



*“IANIGLA, Secretaría de Ambiente de la Nación y
otros s/ incumplimiento deb. fun. púb y otros”*

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2017.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en esta causa N° 16156/16, caratulada **“IANIGLA, SECRETARIA MEDIO AMBIENTE DE LA NACION Y OTROS S/ INCUMPLIMIENTO DEB. FUN. PUB Y OTROS”**, del registro de la Secretaría N° 14 de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, a mi cargo, respecto de la situación procesal de **OMAR VICENTE JUDIS, SERGIO GUSTAVO LORUSSO, JUAN JOSE MUSSI, RICARDO VILLALBA, CARLOS ENRIQUE CORVALAN, PATRICIA ALEJANDRA GANDINI y EUGENIO INDALECIO BREARD,**

Y CONSIDERANDO:

I. Inicio

La presente causa se originó como un desprendimiento de la nro. 10049/2015 abocada a investigar los “diferentes incumplimientos y/u omisiones por parte de funcionarios nacionales directamente relacionados con el funcionamiento del proyecto minero Veladero, y por ende con los derrames producidos durante los días 12 y 13 de septiembre de 2015 y 08 de septiembre del año en curso” (conf. requerimiento de instrucción).

En el marco de aquella los Dres. Viale y Seguí – representantes de la querellante Asamblea “Jáchal no se toca”- apuntaron a un hecho nuevo e íntimamente vinculado, atinente a las responsabilidades que podría haberles a funcionarios del IANIGLA y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación -y por consiguiente de la ex Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación- por sus desempeños en cuanto a la aplicación de la ley 26.639 -*Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de Los Glaciares y del Ambiente Periglaciario*- en la zona



de influencia del emprendimiento minero Veladero. Indicaron que si la autoridad de aplicación de la ley 26.639 y el organismo encargado del inventario y monitoreo del estado de glaciares y ambiente periglacial hubieran cumplido con sus obligaciones -dispuestas en la mencionada ley- los derrames de solución cianurada se habrían evitado.

Mediante dictamen de fecha 02 de marzo del corriente año, el acusador público, Dr. Ramiro González, recogió la denuncia y amplió el objeto procesal a fin de que también se investigara cómo se aplicaban las disposiciones de la ley 26.639 en el proyecto Pascua Lama. La fiscalía remarcó que ambas explotaciones mineras –Veladero y Lama- se encontraban sobre territorio perteneciente a la provincia de San Juan, incluso ambas se hallaban ubicadas en el Departamento de Iglesia de dicha provincia, separadas por escasos kilómetros de distancia. Consideró conveniente la investigación de la aplicación de la ley 26.639 en ambos proyectos mineros, dado que la posible afectación de glaciares y ambiente periglacial protegido por dicha normativa habría traído aparejada consecuencias directas sobre una misma zona de influencia. Además, en ambos casos podrían haberse configurado diversos incumplimientos por parte de funcionarios de agencias nacionales, tales como lo son el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación – y ex Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable- y el IANIGLA.

II. El Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (ley 26639)

La República Argentina cuenta con varios miles de kilómetros cuadrados de glaciares en su territorio, cuerpos de agua en estado sólido que constituyen una fuente que nutre las cuencas hídricas, esenciales en el sostenimiento de los ecosistemas, la biodiversidad y el desarrollo humano de las poblaciones. Esto la convierte en un lugar único, objeto de la mirada del



resto del mundo en virtud de sus recursos estratégicos, y merecedor de la mayor protección. Los glaciares constituyen la reserva más grande de agua dulce del planeta.

Los glaciares son cuerpos de nieve y de hielo, que se mueven pendiente abajo por acción de la gravedad y que han sido formados por un proceso de recristalización. Se forman en áreas donde la cantidad de nieve caída en invierno excede a la que se pierde en verano, lo que les otorga un carácter de permanencia. El movimiento del glaciar transfiere el exceso de nieve y de hielo desde el área de acumulación, en la parte superior del glaciar hacia el área de ablación, en su parte inferior.

En el territorio argentino las reservas hídricas estratégicas en estado sólido se presentan en dos grandes grupos: en el ambiente glaciar y en el ambiente periglacial. Estos contienen, tanto en volumen como en superficie cubierta, las mayores reservas hídricas en estado sólido de la cordillera.

Frente a tan preciado recurso, el conocimiento es fundamental, tanto para establecer medidas de manejo y adaptación ante el cambio climático y eventos de escasez hídrica, como para el correcto estudio de proyectos de obras de infraestructura y la planificación de las actividades socioeconómicas que dependen del agua¹.

Mediante la ley 26.639 sancionada el 30 de octubre de 2010, se estableció el Régimen de *Presupuestos Mínimos* para la preservación de las reservas hídricas estratégicas que en forma sólida se encuentran en los Glaciares y el Ambiente Periglacial, definiéndolas en el artículo 2 como “...**toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de**

¹ Informe de la Auditoría de Gestión Ambiental elaborado por el Departamento de Control de Gestión Ambiental de la Auditoría General de la Nación (periodo auditado: abril 2011/diciembre 2015).



conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua...” (el resaltado es propio).

La amplitud del párrafo permite abarcar a todos los cuerpos de hielo que –con dichas características- se encuentren en los variados ecosistemas de la cordillera de los Andes. Partiendo de esta definición, la única limitación es fijada por el requisito de *perennidad* que debe tener la masa de hielo.

Sobre este punto, la norma va de la mano del reconocimiento de la importancia del derecho humano de acceso al agua potable, contenido por numerosos instrumentos internacionales².

