

*rio Público Fiscal*

*Ministe*



San Miguel de Tucumán, 25 de Octubre de 2.007.

Al señor  
Fiscal Federal N° 2 de Jujuy  
Dr. Mario Francisco Snopek  
Su Despacho

Oficio N°      /07

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de remitirle adjunto los autos pertenecientes a la **“Actuación Preliminar N° 118/07 “Contaminación en Abra Pampa por metales tóxicos”**, llevada adelante -en el marco del artículo 26 de la Ley de Ministerio Público-, en esta Fiscalía General a mi cargo, en atención al carácter de **enlace** del suscripto de la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente (U.F.I.M.A.) en el NOA -provincias de Tucumán, Catamarca, Santiago del Estero, Salta y Jujuy-, conforme disposición del inciso b) del art. 5 de la Res. PGN N° 123/06.

La Unidad Fiscal mencionada, fue creada por el señor Procurador General de la Nación en fecha 13 de septiembre de 2.006 por Resolución N° 123/06, con la misión de generar investigaciones preliminares y apoyar las investigaciones en curso, que se vincularan con delitos contra el medio ambiente y, en particular, las referidas a los hechos en infracción a la ley de residuos peligrosos (24.051), con aquellos delitos que protegen la salud pública relacionados con la protección del medio ambiente (arts. 200 al 207 del C.P.), con las infracciones a la ley 22.421 de protección y conservación de la fauna silvestre, así como los delitos conexos con la materia.

En los fundamentos de la creación de la UFIMA, se hizo hincapié en que el medio ambiente constituye uno de los objetos más valiosos a los que brindar protección, en tanto de él depende la subsistencia misma de la especie humana y su sano desarrollo. Es por ello que nuestra Carta Magna, en su art. 41 ha establecido 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. Las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”*.

Es conocido por todos, que los niveles de producción existentes en la actualidad producen un impacto ambiental negativo, y es por ello que una eficaz regulación jurídica sobre la materia y el accionar eficiente de las autoridades, se convierten en ejes fundamentales de dicha misión, en tanto es crucial detener y contener dentro de lo tolerable los riesgos de naturaleza ambiental generados, así como reparar los daños ocasionados en la medida en que resulte posible.

La presente actuación preliminar, se llevó adelante en el marco del art. 26 de la ley 24.946. La potestad que confirmara el legislador al Ministerio Público al sancionar el mentado art. 26 de la ley 24.946 es aquella que los faculta a iniciar investigaciones preliminares para verificar la concreta comisión de sucesos delictivos.

Al legislarse que cuando "los fiscales de la justicia penal" conozcan de la perpetración de un ilícito por cualquier medio, deben requerir a la policía o fuerza de seguridad interviniente el cumplimiento de las disposiciones que tutelan el procedimiento y ordenar la práctica de todas las diligencias que estimen pertinentes y útiles para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal y que "a este respecto la prevención actuará bajo su dirección inmediata", se proveyó a cualquier fiscal penal –incluidos los generales por aquello de que ubi lex non distingui, non distinguere habemus– del imperio necesario para no permanecer impávido, cual "convidado de piedra".

Según expresa Morín, "la interpretación del órgano máximo del Ministerio Público en relación al alcance de las facultades previstas en el art. 26 es perfectamente clara: toda vez que la ley no supedita las atribuciones allí conferidas a la delegación previa por parte del juez de instrucción, los fiscales se encuentran autorizados a producirlas sin condicionamiento alguno; esa regla por otra parte, se extiende a todo el conjunto de medidas enunciadas por la norma" (MORÍN, Daniel E., "Alcance de las facultades de investigación del Ministerio Público en el marco del artículo 26 de la ley 24.946", LA LEY, 2000-E, 323).

La sanción del art. 26 de la ley 24.946 vino entonces a confirmar las potestades instructorias del Ministerio Público -en especial las del penal-, habilitando expresamente su desarrollo en investigaciones preliminares, con lo cual además se conminó a las autoridades policiales y demás fuerzas de seguridad a prestar la colaboración necesaria y a actuar, en dichos casos, acorde a las directivas emanadas por los fiscales, sin intervención de los jueces.

#### **LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL ART. 26 DE LA LEY**

##### **24.946**

Como lo afirman los Dres. Liliana Catucci, Alfredo Bisordi y Juan Rodríguez Basavilbaso en el caso "Pérez Fonseca" (CNPP Sala I del 7/8/2001): "*En nuestro derecho positivo la instrucción presenta tres momentos, dos de cuales están semisuperpuestos*".

*El primero es el de la integración del proceso hasta concretar la imputación en el procesamiento, o en si caso contrario ordenar la falta de mérito. El segundo es formativo o de investigación. Se lo conoce por sumario y se agota en la práctica de las diligencias que el Juez de Instrucción considere pertinentes y útiles. El tercero es el momento crítico*

*durante el cual, en virtud de una contradicción, debe decidirse sobre la elevación a juicio de la causa haciéndose mérito del sumario; si la conclusión es negativa, se sobreseerá definitivamente...” para continuar diciendo “La actividad instructoria de pesquisa o investigación carece de esencia jurisdiccional pues tiene naturaleza administrativa ya que se ciñe a investigaciones, en cierta medida similares a las que se cumplen durante los actos de la denominada jurisdicción voluntaria.... De ahí que conferir el cumplimiento de la pesquisa o investigaciones, salvo actividades de orden jurisdiccional a la policía administrativa o judicial o bien su cumplimiento y dirección al Ministerio Público (art. 26) tan solo constituye un problema de política legislativa, pues en modo alguno sobrepasa el infranqueable límite establecido por el art. 109 de la Constitución Nacional”.*

Investigar, es hacer diligencias para descubrir una cosa. Cabe entonces deducir razonablemente que el Fiscal de esta Cámara Federal no sólo puede sino que debe hacerlo, frente al encargo puntual, específico y concreto que le hace el Procurador General de la Nación (como director de la Política Criminal de este país, art. 33 inc. d ley 24.946). Es así que tengo la obligación de disponer las medidas necesarias para descubrir a los responsables de los hechos puestos en conocimiento del suscripto por la Doctora Magíster en Bioquímica María Graciela Bovi Mitre y luego denunciados en esta UFIMA por miembros de comunidades aborígenes. Para ello el Congreso de la Nación acentúa el sistema acusatorio modificando el sistema original del Código Procesal Penal de la Nación autorizando que, ante una denuncia concreta, se investigue preliminarmente.

Tal tarea el señor Procurador General me encomienda específicamente, cuando en la **Resolución PGN N° 123/06** crea la U.F.I.M.A. y delega en el suscripto la responsabilidad de actuar como enlace en el NOA -provincias de Tucumán, Catamarca, Santiago del Estero, Salta y Jujuy- de esa Unidad Fiscal sita en Buenos Aires. Para ello, debo llevar adelante las aludidas investigaciones, recabando pruebas absolutamente reproducibles, precisando los hechos, señalando a los imputados y tipificando su conducta, como se hizo en autos.

