

Autos y Vistos
Pod. Judicial de la Nación
//////MIGUEL DE TUCUMÁN, 28 DE MAYO de 2008.

AUTOS Y VISTO: El recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la resolución que dispone la falta de mérito de Julián Patricio Rooney en orden a la presunta comisión del delito previsto y penado por el art. 55 de la ley 24.051; y

CONSIDERANDO:

Que el Fiscal Federal Dr. Carlos Brito interpone recurso de apelación contra la resolución judicial que dispone la falta de mérito de Julián Patricio Rooney, en orden a la presunta comisión del delito previsto y penado por el art. 55 de la ley 24.05, en su doble calidad de gerente comercial y legal y de asuntos corporativos y vicepresidente de Minera La Alumbraera Ltda.

Que al motivar su apelación el señor Fiscal Federal argumenta que conforme las constancias de autos, existen elementos de convicción suficientes para estimar la existencia del hecho delictuoso y la participación responsable del señor Julián Patricio Rooney.

Meritúa los elementos probatorios reunidos en autos y especialmente los obrantes a fs 32 de la ingeniera química Sonia B. de Cesca, de fs 38 del Director de Saneamiento Ambiental, peritación de Gendarmería Nacional, informe de impacto ambiental de la geóloga Sara Ester Ferullo obrante a fs. 321/323 y nota de 324/326, informe de Margarita Hidalgo de fs. 351 Jefa de Fiscalización Sanitaria Ambiental, peritaje producido en actuaciones preliminares N° 2, F° 1 año 2002 y elementos probatorios reunidos en actuaciones preliminares N°8, F1, Año 2003.

Entiende el Fiscal Federal que el Juez *a-quo* se ha limitado al recuento de las actuaciones cumplidas, sin merituar su valor probatorio. Asimismo argumenta que el cumplimiento de normas administrativas no releva de la responsabilidad penal.

Solicita por tanto el procesamiento del imputado en virtud de la norma del art. 55 de la ley 24.015, revocando la resolución del *a quo* que dispuso su falta de mérito.

A fs 974/988, la defensa del imputado presenta memorial de

agravios solicitando se confirme la resolución de falta de mérito dictada en favor de su defendido. Analiza las actuaciones cumplidas, la resolución apelada y los agravios del Ministerio Fiscal.

A fs. 995 y con fecha 30 de Setiembre de 2005, el Tribunal dispone como medida para mejor proveer que se oficie a la Unidad de Medio Ambiente de la Nación a fin de que se informe si la empresa Minera La Alumbreira cumple las normas de saneamiento ambiental vigente. La Unidad de Medio Ambiente de la Nación, contesta informando que el control debe ser realizada por las autoridades provinciales de aplicación.

Se dirigió la solicitud por tanto a la Dirección de Recursos Energéticos y Minería de la Provincia de Tucumán, quien informa con fecha 12 de Mayo de 2006, (fs. 1008/1013) a través de la geóloga Claudia Arcuri, que la empresa Minera Alumbreira cumple con las normas de saneamiento ambiental excepto en los parámetros de sales y conductividad eléctrica. Asimismo informa que el canal DP2 no tiene relación hidrológica con ningún río o curso fluvial y que fue construido para que se viertan efluentes de actividad industrial, por lo que allí vierten sus efluentes también la industria citrícola, azucarera, mataderos, papeleras etc.

Que a fs 1022, pasan los autos a consideración del Tribunal, agregandose con posterioridad una serie de escritos y pruebas aportados por los litigantes.

1. Marco normativo nacional e internacional de protección del medio ambiente. Ley 24.051.

La Constitución Nacional en su art. 41 primera parte establece que *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.”*

Al amparo de tal disposición se dicta la ley 25.675 (27/11/02), en

USO OFICIAL

Poa
la que s
negativ
bienes
que q
restabl
técnica
ordinan
Ambier
autorid
corresp
ambien
iuris te
infracc.
cumpli
integra
indispe
en mun
corresp
1948; I
P.I.D.C
Carta M
Declara
particul
1993, e
Orgánic
particul
particul
Resoluc

Poder Judicial de la Nación
la que se 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.* (Art. 27).

Respecto a la responsabilidad frente al daño ambiental, determina que *quien cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.* (Art.28).

Finalmente establece que la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa, determinando como *presunción iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas.* (Art. 29).

Tanto la norma constitucional como la ley citada, responden al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado en cuanto integrante de la comunidad internacional.

En dicho ámbito, la protección del medio ambiente sano en cuanto indispensable para el desarrollo integral del ser humano, se encuentra reconocida en numerosos instrumentos internacionales y regionales entre los que corresponde destacar los siguientes: (i) *Sistema Internacional:* D.U.D.H. de 1948; P.I.D.E.S.C. de 1966; P.I.D.C.P. de 1966; Protocolo Facultativo del P.I.D.C.P.; Declaración de Estocolmo de 1972, en particular principios 1 y 2; Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, en particular principios generales; Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo 1992, en particular principios 1, 2, 3 y 4; Declaración y programa de Acción de Viena de 1993, en particular art. 11; Convención de Estocolmo sobre Contaminación Orgánica persistente de 2001; (ii) *Sistema regional:* D.A.D.H. de 1948, en particular art. XI; C.A.D.H. de 1969; Protocolo de San Salvador de 1998, en particular art. 11; Carta Democrática Interamericana de 2001, en particular art. 1; Resolución de la O.E.A. n° 1871/02 sobre Promoción de la Responsabilidad

Social de las empresas del hemisferio.

Tanto desde el marco del derecho internacional como del derecho constitucional existe un reconocimiento expreso del orden jurídico al derecho que tienen las generaciones actuales y futuras al disfrute de un ambiente sano, como condición esencial para el desarrollo de la personalidad del hombre, correspondiendo el dictado de aquellas normas que aseguren presupuestos mínimos de protección e imponiéndose como contrapartida de dicho derecho el deber de no contaminar.

2. Los delitos ambientales.

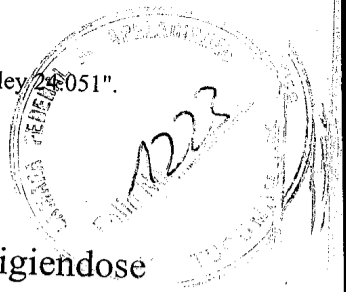
La ley 24.051 procura la protección del medio ambiente, dentro de un marco de tutela anticipada de bienes personales mediante la incriminación de conductas previas a la lesión de un bien jurídico, por lo que el medio ambiente, como conjunto de relaciones que existen dentro de un sistema, no se encuentra protegido en sí mismo, sino en su función con relación a las personas.

Por lo expuesto y en tanto poseen función de anticipación de la tutela, los delitos ambientales suponen un adelantamiento de las barreras de protección, por lo que se configuran como delitos de peligro.

Parte de la doctrina afirma que los delitos ambientales son delitos de peligro concreto en el que se persigue evitar peligros para la salud o la vida de las personas, entendiendo que en tal dirección la protección del medio ambiente sirve a efectos de proteger bienes jurídicos individuales como la salud o la vida.

Por otro lado están aquellos que califican tales delitos como de peligro abstracto, considerando que el equilibrio de los sistemas naturales o los recursos naturales son en sí mismos el bien jurídico objeto de protección. (Mirentxu Corcoy Bidasolo, Delitos de Peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales,, Ed. Tirant, Valencia 1999, p.233, nota 488).

Los delitos de peligro concreto requieren la creación de efectiva situación de peligro (resultado de peligro), requiriéndose como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta lesión*; en los delitos de peligro abstracto



Poder Judicial de la Nación

ello no es necesario, bastando que *supongan o presuman* un peligro, exigiéndose la constatación de la *peligrosidad de la conducta*, entendida como inherente a la acción. (Mir Puig Santiago, Derecho Penal Parte General, 5ta ed., p. 209 y ss.).

Inmersos en nuestro sistema normativo constitucional y desde los límites que el mismo impone al derecho penal, corresponde advertir sobre los reparos constitucionales que habilitan los delitos de peligro abstracto, atento su distanciamiento con el principio de legalidad, de lesividad y de culpabilidad.

En forma consecuente con los argumentos expuestos, este Tribunal considera que el tipo penal contenido en el art. 55 primera parte de la ley 24.051 imputado en el auto de procesamiento, se configura como un *delito de peligro concreto*.