A los fines científicos y didácticos estas masas de hielo se suelen clasificar en: **glaciar** (descubierto y cubierto) -cuerpo de hielo permanente generado sobre la superficie terrestre a partir de la compactación y recristalización de la nieve sin cobertura detrítica significativa, que sea visible por períodos de al menos 2 años-; **manchones**

² Ver Resolución A/RES/64/292 de Naciones Unidas que declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos; "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (1979) y "Protocolo de San Salvador" del 17/11/1988, que predicaron que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; "Convención sobre los Derechos del Niño" que exigió a los Estados Partes luchar contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre; Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas del año 2000 en la que los países se comprometieron a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla; observación General n° 15 del "Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" de Naciones Unidas, en virtud de la cual se dijo que: "*El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos*"; entre otros-. En ese sentido, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación remarcó en el año 2006 el reconocimiento de *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la Constitución Nacional) y apuntando a que ello no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo un derecho preexistente (Fallos:329:2316). Por su parte, la carta encíclica LAUDATO SI' del Papa Francisco "Sobre el cuidado de la casa común" sintetizó: "(...) *el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos (...)* Hay lugares que requieren un cuidado particular por su enorme importancia para el ecosistema mundial. O que constituyen importantes reservas de agua y así aseguran otras formas de vida. Mencionemos, por ejemplo, (...) los grandes acuíferos y los glaciares. **No se ignora la importancia de esos lugares para la totalidad del planeta y para el futuro de la humanidad (...)**" (el resaltado es propio).



de nieve permanentes -como no tienen evidencia de movimiento, en general no se consideran glaciares, pero son reservas significativas de agua en estado sólido-; **glaciar de escombros** -mesoformas sedimentarias constituidas por rocas y detritos congelados, con hielo intersticial y lenticular, que se mueven lentamente, pendiente abajo con una velocidad entre 1 y 150 cm/año, se pueden clasificar por su grado de actividad en activos, inactivos y fósiles-; **protalus** -son embriones de glaciares de escombros criogénicos, quedan muchas veces colgados del talud y no bajan hasta el nivel de base local-; **permafrost** –terreno que se mantiene por al menos dos años consecutivos por debajo de los cero grados y que contiene agua en estado sólido-³.

Conforme la ley, la medida central de protección de estas masas de hielo perennes es declararlas bienes de carácter público y por lo tanto fuera del comercio; **prohibiendo** además “...*las actividades que puedan afectar su condición natural o las funciones señaladas en el artículo 1º..*” (Artículo 6º). Dentro de las actividades prohibidas se enuncian: **a) la liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial; b) la construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica y las prevenciones de riesgos; c) la exploración y explotación minera e hidrocarburífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial; y d) la instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales.**

³ Definiciones extraídas del “Primer informe de avance. Proyecto: “Inventario de Glaciares de la Cuenca del Río San Juan 2012 – 2014”, elaborado por el INGEO a partir del convenio entre el Gobierno de la provincia de San Juan – Universidad Nacional de San Juan. Prueba documental aportada por Flavio Tejada en declaración testimonial.



En caso de verificarse un impacto significativo sobre glaciares o ambiente periglacial, la ley obliga a las autoridades competentes a disponer las medidas pertinentes para que ésta sea cumplida, pudiendo ordenar el ***cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan.***

Para poder proteger estos cuerpos -glaciares y periglaciares- es preciso, primero, *conocerlos*. Por eso, el Inventario Nacional de Glaciares -ING- es primordialmente un sistema de protección de las “masas de hielo perennes” existentes en nuestro territorio y que forman parte del preciado patrimonio nacional.

La determinación de los cuerpos de hielo a proteger en las distintas regiones del país se encuentra a cargo del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA), según lo establece el artículo 5°.

El IANIGLA como responsable legal de la realización del ING, y del monitoreo del estado de los glaciares y ambiente periglacial bajo la coordinación de la ex Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable debía, en un plazo máximo de sesenta días a partir de la sanción de la ley, presentar ante la autoridad de aplicación un cronograma para la ejecución del inventario. Debía comenzar de manera *inmediata* por aquellas zonas que, por la existencia de actividades prohibidas -artículo 6°-, eran consideradas prioritarias –“*zonas prioritarias*”-. En un plazo no mayor de 180 días el inventario en estas zonas debía estar realizado.

El organismo comenzó por crear un documento -“Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial: Fundamentos y Cronograma de Ejecución”- en diciembre del 2010, donde volcó definiciones a los fines del inventario nacional, la estrategia de monitoreo jerárquico, determinó el personal básico necesario según su tareas, un presupuesto específico inicial



para la realización del ING, y también la forma de presentación y difusión de los resultados.

En él fueron propuestas las siguientes definiciones:

* **Glaciar (descubierto y cubierto):** “cuerpo de hielo permanente generado sobre suelo a partir de la recristalización de la nieve y/o hielo debido a la compactación de su propio peso, sin o con cobertura detrítica significativa, que sea visible por períodos de al menos 2 años, con evidencias de movimiento por gravedad (grietas, ogivas, morenas medias) o no y de un área mayor o igual que 0,01 km² (una hectárea)” (el resaltado es propio).

* **Glaciar de escombros:** “cuerpo de detrito congelado y hielo, con evidencias de movimiento por acción de la gravedad y deformación plástica del permafrost, cuyo origen está relacionado con los procesos criogénicos asociados con suelo permanentemente congelado y con hielo subterráneo o con el hielo proveniente de glaciares descubiertos y cubiertos, y de un área mayor o igual que 0,01 km² (una hectárea)” (el resaltado es propio).

* **Hielo perenne:** “Agua en estado sólido, formado por compactación de la nieve. Para ser considerado perenne el hielo tiene que permanecer en un sitio por dos o más años”.

* **Otras geofomasperiglaciales:** “Además de los glaciares de escombros existen diversas geofomas asociadas a los procesos y condiciones periglaciales, como por ejemplo; lóbulos de soliflucción, suelos estructurados, etc. Éstas tienen tamaños de metros a algunas decenas de metros y por lo tanto no representan una reserva importante en sí mismas.

Por otra parte una de las geofomasperiglaciales, que *sí pueden ser importantes como reservas hídricas*, son los protalusrampart. Sin embargo, este tipo de geofomas, cuando alcanza un tamaño superior a 0,01 km² y



denotan movimiento pendiente abajo, ya pueden ser consideradas glaciares de escombros y por lo tanto estarán incluidos dentro del inventario” (el resultado es propio).

El “cronograma” del IANIGLA también señaló que sólo serían inventariados dentro del ambiente glaciar, los glaciares y los manchones de nieve, y dentro del periglacial, los glaciares de escombros; ya que las demás geofomas existentes *“tienen tamaños de metros a algunas decenas de metros y por lo tanto no representan una reserva [hídrica] importante en sí mismas”*. Lo justificó en que los glaciares de escombros, en términos conceptuales, eran los que contenían mayor cantidad de agua.