La validez de las investigaciones seguidas por los fiscales con base en el art. 26 de la Ley 24.946, fue reconocida y avalada por la Cámara Federal de Tucumán, en la sentencia dictada en fecha 21/08/06 en la causa: “DENUNCIA DE JOSÉ LUIS LÓPEZ S/ USO DE ELEMENTOS DE F.F.A.A. PRESUNTAMENTE ROBADOS. Incidente de Recurso de apelación”; Expte. N° 48.547, luego de analizar desde los aspectos legales y fácticos la cuestión. Tomó posición en la causa nombrada y expresó la misma a la comunidad jurídica y a la sociedad en los siguientes términos:

*“...contra la resolución de fs. 10 y vta. que dispone: I) Declarar la nulidad de todo lo actuado por el Agente Fiscal subrogante, a partir de fs. 2, 1 sin comunicación judicial previa y en violación á la normativa constitucional y legal al y procesal que se ha puntualizado, por imperio de lo dispuesto por los arts. 167, 168 2do. párrafo y ccdds. del C.P.P.N. y II) Devolver las actuaciones de conformidad a la facultad que me acuerda el art. 196 C.P.P.N, recomendando el estricto acatamiento a las limitaciones funcionales que se le han dejado señaladas, para garantía del debido proceso; apela el Sr. Fiscal Federal Subrogante a fs 11/12 vta...El recurso es mantenido a fs. 16, y en oportunidad de la audiencia fijada a fines del art. 454 del C.P.P.N., se presenta escrito de informe a fs. 17/18 vta. donde se solicita la revocación de la resolución apelada, declarándose la validez de los actos desarrollados en la investigación preliminar por el Fiscal Federal y el requerimiento de instrucción formulado en*

consecuencia....Previo racconto de los antecedentes la causa, señala que el Ministerio Público tiene -en virtud de lo dispuesto por el art. 26 de la ley n° 24.946- facultades propias para iniciar investigaciones preliminares, ordenando las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad, sin invadir las facultades son propias del juez y que le son otorgadas con exclusividad por nuestro ordenamiento procesal; pero también sin necesidad de comunicar al a-quo del inicio de estas diligencias preliminares, hasta la comprobación -con cierta certeza- de la existencia de un ilícito.....que...el Sr. Fiscal Federal actuó dentro de las facultades que le son inherentes (art. 26 de la ley citada) sin incumplir el ordenamiento procesal vigente ni vulnerar garantías constitucionales en la investigación. Por ello solicita la revocación del fallo apelado, el carecer de sustento legal y normativo.”

“Que este Tribunal, tras analizar las constancias de autos, se pronuncia por revocar en todos sus términos la resolución de fs. 10 y vta. debiéndose proseguir la causa según su estado, proveyendo el señor Juez a-quo requerimiento de instrucción fiscal formulado a fs. 9 y vta.”

“En efecto, no se observa en las actuaciones practicadas por el Sr. Fiscal Federal Subrogante de Santiago Estero desde fs. 01 a 9 vta., alguna de las causales previstas por el digesto procesal para disponer la nulidad de tales actuaciones (arts. 166, 167 y ccdtes. del C.P.P.N.)”

“En tal sentido debemos tener presente que el art. 26 de la ley 24.946, otorga a los fiscales ante la justicia penal que fueran anoticiados por cualquier medio de la perpetración de un hecho ilícito, de la facultad de ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinentes y útiles, para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal.”

“Dentro de ese marco normativo el fiscal interviniente, que se anotició de la perpetración de un hecho ilícito mediante la denuncia instrumentada a fs. 1, dispuso a fs. 2, iniciar una investigación preliminar en los términos del art. 26 de la ley 24.946, a fin de precisar adecuadamente los hechos denunciados.”

“Así, una vez que recepcionó la respuesta a su oficio a Gendarmería Nacional (fs. 8) procedió a formular recién el requerimiento de instrucción (fs.9 y vta.) en contra del ciudadano Adolfo Natalio Roldan; en orden al delito previsto y penado por el art. 162 del Código Penal. Es decir, que en base a las actuaciones preliminares, pudo determinar si se trataba de un caso que ameritaba un requerimiento de instrucción.”

“Con fundamento en los hechos denunciados, claramente puede advertirse que el fiscal de la causa, correcta y ajustadamente a derecho actuó, dentro del ámbito de las facultades expresamente acordadas por la ley 24.946; esto es, inició una acción preliminar a fin de lograr el desarrollo; efectivo de la acción penal. Que en tal sentido la investigación preliminar iniciada, en este marco, no tiene obligatoriamente que ser comunicada al juez de turno, atento a que sobre el particular nada dice la norma; añadiéndose que dicha actividad podría desarrollarse antes del proceso, formal (como en el caso a examen) y aún paralelamente al mismo (conf. art. 26 segunda parte ley 24.946). Que por ello, y radicada nuevamente la causa en el juzgado de origen, deberá proseguir el trámite de la causa según su estado, debiendo el señor Juez a-quo proveer al requerimiento de instrucción formulado a fs. 9 y vta.”

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “GOSTANIÁN, ARMANDO S/ RECURSO EXTRAORDINARIO” G. 1471. XL. del 30 de Mayo de 2.006 T. 329, P, admite expresamente el valor de la investigación instruida por la norma del art. 26 del la ley 24.946 dándole el carácter de “prevenciones sumarias”.

Es que no hay un “Fiscal Natural” del caso, este vetusto concepto fue reemplazado por el de “unidad de acción” del Ministerio Público Fiscal, por el que nada impide que los fiscales intercambiamos roles sin pedir permiso al Poder Judicial.

### **La Competencia Federal de la Ley 24.051**

La Instrucción General N° PGN 72/02 instruyó a los Señores Fiscales Federales con actuación en el fuero penal para que *“mantengan y promuevan la competencia para conocer en las acciones penales que deriven de la ley 25.612, conforme el capítulo IX de la Ley 24.051 vigente y de acuerdo al Capítulo III, Sección Primera del Código Procesal Penal de la Nación”*. En prieta síntesis, recuerdo que la ley 25.612 fue sancionada por el Congreso de la Nación en el año 2002 para regular la gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. En oportunidad de tomar intervención el Poder Ejecutivo y haciendo uso de las atribuciones que le confieren el art. 80 de la Constitución Nacional, observó los arts. 51, 52, 53, 54 y 60 primer párrafo del citado proyecto de ley, es decir no promulgó el nuevo régimen de responsabilidad penal con el que pretendía reemplazarse al de la ley 24.051, manteniéndose así la vigencia del régimen penal establecido en la ley 24051. En tal sentido, la citada Resolución N° 72/02 del Procurador General de la Nación deja en claro el punto al expresar que *“la ley 25.612, tal como quedó sancionada, al no modificar la vigencia del régimen penal establecido en la ley 24.051, mantiene la competencia – federal- para conocer de las acciones penales que se deriven de la aplicación de la ley en la Justicia Federal”*. Sin negrilla y sin subrayado en el original.

En suma, rige la ley 25.612 en lo que no fue vetado y subsiste la vigencia y obligatoriedad de las disposiciones contenidas en la ley 24.051 en lo que no se contraponga a la ley 25.612 por aquel principio de que la norma posterior deroga a la anterior.

Rigen especialmente las normas penales de la ley 24.051 y aquellas que resulten necesarias para complementar el tipo penal tales como el artículo 2° de dicha ley y sus anexos I y II. Sencillamente, porque al vetarse las disposiciones penales de la ley 25.612 el veto arrastró consigo, también, las acciones que las acompañaban (Es un claro principio que a toda norma le corresponde una acción por medio de la cual es posible exigir su cumplimiento y a contrario sensu, sin norma no hay acción que de ella nazca). Si no hay acción penal no hay jurisdicción criminal o correccional dentro de ese cuerpo legal de la ley 25.612.