La ley 24.051 en su art. 2° y el Decreto reglamentario 813/93 definen los residuos peligrosos, disponiendo que será todo material que resulte objeto de desecho o abandono y que puede causar daño, directa o indirectamente a seres vivos, o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

En el anexo I de la ley se identifica que residuos son considerados peligrosos y alcanzados por el marco legal. Los residuos resultantes de las operaciones de eliminación de desechos industriales, también están incluidos en anexo I. Así es como se identifican determinados constituyentes de desechos que determinan que estos últimos queden incluidos dentro de la categoría de residuos peligrosos. Entre otros la ley se refiere como "constituyentes" o "componentes" a metales carbonilos, compuestos de cobre, zinc, arsénico, selenio, cadmio, antimonio, mercurio, talio, plomo, cianuros, orgánicos etc. En el anexo II de la misma, se incluyen tablas sobre calidad de agua para fuentes de agua. de bebida, para protección de la vida acuática, para irrigación, para bebida de ganado, para recreación y para pesca industrial.

La doctrina expresa un concepto más amplio de residuos peligrosos consignando "residuo es todo objeto, energía o sustancia sólida, líquida o gaseosa que resulta de la utilización, descomposición, transformación, tratamiento o destrucción de una materia y/o energía, que carece de utilidad o valor para su dueño, y cuyo destino natural debería ser la eliminación, salvo que

podría ser utilizada como insumo en un proceso industrial. (Régimen legal de los residuos peligrosos. Jacobo- Rougès. Editorial De Palma. 1993 p.14 citado por María Angélica Crotto. "La protección del ambiente en la ley de residuos peligrosos.

Así, la propia ley establece un procedimiento de notificación e inscripción que se aplica a todas aquellas personas que generen o transporten residuos peligrosos, procedimiento que es previo para el desarrollo de tales actividades y para el otorgamiento del certificado ambiental anual.

Por lo que el certificado de impacto ambiental aparece como un recaudo esencial y constitutivo de la política general sobre medio ambiente, a la cual se tendrán que adecuar las empresas, las personas físicas que puedan generar residuos y la normativa que regulen actividades con incidencia fundamental en la calidad del ambiente y la vida de los seres vivos.

El art. 55 de la ley 24.051 regula la figura penal dolosa para el que utilizando los residuos peligrosos envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Específicamente la modalidad delictiva que nos ocupa, la contaminación, *consiste en introducir al medio cualquier índole de factores que anulen o disminuyan su función biótica.* (El aporte del derecho penal a la protección ambiental. Néstor A. Cafferatta. J.A. 1993.I. pag. 228 y ss).

Por lo que la ilicitud consiste en general en la descarga de sustancias tóxicas y la liberación de calor en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas.

Pluralidad de acciones que debe estar completada por la exigencia de que de ellas resulte un peligro común para la salud, peligro real y efectivo. Complementariamente y a los fines de que las figuras de la ley, puedan alcanzar a las personas jurídicas, el art. 57 dispone poner en cabeza de los directores, administradores o gerentes la responsabilidad penal por la producción de hechos punibles por la decisión de las personas jurídicas.

Por lo que, sin necesidad de enrolarnos en la polémica doctrinaria

P
acerc
ley, f
penal
ecoló
desar

cuello
activo
activi
elem
educ
descu
de m
auser
blanc
aport

de al
de la
apare
aplic
ser
admi
pena

de es
en at

Gon
cont
emp



Poder Judicial de la Nación

acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el propio texto de la ley, facilita el tratamiento del tema al disponer la atribución de responsabilidad penal a los directivos por la decisión de la persona jurídica, en tanto los delitos ecológicos están indisolublemente unidos a las actividades industriales desarrolladas por el hombre.

Luis Marcó del Pont, ubica al delito ecológico como un delito de "cuello blanco" con todas sus implicancias, a las que define como: (i) Sujeto activo de alto status económico social; (ii) Delito cometido en ejercicio de la actividad empresarial del sujeto activo; (iii) El delito no puede explicarse por los elementos clásicos utilizados para los delitos convencionales (pobreza, falta de educación, etc); (iv) Dificultades para elaborar estadísticas (v) dificultades para descubrirlo y sancionarlo; (vi) Indiferencia de la opinión pública; (vii) Sanciones de multa o medidas administrativas, y (viii) Complicidad de las autoridades, ausencia de control estatal, etc. (IV Seminario Internacional de delitos de cuello blanco. Universidad de México, mayo 1983. Citado por Nestor Caferratta en "El aporte del Derecho Penal a la protección ambiental". J. A. 1993 I p. 228)

En tal sentido es que en el abordaje de la problemática ambiental, de alta complejidad, todo el ordenamiento jurídico, debe ser puesto al servicio de la defensa de la incolumidad del ambiente. En la primera línea de esa defensa aparece el derecho administrativo ambiental que con sus órganos de contralor y aplicación de sanciones de multa busca un rol prevaeciente, pero que no debe ser considerado exclusivo en tanto el cumplimiento de la normativa administrativa ambiental no releva, ni dispensa la comisión de posibles ilícitos penales.

3. Merito probatorio.

Que entrando al tratamiento de la cuestión sometida a consideración de esta alzada corresponde consignar que de los elementos probatorios reunidos en autos surge:

1°) Conforme denuncia formulada a fs. 1 por el Dr. Juan A. González investigador del Instituto Miguel Lillo, se da cuenta de la presunta contaminación detectada en el vuelco de efluentes de la planta de secado de la empresa Minera La Alumbreira. Se acompañan denuncias formuladas a través de

medios de prensa que datan del año 1997.

2°) Informe de la Ingeniera Química Sonia B. de Cesca obrante a fs. 32 de autos, del que surge que las muestras tomadas en el Canal DP2 donde vierte sus efluentes Minera La Alumbreira registraron valores para el cobre superiores a los límites establecidos reglamentariamente

3°) Nota suscripta por el Director General de Saneamiento Ambiental del Sistema Provincial de Salud, informando que existe un permiso de vuelco de efluentes otorgado a la empresa Minera La Alumbreira por la Dirección a su cargo, de fecha 10 de Febrero de 1998, con vencimiento a los 120 días o sea el 11 de Junio del referido año. Afirma que para vuelcos en un canal de drenaje, no se establecen límites para los parámetros salinidad total y sulfatos. Que con relación al parámetro cobre se muestran valores oscilantes y sobre 27 muestreos se comprobó la superación de la concentración límite en 8 oportunidades. (Resolución 1219-CPS-97).

Con relación a la concentración máxima de la resolución 1929-CPS-85 de 1.5 mg no fue superada en ningún momento. Afirma asimismo que el límite de la resolución 1929 del año 1985 era de 1.5 mg mientras que la resolución 1219 del año 1997 es mucho más estricta en tanto establece dicho límite en 0.3 mg.

Argumenta que no existen parámetros técnicos de que un valor medio de 0.46 mg constituya una concentración de peligro, pese a lo cual informa que le preocupa a la Dirección la existencia de un tío compuesto cuya composición exacta todavía no ha podido definirse pero que ha provocado un agotamiento del oxígeno disuelto el cual se verifica unos 300 mts. aguas abajo de la descarga que realiza la empresa minera acompañado de la precipitación de azufre coloidal sobre el lecho del canal.

4°) A fs. 69 y ss. obra copia de la resolución 042/312 emitida por la Dirección de Industria y Minería de la Provincia de Tucumán donde se emite nuevo permiso de volcado de efluentes de la minera en el canal DP2 por el término de un año desde el 30 de marzo de 1999.

USO OFICIAL

CPS-8
ajustar
primer
daños
para lo
Para la
ajustar
1929-C
1997 l:
o curso

inform
que pc
agua d
y que

Alumb
efluen
haber

realiza
Genda
DP2
condu
los pa
Minis
desigr

DP2 l:
de su l
agua c

1225

Poder Judicial de la Nación

5°) A fs. 83 y ss. se incorpora a autos copia de la resolución 1929-CPS-85 dictada oportunamente que establecía las normas a las que debían ajustarse las descargas de líquidos residuales. La referida resolución establecía primeramente una prohibición genérica en tanto la descarga pueda ocasionar daños (degradación o alteración) del medio ambiente. Establecía parámetros para los efluentes los que podrían ser modificados cuando la actividad lo exija. Para la descarga en canales, cursos de agua, lagos o lagunas los líquidos deberán ajustarse a los parámetros de calidad fijados en dicha resolución. La resolución 1929-CPS- 1985 fue posteriormente modificada por la resolución 1219- CPS-1997 la que exigió mejores niveles de calidad en los efluentes a volcar en canales o cursos de agua.

6°) A fs.116 la Dirección de Medio Ambiente de la Provincia informa con fecha 8 de Mayo de 2000, que el canal DP2 es un canal de desagüe que posibilita la evacuación de agua de lluvia, que es utilizado para fuente de agua de animales, riego de hortalizas y eventualmente para bebida de personas y que el receptor final es el dique de Termas de Río Hondo.