Es necesario remarcar que la entonces Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (ex SAyDS) adoptó esa “metodología de trabajo” desde el inicio aun cuando la aprobó expresamente mucho después, mediante resolución Nº 1141 de fecha 9 de diciembre de 2015 en el “Procedimiento Administrativo para la gestión documental e informativa del ING”, donde estableció que el IANIGLA elaboraría el inventario conforme a la técnica fijada en el documento denominado “Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial: Fundamentos y Cronograma de Ejecución”.

En el marco de la presente investigación, lo que en primer lugar hubo que determinar fue el espíritu y los alcances de la ley nacional de glaciares –nro. 26.639-, la que conforme los términos de la denuncia, había sido vulnerada por diferentes funcionarios públicos. Saber cuáles geofomas del ambiente glaciar y periglacial se pretendían proteger al momento en que los legisladores sancionaron la referida norma permitiría entender si los encargados de su tutela habían actuado conforme les era exigido.

Por otro lado, la localización de los proyectos mineros Veladero y Pascua Lama no fue un hecho controvertido en autos –ésta surge de los informes de impacto ambiental de la propia empresa de acceso



público: <http://serviciosmineria.sanjuan.gov.ar>-. La mina Veladero se encuentra principalmente sobre las cuencas de los ríos Potrerillos y Canito, estimándose que el emprendimiento se extiende en un espacio aproximado a 300 km². Mientras que el proyecto minero Pascua-Lama en su sector argentino se encuentra principalmente sobre el río Turbio, el Arroyo, Canito y Potrerillo⁴.

En los informes de impacto ambiental –presentados por la Barrick de conformidad con lo normado por la ley 24.585- surge que Veladero se ubica a una altura de aproximadamente 4.000 m sobre el nivel del mar (sección 1.0 de su Informe de Impacto Ambiental –“Información General”, pág. 9) y Pascua Lama entre los 3.800 y 5.200 m (sección 2.1 del Informe de su Informe de Impacto Ambiental –“Ubicación y Descripción General del Ambiente”, pág. 18).

En consecuencia la zona donde estaban emplazados ambos emprendimientos mineros era de relevamiento *prioritario* en los términos de la ley (la norma también establecía la obligación de una auditoría ambiental para identificar y cuantificar impactos ambientales –cfr. art. 15).

III. La prueba reunida en el expediente

Para contestar los interrogantes formulados inicialmente se localizó -y secuestró- voluminosa prueba documental y se fijó, a partir de aquella, una larga lista de declaraciones testimoniales.

Del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación fueron incautados documentos de suma importancia, tales como el informe 98/2016 de la Dirección de Gestión Ambiental de Recursos Hídricos (DGARH) –mediante el cual se remarcó la falta de incorporación del glaciar

⁴ Forte, Ana Paula, Tejada Recabarren, Flavia Emilce y Cristian Daniel Villarroel –Becarios Doctorales de CONICET-; “Características *naturales* y *afectación antrópica* del ambiente Glacial y Periglacial en el área donde se desarrolla la Mina Veladero y Proyecto Minero Pascua Lama, Andes Desérticos, Argentina”, 2017; documento aportado por Ana Paula Forte al momento de prestar testimonio.



Toro 1 de Veladero en el ING y se hizo mención a las cortas distancias entre la infraestructura del proyecto minero y los glaciares de escombros-; los informes 95/16 y 99/16 de esa Dirección -críticos sobre la falta de control de los proyecto mineros-; el informe 205/16 DGARH –que propuso incorporar metodologías para incluir el permafrost y las geoformas menores a una hectárea al ING-; el informe 41/15 DGARH –que cuestionó la falta de incorporación del glaciar Brown Inferior de Veladero en el ING-; el expediente n° 55988/15 de la DGARH-SAyDS –mediante el cual el IANIGLA alegando no contar con información sobre el área y la ubicación exacta del proyecto minero Veladero y sus caminos, justificaba el no haber podido determinar la existencia de afectación de los cuerpos de hielo (fs. 993), además de este expediente surge la formación de una Mesa Técnica que concluye que la dimensión de una hectárea no representa en sí misma un umbral de significancia hídrica.-; memorando DGARHyA 297/16 -del cual surgen que varias geoformas que fueron detectadas en el año 2005 en Veladero no fueron incluidas en el ING-; informe DGARH 51/2013 –que puso de manifiesto el incumplimiento de Barrick Gold de la ley 26.639-, entre otros.

A la vez, orden de presentación mediante, del IANIGLA se obtuvieron los sucesivos informes de avance del ING. Fueron incorporados también los informes de impacto ambiental que la firma Barrick Gold debió presentar ante el Ministerio de Minería de la Provincia de San Juan conforme lo prevé el Código de Minería de la Nación, en los que técnicos contratados por la firma analizaron los suelos y las crioformas existentes antes del funcionamiento de las minas y la ubicación exacta de su infraestructura. Finalmente, cabe destacar el informe elaborado por la Auditoría General de la Nación -presentado en marzo de este año- respecto de la labor que le cupo a la entonces Secretaría de Ambiente de la Nación y demás



organismos en la confección del ING durante el período abril 2011-diciembre 2015.

A los fines de analizar la conformidad del documento elaborado por el IANIGLA -con anuencia de la entonces Secretaría de Ambiente de la Nación- con el texto de la ley, fueron llamados a prestar testimonio los propios legisladores; así como expertos en glaciología y geología que estuvieron vinculados laboralmente a la confección del ING.

A todos se les preguntó sobre los objetivos de la ley 26.639, la dimensión de una hectárea y la exclusión de los cuerpos del ambiente periglacial que no fueran glaciares de escombros del ING.

Los autores de la norma manifestaron que al momento de debatirla en las sesiones parlamentarias la intención fue preservar el agua por ser un recurso natural primordial para asegurar la vida tanto del hombre como de la flora y la fauna; en base a eso buscaron una amplia protección de todos los cuerpos que contuvieran agua en estado sólido –hielo-, sin importar su tamaño, características y ubicación.

Cuestiones como el calentamiento global y la mega minería, manifestaron, obligaban a redoblar los esfuerzos en proteger nuestros hielos y crear conciencia en la sociedad. Conocer su localización exacta era el primer paso en este proceso, de ahí la necesidad de un inventario nacional.

