiental anual expedido por la Dirección de Residuos Peligrosos de la SAyDS no significaba ejercer ningún tipo de poder de policía sobre la explotación, sino que el mismo se limitaba a acreditar que una empresa era apta para manipular residuos peligrosos. Finalmente, refirió que las inspecciones realizadas por la SAyDS tuvieron por objetivo colaborar con las autoridades provinciales, quienes eran invitados a participar, y que esta información luego era puesta a disposición de la autoridad local.

Finalmente a Jorge M.se lo intimó por “haber omitido actuar en el ámbito de sus funciones como Secretario de Minería de la Nación – consagradas en decreto 1142/2003, ley 24.196 y normas complementarias- permitiendo que el proyecto minero Veladero propiedad de la firma Minera Argentina Gold S.A funcionara sin los debidos controles estatales al menos durante los días 12 y 13 de septiembre de 2015, momento en que se produjo la rotura de una de las válvulas de venteo en el circuito PLS (pila de lixiviación) lo que ocasionó el derrame de 1072 m3 (un millón setenta y dos mil litros) de solución cianurada desde el canal norte de SLV (Sistema de Lixiviación en Valle) hacia el río Potrerillo hasta llegar al Jáchal -parte integrante de la cuenca del río Desaguadero- por la ausencia de un muro de contención y porque la compuerta ubicada en el canal de desvío norte estaba abierta -lo cual impidió que la sustancia sea dirigida a la pileta de contingencia-. En este sentido, la investigación pudo determinar que Minera Argentina Gold SA (MAGSA) se encontraba inscripta en el Registro de Inversiones Mineras a cargo de la Dirección de Inversiones y Normativa Minera de la Secretaría de mención, la cual debía ejercer controles de seguridad e higiene minera. Además la Dirección de Gestión Ambiental Minera de la Secretaría de tenía funciones directamente asociadas con el control ambiental de las actividades mineras -tales como: proponer e instrumentar sistemas de monitoreo ambiental en coordinación con las autoridades de aplicación de la ley 24.585; elaborar estudios e informes dirigidos a obtener un conocimiento acabado de la evolución del ambiente en las áreas de influencia de los proyectos mineros, del impacto que la actividad imprime sobre la población y proponer medidas tendientes a la mitigación de los mismos, en coordinación con las Autoridades Mineras Provinciales-, siendo que este cargo estuvo vacante durante todo el año 2015.Finalmente, entre las funciones de la Secretaría estaba la de promover estudios a fin de evaluar, planificar y coordinar el racional aprovechamiento de los recursos mineros del país, contemplando la preservación del medio ambiente. Dichas obligaciones se vieron incumplidas por la Secretaría en cuestión a cargo del compareciente en las fechas referidas, omitiendo también efectuar otros esfuerzos -que normativamente le correspondía hacer- junto a autoridades provin ciales a fin de controlar y prevenir los impactos ambientales producidos por la actividad minera” (v. fs. 2439/46).

M. mediante el escrito presentado como parte de su descargo, manifestó que en materia ambiental minera era de aplicación la ley 24.585, siendo las provincias y no el Estado nacional su autoridad de aplicación. Señaló que para la protección de los recursos naturales existentes era fundamental la evaluación de impacto ambiental, exigida a todo proyecto minero previo a su instalación, la cual también competía analizar a la autoridad local.En el caso de Veladero sostuvo que todos los controles estatales requeridos fueron efectivamente llevados a cabo desde los organismos pertinentes y que la Secretaría a su cargo tuvo presencia constante en el proyecto para velar el cumplimiento de la ley 24.196, siendo que el SEGEMAR participaba de las visitas tendientes “a supervisar las tareas que se realizaban, sus modalidades así como los procesos, el estado de las instalaciones, de equipos y maquinarias”, concluyendo que “no se puede hablar de una responsabilidad por omisión de control de aquello que fue debidamente controlado”. Por otro lado argumentó que en el caso no se constató lesión alguna a los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales previstos en la ley 24.051 ya que “no hubo contaminación en los ríos que corren por la cuenca del río Jáchal”, argumentando que la empresa había informado a su Secretaría que a las 48 horas de corregido el incidente se hicieron muestreos de las aguas hasta llega a Cuesta del Viento y “los análisis determinaron que el valores de concentración de cianuro en el agua era cero”. Asimismo, aseguró que el volumen de solución cianurada escurrida al Río Poterillos fue de 224 m3, conforme lo informado por la firma. Consideró, además que el resultado -derrame de solución cianurada- fue un hecho azaroso y accidental por lo que no había nexo de evitación alguno entre la omisión que se le imputaba y éste. Remarcó, por otro lado, que “no todo daño al medio ambiente merece una sanción penal ya que si no existe un peligro concreto para la salud no existe delito”. Finalmente, argumentó que aún considerando el delito reprimido por el art. 248 del CP jamás se representó la posibilidad de estar cometiéndolo al no controlar aquello que históricamente se delegó normativamente a las provincias. En el marco de la audiencia celebrada y a preguntas de este Juzgado, manifestó que “mal se puede prejuzgar que un proyecto entero estuviera errado en su control por una sola y única falla.Nosotros nos comunicamos con la provincia, fue esta la que acudió al lugar, inmediatamente enviamos un equipo técnico para apoyo a las autoridades de aplicación. Todo esto sucedió, recordemos en una plena tormenta de nieve por lo cual nuestra comisión se vio impedida de ingresar hasta que se habilitó el paso. Se coordinaron acciones. Se llevaron a cabo las medidas de contingencia por parte de los trabajadores, ello conforme el protocolo que sirve para ello”.