Informa asimismo que el 27 de Marzo de 2000, minera La Alumbraera ha puesto en marcha una planta de tratamiento destinada a los efluentes que se generan en la planta de secado de Ranchillos, por lo que podría haber variación de valores.

7°) A fs. 126 y con fecha 28 de Setiembre de 2000 se dispone la realización de pericias por intermedio del gabinete técnico pericial de Gendarmería Nacional a fin de determinar sobre muestras obtenidas en el canal DP2 los valores de oxígeno disuelto, demanda bioquímica de oxígeno, conductividad eléctrica, sulfatos, cobre y si los mismos se hallan por encima de los parámetros permitidos para los niveles de calidad de agua. (petición del Ministerio Fiscal de fs. 96 vta). Notificada Minera la Alumbraera de la medida designa como perito de parte al geólogo Rubén Fernández a fs. 145.

8°) Obra a fs. 150/152 acta de extracción de muestras en el canal DP2 la que se efectúa con intervención del perito de parte y en tres lugares: antes de su llegada al canal, extracción en el curso de agua del canal y extracción del agua del canal en un punto situado a 600-700 mts. del lugar de extracción

anterior. Las muestras se extraen y son repartidas en tres recipientes, una de ellas para análisis, una para el interesado, y otra contra muestra para reservar en el Juzgado.

El informe pericial practicado concluye que las muestras analizadas poseen un alto contenido de cobre y sulfatos superando los límites establecidos por la ley 24.051 para el parámetro cobre.

Con relación a los valores demanda bioquímica de oxígeno posee valores inferiores a lo establecido por la legislación vigente. Agrega que los parámetros conductividad, sulfatos y oxígeno disuelto no están contemplados en la legislación federal vigente.

9°) A fs 174 obra constancia de nuevo permiso de descarga de efluentes líquidos a favor de la Minera, el que vence en fecha de Agosto de 2003.

10°) A fs. 175/ 177 la defensa de Minera La Alumbraera refuta la prueba pericial realizada por Gendarmería Nacional con diversas argumentaciones, solicitando se declare su nulidad. Obra a fs. 178 ampliación del informe pericial realizado por Gendarmería Nacional en el que se refutan y aclaran diversos argumentos esgrimidos por la Minera, informando que todas las pericias fueron realizadas en presencia del perito de parte Geólogo Rubén Fernández quien no realizó observaciones sobre los métodos utilizados ni los valores a los que se arribó. Afirma la ampliación del informe pericial que el valor conductividad fue determinado mediante el uso de instrumental diferente al usado para determinar cobres y sulfatos, lo que corrobora que las muestras poseían altos valores en sólidos disueltos totales. El valor probatorio de dicho dictamen pericial fue impugnado por la empresa Minera La Alumbraera fracasando la apelación al declarar el tribunal de alzada mal concedido el recurso

11°) Informe de impacto ambiental suscripto por la geóloga Sara Ester Ferullo que da cuenta que el vuelco de efluentes en el canal DP2 ha producido una alteración al medio ambiente en el lecho del canal, con formación de ácido sulfhídrico por la existencia de tiosulfatos y sulfatos en ambiente reductor, con proliferación de algas en el lecho del mismo, el que obra a fs.

USO OFICIAL

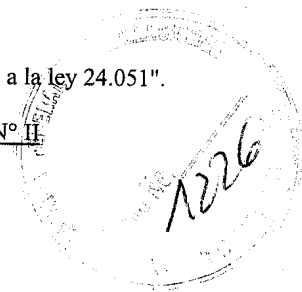
efectúa
la prim
efluent
Genera
plantea
del can:

Fiscaliz
oxígen
alteraci
la Mine

realizad
pericial
2, F° 1
prelimir
advertir
prueba
reunido:

Patricio
Alumbr
descarg
la activ
aclaraci
finalida
marcha
agua.

de prov



Poder Judicial de la Nación
321/323.

12°) Nota suscripta por la geóloga Ferullo(fs. 324/326) en las que efectúa un repaso de las actuaciones cumplidas en sede administrativa luego de la primera autorización concedida a Minera La Alumbraera para la descarga de efluentes en el canal DP2. Así se consigna una nota remitida por el Director General de Saneamiento Ambiental a la Minera La Alumbraera, en la que se plantea la preocupación de los organismos oficiales de contralor por la situación del canal DP2, solicitando la corrección inmediata.

13°) Informe practicado por Margarita Hidalgo a fs. 351, Jefa de Fiscalización Sanitaria Ambiental, en el que se consigna decaimiento total del oxígeno disuelto y un marcado aumento de sales, considerando que estas alteraciones tienen su origen en el vuelco de efluentes de la planta de filtros de la Minera.

14°) Que asimismo obran en la causa a fs. 398/401 peritajes realizados sobre muestras extraídas y analizadas por parte del gabinete técnico pericial de Gendarmería Nacional cumplidas sobre actuaciones preliminares N° 2, F° 1, Año 2002 FG y elementos probatorios reunidos en actuaciones preliminares N° 8, F° 1, Año 2003 sobre desechos mineros Que corresponde advertir que el Tribunal considerará oportunamente el valor probatorio de la prueba pericial en cuestión y el contenido de la totalidad de los elementos reunidos en actuaciones preliminares n° 8,F1 año 1993.

15°) Que a fs. 731 presta declaración indagatoria el Sr Julián Patricio Rooney, en su calidad de vicepresidente de la empresa Minera La Alumbraera y gerente comercial y legal y de asuntos corporativos.- En su descargo manifiesta no encontrarse a cargo de cuestiones técnicas vinculadas con la actividad industrial que desarrolla la empresa. Pese a ello, formula aclaraciones relacionadas con las tareas cumplidas por la empresa con la finalidad de impedir la contaminación ambiental, informando de la puesta en marcha de la planta de tratamiento de efluentes y el laboratorio de calidad de agua.

Que conforme el plexo probatorio reunido en autos y con el grado de provisoriedad requerido para esta etapa del proceso, este Tribunal se

encuentra en condiciones de afirmar que se encuentra acreditado la existencia de contaminación ambiental en el canal de desagüe DP2 donde vuelca sus efluentes industriales la empresa Minera La Alambarrera y la presunta responsabilidad en la producción de tales efectos de su directivo Julián Patricio Rooney conforme la norma del art. 55 de la ley 24.051.

Dichas circunstancias se encuentran acreditadas a juicio de este Tribunal con las informaciones derivadas de organismos oficiales de contralor acerca de la contaminación que se venía produciendo en dicho canal, y además y preponderantemente con la prueba pericial practicada por el gabinete técnico pericial de la Gendarmería Nacional sobre la extracción de muestras efectuada a fs. 150/151, la que ha sido concluyente sobre la existencia de un grado de contaminación en el canal de desagüe DP2 provocada por la descarga de efluentes de Minera La Alambarrera que configura el hecho punible descrito por el tipo penal del art. 55 de la ley 24.051

No puede dejar de advertirse que dicha prueba pericial, la que contó con el debido contralor de la defensa, fue realizada en fecha 28 de Setiembre de 2000, luego que se produjera la inauguración de la planta de tratamiento de efluentes de la empresa minera, de fecha 20 de Marzo de dicho año, conforme constancias merituadas en autos, lo que evidencia a todas luces no sólo el conocimiento que tenían las autoridades de la Minera acerca del contenido de los efluentes vertidos en el Canal DP2 sino de la ineficacia del contralor sobre la calidad de esos efluentes.

Que además para reforzamiento de lo que este Tribunal da por probado y como opinión doctrinaria en tanto emitida por expertos corresponde referirse al informe rendido por la Secretaría de Minería de la Nación y publicado oportunamente en la página de dicha dependencia (www.minería.gov.ar) con 28 de Marzo de 2007, el que con posterioridad fue borrado de dicho sitio web e incluso a la fecha no figura en dicha página la Provincia de Tucumán.