De allí surge plena la vigencia del artículo 58 de la ley 24.051 manteniéndose por ende la competencia de la Justicia Federal en el sistema penal establecido por aquélla, que subsiste. Cabe aclarar que el 58 de la ley 24.051 hace exclusiva referencia a la acción penal, y el artículo 55 de la ley 25.612 al resto de las acciones que se vinculan a la Gestión de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios. Este criterio se basa en la conformación del tipo penal: Dice el art. 55 *“Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal el que, utilizando los residuos a los que se refiere la presente ley, envenenare...”*. Y reza el art. 58. *“Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la justicia federal”*. Está claro entonces que para que exista delito federal los residuos contaminantes deben ser los contemplados en la ley 24.051. Caso contrario cabe el sobreseimiento o la desestimación de la denuncia “. El artículo 1 de esa ley no integra el tipo penal ni hace mención a las normas de procedimiento penal referidas a la competencia federal. En este sentido cabe mencionar el fallo “Wentzel” (JA 1993 –I- 247), donde la Cámara Federal de San Martín (1992) explicó que: *“La ley 24.051 es una de aquellas leyes “mixtas” pues contiene disposiciones federales, disposiciones de derecho común, e incluso algunas que se emplean en uno y otro carácter.*

*Por otra parte, detrae de la jurisdicción local el conocimiento de los delitos que describe.” “La ley en cuestión contiene un extenso número de artículos destinados a regular la actividad de las autoridades administrativas federales y obligaciones de los particulares que identifica, cuyo cumplimiento será controlado por aquellas, que abarca la generalidad de su texto, con excepción del capítulo IX “Régimen Penal”. Su dictado por el Congreso Nacional sólo pudo hacerse en ejercicio de sus atribuciones contenidas en el art. 67 inc.11 de la CN...” “Las previsiones de los art. 55 y 56 señalan entonces a los residuos peligrosos, para cuya determinación es necesario recurrir a lo que al respecto establece el art.2, pero en modo alguno a las expresiones del art.1 de las que resultan, como se señaló, los límites de la autoridad administrativa federal, límites por otra parte vinculados al reparto de competencias y poderes efectuados en la Constitución Nacional.” “Una interpretación diferente afectaría sin fundamento la unidad del derecho común. La ley 24.051 tiene en mira unos y los mismos “residuos” para calificarlos de “peligrosos”; aquellos cuya condición de “peligrosos” es determinada por el art.2, son “los residuos a los que se refiere la presente ley” nombrados en el art.55, y no dejan de serlo porque a su vez, dentro de ellos, el art.1 establezca distinciones para delimitar la competencia administrativa federal.” “Este detrimento operado en el plano judicial no coincide ni interfiere con la delimitación de las competencias entre los poderes nacional y locales “*

Esta interpretación de la Cámara Federal de San Martín en el caso “Wentzel” fue avalada y sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo “Competencia N° 868 XXIV” del 19/10/1993, donde la CSJN estableció que *“las disposiciones penales de la ley 24.051 no se integran típicamente con las enumeradas en el art.1 de esa ley, la cual en cambio, sí limita las facultades de índole administrativa de la autoridad de aplicación ante las que le corresponden a las provincias y municipios –arts. 59 y 67”*. Este criterio fue seguido por la CSJN en fallos posteriores: “Competencia N° 161 XXVII APESUP Expte. N° 445/93, del 13/10/94”; “Competencia N° 92 XXXI, Melazo s/denuncia ley 24.051, del 31/10/1995”.

Además, existe jurisprudencia de algunas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal que señalan la competencia federal de las acciones penales establecidas en la ley 24.051 con diversidad de fundamentos. Traigo a colación las que hacen especial hincapié en que no debemos hacer distinciones cuando la propia ley no distingue:

*“Resulta competente la justicia federal para entender en un proceso por infracción a la ley de residuos peligrosos, sin que tenga relevancia la circunstancia de que los efectos del delito se propaguen o no más allá de una única jurisdicción -en el caso, la ciudad de Buenos Aires- pues la sola y expresa disposición contenida en el Art. 58 de la ley 24.051 (Adla, LII-A, 52) que declara la competencia federal, es suficiente para determinar que debe ser esa la justicia que deberá intervenir en el proceso”*. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Fecha: 06/11/2003, Partes: “Rodríguez Patricia N. y otros s/competencia”.

*“Es competente la justicia federal para entender en la causa donde se investiga la infracción a la ley 24.051 de residuos peligrosos (Adla, LII-A, 52) - en el caso, desechos vertidos en la vía pública por un frigorífico- pues el interés federal está dado no sólo por el hecho de*

*que los perjuicios que puedan causar los residuos trasciendan los límites de la Capital Federal, sino porque el legislador ha dado a la ley carácter federal y por ello ha previsto la intervención de los tribunales de excepción para conocer en los casos que pueden adecuarse a los supuestos previstos en la misma”* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII, Fecha: 26/06/2003, Partes: Frigorífico Bark S.A.

Podríamos seguir citando fallos similares y coincidentes pero es útil explorar otro de los motivos por los cuales la competencia federal que se sostiene en la instrucción general desoída debe reafirmarse.

El delito ambiental involucra actores distintos e imputados de condición económica y política distinta al común del resto de los autores penalmente sancionables. De hecho y aún cuando el bien jurídico tutelado sea el mismo -me refiero a la salud pública- detener, indagar, procesar y condenar a un sujeto como narcotraficante por el hecho de estar parado en una plaza vendiendo marihuana es mucho mas sencillo que al propietario de un ingenio azucarero que envenena el aire con partículas de hollín y el agua de los ríos con metales pesados residuales, hasta tornarlo un curso de agua muerto. Y lo curioso es que el daño a la salud pública en el segundo caso es mucho mas grave que en el primero si consideramos el número de los potencialmente afectados. No debe olvidarse que se trata de un delito de peligro.

Entre las conclusiones del Taller Binacional "Garantías Judiciales para la protección del medio ambiente" realizado en Colonia Suiza, República Oriental del Uruguay, los días 24 y 25 de abril de 2.004 y organizado por Proyecto de Protección Ambiental del Río de la Plata y su Frente Marítimo (FREPLATA), el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la República Argentina y la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), se estableció que:

a) Es fundamental el reconocimiento del derecho humano al ambiente en carácter de derecho subjetivo público de pertenencia colectiva;

b) Las cuestiones procesales no deben condicionar la efectividad de los derechos sustantivos en materia ambiental;

c) Los conflictos de competencia no deben entorpecer ni demorar el dictado de las medidas cautelares urgentes destinadas a evitar el daño ambiental (en consonancia con los largos conflictos sobre competencia como los que se provocan al desoírse la Instrucción General comentada);

d) Resulta oportuno recordar que en materia ambiental rigen los principios *in dubio pro ambiente, pro homine y alterum non laedere*.

No podemos ignorar que cuando el Estado criminaliza conductas como las que se tipifican en la ley 24.051, es porque la prevención y la sanción administrativa han fracasado. A título de ejemplo creo que el mismo camino ha recorrido la Ley Penal Tributaria – vgr. Ley 23.771 y sus modificatorias-.

En estos casos el fracaso puede adjudicarse a distintos factores, pero tal vez los más importantes sean la enredada burocracia

administrativa que es bien aprovechada por las empresas contaminadoras y sus letrados –en un accionar absolutamente legítimo- sumado a cierto “amiguismo”, “clientelismo” y corruptelas similares –ilegítimas todas-.

Por ello se deposita la confianza de combatir estas conductas en los Fiscales y Jueces de Instrucción Penal elevando la apuesta hasta lo máximo posible: competencia federal, dolo eventual y tipificación como delito de peligro, figuras culposas y penas elevadas.

Hay fallos dignos de destacar como de la Cámara Federal de San Martín en el caso Klinger (citado por Mauricio Libster en “Delitos Ecológicos” pág. 227, Ed. Depalma) que dijo *“debe rechazarse el planteo sobre la legalidad de vertidos contemplados en la norma administrativa, si al mismo tiempo constituyen conductas punibles por la ley represiva, pues aún cuando en el plexo de normas administrativas se contemple la posibilidad del vertido de tales desechos, con un régimen de sanciones propios de su naturaleza, ello no implica una autorización o disculpa para quien por dicha vía cometa un delito previsto en la ley penal”*.