V.

Valoración probatoria.- Considero que la hipótesis delictiva planteada por el acusador público al inicio de esta investigación es suficientemente sólida y supera las objeciones expuestas por las defensas de los imputados al momento de efectuar sus descargos. Ello permite la adopción del temperamento de mérito previsto en el artículo 306 del C.P.P.N. en orden a los hechos por los que fueran indagados en el grado de certeza que esta etapa investigativa requiere.

El 13 de septiembre de 2015 en la mina Veladero, provincia de San Juan, específicamente en la finalización del canal de desvío norte, un empleado de la empresa Minera Argentina Gold SA detectó un incremento inusual en el caudal y un fluido de color más oscuro de lo normal que corría hacia el valle de Potrerillos -en dirección al río del mismo nombre- que luego se determinaría que eran 1072 m3 (un millón setenta y dos mil litros) de solución cianurada proveniente del circuito PLS (pila de lixiviación). Conforme los testimonios extraídos de la causa nro. 33550/15 del Juzgado de Paz Letrado de Jáchal, San Juan, el derrame fue producto de la rotura de una válvula de venteo, ubicada en la cañería de PLS, que se quebró al congelarse.La solución alcanzó la cuenca hídrica mencionada, en vez de la pileta de contingencia, ya que la compuerta del canal norte se encontraba abierta desde el día 6 de septiembre del 2015 conforme lo habían decidido en comité quienes luego fueron procesados en dichos autos.

Si bien este derrame -y las circunstancias que rodearon y colaboraron en la producción de tal resultado- no es el hecho que aquí se juzga -ni tampoco el controvertido-, lo cierto es que sí fue el puntapié inicial de esta investigación. En otras palabras: la conducta de los empleados de la mina es una circunstancia que excede a los aquí imputados pero que operó como un eslabón más en la cadena de incrementos de riesgos -falta de control en la toma de decisiones, las condiciones productivas, la forma de trabajar, la manipulación de residuos peligrosos y demás cuestiones que acontecían en el proyecto minero Veladero-. Podríamos ilustrarla como la gota que colmó el vaso.

La lixiviación con cianuro era el método utilizado por la firma Barrick Gold en Veladero para extraer oro, plata y demás metales de la roca. La materia prima principal de este procedimiento es el agua, que se usa para disolver el cianuro y permite que los metales extraídos sean transportados. De ahí que la ubicación de la mina sea a elevadas alturas en la montaña donde se ubican las reservas de agua que posee la provincia de San Juan, caracterizada por su extrema aridez. Que esté en altura también determina que los líquidos allí desechados desciendan; si se mezclan con los ríos, van a bajar siguiendo su cauce natural atravesando territorios más allá de los límites de la provincia de San Juan.

A la luz de ese proceso productivo, desde sus inicios la empresa Minera Gold Argentina SA solicitó su inscripción en el “Registro Nacional de Operadores y Generadores de Residuos Peligrosos” en su carácter de generador (conf. art.14 y 15 de la ley 24.051). Además, al efectuar tal solicitud consignó entre los residuos peligrosos que generaría los contemplados en el Anexo I de la Ley 24.051 como “Y33”, los cuales corresponden a “cianuros inorgánicos”. Así fue que mediante la resolución no 1854 de fecha 22 de noviembre de 2007, la SAyDS le renovó a la empresa el último Certificado Ambiental Anual incluyendo la categoría “Y48” (materiales y/o elementos contaminados con residuos peligrosos categorías Y08, Y09, Y12, Y22, Y23, Y26, Y29, Y31, Y33 -cianuros inorgánicos-, Y34, Y35, Y42). Este certificado tiene como fin el acreditar la aprobación del sistema de manipulación, transporte, tratamiento o disposición final que los inscriptos aplicarán a los residuos peligrosos (art. 5 de la ley).

Resulta importante destacar -al ser una cuestión controvertida en autos- que en caso de que los residuos sean generados en el territorio provincial pero pudieren afectar a las personas o al ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado será de aplicación la ley 24.051, cuya autoridad de aplicación era en septiembre de 2015 la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (conf. art. 1 y 59 de la norma), a cargo de S. L.

En este sentido, debe tenerse presente que las aguas del río Potrerillos, donde se encuentra Veladero, llegan al río Jáchal, que desemboca en el Río Bermejo, cuyas aguas finalmente llegan al río Desaguadero. Se trata, entonces, de un recurso hídrico compartido entre las provincias de La Rioja, San Juan, San Luis, Mendoza y La Pampa. En época estival aumenta el proceso de deshielo, el caudal de aguas y sus consecuencias para todo el sistema acuífero de la zona. Teniendo en cuenta la interjurisdiccionalidad del recurso, los funcionarios federales de la SAyDS de ningún modo podían considerarse ajenos. Todo lo contrario:su foco de atención debía estar puesto en Veladero para prevenir posibles daños ambientales producto de la manipulación de residuos peligrosos en un área especialmente protegida justamente por sus reservas hídricas, que contribuyen a generar los ríos -superficiales y subterráneos- interjurisdiccionales.

Tal es así que la propia SAyDS en varias de las inspecciones realizadas in situ a la mina consignó en sus respectivas actas que tales fiscalizaciones se hacían con el objetivo de verificar el cumplimiento de la ley 25.675 y la ley 24.051. Y no sólo ello sino que también admitió: “(.) [e]ste organismo, sí cuenta con el poder de policía de fiscalización y control para intervenir ante la actividad de la empresa de generación, almacenamiento transitorio, manipulación, transporte y/o disposición final que se lleven a cabo en el ámbito administrativo de la ley 24.051, de Decreto reglamentario 891/93 y normas complementarias, exigencias que asimismo han sido internalizadas en la provincia de San Juan mediante la ley 6.665” (fs. 196 del CUDAP: EXP- JGM: 0052213/2010, reservado en Secretaría).