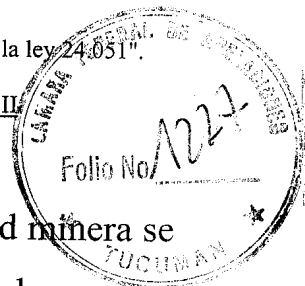
En dicho informe, dirigido a la determinación de impactos

Pod
ambien
consign
superfic
explo
informe
Contam
realizad
La Alu
sulfatos
normad
de la zc
SDT, s
establec
conside
alto val
perman
impacto

Genera

reglada
en la ca
26, en
investig
proceso
constitu

cuyas c
mismas
investig
La Alu
dispues



USO OFICIAL

Poder Judicial de la Nación
ambientales en la provincia de Tucumán provocado por la actividad minera se consigna que el impacto potencial de la actividad minera sobre los cursos superficiales de agua, produce tanto en la etapa de exploración como de explotación, la alteración de la calidad del agua superficial (pag. 3 del referido informe). Específicamente en lo relacionado con el canal DP2 consigna: Impacto: Contaminación del agua superficial en el canal DP2. TRH4. Las mediciones realizadas en tarea 5 indican que el efluente de la planta de tratamiento de Minera La Alumbraera presenta concentraciones de sólidos totales disueltos (SDT), sulfatos y molibdeno detectadas en el comienzo del canal que superan los límites normados. A lo largo del curso y con el aporte de agua superficial y subterránea de la zona puede observarse un notable incremento en las concentraciones de SDT, sulfatos, hierro, manganeso, arsénico y boro, superando los límites establecidos por la normativa aplicable. Así consignan que el impacto considerado es de carácter negativo, con un fuerte grado de perturbación y un alto valor ambiental. La intensidad del mismo resulta alta, de extensión regional, permanente y parcialmente reversible. El riesgo de ocurrencia es cierto y el impacto se califica con un valor de 7, que representa un impacto medio.

3.1 Actuaciones preliminares cumplidas por el Sr Fiscal General.

Con relación al régimen legal de las actuaciones preliminares regladas por el art. 26 de la ley de Ministerio Público, este Tribunal tiene dicho en la causa 49.355 que sin perjuicio de la plena operatividad de la norma del art. 26, en tanto actividad del Ministerio Público Fiscal, reglada por ley, las investigaciones preliminares son actos cuya finalidad es ser introducidos en un proceso, por lo que deben respetar en su realización los principios legales y constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio.

Analizada las actuaciones preliminares N° 2 F°1 Año 2002/FG cuyas constancias se encuentran agregadas desde fs 220 a 416 se advierte que las mismas se habrían originado en fecha 3 de Setiembre de 2002, cuando la investigación judicial acerca de la actividad contaminante de la empresa Minera La Alumbraera ya se encontraba en curso, por lo que se estima que las medidas dispuestas en dicha investigación, para dar debido cumplimiento a la normativa

procesal, debieron ser solicitadas dentro de la causa judicial y al juez interviniente.

concurr
contam
conform
modo p

Sin perjuicio de ello, este Tribunal advierte que las primeras diligencias realizadas por el Fiscal General en dicha investigación se limitaron a peticiones de informes a organismos oficiales quienes evacuaron los mismos, sin que pueda observarse afectación del derecho de defensa.

realizac
efluent
Canal I

Diferente es la situación que se origina a partir de fs. 387 y subsiguientes en las que el señor Fiscal General dispone la realización de medidas periciales por parte de Gendarmería Nacional sobre los vertidos en el Canal DP2, las que son cumplimentados desde fs. 388 en adelante y presentadas a consideración judicial por intermedio del Sr Fiscal Federal N° I Dr Emilio Ferrer en fecha 14 de Abril de 2003 y con petición de su agregación a la causa judicial en trámite "Guzmán, Juan Antonio s/ Denuncia".

como c
eventu
de Río

En la segunda investigación preliminar denominada N° 8, F° 1 Año 2003 iniciada por el Sr Fiscal General nuevamente se disponen medidas periciales practicadas por personal de Gendarmería Nacional el que fue practicado desde fs. 605 a fs 664.

En tal s
acredit

Este Tribunal entiende que la realización de esas medidas periciales mediante el procedimiento de extracción de muestras y realización de análisis, sin el debido contralor de la parte afectada, lesiona el principio del debido proceso y defensa en juicio debiendo declararse la nulidad de la recepción de muestras y análisis periciales practicados por el Gabinete técnico pericial de Gendarmería Nacional en las actuaciones preliminares mencionadas, dejando subsistentes las mismas en lo que se refiere a informes vertidos por organismos oficiales y organizaciones no gubernamentales.

por la
peligro
es la re

4. Calificación legal. Autoría y responsabilidad penal.

La ley 24.051 establece en su art. 55 primera parte que "*Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua,*

encuer
con si

resulta
de ries
en el :

se enc
decre
conta

en el
conoc

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación
la atmósfera o el ambiente en general".

Desde el análisis que habilita su tipo objetivo, la ley exige la concurrencia de alguna de las actividades prohibidas (envenenar, adulterar o contaminar) la que debe ser ejercida sobre alguno de los elementos que conforman el medio ambiente (salud, suelo, agua, atmósfera o ambiente), de un modo peligroso para la salud (proximidad de una concreta lesión).

En el caso a examen entendemos que se encontraría demostrada la realización de una actividad contaminante del agua a través del derrame de efluentes industriales sin previo tratamiento de descontaminación, en el curso del Canal DP2.

Se encuentra demostrado asimismo que dicho canal es utilizado como canal de desagüe, para fuente de agua de animales, riego de hortalizas y eventualmente bebida de personas y que el receptor final es el dique de Termas de Río Hondo, constatándose la concurrencia de las exigencias típicas objetivas. En tal sentido el tipo objetivo del delito del art. 55 de la ley 24.051 se encontraría acreditado en tanto se ha verificado que la acción de contaminación, producido por la actividad industrial de la empresa Minera La Alumbra ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y el resultado es la realización de ese mismo peligro.

Ello se advierte con claridad en tanto en materia ambiental, encuentran campo propicio para su desarrollo, la teoría de la imputación objetiva, con sus criterios del riesgo no permitido y la realización del riesgo en el resultado, lo que se concreta en materia ambiental en la superación de los niveles de riesgo permitido en la actividad contaminante, superados los cuales se ingresa en el ámbito de la tipicidad penal.

Por lo que el tipo objetivo de la norma del art. 55 de la ley 24.051 se encuentra delimitado por los niveles de riesgo permitido enumerados en el decreto ley 813/93 sobre la actividad industrial que puede provocar contaminación sobre aguas.

Consecuentemente con lo expuesto, la figura penal invocada supone en el tipo subjetivo, la demostración de un accionar doloso, es decir el conocimiento exacto del peligro objetivo idóneo de la conducta para afectar el

bien jurídico protegido en un resultado de peligro, lo que implica el conocimiento de la normativa específica que rige la materia y su decreto reglamentario.

En el caso de marras los representantes de la empresa minera conocían, que su producción estaba infringiendo los requerimientos ambientales determinados mediante normativa específica, sobre el canal DP2 por lo que oportunamente pusieron en funcionamiento una planta de tratamiento de efluentes, pese a lo cual con posterioridad a la inauguración de dicha planta, se detectaron niveles no permitidos de contaminación.

Lo expuesto permite afirmar a este Tribunal que se encuentra acreditado con el grado de provisoriedad que requiere esta etapa procesal la concurrencia del tipo objetivo y subjetivo del art. 55 de la ley 24.051 con referencia a la actividad contaminante producido por la actividad industrial de la Empresa Minera La Alumbraera sobre el canal DP2 y la atribución de responsabilidad penal por la actividad contaminante de la Empresa Minera La Alumbraera sobre el canal DP2 a sus directivos a través de la norma del art. 57 de la ley 24.051 representados en este proceso por la figura de su Vicepresidente y Gerente Comercial y Legal y de Asuntos Corporativos Julián Patricio Rooney.

Por lo que este Tribunal considera corresponde ordenar el procesamiento de Julián Patricio Rooney en orden al art. 55 de la ley 24.051 por la actividad contaminante por vertido de efluentes industriales en el canal DP2 en la localidad de Ranchillos, Provincia de Tucumán.

Que asimismo corresponde advertir al juez de la causa, que obran en autos, diversas denuncias relacionadas con posibles procesos de contaminación por parte de Minera La Alumbraera en diferentes puntos del territorio de la Provincia de Tucumán, los que no han sido debidamente investigados, por lo que corresponde advertir al juez de la causa que deberá proceder a ahondar la pesquisa judicial sobre dichos hechos tendiente a determinar la presencia o no de contaminación y la determinación, caso positivo, de sus presuntos responsables.

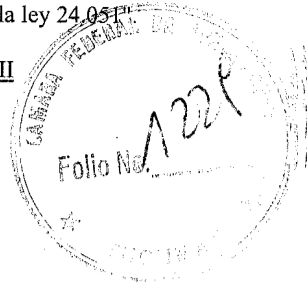
USO OFICIAL

proces
Gerent
empre
respor
penad
(art. 3

sobre
resulta

perici
subsis
oficia
expue

invest
proce
punto
debido



Poder Judicial de la Nación
Por el Acuerdo de la Mayoría, se

RESUELVE:

I- REVOCAR la resolución venida en apelación, disponiendo el procesamiento sin prisión preventiva de Julián Patricio Rooney en su calidad de Gerente comercial y legal y de asuntos corporativos y Vicepresidente de la empresa Minera La Alumbraera Ltda como presunto autor penalmente responsable del delito de contaminación peligrosa para la salud previsto y penado por el art. 55 de la ley 24.051 en función del art. 57 de dicho texto legal. (art. 308 C.P.P.N.)