Como ha dicho Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, en el caso Centro Integral Médico Urquiza S.A. (La Ley 2004-A, 783), *“Más allá que la ley es expresa en cuanto a la determinación de la competencia, cabe recordar que desde el año 1994, la Constitución Nacional ha incorporado en su art. 41 los derechos ambientales, y en su cuarto párrafo se refiere a la potestad de la Nación de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección. En tal sentido, explica Germán Bidart Campos que “La cláusula tercera del art. 41 es una norma que corresponde a la parte orgánica de la constitución, porque define el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias. Al estado federal le incumbe dictar las “normas de presupuestos mínimos”, y a las provincias las normas “necesarias para complementarlas”. Se trata de una categoría especial de competencias concurrentes. En efecto, a) los contenidos mínimos escapan a la competencia provincial, porque son propios del estado federal; b) las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo. Pero en cuanto a los daños ambientales susceptibles de incriminarse como delitos, es indudable la competencia exclusiva del Congreso por tratarse de materia penal”* (“Manual de la Constitución reformada”, Ediar, t. 2, p. 89/90, 1997). *Agrega que “Todo ello demuestra que la reforma ha reconocido, implícitamente, que cuidar al ambiente es responsabilidad prioritaria del poder que tiene jurisdicción sobre él, lo que equivale a asumir la regla de que la jurisdicción es, como principio, local -provincial y municipal-. No obstante, el perjuicio al ambiente no suele detenerse localmente, porque es movedizo y transferible más allá del lugar de origen; la interdependencia del ambiente es, entonces, un parámetro que sirve de guía, y que convoca al estado federal a fijar los presupuestos mínimos de protección. Estos rigen tanto para el ámbito local, donde acaso quede circunscripto el perjuicio sin difusión extrajurisdiccional, como más allá de él en el supuesto habitual de que el proambiental no sea jurisdiccionalmente divisible. Mas no obstante la reserva de las jurisdiccionales provinciales para aplicar las normas ambientales, creemos viable que a) determinados delitos ecológicos puedan revestir la naturaleza de delitos federales (y no de derecho penal común) y, por ende, las respectivas causas judiciales deban tramitar ante tribunales federales; b) fuera del ámbito penal, el estado federal también invista excepcionalmente*



*jurisdicción judicial federal para aplicar y ejecutar alguna políticas y medidas protectoras del ambiente, si acaso la unidad ambiental lo reclame sin lugar a duda." (op. cit. p. 91).*

Y sigue diciendo el ilustrado fallo ...*Por último, cabe recordar que la Argentina es Parte signataria de la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono -ley 23.724-, del protocolo de Montreal sobre control de las emisiones contaminantes -leyes 23.778, 24.040 y 24.167-, y del Convenio de Basilea -ley 23.922-, luego, para tornar operativos los postulados y obligaciones de tales acuerdos, a través de la punición que contempla la ley 24.051 se protege a todos los componentes del ambiente tal como aquéllos instrumentos imponen. Además, la ley 24.051 fue promulgada para, entre otros objetivos, hacer operativo el compromiso del Estado de tomar medidas internas para reducir al mínimo la generación de desechos. Así, los Anexos I, III y IV del Convenio se reproducen íntegramente como anexos I, II y III en la ley 24.051 (conf. Gasipi, Pablo Luis, "La competencia de los jueces federales para juzgar los delitos contra el ambiente", El Derecho Penal, doctrina y jurisprudencia, ED, febrero de 2003, p. 41 y siguientes).*

***Todo tratado internacional incorporado a nuestro derecho interno es una norma de naturaleza federal, cualquiera sea la materia que regule y aunque dicha materia sea dentro de nuestro derecho una materia propia del derecho común o local. Reconocer naturaleza federal a los tratados no es cuestión puramente teórica, porque tiene como efecto práctico el hacer judicialable por tribunales federales toda causa que verse sobre puntos regidos por un tratado y hacer viable el recurso extraordinario ante la Corte para su interpretación".***

O dicho de otro modo, por su naturaleza federal los acuerdos internacionales quedan sometidos al conocimiento y decisión de la justicia federal, conforme a las reglas de determinación de la competencia federal surgidas de los arts. 116 de la CN y 2 de la ley 48. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la materia jurídica de los tratados internacionales pertenece sin distinción al derecho federal porque ello le permite al Tribunal Máximo conocer de la sentencia que se dicte en el proceso, por medio del recurso extraordinario federal fundado en el inciso 3 del art. 14 de la ley 48. Así el principio de responsabilidad internacional de la República Argentina en sus relaciones internacionales no resulta vulnerado.

En todo análisis que se haga sobre el tema de la competencia, debe considerar que la Argentina asumió obligaciones internacionales en materia ambiental.

*"La competencia penal federal es privativa e inalterable lo que indica que solo pueden entender los tribunales federales a quienes la Constitución Nacional les ha encomendado las facultades excepcionales y no puede sufrir variaciones después de la comisión del delito, aunque la materia o el contenido del delito sufra modificaciones, o cambie la investidura del sujeto activo o pasivo, o la afectación del territorio que surtía el fuero federal"* nos dice la Dra. Silvia Palacio de Caiero en su obra "Competencia Federal" (fs. 303). De allí que resulta improcedente sostener la competencia ordinaria luego de una supuesta verificación de que los contaminantes no afectan a otras provincias.

En definitiva, esos son los sustentos de la Instrucción General N° 72/02 del Procurador General de la Nación, que no ha perdido vigencia.

### El caso de autos

Las presentes actuaciones han tenido inicio a raíz de haberse tomado conocimiento en esta Delegación de la UFIMA NOA en fecha **24 de mayo de 2.007**, de la grave situación sanitaria existente en la ciudad de Abra Pampa por los restos y escorias de metales tóxicos existentes en el lugar, derivados de la producción de la Ex-Fundidora Metal Huasi. Tal situación fue advertida por la Directora de Investigación de la Universidad Nacional de Jujuy, Dra. Magíster en Bioquímica María Graciela Bovi Mitre, quien junto con el Grupo INQA y la Universidad Nacional de Jujuy realizó una evaluación del riesgo químico por metales tóxicos en la mencionada ciudad.

En el informe de la Dra. Bovi Mitre, se da cuenta de la presunta contaminación ocasionada por desechos mineros provenientes de la Planta Metal Huasi, que se encontrarían diseminados a cielo abierto en la localidad de Abra Pampa y que estaría envenenando a la población del lugar con plomo. Particularmente se verían afectados los niños y ello surge claro de los estudios realizados por los organismos mencionados que establecen que el **81% de la población infantil evaluada** se encuentra en grave riesgo, en atención a que presentan valores de Plombemias mayores a 5 ug/dl, valor que se registra en la literatura científica como límite inferior de **daño neuro-madurativo**.

El predio causante de la contaminación ambiental, se encuentra ubicado en el Barrio Norte, Manzana 60 de la ciudad de Abra Pampa, Dpto. Cochino, provincia de Jujuy. La acumulación de residuos de la fundición de plomo constituye una montaña de 30.000 toneladas que se encuentra en la zona norte en el acceso a la ciudad de Abra Pampa, más específicamente en el predio mencionado.

En virtud de los hechos informados por la Dra. Bovi Mitre -y luego denunciados por miembros de comunidades aborígenes de Jujuy (fs. 74/78)-, el suscripto creyó oportuno y conveniente disponer el inicio de una actuación preliminar con base legal en el artículo 26 de la Ley 24.946, como expresara ut-supra.

La tarea de investigación se inició de inmediato, con el libramiento de sendos oficios que permitieran obtener un panorama completo del impacto ambiental ocasionado por la Ex-Fundidora Metal Huasi.

### I. PRUEBA PRODUCIDA

Haciendo un racconto de la tarea cumplida en esta Fiscalía General, debo decir que en fecha 7 de junio del cte. año, el suscripto dictó un proveído (fs. 67) ordenando el libramiento de oficios a:

1) Al Escuadrón 53 de Gendarmería Nacional, Delegación Jujuy, para que personal técnico científico de esa fuerza se

apersone en las localidades de Santuario Tres Pozos, Cochinoca, Rinconadilla y Abra Pampa y en esta última en la ex “Fundición Metal Huasi”, tome fotos del lugar y realice croquis de ubicación. Asimismo solicitamos que se determine quienes fueron los anteriores responsables de la citada fundición y quienes los actuales. El informe solicitado en respuesta a nuestro Oficio N° 580/07 rola a fs. 98/113 de las presentes actuaciones.