En el caso de la Secretaría de Minería, si bien la ley 24.585 sostiene que la autoridad provincial será la encargada de la protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural que pueda ser afectado por la actividad minera (art. 246 y 250), lo cierto es que en el ámbito nacional se consignan varias obligaciones en materia ambiental que deben interpretarse como complementarias. Ello, en miras del principio de solidaridad que rige entre la nación y las provincias en pos de prevenir y mitigar los efectos ambientales (art. 4 de la ley 25.675).

En este sentido, según se desprende del decreto 1142/03, bajo la orbita de la Secretaría a cargo de M.en septiembre de 2015, la Dirección de Inversiones y Normativa Minera tenía entre sus funciones ejercer los controles pertinentes, como así también proponer normas de seguridad e higiene minera que garanticen el adecuado cumplimiento de las obligaciones en la materia.

Además, entre los objetivos de la Secretaría de Minería de la Nación estaba el promover estudios e investigaciones a fin de evaluar, planificar y coordinar el racional aprovechamiento de los recursos mineros del país, contemplando la preservación del medio ambiente. En este sentido, al momento del derrame la Dirección de Gestión Ambiental Minera de la ex Secretaría de Minería tenía funciones directamente asociadas con el control ambiental de las actividades mineras, tales como proponer e instrumentar sistemas de monitoreo ambiental en coordinación con las autoridades de aplicación de la ley 24.585 y elaborar estudios e informes dirigidos a obtener un conocimiento acabado de la evolución del ambiente en las áreas de influencia de los proyectos mineros, del impacto que la actividad imprime sobre la población y proponer medidas tendientes a la mitigación de los mismos, en coordinación con las autoridades mineras provinciales.

El primer punto controvertido, tal como se puede vislumbrar, alcanza otro matiz al contrastarlo con la normativa descripta.Y es que tanto la Secretaría de Ambiente como la de Minería tenían poder de intervención.

La primera al tener la obligación de preservar el ambiente -como máxima autoridad ambiental a nivel nacional-, de velar por la utilización racional y conservación de los recursos naturales y de controlar los residuos peligrosos generados por MAGSA que, por los caudales de agua utilizados, podían llegar a exceder el territorio de la provincia -lo que efectivamente sucedió-. La segunda, al contar con una Dirección destinada justamente a controlar de forma coordinada con las provincias las empresas mineras del país en lo relativo a la preservación del ambiente.

La SAyDS, como autoridad de aplicación de la ley 24.051 debía, entre otras obligaciones, entender en la fiscalización de la generación de los residuos peligrosos, así como también, en el ejercicio del poder de policía ambiental, en lo referente a residuos peligrosos (conf. inc. c y d del art. 60). De hecho, el propio organismo reconoció tener poder de policía sobre los residuos generados en Veladero (v. fs. 196 del expediente CUDAP: EXP- JGM: 0052213/2010).

Justamente el decreto 1919/06, obligaba a la Dirección Nacional de Control Ambiental de la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación -a cargo de D. en septiembre 2015- a coordinar con las provincias todo aspecto cuyo objeto sea el control y la preservación de la calidad ambiental; así como también, entender en los aspectos relativos a la fiscalización y control de los residuos peligrosos de conformidad con las leyes 24.051 y 25.612.Asimismo, tal decreto, obligaba al ente a entender en la preservación, protección, defensa y mejoramiento del ambiente, en la utilización racional y conservación de los recursos naturales, renovables y no renovables, la preservación ambiental del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica tendientes a alcanzar un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, en el marco de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Como máxima autoridad a nivel nacional en materia ambiental la SAyDS, debía asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo (conf. art. 2 de la ley 25.675).

Sólo para el caso de que la mina cumpliera con los requisitos legales debía otorgarle el Certificado Ambiental Anual.

En el plano de los hechos, MAGSA se encontraba operando en Veladero con dicho certificado vencido desde el año 2012. Más allá de la falta administrativa, esto repercutía en los residuos objeto de control, los que sin certificado emitido por la autoridad nacional quedaban en una especie de “limbo”. La firma había dado a conocer a la SAyDS varios derrames de solución cianurada previos al de septiembre de 2015; pero todos estos informes contenían datos proporcionados por la misma empresa que no eran luego constatados. El estado de los materiales no estaba sometido a ningún tipo de fiscalización externa. La ausencia de sistemas electrónicos de alarma – que reaccionen de modo inmediato- no era objeto de cuestionamientos, de ahí su perduración en el tiempo.

No hay constancias de que se haya auditado de modo completo el proceso productivo, los materiales utilizados, su recambio producto de la fatiga, las alarmas de detección temprana de accidentes. La empresa se controlaba a sí misma.Daba aviso a las autoridades locales y nacionales, escogiendo qué y cómo anoticiar incidentes: los calificaba como “graves”, “medios” o “leves”, según su arbitrio.

Los funcionarios federales conocían las condiciones en que la mina operaba (v. fs. 2777/2801 del expediente CUDAP: EXP-JGM: 0052213/2010); no obstante, no ordenaron medidas eficaces para prevenir y evitar derrames.