Su hincapié también estuvo puesto en remarcar el hecho de que la minería requiere de toneladas de agua para poder funcionar y por eso instala su infraestructura en alta montaña -para proveerse de dicho recurso tanto en estado líquido como sólido-.

El problema en Jáchal, analizado durante la sanción de la norma, radicaba en que la aridez de la zona hacía aún más necesaria la preservación del agua y chocaba de lleno con los intereses mineros. Tal es así que al presentarse en este Juzgado los legisladores manifestaron que “si



la ley de glaciares hubiera existido previo al proyecto Veladero, este nunca hubiera podido llevarse a cabo” (Miguel Bonasso, ex diputado nacional) y que “respecto del proyecto Veladero se tenía en cuenta la preocupación de la gente de San Juan, que no había habido instancias de participación social, que no había ningún tipo de control a las empresas y que usaban material enormemente contaminante sin el debido control. Lo consideramos área prioritaria a efectos de la realización del inventario” (Marta Olinda Maffei, ex diputada nacional y redactora del proyecto original de la ley).

La necesidad de declarar un área como “prioritaria” buscaba que el inventario empezara por los espacios donde la preservación del hielo fuera acuciante por encontrarse en riesgo frente al desarrollo de actividades prohibidas, como la minería. En cuanto a la dimensión de una hectárea, los testimonios de los legisladores fueron contundentes en señalar que la protección abarcaba a los hielos “*cualquiera fuera su dimensión*”, lo que fue recogido expresamente por la ley de glaciares. En este sentido, sostuvieron que la limitación a una hectárea era arbitraria y no había sido siquiera mencionada durante el debate parlamentario: “*Solicitamos que se haga el inventario con el fin de conocer todo y que se empezara por las áreas prioritarias. Incluso la adopción de la dimensión de una hectárea no responde a la lógica ya que los glaciares más pequeños son los que más se derriten en verano y por ende los que más pueden alimentar a las cuencas*” (Marta Olinda Maffei, ex diputada nacional y redactora del proyecto originario de la ley).

Los encargados de confeccionar el ING no opusieron argumentos de índole técnica y/o práctica en relación a la amplitud de la norma durante su intervención en el debate parlamentario y, de hecho, trabajaron por fuera de esta limitación al iniciar su labor en la provincia de San Juan. **Manifestaron ante este Juzgado que detectaron e**



inventariaron miles de geformas que luego de concurrir al “Primer Taller del Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial” y familiarizarse con la “metodología de trabajo” propuesta por el IANIGLA tuvieron que “borrar” (sic.) por ser menores a una hectárea. Refirieron que por las características de la zona los cuerpos glaciares y periglaciales allí ubicados eran menores a tal dimensión y “*más de mil seguro*” (Ana Paula Forte, integrante del INGEO, colaborador inicial del IANIGLA para la confección del ING).

El menor tamaño de estos cuerpos, señalaron, no significaba que no fueran un aporte hídrico de importancia -“*en la cordillera de San Juan, la mayoría de los cuerpos son menores a una hectárea y en conjunto representan un gran aporte hídrico*” (Oscar Roberto Medrano, investigador contratado por el INGEO para colaborar con el IANIGLA en la confección del ING en la provincia de San Juan); “*en términos de balance hídrico toda agua sin importar su dimensión contribuye siempre*” (Boris Gastón Díaz, contratado por el IANIGLA para la confección del ING)-.

Los legisladores que prestaron testimonio ante este Juzgado fueron categóricos en destacar el valor del ambiente periglacial: señalaron que los glaciares necesitaban de él para subsistir y de ahí la importancia de su protección e inclusión en el ING.

La contundencia de sus declaraciones amerita la transcripción de algunos extractos: “*el ambiente periglacial es fundamental, es lo que rodea al glaciar, es desde allí de donde surgen los ríos de montaña cuando se produce el calentamiento. Los mineros obviamente no quieren que esta zona esté protegida ya que es una fuente de gigantescos caudales de agua. La minería utiliza toneladas de agua. Sin el ambiente periglacial, el glaciar queda también de algún modo desprotegido (...)* El concepto que da el INAGLIA al respecto se ha ido deformando, ahora dicen que ambiente



periglacial es solo el glaciar de escombros (el que está escondido o debajo de las rocas y el suelo), y no otras geoformas que son también de ambiente periglacial. La definición se ha ido acoplando a las necesidades de la Barrick Gold. La ley da un concepto amplio de ambiente periglacial y el proyecto Veladero tiene el valle de lixiviación justo instalado en ambiente periglacial. Justamente la peor parte del proceso de extracción de minerales está instalada en una zona protegida por la ley” (Miguel Bonasso, ex diputado nacional); “no hay duda que a ambos se quiso proteger (ambiente periglacial y glaciares). Basta con leer los primeros cuatro artículos. El ambiente periglacial es muy importante, es el sostén del glaciar, Carlos Seara dice que es el “freezer” del glaciar, sin éste los glaciares aceleran enormemente su derretimiento y destrucción. Por eso son importantes y deben ser inventariados” (Marta Olinda Maffei, ex diputada nacional y redactora).

Como se dijo, la localización de los proyectos mineros Veladero y Pascua Lama no es un hecho controvertido en autos y surge de los propios informes de impacto ambiental de la empresa Barrick Gold.

Los técnicos del IANIGLA y glaciólogos que prestaron testimonio manifestaron que a determinada altura en los Andes desérticos - 3700 metros aproximadamente- se puede inferir la existencia de ambiente periglacial (Lidia Ferri Hidalgo y Pierre Pitte, integrantes del IANIGLA para la confección del ING). Sumado a ello, la presencia de glaciares de escombros (que deben ser inventariados por el ING) y demás características de los suelos –permafrost- indicarían el inicio del ambiente periglacial. Respecto a la ubicación de Veladero, uno de ellos manifestó que “en los andes áridos y centrales (característicos de San Juan) se forma una especie de “cinturón” de ambiente periglacial desde los 3500 metros de altura y hasta los 5000, aproximadamente; a partir de allí comienza el ambiente glacial. El campamento de la Barrick está a los 3700 metros de altura y las operaciones



mineras (open pit, valle de lixiviación, etc) están más arriba aún” (Cristian Villarroel, integrante del INGENIO, colaborador del IANIGLA en la confección del ING).