2) A la Dirección Provincial de Desarrollo Industrial, Minero y Comercial de Jujuy, a los fines de que se sirva informar a esta Fiscalía General si obran en los registros de esa Dirección quienes son los responsables de la “Fundición Metal Huasi”, si la misma continúa en actividad en la actualidad o si en lugar de ella otra empresa se dedica a tal explotación (en su caso se diga el nombre de la misma). Asimismo requerimos se nos informe si obran actuaciones iniciadas en virtud de quejas o reclamos realizados por presunta contaminación en Abra Pampa como consecuencia de dicha actividad.

3) A la Comisión Nacional de Energía Atómica (CONEA), a los fines de solicitar se informe a esta Fiscalía General, que resultados arrojaron los análisis efectuados en agosto de 2.006 en suelo y aguas de varias localidades del Departamento de Abra Pampa, Pcia. de Jujuy, con el objeto de cuantificar la existencia de plomo, cadmio y otros metales pesados. La respuesta a nuestro Oficio N° 581/07 corre agregada a fs. 80/83 de autos.

4) Al señor Intendente Municipal de la localidad de Abra Pampa, a los fines de solicitarle remita a esta Fiscalía General copias autenticadas de todas las actuaciones administrativas iniciadas a consecuencia del Proyecto de Investigación y Extensión “EVALUACIÓN DEL RIESGO QUÍMICO POR METALES TÓXICOS EN ABRA PAMPA, ASIGNANDO MAGNITUDES Y PROBABILIDADES DE EFECTOS ADVERSOS DE LA CONTAMINACIÓN EN EL AMBIENTE Y LA POBLACIÓN INFANTIL EXPUESTA”.

5) Al señor Decano de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Jujuy, a los fines de que remita copia autenticada de la disposición del aval académico otorgado por esa Casa de Altos Estudios al Proyecto de Investigación y Extensión “EVALUACIÓN DEL RIESGO QUÍMICO POR METALES TÓXICOS EN ABRA PAMPA, ASIGNANDO MAGNITUDES Y PROBABILIDADES DE EFECTOS ADVERSOS DE LA CONTAMINACIÓN EN EL AMBIENTE Y LA POBLACIÓN INFANTIL EXPUESTA”, obrante a fs. 43 de la presente investigación preliminar. La respuesta a nuestro Oficio N° 583/07 obra a fs. 87/89 de autos.

6) A la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de Jujuy, a los fines de solicitarles informen a esta Fiscalía General, si en esa dependencia obran actuaciones referidas a reclamos o quejas por presunta contaminación ambiental en la localidad de Abra Pampa. La contestación a nuestro requerimiento efectuado por Oficio N° 585/07 corre agregado a fs. 125/135 de las presentes actuaciones.

Posteriormente y en aras de profundizar la investigación, se dispuso en fecha 5 de julio del cte. año a los siguientes organismos y personas:

1) A la señora Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Jujuy, a los fines de que informe a esta UFIMA, si en esa dependencia existen denuncias o reclamos realizados por las comunidades aborígenes de Jujuy, en virtud de la presunta contaminación ambiental en Abra Pampa y por los probables perjuicios ocasionados -especialmente en la población infantil expuesta a la misma-. La respuesta a nuestra solicitud realizada por Oficio N° 748/07 (luego reiterada por Oficio N° 812/07), luce a fs. 213/ 214 y 222/ 239 de autos.

2) A la señora Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Dra. Romina Picolotti, a los fines de que se sirva remitir a esta UFIMA copia certificada de los informes realizados con el objeto de detectar y evaluar la posible solución para la situación de contaminación ambiental -causada por metales tóxicos de Metalhuasi- en la ciudad de Abra Pampa, Dpto. Cochino, Provincia de Jujuy. La respuesta a nuestro Oficio N° 765/07 obra a fs. 137/211/07 y la contestación al Oficio N° 763/07 rola a fs. 249/ 260 de autos.

3) A la Vocalía 8va. de la Cámara Civil y Comercial de Jujuy, a los fines de que a título de muy especial colaboración con esta UFIMA tenga a bien remitir copia certificada del Expte. N° B 162.740/06 Cautelar Innovativa “Estado Provincial C/ Metalhuasi” radicado en esa Vocalía, en la que existiría una propuesta de remediación del Estado provincial por Metalhuasi. El Oficio N° 762/07 -luego reiterado por el N° 814/07- fue respondido en fecha 22 de agosto y agregado a fs. 241 de autos. En atención a la voluminosidad de la documentación acompañada, se dispuso la formación de los Anexos II (en dos cuerpos con 605 fojas útiles).

4) A la Unidad de Gestión Ambiental Minera Provincial – UGAMP- de Jujuy, a los fines de que informe a esta UFIMA, si en esa dependencia existen denuncias o reclamos realizados por las comunidades aborígenes de Jujuy, en virtud de la presunta contaminación ambiental en Abra Pampa y por los probables perjuicios ocasionados -especialmente en la población infantil expuesta a la misma-. La nota de contestación a los Oficios N° 761/07 y N° 816/07 corre agregada a fs. 240 de la presente.

Por otra parte en fecha 06/07/07 se dictó un nuevo proveído disponiendo el libramiento de oficios a:

1) Al Defensor del Pueblo de Jujuy, a los fines de que informara a esta UFIMA, si en esa Defensoría existen actuaciones por denuncias o reclamos realizados por las comunidades aborígenes de Jujuy, en virtud de la presunta contaminación ambiental causada en Abra Pampa por la Planta Metalhuasi y por los probables perjuicios ocasionados -especialmente en la población infantil expuesta a la misma-. A fs. 215 obra la nota del Defensor del Pueblo de Jujuy dando cumplimiento a los Oficios N° 765/07 y N° 818/07 dirigidos al mismo. Remitió adjunto documentación que por su voluminosidad, dio lugar a la formación del Anexo N° I.

2) Al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas –I.N.A.I.-, a los fines de que informaran si en ese Instituto tienen conocimiento de las denuncias o reclamos realizados por comunidades aborígenes de Jujuy, en

virtud de presuntos delitos ambientales que se estarían cometiendo en esa provincia, por los responsables de la explotación de yacimientos mineros en la misma. A fs. 264/ 265 corre agregada la nota de respuesta al Oficio N° 764/07 librado a ese Instituto por esta UFIMA.

Luego, en fecha 1 de agosto, se ordenó el libramiento de un Oficio a la Asesoría Legal de la Fiscalía de Estado de Jujuy, a los fines de solicitar que se remita a esta UFIMA, copia autenticada del Expte. N° 0521-051-2001 caratulado “Remoción Residuos Ex Fundidora Metal Huasi en Abra Pampa” y se informara que acciones se tomaron en relación a dichas actuaciones. De igual modo, se solicitó el envío de copia certificada del Expte. N° 0646-145-2007 (iniciado luego de la suscripción -en fecha 04/04/07- de un Convenio entre el Gobierno Provincial de Jujuy y la Cámara Minera, con el objetivo de practicar la remoción de los pasivos y escorias existentes en el predio de la Ex Fundidora Metal Huasi) y del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente al relleno de seguridad donde se dispondrán los pasivos decomisados. La respuesta de la Fiscalía de Estado de Jujuy, se recibió en esta UFIMA el 7 de septiembre del año en curso, cuya nota de remisión corre agregada a fs. 262/263 de autos. En virtud de que tal oficio vino con abundante documentación adjunta, se dispuso la formación del Anexo N° III.