Sin perjuicio de conocer que en Veladero se estaba llevando a cabo una actividad altamente riesgosa, que se manipulaba cianuro en el proceso de extracción del oro, que la forma de trabajo no era segura para el ambiente -habida cuenta de los derrames de solución cianurada que precedieron el de septiembre de 2015-, la máxima autoridad ambiental nacional no intervino e incumplió el mandato legal. Recién luego de los sucesos de septiembre de 2015, de manera tardía, instruyó a la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación “(.) a que realizara las acciones correspondientes en el marco de su competencia”. Es la propia SAyDS la que termina reconociendo su poder de fiscalización.

Esa fiscalización es la que constata que el proceso productivo que estaba desplegando la firma presentaba falencias -falencias que pudieron haber sido advertidas por la SAyDS en controles previos-, tales como: la falta de controles automáticos que permitieran la detección temprana de incidentes por parte de la empresa (su detección quedaba a merced de recorridas visuales -en el caso del derrame de septiembre de 2015, el mismo fue advertido de esta manera-); falta de diseño de las válvulas de venteo acorde a su exposición a bajas temperaturas; mal estado de la compuerta ubicada en el canal de desvío norte; falta de impermeabilización del canal de desvío norte; falta de trabajos de manutención de válvulas y compuertas; y falta de modificación de la altura de terraplenes (no existía una contención que obstaculizara posibles derrames del valle de lixiviación sobre los terrenos linderos o el canal norte) (v.1058/1115).

A partir del derrame de septiembre de 2015, la SAyDS informa que ha enviado de manera periódica comisiones técnicas a efectos de evaluar el proceso productivo de la mina; comenzaron trabajos para el recambio de las válvulas de venteo bajo un sistema de calefacción -para evitar futuros congelamientos-; se efectuaron tareas de limpieza de nieve en todas las tuberías y de los canales perimetrales Norte y Sur -que son los que evitan que el agua de deshielo tome contacto con el valle de lixiviación-; se sistematizó y engrosó la compuerta del canal norte -la que fue traspasada ocasionando el derrame de la solución cianurada-; se instaló un sistema de bombeo en la pileta de contingencia; se hicieron tareas de mantenimiento de canales y drenes para mejorar el escurrimiento superficial; se instaló una cámara para el monitoreo continuo de las válvulas de venteo y de los sistemas de PLS y Barren; se aumentó el tamaño de las bermas de contención; se impermeabilizó el canal norte. Incluso, luego de constatar notorias irregularidades -producto de tales inspecciones- el Ministerio de Ambiente de la Nación accionó ante la justicia federal de San Juan en septiembre de 20162. Todas estas mejoras recién se hicieron luego de acontecido el derrame de solución cianurada de septiembre de 2015, pero debieron haberse efectuado antes -evitando el resultado dañoso- en cumplimiento de la obligación de control que recaía en cabeza de los funcionarios investigados -para “prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el medio ambiente” (cfr. art. 2.g de la ley 25675)-.

Este cuadro consolida la sospecha de que la SAyDS omitió cumplir los deberes a su cargo, lo que se tradujo en una falta de precaución en el cuidado del medio ambiente.Esa no intervención produjo un incremento del riesgo no permitido que se hizo patente en el derrame conocido el 15 de septiembre de 2015.

El retraimiento del Estado -más allá de lo que toca a la autoridad local- permitió espacios de discrecionalidad indebidos en una actividad que por su enorme riesgo debía ser objeto de un profundo y minucioso control. La ausencia de control, el déficit en el desempeño estatal, pese al mandato legal, es una premisa necesaria para comprender lo que ocurrió en septiembre de 2015.

Por su parte, la entonces Secretaría de Minería de la Nación -a cargo de M. en septiembre de 2015- por estar MAGSA inscripta en el Registro de Inversiones Mineras debía ejercer controles de seguridad e higiene minera en Veladero -a través de la Dirección de Inversiones y Normativa Minera-.

La Dirección de Gestión Ambiental Minera de la Secretaría tenía funciones directamente asociadas con el control ambiental de las actividades mineras, tales como: proponer e instrumentar sistemas de monitoreo ambiental en coordinación con las autoridades de aplicación de la ley 24.585; elaborar estudios e informes dirigidos a obtener un conocimiento acabado de la evolución del ambiente en las áreas de influencia de los proyectos mineros, del impacto que la actividad imprime sobre la población y proponer medidas tendientes a la mitigación de los mismos, e n coordinación con las Autoridades Mineras Provinciales.Varias direcciones creadas mediante Decreto No 1142/03 estaban vacantes al 12 de septiembre de 2015, entre la que se encontraba la Dirección de Gestión Ambiental Minera.

Entre las funciones de la Secretaría estaba la de promover estudios a fin de evaluar, planificar y coordinar el racional aprovechamiento de los recursos mineros del país, contemplando la preservación del medio ambiente.

Conforme surge del expediente, el ente se limitó a avocarse al control formal de las disposiciones de la ley 24.196 por parte de la firma MAGSA, prácticamente restringiendo sus acciones a meros actos administrativos de aprobación o rechazo de diferentes gastos que la firma decía realizar bajo el ámbito de dicha normativa.

Tal es así, que “los controles” no detectaron falencias en la mina que sí fueron advertidas por las comisiones técnicas que la visitaron con posterioridad al derrame y por el Departamento de Delitos Ambientales de la PFA a partir de esta causa.

Lo antedicho lleva a concluir que la entonces Secretaría de Minería omitió cumplir con sus obligaciones -las que normativamente le correspondían- a fin de controlar y prevenir los impactos ambientales producidos por la actividad minera.