En consonancia con dichas manifestaciones, del informe secuestrado en autos titulado “Ambiente y procesos glaciares y periglaciares en Lama-Veladero, San Juan Argentina” confeccionado por Lydia Elena Espizúa del IANIGLA en el año 2005 surge que *“el área del ambiente periglacial en la zona de estudio presenta su límite inferior a los 3750 m y su límite superior esta aproximadamente a los 5300 m”*.

En los informes de impacto ambiental –presentados por la Barrick de conformidad con lo normado por la ley 24.585- surge que Veladero se ubica a una altura de aproximadamente 4.000 m sobre el nivel del mar (sección 1.0 de su Informe de Impacto Ambiental –“Información General”, pág. 9) y Pascua Lama entre los 3.800 y 5.200 m (sección 2.1 del Informe de su Informe de Impacto Ambiental –“Ubicación y Descripción General del Ambiente”, pág. 18). Es decir, ambos están dentro de la zona protegida por la ley.

Es importante mencionar que el IANIGLA ya sabía hacía doce años que los emprendimientos mineros iban a instalarse en el área de permafrost, luego declarada zona protegida por la ley 26.639. Lo sabía también la provincia de San Juan, cuya Subsecretaría de Minería le había solicitado un informe al respecto. El mismo indica que *“el ambiente glacial [en esas zonas] está determinado por la presencia de glaciares y manchones de nieve. Se han relevado 6 glaciares, de tamaño mediano a pequeño (...) Dentro del ambiente periglacial fueron reconocidos los siguientes procesos y geoformas: glaciares de escombros, protalusramparts, geliflucción, soliflucción, deslizamientos, caída de rocas, flujos y morenas. Un rasgo típico del ambiente periglacial en la zona es la presencia de permafrost (...) El área*



de permafrost discontinuo que será afectada por las obras del proyecto Pascua-Lama es de 300 ha lo que representa el 17% del área de permafrost discontinuo de la cuenca del Arroyo Turbio” (Dra. Lydia Espizúa, integrante del IANIGLA, “Ambiente y procesos glaciares y periglaciares en Lama-Veladero, San Juan Argentina”, 2005 -informe secuestrado en autos-).

Sumado a todo lo narrado, la propia empresa minera reconoció, antes de la sanción de la ley 26.639, estar en zona protegida: *“la escombrera El Morro y la parte argentina del rajo, se ubicarán sobre 4.400 m, donde se anticipa condiciones de permafrost” (Informe de Pascua Lama); “la caracterización geomorfológica establece que en el área del Proyecto y zonas aledañas predominan las geformas relacionadas con un ambiente actual de tipo periglacial (...) el hielo es el principal agente morfogenético de la región del Proyecto (...) el total del área glacial dentro de la cuenca del Arroyo Canito es de aproximadamente 1,68 km². La cuenca del Arroyo Turbio, con un total de área glacial de aproximadamente 1,45 km², contiene dos glaciares. La cuenca del Arroyo de Los Amarillos contiene un pequeño glaciar de aproximadamente 0,61 km². Existen áreas más pequeñas de hielos permanentes a lo largo de las altas cumbres del área de estudio” (informe de Veladero). Este reconocimiento de la propia firma minera fue hecho notar también por varios de los testigos citados (Fernando Berdugo, ambientalista e investigador; Juan Pablo Parrilla Branda, periodista, investigador; Gonzalo Strano, coordinador de campañas de “Greenpeace”, organización que intervino en el debate parlamentario para la sanción de la ley 26.639).*

Otros de los documentos incautados en autos que dan cuenta de estas circunstancias son los informes 95/16 y el 99/16 de la Dirección de Gestión Ambiental, Recursos Hídricos y Acuáticos del Ministerio de la Ambiente de la Nación. Al respecto, prestó declaración testimonial la asesora



técnica María Laila Jover, autora de los mismos, quien explicó que había dos archivos elaborados por el IANIGLA de información geográfica digital (*shapefiles*), donde se habían incluido a los emprendimientos Veladero y Pascua-Lama: el primero respecto del inventario de glaciares, y el otro, de los proyectos mineros. Al superponerlos se habían podido observar 44 proyectos mineros cerca de la zona de glaciares; Veladero y Pascua-Lama se resaltaron, de esos 44, como los que se encontraban en actividad.

Uno de los técnicos encargados de efectuar el ING en la cuenca del río Jáchal de San Juan, donde se asientan Lama y Veladero, expresó que en los alrededores de estos emprendimientos mineros se observaron los glaciares Amarillo, Guanaco, Potrerillos y Canito; confirmó que en el camino minero se hallaba el glaciar Almirante Brown (Roberto Omar Castillo, Instituto de Investigaciones Hidráulicas de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de San Juan). Sobre la existencia de geoformas – inventariadas y no inventariadas- en la zona Lama-Veladero, se expresaron además otros expertos del IANIGLA como Laura Viviana Salazar –“*en la cuenca de La Palca que es donde están esas mineras hay glaciares y cuerpos del ambiente periglacial*”-; Lidia Ferri Hidalgo –“*en la cuenca La Palca se detectaron glaciares y otras geoformas. A nosotros no nos piden al momento de inventariar aclarar que hay o no hay un emprendimiento minero, pero uno puede hacerlo obviamente con el sólo ver la imagen (...)*”; y Pierre Pitte, quien manifestó que se inventariaron entre 10 a 20 geoformas en la infraestructura de las minas (caminos, campamento, planta) y que había cuerpos no inventariados (por no cumplir con los requisitos del documento “Cronograma y Fundamentos”) como morenas y glaciares de escombros fósiles que estaban afectados por las minas –“*(...) hay dos glaciares de escombros fósiles que están en lo que es una escombrera. Creo que el*



campamento de Lama está sobre una morena. Parte de los caminos están sobre morenas también (...)”-.

Además, otro de estos técnicos que trabajó para la elaboración del ING recalcó que en la escombrera de la mina Veladero era depositado el material rocoso desechado, el cual durante las nevadas invernales absorbía el agua ocasionando “(...) *una reptación y desplazamiento de sus laderas (...)*” llegado el verano. En ese sentido, según el testigo, ese comportamiento era igual al que se desarrollaba en ambientes periglaciales por lo que afirmó que “(...) *en la zona de las escombreras hay ambiente periglacial (...)*”. Lo mismo valía afirmar, a su juicio, respecto al *open pit* y valle de lixiviación, ya que se encontraban en el mismo sector. En los caminos mineros dijo que había algunos glaciares de escombros que fueron “*cortados*” para generar estos pasos; y que en toda la zona detectó protalust, laderas con soliflucción, permafrost (Oscar Roberto Medrano, investigador contratado por el INGEO para colaborar con el IANIGLA en la confección del ING en la provincia de San Juan).