Siguiendo con la investigación, en fecha 28/08/07, se dictó un nuevo auto disponiendo el libramiento de Oficio a la AFIP-DGI “Grandes Contribuyentes Nacionales”, a los fines de solicitarles información respecto de la firma ELCORIAM S.A., que conforme la compulsa de las actuaciones remitidas por la Vocalía 8va. de la Sala III de la Cra. en lo Civil y Comercial de Jujuy “CAUTELAR INNOVATIVA EN EXPTE. B 162698/09 ESTADO PROVINCIAL C/ METAL HUASI SRL Y OTRO” [Expte. B-162.740/06], es la titular dominial del predio donde funcionaba la Planta Metal Huasi. La respuesta obtenida (referida a nuestros Oficios N° 1043/07 y N° 1394/07), obra a fs. 267, 270/ 275 de las presentes actuaciones.

También se ordenó el libramiento de un Oficio al Registro Nacional de las Personas, a los fines de que remitan los datos filiatorios de Elías Amado, quien sería propietario de la firma Metal Huasi SRL. Tal diligencia se encuentra pendiente de contestación.

## **II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

### **A. Informe Científico de contaminación -**

De las probanzas colectadas, tiene especial relevancia la prueba informativa realizada por miembros del Dpto. Toxicología Ambiental de la Facultad de Medicina pertenecientes al Centro Colaborador de la Organización Mundial de la Salud en Evaluación de Riesgos y Salud Ambiental Infantil de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí de México, en oportunidad de realizar una visita a la ciudad de Abra Pampa. La misma obra a fs. 47/48 de autos.

El suscripto quiere dejar debidamente asentado, que la circunstancia de que el informe efectuado por el Departamento mencionado,

pueda contener evaluaciones técnicas no lo convierte en “pericia”, ya que no hubo peritos que hayan tenido que prestar juramento y cuyas calidades debieron ser examinadas previamente por las partes, ni necesidad de observancia de las formas documentales de la pericia, como tampoco se violaron con su agregación las garantías de la defensa en juicio, porque no tratándose de actos definitivos e irreproducible, puede dar lugar en cualquier momento a que las partes propongan una nueva prueba destinada a la crítica de dicha información. El informe elaborado por el Depto. de Toxicología Ambiental de la Universidad de México se enmarca entonces, en las previsiones del art. 26 y específicamente en los arts. 396 y ccetes. del C.P.C.yC.N.

Se especifica que las muestras A-1 a A-5 fueron colectadas por los nombrados a partir de los residuos que se distribuyeron sin control alguno en un sector de la ciudad de Abra Pampa, y las otras muestras se tomaron en una casa que se encuentra frente a la empresa y otra en la misma planta fundidora de metales.

Debo remarcar que el valor que se toma como límite permitido, conforme a normativas internacionales y las que se manejan en los Estados Unidos y en México -atento a que los que practicaron la evaluación integran la Universidad del último de los países nombrados-, es de **400 mg/kg**. Luego deberían compararse esos parámetros con los niveles establecidos en el Decreto Reglamentario 831/93 de la Ley 24.051.

Las conclusiones a las que se arribara mediante los análisis efectuados, luego podrán ser reproducidas en sede judicial mediante la realización de pruebas periciales, si es que se decide requerir instrucción y asegurar la prueba.

\* En la muestra **A-1** se encontró una concentración bioaccesible de plomo de **1133 mg/kg**, es decir **2,83 veces más que lo aconsejable para preservar la salud**.

\* En la muestra **A-2** se encontró una concentración bioaccesible de plomo de **6930 mg/kg**, es decir **17,32 veces más que lo permitido**.

\* En la muestra **A-3** se encontró una concentración bioaccesible de plomo de **5540 mg/kg**, es decir **13,85 veces más que lo aconsejable para mantenerse saludable**.

\* En la muestra **A-4** se encontró una concentración bioaccesible de plomo de **811 mg/kg**, es decir **2,02 veces más que lo permitido**.

\* En la muestra **A-5** se encontró una concentración bioaccesible de plomo de **422 mg/kg**, es decir **1,05 veces más que lo permitido**.

\* Con respecto a la muestra obtenida en la **casa vecina a la empresa**, la concentración bioaccesible de plomo asciende a los **596 mg/kg**, es decir **1,49 veces más que lo permitido**.

\* La concentración bioaccesible de plomo de la muestra extraída en la propia planta fundidora de metales arrojaron un resultado de **20.750 mg/kg**, es decir **51,87 veces más que lo tolerable para permanecer sano**.

También es muy revelador de la situación existente en la ciudad de Abra Pampa, el **Informe de Análisis N° 260427 (de suelos) obrante a fs. 49**, a donde remito por razones de brevedad.

Asimismo, resulta sumamente ilustrativo el **Informe de Plombemias** elaborado por el **Laboratorio de Toxicología y Química Legal de la Facultad de Bioquímica de la UBA** de fs. 61/63. En el se consignan los resultados obtenidos en los análisis bioquímicos practicados a **234 niños** bajo estudio en la ciudad de Abra Pampa, y se alerta por el riesgo para la salud ocasionado por la exposición al particulado del mineral, especialmente en los niños. La conclusión es alarmante, puesto que pudo determinarse que el **81% de la población infantil evaluada** de Abra Pampa denota plomo biodisponible que fue (asimilado y circulando en el torrente sanguíneo de esos niños).

### B. **Prueba Documental.**

A fs. 98/113 obra el informe referido a una **Inspección Ocular practicada por el Grupo de Policía Científica “Escuadrón 21 La Quiaca” de Gendarmería Nacional**, realizada a petición de esta UFIMA y que se realizó en la Ex Fábrica de Fundición Metal Huasi, en la zona urbana de la ciudad de Abra Pampa (aproximadamente a 222 km. de la ciudad de San Salvador de Jujuy) en un predio cuyo límite norte es la calle Adalberto Beck, su límite oeste es la calle Sarmiento, al sur limita con la calle Monseñor M. M. Bernal y al oeste con la calle Juan Domingo Perón.

En dicho informe, se da cuenta de que a simple vista se detectan restos de material utilizado para la fundición de metales, que demuestran un deterioro del medio ambiente y que no se está guardando la menor medida de seguridad a pesar de la presencia de población muy próxima a dicha planta.

Por otra parte, obran a fs. 28 y 29 del **Anexo I**, los análisis de plombemia realizados en los niños OMAR GARCÍA y JULIO GARCÍA, residentes en la ciudad de Abra Pampa. Los mismos arrojaron valores muy superiores a los niveles referenciales de plombemia en sujetos sanos. Por lo tanto no existe duda alguna que ambos menores se encuentran intoxicados con plomo.

En el primero de los nombrados se detectaron **43,3 ug/dl** de plomo, cuando el límite para preservar la salud es de **17,07 ug/dl** en los varones, es decir que presenta un nivel **2,53** veces más que lo tolerable para mantenerse sano.

Con respecto al segundo de ellos, el mismo denota un valor de **23,3 ug/dl**, siendo el parámetro permitido **17,07 ug/dl**, por lo tanto presenta **1,36** veces más que lo adecuado para conservar la salud.

Dichos exámenes fueron practicados a raíz de una queja presentada el 02/02/05 por el señor Raúl Esteban García (padre de los anteriores) ante el Defensor del Pueblo de Jujuy, por la contaminación con plomo que sufrían él y su familia.

Otra prueba relevante de la gravedad de la contaminación existente en Abra Pampa, es el Proyecto de Declaración efectuada por la Cámara de Diputados de la Nación, con la firma de los Diputados Nacionales Marcela Bordenave, Juan Pablo Cafiero, Carlos Haquim y Alejandro Nieva (ver fs. 7 a 9 del Primer Cuerpo del Anexo II). En la misma se declara que *“debido a los altos índices de contaminación con plomo que vive la población de en Abra Pampa y que afecta seriamente a sus habitantes, se debe hacer pública la cadena de responsabilidades por este aberrante hecho, que es un atentado contra la vida y una grave violación a los Derechos Humanos, a la vez que solicita a las autoridades competentes que resuelvan la situación de manera urgente y se castiguen los hechos para actuar judicialmente contra los responsables”*.