En suma, existió, por parte de los funcionarios federales imputados, falta de precaución, principio fundamental que debe regir en materia ambiental.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos en una opinión consultiva reciente ha dicho que los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio. Con ese propósito en miras, “deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aún cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado” (CIDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No.23).

Tanto la ley 24.051 como la 25.675 vienen a cumplir con el compromiso, asumido internacionalmente, de promulgar una legislación ambiental efectiva -Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992-.

La imposición de efectividad -similar al concepto de tutela efectiva en materia de derechos fundamentales- se explica en que la característica predominante del ambiente es que una vez dañado es prácticamente imposible de reparar; de allí que se hable también de “cumplimiento forzado” (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría del Derecho Ambiental”, La Ley, Buenos Aires, 2008, págs. 51/52). La irreparabilidad del daño da protagonismo al principio precautorio en materia ambiental (Declaración de Río -ppio. 15-, Ley General del Ambiente 25675 -art.4-, entre otros), el que analizado en relación a las políticas públicas, es decir, los funcionarios: “no es una mera exhortación, puesto que cuando la ley recepta el principio precautorio, éste tiene un valor normativo preciso de carácter delimitativo. Es un marco genérico del obrar, dentro del cual existe discrecionalidad lícita y fuera del cual hay ilicitud” (Lorenzetti, ob. cit., pág. 73).

En este contexto de inacción por parte del Estado, el 13 de septiembre de 2015, a partir del derrame de un millón setenta y dos mil litros de solución cianurada -conf. testimonios de la causa 33551/15 del Juzgado Letrado de Jáchal- se contaminaron los ríos Potrerillo, De las Taguas, La Palca, Blanco, dique Cuesta del Viento y Jáchal -las aguas de este último desembocan en el Río Bermejo y finalmente llegan al río Desaguadero (fs. 1062)-.

Al contrario de lo argumentado por la defensa de M., en la totalidad de dichas aguas -en mayor o menor medida- se detectó cianuro y otros metales, circunstancia que fue atribuida a causas antropogénicas (v. fs. 1105 y 715/6); siendo que antes de la instalación de la mina -en 2005- el agua del río Jáchal era apta para el consumo humano (v. fs.642 vta). Además los valores de arsénico, boro, aluminio, manganeso y mercurio superaron los valores guía de calidad de agua para beber y vida acuática. También se halló la presencia de zinc, cloruros y sulfatos por fuera de los límites permitidos establecidos por el Código Alimenticio Argentino y la Organización Mundial de la Salud. Asimismo, el estudio bacteriológico efectuado arrojó que la mayoría de las muestras no eran aptas para el consumo humano (fs. 416/448 y fs.1320/1356). Si bien el agua fluye, la contaminación afecta los sedimentos de los ríos. Cuando el cianuro se concentra en dichos sedimentos forma complejos con elementos como el cobre (el cual es abundante en la zona) que son muy tóxicos para la fauna (fs. 672/708).

Otro de los argumentos de su defensa radicó en asegurar que el derrame de solución cianurrada fue de 224 m3 y no de 1072m3. Es cierto que este Juzgado vio interrumpida su investigación acerca del derrame como consecuencia del reclamo inhibitorio de la justicia de Jáchal. Mas ello no impidió hacer un seguimiento de lo obrado en dicha jurisdicción y así afirmar que, de acuerdo a la prueba allí reunida, si bien en un primer momento el volumen calculado fue el que afirma el imputado, luego ello fue corregido con el transcurso de los días a 1072 m3.

Por otro lado, lo argumentado por L. en cuanto a que “el Y33 [cianuro inorgánico] no era un residuo sino un elemento que se utilizaba en el proceso productivo” carece de relevancia a la hora de demostrar el efectivo control que el ente a su cargo debía realizar en la mina. El uso intensivo del agua para la extracción de oro a cielo abierto era motivo suficiente cuanto menos para suponer que dicha sustancia peligrosa podía llegar a alcanzar otras provincias al ser arrastrada por ríos interjurisdiccionales (conf. art.1 de la ley 24.051). Tal manifestación no hace más que corroborar la falta de control.

No puede ser considerada una excusa válida la alegada inacción de ciertas autoridades provinciales. En oportunidad de efectuar sus descargos y a efectos de rechazar su responsabilidad en la presente, L. y D. interpretaron que los deberes y competencias de los órganos federales tenían únicamente una “función administrativa” y “de coordinación”. Mas resulta insostenible afirmar que una ley -24.051- instituya a un organismo como autoridad de aplicación y que ello no importe deberes de contenido material. El deber de actuar de forma coordinada es una exhortación a la cooperación en el plano del hacer.

Pretender que el órgano de mayor jerarquía en la esfera nacional en materia de protección ambiental posee funciones únicamente de coordinación -en el sentido de coordinación del trabajo de otros- implicaría interpretar a la legislación ambiental como una mera declamación dogmática, o bien, una expresión de buena voluntad formal, sin miras a implementarse. Esto se contradice con el ya desarrollado principio de efectividad.

Sin perjuicio de lo antedicho, siquiera en oportunidad de alegar las llamadas “funciones de coordinación” los funcionarios dieron cuenta de ellas, ni especificaron las acciones concretas desarrolladas en esos términos. Es decir que a los efectos prácticos, la oposición genérica de este argumento frente al reproche planteado carece de todo valor.

Se hizo también referencia a normativa provincial que habría resultado un obstáculo insalvable para el despliegue de las funciones asignadas por las leyes y decretos que los obligaba como funcionarios de la entonces Secretaría de Ambiente y Secretaría de Minería. Este argumento trastoca el sistema racional de normas.La Ley General de Ambiente establece que la interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, debe hacerse de conformidad con el llamado principio de congruencia, en virtud del cual “la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga” (art. 4).