II- DISPONER que el juez de la causa ordene la traba de embargo sobre sus bienes, por la suma que estime pertinente, a los fines de responder a las resultas del proceso. (art. 518 C.P.P.N.)

III- DECLARAR la nulidad de la recepción de muestras y análisis periciales practicados en las investigaciones preliminares mencionadas, dejando subsistentes las mismas en lo que se refiere a informes vertidos por organismos oficiales y organizaciones no gubernamentales, por las consideraciones ya expuestas.

IV- HACER SABER al juez de la causa, que deberá activar las investigaciones relacionadas con diversas denuncias relacionadas con posibles procesos de contaminación por parte de Minera La Alumbraera en diferentes puntos del territorio de la Provincia de Tucumán, los que no han sido debidamente investigados, conforme lo ya considerado.

HAGASE SABER

(SI-////)

Dr. RAUL DAVID BENDER
JUEZ DE CÁMARA
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

USO OFICIAL

la Geól

cumplic
realizac

735 (09

la expo

adminis

ambien

hayan

formali

dañado

delito in

el curs

tambié

derecho

por la

contam

se dicte

y pena

término

analiza

agravic

provee

la Naci

USO OFICIAL

////guen las firmas).

F. N. S. J. U. A.

MARIO MARIO SANJUAN
JUEZ DE CAMARA

ANIE D. MARCELO HERRERA
SECRETARIO DE CAMARA
C. P. N. O. de Apelaciones de Tucumán

Fundamentos en disidencia del señor Juez de Cámara Doctor RICARDO MARIO SANJUAN:

Que contra la resolución de fs. 946/954 vta., que dispone declarar que por ahora no existen méritos suficientes para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer la conducta de JULIAN PATRICIO ROONEY, en relación con la presunta comisión del ilícito previsto y penado por el art. 55 de la ley 24.051, sin perjuicio de la prosecución de la investigación, el señor Fiscal Federal apela a fs. 955/956 vta.

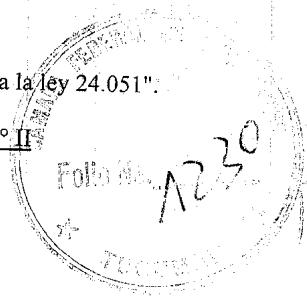
II- En esta instancia, el señor Fiscal General expresa agravios a fs. 969/973 vta. y señala que se han producido numerosas pruebas en autos que llevan a constatar el delito de contaminación ambiental por parte de Minera Alumbraera, tales:

1) Informe de fs. 32 (21/5/98) de la Ingeniera Química Soria de Cesca "Las muestras tomadas en fecha 14/01/98 y 21/01/98 en el canal de desagüe CP2 donde vierte sus efluentes Minera La Alumbraera, registraron valores para el Cobre superiores a los límites establecidos en la Resolución N° 1219...".

2) Informe del SIPROSA (fs. 37) referido al Cobre... "sobre 27 muestras se superó la concentración máxima que fija la resolución 1219 CPS-97, en 8 oportunidades".

3) Observaciones técnicas efectuadas a fs. 43/45 por el Dr. Juan Antonio González.

4) Pericias realizadas por la Dirección de la Policía Científica de Gendarmería Nacional: a) Pericia N° 24.550 sobre muestras del 3/05/02 (fs. 127/131; b) Pericia N° 28.683 y N° 28.738 sobre muestras extraídas en fecha



Poder Judicial de la Nación
17/12/02 (fs. 398/401).

5) Informe de Impacto ambiental de fs. 321/323 confeccionado por la Geóloga Sara Estela Ferullo en fecha 23/7/99.

Considera que el a-quo se ha limitado al *racconto* de las actuaciones cumplidas, sin analizar qué extremo no se ha probado. Respecto de la visita realizada a la planta de Minera Alumbreira, inspección ocular que consta a fs. 735 (09/3/05) el a-quo ha sido un mero espectador, que ha creído inocentemente la exposición brindada por la propia imputada.

Se agravia de que el a-quo reseñe el cumplimiento de normas administrativas, que nada tienen que ver con el delito penal de contaminación ambiental. Además expresa que los informes de impacto ambiental-aún cuando hayan sido presentados ante la autoridad de aplicación- han sido un mero formalismo, ya que en los hechos, la contaminación se ha concretado y ha dañado el ambiente en forma grave, de acuerdo al informe de fs. 321/323.

Analiza el art. 2° de la ley 24.051; aduce que estamos frente a un delito instantáneo de efectos permanentes, por tanto, cada vez que se contaminó el curso del agua del Canal DP2, se cometió el delito de contaminación. Y también el Código de Minería y la Protección Ambiental, remarcando que el derecho ambiental es de orden público.

Por último, entiende que resultan ineficaces las pruebas aportadas por la firma imputada, para neutralizar las pruebas demostrativas de la contaminación causada.

Atento ello, pide que se revoque el fallo del Juez Instructor y, que se dicte el procesamiento de Rooney, por la presunta comisión del delito previsto y penado por el art. 55 de la ley 24.051.

III-Que a fs. 974/988 vta., la defensa presenta memorial en los términos del art. 454 del C.P.P.N. y requiere la confirmación del fallo apelado, analizando cada una de las actuaciones cumplidas, la resolución apelada y los agravios fiscales.

IV- Que a fs. 995, el Tribunal dispone como medida para mejor proveer, que se oficie a la Unidad de Medio Ambiente (Resolución 773/99 de la Nación) a fin de que informe si la empresa Minera Alumbreira LTD, cumple

USO OFICIAL

las normas de saneamiento ambiental vigente.

Que a fs. 999/1000, obra el informe respectivo, donde se indica que la responsabilidad de verificar el cumplimiento de las normas sobre mantenimiento y cuidado del medio ambiente, recae sobre las autoridades de aplicación provinciales. Por tanto, se libra el respectivo oficio a la Dirección de Recursos Energéticos y Minería de la Provincia, el que es evacuado a fs. 1008/1014.

Que corrida vista a las partes del informe en cuestión, la defensa presenta escrito a fs. 1018 y el Fiscal General a fs. 1019/1021 vta..

Que a partir de allí (fs. 1022) los autos pasan a consideración del Tribunal, pero se agrega una serie de escritos-pruebas que, a criterio de esta Cámara, podrán ser analizados en 1era. instancia en su oportunidad, ya que -de no ser así- la sucesión interminable de "agregados" impediría al Tribunal dictar resolución. Que en este sentido, se ha resuelto a fs. 1218/1219 vta. terminar con la incorporación de elementos que sólo perturban esta etapa procesal y la función que cumple la Cámara como Tribunal de Alzada.

Que ello así, corresponde tratar la cuestión venida en apelación.

V- Que se inician las presentes actuaciones con motivo de una denuncia pública (fs. 1) efectuada por el Dr. Juan A. González, investigador del Instituto Miguel Lillo, a los medios de Prensa, por la cual informaba de la presunta contaminación detectada por el vuelco de efluentes de la planta de secado de la empresa Minera Alumbreira Ltda. Denuncia ratificada ante el Juzgado a fs. 98 (09/08/99).

Que asimismo el señor Defensor del Pueblo, atento una carta dirigida por el Dr. González (octubre de 1997) pone en conocimiento de la denuncia (fs. 18).

A fs. 96 y vta., el Fiscal Federal requiere instrucción.

A fs. 127/131 vta. obra pericial realizada por Gendarmería Nacional, de cuyas conclusiones se corre vista a las partes. A fs. 150/152 se extraen muestras en el Canal DP2, toma de muestras que se efectúa con la presencia de

Poder Judicial de la Nación

testigos y el perito de parte designado Geólogo Rubén Ignacio Fernández, propuesto por Minera Alumbraera Ltda. A fs. 161 constan los resultados del análisis de las muestras con parámetros dentro de los límites, excepto el cobre (5,68 mg/1) y a fs. 162/164, los resultados de los análisis realizados por pedido de Minera Alumbraera a la U.N.T. sobre iguales muestras cuyo resultado de cobre es de 0,12 mg/1 (valor normal 0,3 mg/1).

En virtud de ello, se impugna la pericia de Gendarmería (amén de considerarse que no se han controlado la conservación, transporte ni apertura de muestras en poder de Gendarmería).