Finalmente, al momento de prestar declaración testimonial Ana Paula Forte, glacióloga del INGEO y colaboradora en la confección del ING, aportó un informe que elaboró este año por fuera de las restricciones impuestas en el documento “Fundamentos y Cronograma de Ejecución” sobre la zona investigada, en el cual remarca el retroceso sufrido por glaciares y manchones de nieve a partir de la explotación de Barrick Gold. Señala la existencia de 8 glaciares de escombros activos, 7 glaciares de escombros inactivos, 15 glaciares de escombros fósiles y 44 geofomas menores como protalusramparts y protolobes; y fundamentalmente refiere que el paisaje actual de la zona dista mucho del existente previo a la instalación de la mina –“(…) *la infraestructura actual de la minería, como así también sus áreas de extracción de mineral (Open Pit) se encuentra sobre*



áreas donde existía previamente procesos periglaciales tales como reptación de laderas y solifluxión (...) Una de las escombreras situada a una distancia muy corta del área de extracción de mineral sufrió un importante deslizamiento de roca que comienza en el año 2008. Los caminos o huellas mineras también han intervenido diversos cuerpos periglaciales” (Forte, Ana Paula, Tejada Recabarren, Flavia Emilce y Cristian Daniel Villarroel – Becarios Doctorales de CONICET-; “Características naturales y afectación antrópica del ambiente Glacial y Periglacial en el área donde se desarrolla la Mina Veladero y Proyecto Minero Pascua Lama, Andes Desérticos, Argentina”, 2017)-.

Los documentos y testimonios referidos dan cuenta, entonces, la Barrick no sólo funciona en una zona protegida -y por ende constituye una actividad prohibida por ley- sino que ha impactado fuertemente sobre el ambiente a proteger. Se asienta sobre permafrost -“el freezer” de los glaciares, que permite su conservación-; tiene instalaciones en morenas, glaciares de escombros, vegas, protalus; los caminos hacia las minas han deteriorado -“cortado”(!)- e incluso hecho desaparecer glaciares debido al constante levantamiento del polvo que producen sus camiones; su cercanía a glaciares provoca permanentemente una afectación indirecta -y en algún caso, lisa y llanamente, directa. Al inicio de estas actuaciones integrantes de la Asamblea Jáchal No se Toca, parte querellante en autos, insistieron sobre el daño que la Barrick estaba ocasionando a los glaciares de su provincia. Mediante la utilización de “Google Earth” al momento de prestar testimonio ilustraron el cambio en el color de los ríos (lo que atribuyeron al cambio en su pH) y la disminución del tamaño de los glaciares y crioformas periglaciales a través del tiempo. Indicaron que el proceso de desaparición del glaciar Almirante Brown (“cortado” por el camino minero) se debía al polvo en suspensión que generaba el tránsito vehicular de ingreso a las minas, el cual



impedía a los glaciares refractar los rayos solares provocando su derriete
(Ricardo Vargas, integrante de la Asamblea Jáchal no se toca, parte querellante).

El Informe Técnico nro. 51/2013 DGARH firmado por el Ingeniero Videla Oporto hace cuatro años ponía todas estas cuestiones sobre la mesa y explicitaba daños a las geoformas “protegidas” por la ley 26.639. En primer lugar, cuestionaba que integrantes del IANIGLA que efectuaron el documento “Fundamentos y cronograma de ejecución” para la confección del ING habían sido previamente contratados por la propia Barrick Gold durante 2007-2012 para llevar a cabo el monitoreo de glaciares del paso Conconta; que la provincia monitoreaba tres glaciares en un solo día lo cual describió como insuficiente; que lo que se decían auditorías eran una mera “visita de planta con su habitual recorrido y conferencia por parte de la empresa”; que el glaciar Brown inferior había desaparecido producto del polvo generado por la empresa; que mediante el análisis de planos y su superposición se veía “claramente ...cómo un Glaciar de escombros inactivos es “tapado” por la escombrera Norte (...) ya no es uno sino dos los glaciares de escombros activos extinguidos por la escombrera norte”.

Ese informe coincide con lo inspeccionado por el experto Robert Morán, quien pudo visitar la mina Veladero en abril de 2016 por disposición de este Juzgado en el marco de la causa nro. 10049/15. Allí, este hidrogeólogo reconocido a nivel mundial dejó en claro que el proyecto estaba construido sobre geoformas periglaciales que anteriormente eran mucho más grandes de lo que son hoy y señaló su importancia como fuente de agua en dichas zonas de extrema aridez. Una síntesis de las conclusiones extraídas por Robert Moran luego de la inspección fue publicada por la organización Greenpeace(http://www.greenpeace.org/argentina/Global/argentina/2016/6/Ci ncopreguntasa_Robert_Moran.pdf). El nombrado, además, fue invitado a



informar a los senadores del Congreso de la Nación sobre su experiencia (<http://www.senado.gov.ar/prensa/13735/noticias>).

IV. Conductas imputadas y descargos.-

Mediante auto fundado el pasado 7 de agosto fueron citados en los términos del art. 294 del CPPN los funcionarios federales sospechados de haber contribuido, en el ámbito de sus competencias, a generar un ámbito de desprotección de los glaciares, vulnerando así las previsiones de la ley 26.639.