A partir de la inclusión del derecho al ambiente en nuestro texto constitucional (art. 41) se dictó la Ley General del Ambiente nro. 25675, estableciendo los lineamientos de la “política ambiental nacional” -cfr. art. 2-.

Se puede decir, entonces, que los constituyentes entendieron que, sin perjuicio del respeto del dominio originario provincial de los recursos naturales, resultaba menester el establecimiento de una política ambiental nacional, uniforme, común, para todo el territorio nacional en pos de garantizar una protección ambiental consistente y efectiva, considerada de interés nacional. Esto inspira la competencia legislativa del Congreso Nacional para dictar leyes de presupuestos mínimos y la institución de un órgano de jerarquía en el marco del Poder Ejecutivo Nacional para conducir la política ambiental nacional.

Estos conceptos no solo suprimen toda posibilidad de que el funcionario competente regule o actúe por debajo del piso de protección ambiental sino que convierten a dicho comportamiento en una afrenta directa hacia la Constitución y las leyes que la reglamentan.

La CIDH ha puesto énfasis en marcar la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental afecta el goce efectivo de los derechos humanos. Ha destacado una relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, pues el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio.Debido a esta estrecha conexión, ha constatado que actualmente múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, a la vez que no hay duda que otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos.

A resultas de lo anterior, los descargos de los funcionarios que prestaron tareas tanto en la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación como en la Secretaría de Minería de la Nación no han logrado revertir la hipótesis delictiva investigada -y en virtud de la cual el Dr. Ramiro 3 Asegura que el derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras; mientras que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, en virtud de su dimensión individual y su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (OC-23/17, op. cit.) González esbozó la imputación- ni constituyen causas legítimas de su accionar.

Los funcionarios a cargo de ambas agencias -más allá de las interpretaciones normativas que efectuaron al momento de declarar- incumplieron lo establecido por las leyes 25.675, 24.051 y los decretos 1919/06 y 1142/03.

VI.

Calificación legal.

Las conductas de L., D. y M. pueden calificarse como constitutivas del tipo previsto en el art. 248 in fine del Código Penal, cuyo texto reza:”Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que (.) no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

Nos hallamos ante lo que la doctrina denomina delito especial propio, en tanto requiere del sujeto activo la calidad especial de funcionario público. No quedan dudas que los nombrados revestían dicho carácter, en los términos del artículo 77 del Código Penal de la Nación, desempeñándose al momento de los sucesos como Secretarios de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Subsecretaria de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación y Secretario de Minería de la Nación, respectivamente.

La figura jurídica escogida, instituida con el objeto de preservar el correcto funcionamiento de la administración pública y la consecuente legalidad que deben revestir los actos administrativos que emanan de su seno, responsabiliza al funcionario público que, a partir del mal desempeño de sus funciones, omite dar cumplimiento a sus deberes y opta por ejercer arbitrariamente la autoridad oportunamente a él conferida. Por tratarse de un delito especial propio, se satisface siempre que la omisión allí referenciada sea llevada a cabo por un funcionario público con competencia para dictar y ejecutar el acto que se le imputa como omitido.

En este sentido, el abuso de autoridad puede consistir en una omisión: no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere al funcionario. No es fácil distinguir esta conducta de la forma castigada por el art. 249 del CPPN. En el caso del art. 248 el hecho debe revestir los caracteres de malicia señalados para la figura general, mientras que para el otro parece bastar la incuria, el retardo, la negligencia en el desempeño de la función (Sebastián Soler, ob. op.cit). La omisión requerida por el tipo penal es entendida como “la no realización de la acción jurídicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico” (Silva Sánchez, Jesús M., El delito de omisión. Ed. Bdef. Buenos Aires, 2003, pág. 352 y ss).

En el caso, a L. se le reprocha el haber omitido dar cumplimiento a sus deberes como autoridad de aplicación de la ley 24.051. Sus facultades y obligaciones, en lo que este caso atañe se encontraban contenidas en la variedad de artículos citados que regulaban su accionar como autoridad de aplicación de la misma (conf. art. 59°), entre las que se destacan: entender en la fiscalización de la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos (inc. c, art. 60) y entender en el ejercicio del poder de policía ambiental, en lo referente a residuos peligrosos (inc. d art. 60); así como otorgar el Certificado Ambiental (conf. art. 5°). Tampoco dio cumplimiento a las previsiones del decreto 1919/06 que lo obligaban a ocuparse en la preservación, protección, defensa y mejoramiento del ambiente, en la utilización racional y conservación de los recursos naturales, renovables y no renovables, la preservación ambiental del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica tendientes a alcanzar un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, en el marco de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Como máxima autoridad a nivel nacional en materia ambiental también estaba obligado al cumplimiento del artículo segundo de la ley 25.675:asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas (inciso a); promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales (inciso d); y prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo (inciso g). Previsiones que también habría incumplido.