Dicha impugnación y planteo de nulidad, es rechazado -teniendo en cuenta el dictamen de Gendarmería Nacional de fs. 178/183 vta. y del Fiscal Federal de fs. 186 y vta.- mediante resolución de fs. 189/190. Resolución recurrida y declarada mal concedida por este Tribunal a fs. 208 y vta..

VI- Que a partir de fs. 220 obran actuaciones preliminares (N° 2-Folio 1-Año 2002-Fiscalía General) cumplidas directamente por el Fiscal General.

Dichas actuaciones preliminares tienen origen en un oficio de fecha 12 de agosto de 2002, proveniente de la Procuración General de la Nación, por el cual se remitía un expediente interno en el cual dos ciudadanos de Santiago del Estero solicitaban que se investigue la actividad de Minera La Alumbraera, a quien imputaban hechos relacionados con la explotación minera y la salida del país de minerales extraídos (delitos atinentes al código aduanero). Casi simultáneamente recibe el Fiscal General, la visita del Defensor del Pueblo de Tucumán, Dr. Rojas, quien presenta un informe dando noticias del impacto ambiental que sobre el patrimonio ecológico y cultural de Tafi del Valle, estaba causando la empresa.

Por considerar que ambas denuncias eran contra la misma empresa, dispuso su acumulación e inició una actuación preliminar (art. 26 ley 24.946).

Que ello así, se libra oficio a la Dirección Provincial del Agua, a fin de que remita informes de la empresa denunciada, en relación a los líquidos y sólidos volcados en la Terminal CPD1 Canal de Desagüe de los Ranchillos (CANAL Pluvial de Desagüe).

A fs. 236, advierte el señor Fiscal General la existencia de una causa judicial por infracción a la ley 24.051, ordena que se extraigan copias y que se agreguen a las actuaciones preliminares.

Continuando el Fiscal General a fs. 242 da cuenta de la recepción de informes de la Universidad Nacional de Santiago del Estero, la Administración Nacional de Aduanas de Tucumán y División Aduana de San Lorenzo, del Juzgado Federal de Santiago del Estero y de la Cámara Nacional Electoral y ordena que se cite a prestar declaración testimonial al señor Héctor Justo Catalfarno, se libre oficio a la Administración de Aduanas de Tucumán y División Aduana de San Lorenzo, a fin de que informe, entre otros, el régimen al que está sometido Minera La Alumbraera para la exportación de su mercadería, copia de una operación completa, beneficios, despachantes que intervienen, destinos, etc.

Luego al Director de Medio Ambiente, Juan A. González para que informe resultados de los análisis realizados a líquidos y barro del Canal Derivador DP2.

Oficio a la Universidad Nacional de Tucumán para que informe antecedentes sobre YMAD y aporte, en dinero, que hace la empresa a la UNT por año. Oficio a YMAD para que remita memoria anual y estados contables años 2000 y 2001, Directores, contrato por el cual se conformó la UTE entre YMAD y Minera La Alumbraera, monto total de inversión en el Proyecto Bajo La Alumbraera, costos financieros y que dé razones por las que se trabaja a pérdida.

Que a fs. 389/413 en respuesta al oficio de la Fiscalía General, se informa sobre las actuaciones ordenadas: tomas de muestras líquidas y sólidas, tomas fotográficas, croquis, etc. realizados sobre cursos de agua que utilizaría la Mina "Bajo la Alumbraera".

A fs. 415/418, obra pericial de muestras cuyos resultados dan valores inferiores a los establecidos por la legislación vigente. A fs. 419/422 vta., los análisis periciales muestran valores en exceso (DBO, DQO, cobre y cromo) para las muestras 0,1, 2, y 5 y no poseen valores en exceso las muestras 3 y 4.

J
Proc
Gen
en s
párr
actu
"Go
378
ant
am
Ge
dir
inv
de
co
24
ac
co
Ju
ir
ir
y
J
c
c

1233

Poder Judicial de la Nación

A fs. 430/431 (27/03/03), siguiendo el mandato expreso del Procurador General de la Nación Dr. Becerra Dr. Nicolás Becerra, el señor Fiscal General remite las actuaciones al Agente Fiscal, para que requiera instrucción, en su caso.

A fs. 433, el Fiscal Federal, de conformidad con el art. 196, segundo párrafo del C.P.P.N., pone en conocimiento inmediato del Juez Federal, las actuaciones recibidas y allí advierte que tienen íntima vinculación con la causa "González, Juan Antonio s/ denuncia por infracción a la ley 24.051", expte. 378/99.

Luego corren agregadas actuaciones preliminares cumplidas con anterioridad (fs. 435 y ssgtes.).

A fs. 449 y vta., el señor Fiscal Federal pide la acumulación de ambas actuaciones (medidas preliminares N° 2 Folio 1-Año 2002-Fiscalía General y causa 378/99) y que se disponga la declaración indagatoria de los directivos de la empresa cuestionada. O sea, que el Fiscal General estaba investigando lo que ya se había investigado o, estaba en vías de hacerlo, el Fiscal de 1era. Instancia, y ambos desconocían sus actuaciones paralelas. Una sin conocimiento del Juez- inaudita parte- y otra con conocimiento del juez. .

Recién a fs. 454 la defensa de Rooney pide tomar conocimiento por 24 horas de las actuaciones.

Que a fs. 502 (1/3/04), el Fiscal Federal agrega a la causa, nuevas actuaciones preliminares (N° 8-Folio 1-Año 2003-Fiscalía General) relacionada con la denuncia del Director de Ciencia, Tecnológica y Medio Ambiente, Dr. Juan Antonio González, por la presunta comisión por parte de la empresa investigada de ilícitos previstos y penados por la ley 24.051.-Actuaciones que se iniciaron el 6/05/03.

En dichas actuaciones obran nuevas tomas de muestras, fotografías y análisis periciales de tomas realizadas en terrenos de propiedad del señor Jorge José Delgadino, en busca de residuos presuntamente contaminantes, provenientes de desechos de Minera La Alumbra y cuyos resultados obran a fs. 659/660 vta. de autos.

VII- Que hasta aquí, estamos en condiciones de analizar las

“Actuaciones Preliminares” cumplidas por el Fiscal General de Cámara.

Que amén de lo ya expresado en la causa caratulada “Jerez, Esteban s/ Su Denuncia. Incidente de Nulidad”; Expte. 49.355; resuelta el 04/09/07, considero que el centro del razonamiento, para ubicar con claridad la facultad del art. 26 de la ley 24.946, lo constituye la existencia de límites a la facultad del Ministerio Público para ordenar y ejecutar “diligencias preliminares”. No se duda que el interés público y la defensa de la sociedad inspiraron la nueva estructura de dicho Ministerio; se trata de que, en materia penal las facultades deben reconocer forzosamente límites y acotamiento preciso. Ello, en razón de que las garantías constitucionales de los ciudadanos como los principios sustanciales del derecho penal así lo exigen. De otro modo se haría tabla rasa con los derecho y garantías que la propia constitución establece como así también con los principios y garantías que coadyuvan, apoyan y enriquecen los mismos desde el plano del Derecho Internacional Humanitario.

Así a los derechos del art. 18 de todo habitante de la Nación, se le suma los provenientes del denominado Debido Proceso Legal emanado según autores y la propia Doctrina Judicial, de la CSJN del art. 33 de la C.N. Este conjunto normativo que incluye el derecho a la jurisdicción, el acceso a la justicia independiente, a un juez natural e imparcial, a la inmediación y una sentencia en tiempo razonable, se le suma las otras garantías- escritas o producto de la creación de la Doctrina Judicial como la prohibición de declarar contra sí mismo- la regla de exclusión de pruebas originadas en actos ilegales o la imposibilidad del doble juzgamiento conocida como *non bis in idem* de amplio reconocimiento en el plexo normativo de las garantías penales de la constitución.

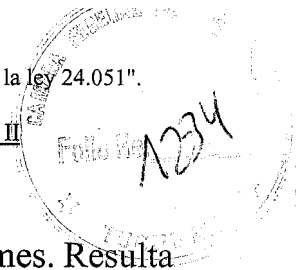
Ejercitar, pues, una facultad investigativa sin estricta observancia de las garantías constitucionales, constituye un acto lesivo para ellas y por lo tanto resulta inconstitucional. Para poder hacer gráfico esta colisión podemos señalar que, en el curso de una investigación por denuncia o de oficio, un Fiscal dispone medidas preliminares solicitando a un supuesto imputado informes o declaraciones sin que el mismo haya tenido acceso a la jurisdicción e ignora el

Po
tenor
claro
esta p
paren
dilige
así lo
declar
proce

conoc
prece
o con
dilige
de una
al Jue
Penal
equiv
conoc
en for
interp

ámbit
de De

puniti
Publi
Const
Princ
Doctr
Trata
hecho
máxi



Poder Judicial de la Nación

tenor de estas medidas o el fin por el que se solicitaron estos informes. Resulta claro que, en posesión de los mismos el Fiscal no puede incriminar ni imputar a esta persona en base al material obtenido de éste modo, y el hecho tiene mas parentesco con la doctrina del "árbol venenoso", que una recta búsqueda de diligencias investigativas ejercitadas sin lesionar garantía alguna. En el caso, si así lo resolviese el Fiscal, también se estaría conculcando la prohibición de declarar contra sí mismo, que si bien existen como garantías del imputado en el proceso penal, son a la vez derivación inmediata de la garantía constitucional.