IV. a) A Juan José Mussi, Omar Judis y Sergio Lorusso, todos ellos Secretarios de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación por el periodo diciembre 2010/diciembre 2015 se les imputó: *“haber contribuido en su carácter de Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, en el ámbito de sus competencias y junto con otros funcionarios públicos, a generar un ámbito de desprotección de los cuerpos de hielo del ambiente glaciar y periglacial ubicados en los proyectos mineros “Pascua-Lama”, lado argentino, y “Veladero” propiedad de la empresa “Barrick Gold Corporation”, vulnerando así las previsiones de la ley 26.639 (Régimen de Presupuestos Mínimos para la preservación de las reservas hídricas estratégicas que en forma sólida se encuentran en los Glaciares y el Ambiente Periglacial). Particularmente, la ex Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (actual Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable) (...) como autoridad de aplicación designada por la ley 26.639 (art. 9°), debía formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial -en forma coordinada con las autoridades competentes de las provincias, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), y con los Ministerios del Poder Ejecutivo Nacional- (art. 10°.a); debía coordinar la realización y actualización del Inventario Nacional de Glaciares (ING), a través del Instituto Argentino de*



Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales –IANIGLA- (art. 10°c). También si al momento de ser sancionada de la norma (30/09/10) se estaban llevando a cabo actividades prohibidas (descriptas en el art. 6° de la norma) que generaran un impacto significativo sobre los glaciares o el ambiente periglacial debía disponer las medidas pertinentes para que se cumpla la ley 26.639, pudiendo ordenar el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondieren (art. 5°); debía efectuar las acciones de coordinación necesarias a fin de que el ING comenzara de manera inmediata por aquellas zonas en las que, por la existencia de actividades prohibidas contempladas en el artículo 6°, se consideren prioritarias –“zonas prioritarias”- (art. 15°); y debía disponer las publicaciones parciales y/o finales del ING (punto 11 del anexo I de la res SAyDS 1141/15) a fin de concretar la protección de los glaciares. Todas estas obligaciones habrían sido incumplidas por el compareciente durante su desempeño como Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. Conforme la investigación, desde sus inicios los proyectos mineros Veladero y Pascua-Lama estuvieron instalados en zona protegida por la ley 26.639. Se pudo determinar: que a partir de los 3700 metros de altura –aproximadamente- de los andes áridos de la provincia de San Juan existe ambiente periglacial; que Veladero y Pascua-Lama se encuentran a una altura superior -4.000 metros el primero, y a partir de los 3.800 metros el segundo-; que allí se encuentran los glaciares Amarillo, Guanaco, Potrerillos y Canito; que en el camino minero a Veladero se hallaba el glaciar Almirante Brown, el cual fue “cortado” para hacer el camino; que existieron y actualmente existen geoformas periglaciales donde las minas tienen instalada su infraestructura, tales como: morenas, glaciares de escombros fósiles, protalust, laderas con soliflucción, permafrost, vegas y varias geoformas menores a una hectárea o que son ignoradas por el documento



elaborado por IANIGLA –denominado “Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial: Fundamentos y Cronograma de Ejecución”-, entre otras; que los caminos hacia las minas han deteriorado e incluso hecho desaparecer glaciares debido al constante levantamiento del polvo que producen sus camiones lo que impide que los glaciares refracten los rayos solares. Todas estas actividades prohibidas -conf. ley 26639- por parte de los responsables de ambos proyectos mineros no fueron ni impedidas ni abordadas y ni siquiera readecuadas y controladas por la autoridad de aplicación de la ley 26.639 -Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable-. Por otro lado, a raíz a la existencia de los proyectos mineros mencionados la provincia de San Juan debía ser tratada como “zona prioritaria” y, en consecuencia, el inventario en dicha provincia finalizarse el 31/03/2011, sin embargo la primer publicación del ING en la cuenca del río Jáchal de San Juan –donde se asientan los proyectos mineros mencionados- fue recién en septiembre del año 2016 –mediante resolución MAyDS nro. 365/16-; en este sentido, no hubo acciones por parte de la Secretaría a cargo del compareciente tendientes a exigir a esta provincia que brindara la información correspondiente para el cumplimiento de la ley 26.639 y de los plazos estipulados. Conforme la instrucción de la causa, el ING debía ser interpretado como un sistema de protección de los glaciares y cuerpos periglaciales, y para que ello sucediera era necesaria su publicación, la que debía ser autorizada por la autoridad de aplicación de la ley 26.639, por lo que el retraso en la confección del ING implicó una desprotección de sus glaciares a nivel nacional. A su vez, se estableció que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable a cargo del compareciente entre marzo y diciembre del año 2015 convalidó la metodología de trabajo adoptada por el IANIGLA para la confección del Inventario Nacional de Glaciares –plasmada en el documento “Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial:



Fundamentos y Cronograma de Ejecución”- mediante la cual se inventariaron únicamente geoformas que fueran mayores a una hectárea de dimensión y que, al mismo tiempo, pudieran ser clasificadas como “glaciares” o “manchones de nieve” o “glaciares de escombros”, siendo que la ley 26.639 de presupuestos mínimos, sancionada con anterioridad -el 30/10/10-, establecía expresamente en su artículo 2° la protección de toda masa de hielo perenne cualquiera fuera su dimensión. Este documento fue adoptado y aprobado tácitamente por la entonces Secretaría de Ambiente desde su confección -en diciembre de 2010- y finalmente aprobado expresamente mediante resolución N° 1141/2015 del 09/12/15 firmada por el compareciente y trajo aparejada la exclusión del ING y desprotección de muchos cuerpos de hielo que debieron ser incluidos conforme la ley 26.639 y que en zonas desérticas como la provincia de San Juan desde el río Jáchal hacia el norte, significaban un aporte hídrico valioso. Todas estas acciones por parte de la ex SAyDS contribuyeron en generar un ámbito de desprotección de los glaciares ubicados en la zona Lama-Veladero de la provincia de San Juan y significaron un incumplimiento de los deberes a su cargo estipulados en la ley 26.639”.