A D. se le reprocha el haber omitido dar cumplimiento a las previsiones del decreto 1919/06 que la obligaban como Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación a implementar políticas, programas y proyectos vinculados al control ambiental, así como a la preservación del ambiente y a la prevención de la contaminación en todas sus formas. A su cargo tenía la Dirección Nacional de Control Ambiental, la que debía coordinar con otros organismos públicos, nacionales, provinciales o municipales todo aspecto cuyo objeto sea el control y la preservación de la calidad ambiental; así como entender en los aspectos relativos a la fiscalización y control de los residuos peligrosos de conformidad con las leyes 24.051 y 25.612. Además, bajo su orbita estaba la Dirección de Residuos Peligrosos, la cual debía fiscalizar la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos y ejercer el poder de policía ambiental en lo referente a residuos peligrosos y la Dirección de Prevención y Recomposición Ambiental que debía coordinar con otros organismos públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, todo aspecto cuyo objeto sea el control y la preservación de la calidad del agua, del aire y del suelo.

A M., finalmente se le reprocha el incumplimiento de las previsiones exigidas por el decreto 1142/03, a saber:promover los estudios e investigaciones para evaluar, planificar y coordinar el racional aprovechamiento de los recursos mineros del país, contemplando la preservación del medio ambiente; proponer e instrumentar sistemas de monitoreo ambiental, en coordinación con las Autoridades de Aplicación de la Ley No 24.585; proponer y elaborar adecuaciones permanentes al marco regulatorio ambiental minero; y elaborar estudios e informes dirigidos a obtener un conocimiento acabado de la evolución del ambiente en las áreas de influencia de los proyectos mineros, del impacto que la actividad imprime sobre la población y proponer medidas tendientes a la mitigación de los mismos, en coordinación con las Autoridades Mineras Provinciales.

En el caso concreto, tal como formuló el fiscal, se verificaron claras omisiones por parte de los funcionarios públicos imputados de las obligaciones consignadas en la normativa descripta.

Los decretos mencionados -nro. 1919/06 y 1142/03- fueron sancionados con la finalidad de delimitar las funciones tanto de la Secretaría de Ambiente como de la Secretaría de Minería con sustento en la ley de Ministros -nro. 22.520- que consagraba la existencia de los Ministerios de los que formaban parte los imputados. Es decir, determinaban al momento de los hechos lo que los funcionarios debían o podían hacer de acuerdo con la Constitución y con la ley.

Todos estos incumplimientos en su carácter de funcionarios públicos los ubican como coautores del delito previsto en el art. 248 in fine del Código Penal, el cual por ser un delito de pura actividad se adjudica con la mera concreción de la omisión debida, no requiriendo el tipo penal el acaecimiento de resultado final alguno, que lesione otro bien jurídico de la ya vulnerada administración pública (D’Alessio, Andrés José, Código Penal comentado y anotado. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, pág. 798 y ss).

VII.

Medidas cautelares.

VII.

a) De tipo personal.

Para ingresar en el análisis de la procedencia de la medida cautelar personal -Art.312 del C.P.P.- es necesario señalar que, el reconocimiento constitucional de la garantía de toda persona a ser tratada como inocente hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre su culpabilidad (Art. 18 de la C.N.) y el derecho general a la libertad ambulatoria del que goza todo habitante (Art. 14 de la C.N.), permite derivar como principio en la materia el derecho a la libertad física y ambulatoria del sujeto sometido a proceso durante el transcurso de éste.

El axioma precedente no imposibilita todo uso de la coerción por parte del Estado durante el desarrollo de la persecución penal, mas obra como una alternativa estrictamente excepcional, y se erige como criterio rector para evaluar la razonabilidad de las restricciones que se pretendan imponer respecto de dicha libertad y la relación de proporcionalidad que de be existir entre tales medidas, los fines que con éstas se persiguen y la prognosis de la pena para el caso (Conf. Maier Julio B.J., Derecho Procesal Penal I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, Pág. 512 y ss.).

Bajo esos presupuestos, y atendiendo a que la restricción a la libertad ambulatoria constituye la forma en la cual se materializa, en definitiva, tanto el uso de la coerción material -prohibida antes del dictado de una sentencia de condena que impone una pena que adquiera carácter firme-, como aquella propia del ámbito procesal en su aspecto más gravoso -detención, prisión preventiva-, sólo podrá hallar justificación esta última en la medida que resulte indispensable para asegurar los fines que persigue el procedimiento, es decir: la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal (Conf. Art.280 del C.P.P.).

La orden de prisión preventiva supone que, previamente, quien la dicta, haya examinado la imputación a la luz de los elementos de prueba incorporados al procedimiento penal, y el eventual descargo del imputado -ya detenido o todavía en libertad- en su indagatoria, más las consecuencias probatorias que de ella emergen o producidas por iniciativa de su defensa, y llegado a la conclusión de que existe una gran probabilidad de condena al final del procedimiento, esto es, una gran probabilidad de que el imputado haya participado culpablemente en un hecho punible objeto del procedimiento. Ello constituye aquello que la legislación procesal argentina tradicional conoce desde antaño como procesamiento. El procesamiento es, pues, un primer presupuesto de la decisión que mantiene al imputado en prisión preventiva (Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal. III. Parte general. Actos procesales”, Ed. Del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2011, pág. 416 y sgte.).

No obstante, a efectos de resolver en la materia, corresponde analizar si en el legajo se observa la existencia de parámetros que funden la necesidad de restringir la libertad vinculados concretamente al riesgo de su fuga o de entorpecimiento de la investigación, únicas circunstancias que, previo juicio de proporcionalidad con la pena esperada, habilitarían tolerar en forma excepcional la restricción cautelar de su libertad ambulatoria en esta instancia (Conf. C.C.C.Fed., Sala II, C. N° 44.995, reg. 1314, Rta. 16/12/2010, y C.C.C.Fed., y Sala II, C. N° 32.400, reg. 35.270, 25/10/2012, entre otros).