Si bien es cierto que la teoría del "fruto del árbol venenoso" conocida en nuestro derecho como la "regla de exclusión" supone en nuestros precedentes jurisprudenciales actos ilegales como allanamiento sin orden judicial o confesiones en sede policial, el parecido con esta figura por parte de las diligencias preliminares tienen con ella de común que, para servir como prueba de una imputación, no se ha recorrido el camino correcto, que es: comunicación al Juez y medidas ordenadas por el mismo con los recaudos del Código Procesal Penal. De modo tal que, para el análisis de este Sentenciante, existe un equivalente entre medidas preparatorias o preliminares obtenidas sin conocimiento del Juez natural y las reglas de exclusión de las pruebas obtenidas en forma irregular. En este límite se encuentran las garantías Constitucionales interpretadas de manera clara por la Doctrina Judicial de la CSJN.

Una mirada al horizonte de los derechos constitucionales en el ámbito penal y el contrafuerte y soporte jurídico en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Atento a la naturaleza del conflicto planteado entre la pretensión punitiva del Estado a través de las facultades de la ley 24.946 del Ministerio Publico Fiscal y la correcta interpretación de estas facultades con las Garantías Constitucionales impresas tanto en el Código Procesal Penal de la Nación y los Principios Constitucionales que le dan origen, corresponde también examinar la Doctrina Judicial que fluye de un nuevo horizonte institucional que proponen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la recepción de los mismos ha hecho y está haciendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como el máximo interprete de la ley en la República Argentina.

En el caso corresponde destacar que existe en la actualidad de la realidad jurídico-política constitucional, un nuevo espectro conceptual en virtud del cual ya nadie discute la importancia fundamental que poseen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los que se ha llamado el "Derecho de los Tratados de Integración Comunitaria y el principio de la "universalización de los derechos humanos" (ver Hitters Juan Carlos, Martínez Oscar José y Tempesta Guillermo "Jerarquía de los Tratados de derechos Humanos " Revista El Derecho t. 159 p. 1075/1082.

Si bien no corresponde a este decisorio abundar sobre la incorporación y ubicación de los Tratados internacionales de Derechos Humanos dentro de la norma del Art. 31 de la Constitución Nacional que asegura su Supremacía, queda en claro, incluso desde antes de la reforma de 1994 según el emblemático caso "Ekdmeekdjian c/ Sofovich" (La Ley 1992-C-540) la aplicación, por parte de la C.S.J.N. ha dejado a dichos tratados como parte del contexto jurídico de la parte Dogmática de la Constitución e incluso con rango superior al Derecho Interno. Sobre esta base puede afirmarse que, la pretensión punitiva del Estado con el único soporte en el Art. 26 de la Ley 24946 no puede colisionar nunca con los Principios Derechos y Garantías tutelados tanto por la Constitución Nacional como por el plexo de los Tratados que hoy tienen jerarquía constitucional junto a la norma fundamental, a la cual complementan.

De este modo, tanto el Debido Proceso Legal como la Defensa en juicio, de los habitantes de la Nación no pueden ser menoscabados, ni menos aún afectados o conculcados por el ejercicio de un proceso de investigaciones penales sin el debido respeto de éstos principios claves de derechos iusfundamentales.

Ya en el análisis de este nuevo contexto supra legal que brindan tanto la Constitución Nacional como los Tratados a ella incorporados, corresponde señalar que:

a) El Debido Proceso Legal que nuestro Derecho Constitucional ha reconocido como dentro de la norma del art. 33 de la C.N. y que prescribe entre

Po
otras b:
el acce
defens
a ser o
no obl

Judicia
del ár
salvag
faculta
ha ma
prueba
317:19
733 C
divers
proble
consti
princi
art. 18
Carric

de los
se ha
doctr
en la j
en fo
para
hacie
pedic
utiliz

Justi

1235

Poder Judicial de la Nación

otras bases a respetar: el Principio del Juez natural, el principio de inmediación, el acceso a la Justicia y que concuerdan con la derivación del principio de la defensa en juicio que constituye la base del sistema penal constitucional (derecho a ser oído, derecho a no ser motivo de investigaciones secretas, el principio de no obligarse a declarar contra sí mismo, etc) Art. 18 C.N.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido Doctrina Judicial abundante y clara sobre la aplicación de la regla de exclusión o "fruto del árbol venenoso" constituyendo ello precedente de una doctrina que salvaguarda el principio constitucional de preservar las garantías por sobre la facultad punitiva o investigativa del Estado. En recientes pronunciamientos se ha mantenido y aún ampliado el criterio de considerar nulas e invalidas, las pruebas obtenidas en forma irregular. En tales casos como Daray (Fallos 317:1985 - LL 1985-B-349) como en el caso "Rayford y otros" (Fallos 308 : 733 CSJN 13.05.86), La Doctrina Judicial fue afirmándose y ajustando las diversas particularidades procesales para dejar señalado que, mas allá de los problemas del Código Procesal Penal lo que está en juego son los principios constitucionales, que exigen la prohibición de declarar contra si mismo, el principio de inocencia y el debido proceso legal, además de bill de derechos del art. 18 C.N. (ver Garantías Constitucionales en el Proceso Penal- Alejandro D. Carrio - Hammurabi - 5ta. Edición- 2007 pag. 305 y sstes.).

b) La facultad atribuida al Ministerio Publico sin los frenos y limites de los derechos constitucionales de los afectados puede producir y de hecho así se ha ocasionado en este tipo de diligencias preliminares, situaciones que la doctrina ha considerado como propias del "árbol venenoso" término de origen en la jurisprudencia norteamericana que alude a la invalidez de pruebas obtenidas en forma irregular y que por lo tanto no pueden ser tenidas como pruebas ciertas para la incriminación de un imputado. Esto sucede cuando el Fiscal General haciendo uso de la atribución del art. 26 de la Ley 24.946, obtiene mediante pedidos de informes, datos, circunstancias o elementos que luego habrá de utilizar en la fundamentación de su pedido de enjuiciamiento.

Existen precedentes en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculados a la teoría del fruto del "árbol venenoso" o

también conocida como la “regla de exclusión”. Su origen en la Jurisprudencia norteamericana se remonta al caso “Silverthone Limber Co vs. United States” (251 US 385-1920). En este caso se dispuso que el Estado no podría intimar a una persona a entregar documentación, cuya existencia hubiese sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Dicha Doctrina ha sufrido como es lógico la evolución de los tiempos y procesos judiciales, pero siempre destacándose la idea de la invalidez constitucional de las pruebas obtenidas, sin los procesos de legalidad básicos que aseguren las garantías constitucionales de los afectados. Admitiendo la primacía de estos principios Constitucionales que se expresan en las garantías del Debido Proceso Legal y la Defensa en juicio la C.S.J.N. de nuestro país, ha transitado por este camino. Entre los casos mas antiguos pueden citarse “Charles Hermanos” C.S.J.N. 46: 36, reafirmados en los casos Fiorentino CSJN t. 306: 1752) y Montenegro C.S.J.N. 303:1938, entre muchos otros donde se declararon inválidas pruebas adoptadas sobre bases ilegales o carentes de la autorización judicial necesaria. En suma, toda esta Doctrina gira en torno a la necesidad de que la autoridad penal en su pretensión punitiva tenga como limites infranqueables las garantías de la “inviolabilidad del domicilio, el principio de inocencia, la negativa a declarar en contra de si mismo etc.” que son bases constitucionales y por lo tanto, de rango superior que deben ser respetadas.