Otra prueba documental valiosa consiste en las presentaciones que dieron lugar a los Expedientes B- 162698 “Sumario de Tutela de Intereses Difusos o Derechos Colectivos” y B-162740 “Solicita Cautelar Innovativa”, promovidos por la Fiscalía de Estado de Jujuy (fs. 147/ 155 y 160/ 166 del cuerpo 1 del Anexo II de la presente), a donde remito por razones de brevedad.

La gravedad del efecto contaminante se constata también en relatos, fotos, e innumerables notas periodísticas recopilados en los Anexos de la presente causa.

Debo hacer la salvedad que, según los Certificados de Análisis de Aguas de muestras extraídas en fecha 19/01/06 Abra Pampa N° 0014, 0015, 0016, 0017 y 0018 y practicados por el SUNIBROM, dependiente del Ministerio de Bienestar Social de Jujuy, de los análisis efectuados se deduce que las muestras son aptas para consumo humano (fs. 31/ 35 del Anexo I).

Claro que no se señala cuál es la normativa aplicada en los análisis realizados. De todos modos, por más que exista una norma provincial o municipal, ninguna puede fijar un límite de contaminación mayor que el establecido por la Ley 24.051 dado que esta norma fija como ley de presupuestos mínimos los máximos por encima de los cuales se comete un delito federal, norma esta de presupuestos mínimos que aplica el Tratado de Basilea suscripto por Argentina y ratificado por Ley 23.922. Argentina es Parte signataria de la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono -ley 23.724-, del P rotocolo de Montreal sobre control de las emisiones contaminantes -leyes 23.778, 24.040 y 24.167-, y del Convenio de Basilea -ley 23.922-” (conf. analizado ut supra). Nuestro país no debe incumplir exigencias asumidas en el ámbito internacional.

Ninguna norma provincial o municipal puede modificar la que estatuye como delito federal determinada conducta. Las aseveraciones del SUNIBROM de que el agua de Abra Pampa es apta para consumo humano, despierta suspicacias de complicidad de los funcionarios locales con el contaminador, **la que podrá ser investigada por el Sr. Fiscal con mayor profundidad de la que permite esta investigación preliminar.**

### **III. CONCLUSIÓN**

Como vemos, existiría contaminación plúmbica en la ciudad de Abra Pampa, Dpto. Cochinoca en la provincia de Jujuy, con la



consiguiente afectación de la población, como así también de la fauna y de la flora del lugar. Especialmente preocupante es la situación de los niños quienes son los más vulnerables y los que presentan peores secuelas por este tipo de intoxicación.

La American Academy of Family Physicians en un artículo denominado “Intoxicación con plomo en los niños” manifiesta que: *“niveles elevados de plomo en el cuerpo pueden causar problemas con el cerebro, los riñones y la médula ósea. Los síntomas de niveles elevados de plomo pueden incluir dolor de estómago, dolor de cabeza, vómito, confusión, debilidad muscular, convulsiones, pérdida de cabello y anemia. Niveles bajos de plomo en el cuerpo aún pueden provocar problemas como dificultades de atención, problemas de comportamiento, dificultades de aprendizaje y un bajo coeficiente intelectual en niños pequeños.... El plomo puede dañar el sistema nervioso y el sistema reproductivo de los niños, y en niveles muy altos, puede ponerlos en estado de coma, generar convulsiones y hasta causar la muerte.... Inclusive niveles bajos de plomo pueden resultar dañinos y han estado relacionados con una reducción de la inteligencia, un deterioro del desarrollo neuro-conductual, una menos estatura, crecimiento lento y problemas de audición.”*

A modo de conclusión, podemos expresar que como dice el artículo de Sonia Osay publicado en LA LEY en fecha 23 de diciembre de 2.002: “la actividad minera es una de las actividades económicas más contaminantes que existen en nuestro planeta, sin embargo y a pesar de ello, es posible una minería sustentable, es decir conseguir un desarrollo minero adecuado y estable con el medio ambiente, que minimice los efectos nocivos sobre el medio. En primer lugar es necesario que la empresa minera internalice el costo ambiental dentro de los costos operativos de la empresa, desde el comienzo del proyecto y en segundo lugar, que se exija a las empresas, garantías adecuadas para asegurar el cumplimiento de este recaudo”. A ello debe sumarse –y esto va por mí- la participación de las Comunidades que serán o ya son afectadas.

#### IV. TIPIFICACION

La reprochable conducta desplegada por los titulares de la empresa ELCORIAM S.A., está prevista y sancionada por la ley 24.051, que en su art. 55 establece:

*“Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal (3 a 10 años), 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. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión”.*

La ley, también prevé los casos en los que los infractores integren un ente de existencia ideal (como sucede en autos). Al respecto, expresa el art. 57 que: se imputarán los hechos ilícitos y *“serán pasibles de las penas arriba mencionadas, los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la persona jurídica que hubiesen intervenido en el hecho*

*punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir”.*

Ahora bien: Las cuestiones de autoría y participación son básicamente las que más necesitan de la adaptación, porque la elección de la atribución personal de los delitos no contempla una realidad incontrastable: los delitos económicos se cometen a través de empresas, es decir, a través de complejas estructuras jurídico-económicas organizadas en base a los principios de verticalidad y división del trabajo. Como advertí, los ilícitos de cometen desde y a través de estructuras.

Como es un fin esencial del proceso penal el de la averiguación de la verdad histórica e identificación de los responsables, entiendo perfectamente posible, retomando lo dicho supra, que se aplique la llamada “Doctrina del derecho societario del Levantamiento del Velo”, doctrina que tuvo ya recepción jurisprudencial (caso “Swift”) y que permite prescindir en ciertos casos de las relaciones jurídicas societarias e indagar en la realidad de las personas que se escudan detrás de ella. En esa misma línea de pensamiento, Jesús Silva Sánchez (“*La expansión del Derecho Penal*”, Ed.Civitas, Madrid, 1999) aporta lo siguiente: “*es un dato central y recurrente en la criminalidad capitalista la disociación personal entre quien planifica y decide la comisión del ilícito y quien la ejecuta materialmente, lo que conduce al fenómeno consistente en que el resultado típico se encuentra separado en el espacio y en el tiempo de la conducta de los sujetos más relevantes en el plan delictivo*”. Insisto entonces en que, frente a este panorama, la aplicación rigurosa de teorías puramente clásicas conduce seguramente a resultados disvaliosos.

La forma social constituye una ficción jurídica que sólo debe mantenerse en tanto sirva a los fines para los que ha sido creada y no para encubrir la identidad de los verdaderos responsables de los delitos que se cometan a partir de ella. Por ello, una interpretación que descuidara estos aspectos no resulta lógica ni equitativamente admisible, ni se adapta a los fines del proceso, descuidando garantías de la Constitución (Confr. Longobardi, ob.cit.)

En la tarea interpretativa, si queremos determinar qué sujeto concreto llevó a cabo la acción típica, la tarea se torna compleja. Cuánto más si el delito es de los cometidos desde y a través de una complejidad de personas a su vez insertas en una o varias estructuras jurídico-económicas.

Existe una teoría llamada del “dominio del hecho” (definido por Maurat como el “*mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico*”) o teoría final objetiva, que tiene el buen tino de conectar ese dominio del hecho con el concepto de acción final : **autores son los que mantienen bajo su gobierno el hecho, lo conducen ,dirigen hacia un resultado, manteniendo las riendas del curso causal, y todos los que toman parte del hecho, sin gobernarlo, son partícipes.** (Confr. Longobardi, ob.cit.).