Bajo tales parámetros, corresponde hacer las siguientes apreciaciones en torno a la existencia o no de riesgo procesales.

En cuanto a la pena en expectativa, el artículo 248 del Código Penal prevé una pena máxima que permitiría, en caso de recaer condena, que ella fuese dejada en suspenso (art.26 del C.P.). El principio de proporcionalidad, por ende, desautoriza la prisión preventiva en este caso.

No se avizora la posibilidad de obstruir la investigación, donde ya se ha producido la prueba determinante para alcanzar el grado de sospecha que justifica la presente decisión.

Tampoco se han advertido de su parte maniobras de destrucción de prueba o de entorpecimiento.

Ergo, considero que sus procesamientos corresponden dictarse sin prisión preventiva (conf. art. 310 del ritual).

VII. b) De tipo patrimonial.- El embargo previsto por el artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación tiene por fin garantizar de modo suficiente una eventual pena pecuniaria, las costas del proceso y las responsabilidades civiles emergentes.

En tal sentido, a los fines de fijar el monto que acompañará al presente resolutorio, debe tenerse en cuenta las costas que puedan imponerse que incluyen el pago de la tasa de justicia, los honorarios de los abogados particulares de los imputados, y los demás gastos que se hubieren originado por la tramitación de la causa.

A partir de aquellos parámetros, se deben considerar: a) el monto de la tasa de justicia fijada en la acordada n° 498/91 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ($ 69.67), b) que todos los imputados son asistidos por defensa particular; c) que, a esta altura, no se verifica la ocurrencia de otros gastos que hayan demandado la tramitación del expediente y con particular relevancia. En otro orden, también debe considerarse que se ha constituido querella y que existe la posibilidad de que haya ocurrido una afectación a distintos bienes jurídicos como consecuencia de las conductas ilícitas.

Las conductas reprochadas afectaron a la Administración Pública: fue afectada por los funcionarios que incumplieron el mandato legal contenido en la leyes nacionales. Pero a la par, aun cuando el comportamiento reviste relevancia penal sin necesidad de otro resultado más que el incumplimiento en sí, no cabe ignorar aquí la posibilidad cierta de afectación de otros bienes jurídicos como consecuencia de dicho proceder:me refiero al bien colectivo ambiente y, más precisamente, al derecho fundamental al agua potable.

El agua es un bien que pertenece a la esfera social de tutela. Para estos bienes el legislador establece la precedencia de la tutela preventiva, es decir, primero prevenir, luego restituir y finalmente, reparar el daño causado. Habiendo arribado a esta última instancia es preciso entender que la reparación tiene su base en el pasado, en los daños ya producidos y en la determinación de las responsabilidades consiguientes (Lorenzetti, ob, op. Cit).

El artículo 27 de la ley 25.675 define el daño ambiental como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. Dicha norma establece que “el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición” (art. 4o) y que quien cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción y que en caso de que no sea técnicamente factible corresponde una indemnización sustitutiva (art. 30).

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que “la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (fallo “Mendoza” del 20 de junio de 2006, CSJN, considerando 18o).

Así las cosas, de momento, la medida cautelar se ordenará por un monto que procure abarcar los rubros señalados. En consecuencia impondré la suma de dos millones de pesos, en concepto de embargo sobre los bienes de L. y M. y, un millón de pesos sobre los de D.

VIII.

La eficacia del proceso penal en general y de este en particular conduce a superar los estadios meramente declarativos, y es que “demasiadas declaraciones y pocas concreciones deterioran la imagen del derecho y la confianza presupuestas en el sistema judicial” (Lorenzetti, ob. Op.Cit). De ahí las amplias facultades que la ley general de ambiente otorga al juez (art. 32).

En este sentido, en conflictos ambientales la espera “consume” el bien jurídico protegido. “El incumplimiento da lugar a la ejecución por otro. El juez puede adoptar todas las providencias adecuadas para la tutela específica de las obligaciones de hacer o de no hacer. Puede (.) determinar medidas para la obtención del resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación” (Lorenzetti, ob. Op cit).

A la luz de estas facultades, es que habré de remitir copia certificada de la presente resolución al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y al Ministerio de Energía y Minería de la Nación, a los efectos de que procedan en el ámbito de sus deberes y competencias.

Por todo lo argumentado en extenso a lo largo de la presente es que; RESUELVO:

I.- DICTAR EL PROCESAMIENTO SIN PRISIóN PREVENTIVA de S. G. L., B. D. y J. O. M., de las demás condiciones personales obrantes en autos, por encontrarlos prima facie penalmente responsables, en calidad de autores del delito de abuso de autoridad (art. 248 in fine y 45 del Código Penal de la Nación y art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación).

II.- MANDAR A TRABAR EMBARGO sobre los bienes y dinero de S. G. L. y J. O. M. por la suma de $ 2.000.000 (dos millones de pesos), respectivamente, debiendo formarse para ello el incidente correspondiente (art. 518 del CPPN).

III.- MANDAR A TRABAR EMBARGO sobre los bienes y dinero de B. D. por la suma de $ 1.000.000 (un millón de pesos), debiendo formarse para ello el incidente correspondiente (art. 518 del CPPN).

IV. REMITIR COPIA CERTIFICADA DE LA PRESENTE RESOLUCIóN al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y al Ministerio de Energía y Minería de la Nación, a los efectos de que procedan en el ámbito de sus deberes y competencias.

V. Notifíquese a las partes y regístrese.

SEBASTIAN N. CASANELLO

JUEZ FEDERAL

SEBASTIAN BRINGAS

SECRETARIO