En este nuevo horizonte constitucional los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, han venido a completar el plexo de Garantías constitucionales existentes, lo que ha hecho decir a los autores de que las normas de nuestra Constitución Nacional y los Pactos sobre Derechos Humanos constituyen un “bloque constitucional” que refuerza el derecho interno de los países miembros. En nuestra materia penal dicha complementación se advierte en diversas del llamado Debido Proceso Legal adjetivo (acceso a la Jurisdicción, juez natural, proceso y sentencia en plazo razonable, inmediación del control judicial etc.). En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mas conocida como Pacto de San José de Costa Rica, se inserta su Cláusula 8º,

USO OFICIAL

Pod
 que refu
 Internac
 Político
 Nación
 reforja
 ilegales
 ataques
 derech
 de la C
 24.946
 Derec
 este h
 de los
 Corte
 Servi
 Nacio
 son “
 relev
 vige
 Mig
 Ley
 deb
 lue
 estr
 2 y
 Fis
 igt
 co
 ur

1236

Poder Judicial de la Nación

que refuerza cuando surge de nuestros artículos 18,33 y c.c. y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, aprobado por Ley del Congreso de la Nación N° 23.313, además de figurar actualmente en el art. 75 inc. 22 según la reforma de 1994, se prescribe que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Se agrega que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques" (Art. 17 de la Convención antes citada).

Así pues, las investigaciones preliminares del Art. 26 de la Ley 24.946 tienen límites y vallas ya indicadas tanto del derecho interno como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y debe señalarse dentro de este horizonte jurídico que, tanto las normas de las convenciones internacionales de los Derechos Humanos como la interpretación que de las mismas hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son obligatorias para nuestro Servicio de Justicia. Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo define cuando se sostiene que los fallos de la Corte Interamericana son "vinculantes" y "obligatorios" para los tribunales argentinos, con lo cual la relevancia de este nuevo Derecho Internacional Humanitario, cobra efectiva vigencia como ley positiva dentro de nuestro sistema (CS-23-12-2004; Expósito Miguel s/Prescripción "Sup. De Jurisprudencia de Derecho Administrativo - La Ley 19/04/05 pag. 23).

En definitiva la C.S.J.N. ha reiterado desde antaño que los Jueces deben aplicar obligatoriamente en primer término la Constitución Nacional para luego encuadrar los hechos y conductas a juzgar dentro de ese prisma de estructura jurídica y conceptual superior.

Por ello, corresponde declarar la nulidad absoluta (art. 166, 167 Inc. 2 y 3, 168 y 172 del C.P.P.N.) de las "Actuaciones Preliminares" del Señor Fiscal General ante Cámara, quien asimismo y pese a tener conocimiento de iguales actuaciones realizadas en el marco de una causa judicial -con las correspondientes garantías- continuó desarrollándolas en forma secreta, unilateral, frustrándose así -con su irresponsable intervención- un proceso que,

USO OFICIAL

a la fecha, podría haber concluido.

Además, advierto que el señor Procurador General de la Nación, en su momento remitió denuncia al señor Fiscal General, para la investigación de un presunto delito de contrabando de exportación de la empresa cuestionada y sin embargo, la misma solo derivó en una investigación por presunta contaminación ambiental.

VIII- Ahora bien, quedando subsistentes las actuaciones cumplidas desde fs. 1 a fs. 219 (Cuerpo 1) y la parte pertinente de las actuaciones efectuadas a partir de fs. 667 (Cuerpo IV) entiendo que no surge acreditado, por ahora, la presunta comisión del delito previsto y penado en el art. 55 de la Ley 24.051, por parte del imputado.

Que el art. 55 de la ley 24.051 establece en su primera parte que "Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare, o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general".

Que desde su tipo objetivo, la ley exige la concurrencia de alguna de las actividades prohibidas (envenenar, adulterar o contaminar) la que debe ser ejercida sobre alguno de los elementos que conforman el medio ambiente (suelo, agua, atmósfera) de un modo peligroso para la salud (peligro concreto).

La figura penal en el tipo subjetivo, supone la demostración de un accionar doloso, es decir un conocimiento exacto del peligro objetivo idóneo de la conducta, para afectar el bien jurídico protegido, con un resultado de peligro concreto.

Que en este sentido, no considero comprobado un accionar doloso por parte de la firma imputada, atento a las pruebas subsistentes.

Que conforme a la pericial de fs. 127/131 vta. (única subsistente) e informes de fs. 32 y de fs. 37, el único parámetro superior a los valores permitidos, sería el cobre y he considerado reiteradamente, que la aplicación de los tipos penales no deviene de la mera referencia a excesos en los parámetros

Pod
autoriza
dichos l
respons

conduc
razonal
adviert
estable
admini

llamar
cuestio
todo y
pareci
patrin
el pro

impor
las ex
Catar
socia
un ar
activ
las d
la co
comj
requ
com
com
mat
pag.

4237

Poder Judicial de la Nación

autorizados por las reglamentaciones pertinentes de modo que, sobrepasados dichos limites, correspondería encuadrarse sin más penalmente, la conducta del responsable.

No cualquier peligro determinará también la penalización de la conducta, sino que debe tratarse de un peligro grave y de tal magnitud que razonablemente, autorice la adecuación al tipo penal, cuyas graves sanciones advierten sobre un supuesto que excede la mera inobservancia de los parámetros establecidos -hipótesis que posee su propio régimen sancionatorio administrativo- .

No quiero dejar pasar por alto que esta "investigación", si así podría llamarsela, no ha sido realizada con la seriedad y el tecnicismo necesario en una cuestión tan delicada y en una materia tan específica resguardando, por sobre todo y a fin de evitar un conflicto de derechos, valores e intereses de idéntica o parecida jerarquía normativa, toda vez que se contraponen los derechos patrimoniales y extra patrimoniales, individuales y colectivos de los actores en el proceso.

En este orden de ideas el Magistrado tiene el poder- deber de imponer una necesaria cuota de razonabilidad y prudencia, intentando armonizar las exigencias de la empresa minera La Alumbreira S. A. -U.N.T.- Gobierno de Catamarca- Gobierno de Tucumán y, evitar resoluciones abruptas de repercusión social negativa con el bienestar general y el mandato constitucional de preservar un ambiente sano y equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las de las generaciones venideras. No hay proyecto minero viable sin apoyo de la comunidad y no hay apoyo de la comunidad sin procesos de toma de decisión compartida. La dificultad minera no es una dificultad técnica solamente sino que requiere otro tipo de acciones basadas en filosofías completamente diferentes, como la necesidad de compartir los beneficios y las responsabilidades con las comunidades locales (Conf. Dinamo María Pía- Pablo; "Seguridad Jurídica en materia minera y participación ciudadana argentina- caso Esquel-"; Bs.As., 2003; pag. 85-108).

Sería temible pensar en el derecho penal como la "última ratio" en

USO OFICIAL

Po

11/6/81

materias como el derecho ambiental; primeramente se debe fijar la atención en distintos instrumentos y siempre con la participación de los distintos actores, donde existen distintas pluralidades y una concurrencia complementaria (art. 41 de la C.N.) donde la Nación dicta los presupuestos mínimos, las provincias las normas complementarias y ambas potestades son sobre la misma materia: protección del ambiente, donde la aplicación siempre es de las jurisdicciones locales y excepcionalmente interviene la Nación, en la medida en que el conflicto exceda la jurisdicción local. En materia penal la creación de las figuras penales no puede ser llenada luego por normas provinciales, pues el bien jurídico protegido en un sector competencial no coincide con el otro, pues las normas penales ambientales por lo general se dirigen a proteger la salud pública a través del ambiente. Además, se contrariarían principios de derecho penal como el de "legalidad" que han sido constitucionalizados (art. 18 de la C. N.).

Por otra parte, advierto que la inspección ocular efectuada por el Sr. Juez a-quo en la Planta de Tratamiento de Aguas y Laboratorio de Minera Alumbraera, no arroja hipótesis delictiva ni esclarece de modo concluyente los hechos investigados; por tanto y atento a la impugnación de la pericial de fs. 127/131 vta. que en su momento no fue motivo de resolución por parte de esta Cámara (al declararse mal concedido el recurso de apelación, por no considerarse imputado a Rooney) a fin de salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso legal, corresponde que el Sr. Juez a-quo disponga la realización de nuevas periciales, con control de partes e informes pertinentes a fin de esclarecer debidamente la presente causa. Debiendose, en este sentido, entender como partes a la Universidad Nacional de Tucumán y Provincia de Catamarca (YMAD) quienes forman una UTE con Minera La Alumbraera y que deberán responder, en su caso, por las investigaciones que aquí se realizan.

Por todo lo expresado, voto por la confirmación del auto de falta de merito dispuesto en favor de Rooney.

[Handwritten signature]
FALTA DE MERITO
 32

USO OFICIAL

Dr. HORACIO MARIO BARRERA
 JUEZ DE CÁMARA

ANTE DR. MARCELO F. HERRERA
 SECRETARIO DE CÁMARA
 Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

11/81