Esa visión es capaz de reducir muchos de los problemas reseñados, cuando no, de solucionarlos. Es preciso, sin embargo, aclarar que sólo cabe en delitos dolosos y desde una perspectiva final de la acción. Divisar

la existencia de ese “gobierno” del curso causal de los hechos, es situación de hecho y admite prueba. En ese análisis, es importante atender a: a) la capacidad de evitar el resultado típico, y b) la capacidad de conducir el curso causal. La primera de las capacidades cobra importancia en los delitos de omisión impropia o de comisión por comisión.

14. Ahora bien: hay, como sabemos, tres formas de autoría: única, mediata y coautoría. De allí que hay tres modos de dominar el curso del hecho: dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho.

Domina la acción (o es “autor inmediato”) quien “no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor” (Roxín, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, 2002, Ed. Marcial Pons, Barcelona).

Domina funcionalmente el hecho cuando es posible una división del trabajo en la ejecución. Se comete en común el hecho a través de contribuciones objetivas al resultado. Súmese a ello que en algunos delitos, se necesita también que los coautores reúnan la calidad que la figura requiere. La indagación de los hechos y sus circunstancias permitirá poner en evidencia la interdependencia funcional entre las acciones que permitan afirmar la coautoría. Aquí es importante tener en cuenta la opinión de que no es necesario que la coautoría se presente bajo la forma de una decisión conjunta, bastando la decisión de ajustarse a la conducta del autor y aún cuando el otro coautor ignore la existencia del aporte (Confr: Jacobs, citado por Roxín en “Las Formas de Intervención en el Delito. Estado de la Cuestión”, 2000, Ed. Civitas, Madrid, cits. Por Longobardi, ob.cit.)

En el llamado dominio de la voluntad, ya no se trata de dominar el hecho por sí mismo ni de hacerlo mancomunadamente, sino de controlarlo en forma indirecta o refleja mediante el dominio de la voluntad de otro sujeto que ejecuta el delito.

Desde la doctrina final-objetiva no existen dificultades para explicar el carácter de autor de quien controla o gobierna el hecho sin ejecutarlo o “tomar parte” en él, recurriendo a otra/s persona/s a quien/nes instrumentaliza de diversas maneras:

- a) por coacción,
- b) utilizando inimputables,
- c) haciendo obrar bajo error de tipo,
- d) dominando la voluntad del otro por error de prohibición invencible en el agente (supuesto en el cual quien domina el hecho capta plenamente el significado social del suceso dependiendo de él el gobierno de la acción pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibitoria y autónoma a lo que no conoce), o bien,
- e) dominando la voluntad mediante un aparato organizado de poder. Es decir, usando estructuras de poder organizadas, estatales o empresarias. Aquí, la actitud del que tiene el señorío semeja a apretar un botón y conseguir el efecto buscado, pues la orden será cumplida inexorablemente ya que si alguien no la cumple, siempre alguien más lo hará. El ejecutor del hecho es un factor cambiante, casi anónimo. Gozando el ejecutor de libertad, es responsable por los actos que lleva a cabo, pero esa

atribución del hecho no priva de imputabilidad al hombre de atrás, cuyo rol es central en el acontecer delictivo. Esto quedó claro en el caso “Eichman”.

El ánimo de lucro incide en la reprochabilidad de la conducta, como el destino de la plusvalía creada por el ilícito debe orientar la imputación jurídico penal hacia los beneficiarios. Pero un derecho penal que pretenda ser racional no puede admitir que quienes juegan un rol central, dominante en el conglomerado fáctico aún cuando no intervienen en la fase de ejecución, queden exentos de reproche penal (Conf. Longobardi, ob.cit.)

Un paradigma de esa situación es la cuestión de los delitos cometidos a través de estructuras empresariales o personas jurídicas. Los “delitos de empresa” como los llama Schünemann, resultan ser manifestaciones de una criminalidad organizada con diseño piramidal regido horizontalmente por la división del trabajo, especialización y complementariedad y verticalmente por el principio de jerarquía.

## **JURISPRUDENCIA**

En lo atinente a jurisprudencia en la materia, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en una situación muy similar a la del presente caso, en la causa “Papelera de Tucumán S.A. S/ Inf. a la Ley 24.051” Expte. N° 46.777 en fecha 12/09/05 expresó:

*“En el caso de 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... con el consecuente peligro para la agricultura y para la salud de los habitantes de la zona circundante y/o aledaña, constatándose a través de tales circunstancias la concurrencia de las exigencias típicas objetivas.”*

*“En tal sentido el tipo objetivo 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 Papelera del Tucumán S.A. 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, los criterios de imputación acerca de la superación de los niveles de riesgo permitido en la actividad contaminante, superados los cuales se ingresa en el ámbito de la tipicidad penal.”*

*“La figura penal invocada supone ya 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 en el resultado de peligro”...*

*“En conclusión y a la luz de los antecedentes normativos nacionales e internacionales, corresponde afirmar que la firma imputada a través de sus representantes legales habría producido un accionar ilegítimo e ilícito al incumplir la normativa ambiental dictada en resguardo de derechos fundamentales de las personas.”*

*“En consecuencia este Tribunal considera que corresponde hacer lugar a los agravios del Ministerio Público Fiscal, revocando las resolutivas de fecha 13 de agosto de 2.004 y 1 de diciembre de 2.004, disponiendo en su reemplazo el procesamiento sin prisión preventiva de los señores Jorge Velazco y Adrián Leopoldo Conde como presuntos autores penalmente responsables en su condición de mandatarios legales de la firma Papelera del Tucumán (art. 57 de la ley 24.051) del delito previsto y penado por el art. 55 de la ley 24.051, con embargo sobre sus bienes...”*

## **V. IMPUTADOS**

En la presente investigación, pudo determinarse, que el titular dominial del predio donde se encuentran los restos de minerales (30.000 toneladas de escoria) es la firma **ELCORIAM S.A.** con domicilio en Bartolomé Mitre N° 1773 de Capital Federal, cuyos integrantes serían los siguientes ciudadanos: el señor **RICARDO ARIEL ELÍAS CHENÚ**, Presidente del Directorio y Director del Órgano Administrador, el señor **JOSÉ RAÚL FERRARO**, Síndico Titular del órgano Fiscalizador y el señor **HÉCTOR LUIS GARIBALDI**, Síndico Suplente del órgano Fiscalizador de la empresa mencionada inscripta en el registro de la Inspección General de Justicia bajo el número seis ochocientos cincuenta y cuatro del Libro ciento dos Tomo “A” (fs. 246/ 247 del Cuerpo 1 del Anexo II de la presente actuación preliminar).

A los nombrados, se deberán imputar los delitos de contaminación que presuntamente se estarían cometiendo en la ciudad de Abra Pampa.

Por todo lo expuesto, el suscripto remite las presentes actuaciones, que constan de: 2 Cuerpos con 275 fojas, más un Anexo I que consta de 125 fojas, un Anexo II -dividido en dos Cuerpos que contienen entre ambos 609 fojas- y un Anexo III (obstante en una caja aparte conteniendo documentación de 330 fojas útiles). Además se envía una encuadernación anillada de los “ESTUDIOS PARA LA MITIGACIÓN DE LOS PASIVOS AMBIENTALES DE LA EX PLANTA METAL HUASI DE ABRA PAMPA – JUJUY”.

La remisión, se realiza con el objeto de que en esa Fiscalía a su cargo se practiquen todas aquellas diligencias que pudiesen resultar necesarias para determinar si, a partir de los sucesos en cuestión, se verificaron hechos susceptibles de ser considerados delitos y en su caso se requiera instrucción, o en su defecto se disponga el archivo de las mismas.

s.c.