A Ricardo Villalba, como máximo responsable del IANIGLA, se le hizo saber que su contribución en esta desprotección de los cuerpos glaciares y periglaciales radicó en “*haber elaborado y aplicado para la confección del Inventario Nacional de Glaciares (ING) desde diciembre del año 2010 y hasta que detentó el cargo de Director del IANIGLA -responsable legal de la realización del ING y del monitoreo del estado de los glaciares y ambiente periglacial bajo la coordinación de la ex Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable- un documento titulado “Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial: Fundamentos y Cronograma de Ejecución” en contradicción con el texto y el espíritu de la ley 26.639. En éste se*



estableció que el IANIGLA sólo iban a incluir en el ING las geoformas del ambiente glacial y periglacial que fueran mayores a una hectárea de dimensión y que, al mismo tiempo, pudieran ser clasificadas como “glaciares” o “manchones de nieve” o “glaciares de escombros”, siendo que la ley 26.639 de presupuestos mínimos, sancionada con anterioridad -el 30/10/10-, establecía expresamente en su artículo 2° la protección de toda masa de hielo perenne cualquiera fuera su dimensión. En consecuencia, el Instituto a cargo del compareciente excluyó del ING muchos cuerpos de hielo que debieron ser incluidos conforme la ley 26.639 y que en zonas desérticas como la provincia de San Juan desde el río Jáchal hacia el norte, significaban un aporte hídrico valioso. Finalmente, la investigación logró determinar que el ING era esencialmente un sistema de protección de los glaciares y cuerpos periglaciales existentes en la Argentina, por lo que los existentes en la cuenca del río Jáchal, provincia de San Juan, no inventariados por el IANIGLA quedaron desprotegidos. Asimismo, se le imputa el incumplimiento de los términos de la ley 26.639 en cuanto al relevamiento de las “zonas prioritarias” (arts. 6° y 15°) y la demora incurrida en la confección del Inventario Nacional de Glaciares”.

Por último, a **Patricia Gandini, Carlos Enrique Corvalan y Eugenio Indalesio Breard**, Directores de la Administración de Parques Nacionales por el periodo diciembre 2010/diciembre 2015, se los intimó por ser “*autoridad competente para el control de la aplicación de la ley 26.639 (conf. art. 8°). Su carácter de órgano competente implicaba un involucramiento directo en las regulaciones y control de las actividades que se desarrollaran dentro de los Parques Nacionales que contasen con reservas hídricas protegidas por dicha norma. Asimismo, conforme la ley 22.351, los Parques Nacionales debían ser conservados en su estado natural, quedando prohibida toda explotación económica y particularmente la*



exploración y explotación mineras (conf. art 4° y 5°). Sin embargo, conforme la investigación, los proyectos mineros Veladero y Pascua Lama funcionaron dentro de la zona de influencia de la Reserva de Biosfera San Guillermo y su actividad se desarrolló sin ningún tipo de control y sin que existiera acción alguna tendiente a la conservación de los glaciares y del ambiente periglacial allí ubicados por parte de la Administración de Parques Nacionales”.

IV.b) En dicha oportunidad, **Mussi** presentó un escrito como descargo. Manifestó que la autoridad de aplicación de la norma tenía únicamente funciones de coordinación entre el IANIGLA, como encargado del ING, y las autoridades provinciales; en este sentido, explicó que la Nación no podía invadir jurisdicciones provinciales ya que los recursos naturales eran dominio de éstas (conf. art. 124 de la CN) y que “*la autoridad de aplicación de las normas que contengan los presupuestos mínimos son las provincias*” (v. fs. 1079). Hizo referencia a la ley provincial de protección de glaciares nro.1076, la que consideró como un obstáculo insalvable para el despliegue de las funciones asignadas por la ley 26.639 a la entonces Secretaría de Ambiente. En lo que atañe a la mora en el tratamiento de “zonas prioritarias” hizo alusión a la medida cautelar interpuesta por la “Barrick Gold” al momento de sanción de la ley nacional indicando que cuando los jueces de la Corte Suprema de la Nación dictaron sentencia en julio del año 2012 –revocando la medida cautelar- no hicieron alusión al incumplimiento de los plazos fijados y dejaron entrever que los emprendimientos mineros preexistentes no necesariamente estaban alcanzados por dicha norma. Apuntó a que desde la sanción de la ley hasta diciembre de 2013 -cuando cesaron sus funciones como Secretario de Ambiente- existieron medidas judiciales que ordenaron al Estado Nacional y por ende a sus funcionarios a abstenerse de instrumentar el cumplimiento de los preceptos legales cuestionados en dichas acciones judiciales. Por otro



lado, refirió que la tarea de coordinación de la Secretaría de Ambiente era meramente administrativa y por tanto, no le correspondía validar los inventarios confeccionados por el IANIGLA en cuanto a su contenido técnico y metodología de trabajo. Finalmente, argumentó de manera subsidiaria su ausencia de conocimiento de la ilegalidad de la omisión imputada y, por ende, la atipicidad de su conducta.

Lorusso explicó que la ley 26.639 tenía como finalidad proteger únicamente glaciares que además fueran reservas estratégicas de recursos hídricos y que como autoridad de aplicación tenía únicamente funciones de coordinación ya que las decisiones debían ser tomadas en el ámbito del COFEMA y con el aval de sus integrantes. Manifestó que al asumir el cargo, que detentó durante sólo nueve meses, llamó su atención la falta de publicación del ING, la escasez del presupuesto del IANIGLA y la desorganización administrativa sobre el procedimiento que debía seguirse para publicar el ING, razón por la cual luego de asesorarse sancionó la resolución 1141/15 a fin de que todos los organismos del Poder Ejecutivo trabajasen en conjunto y a partir de ésta la resolución 1142/15 que fue la primera publicación del ING. Remarcó que: *“fue la primera vez que se trabajó en cinco años y en un lapso de tiempo muy corto”* y puso énfasis en considerar que *“un glaciar que no se conoce es un glaciar desprotegido”*. Por otro lado, con cita de un fallo de la CSJNsostuvo que su cargo no lo habilitaba a cerrar las minas Veladero y Lama ya que ello era facultad de la provincia (A1629 “Asociación Ecológica Social de Pesca Caza Náutica c/ provincia de Bs. As. s/ daños y perjuicio” del 12/08/08). En cuanto a la mora en la publicación del ING señaló que la Nación no tenía facultades para presionar a las provincias a que enviaran información al IANIGLA sobre sus “zonas prioritarias”, sino que ello era atribución del COFEMA. Finalmente, en cuanto a la metodología de trabajo adoptada por el IANIGLA para la



confección del ING dijo que la ley 26.639 en su artículo 5° establecía que el inventario y monitoreo de glaciares sería realizado y responsabilidad del IANIGLA, por lo que la Secretaría a su cargo debía confiar las cuestiones técnicas a los expertos en la materia.

Judis, por su parte, hizo uso de su derecho de negarse a declarar.

Al efectuar su descargo, **Villalba** refirió que el documento que confeccionó como Director del IANIGLA -“Fundamentos y cronograma de Ejecución”- respondió a las exigencias de la ley 26.639 en tanto establecía la identificación de todos los glaciares y crioformas que actuaran como reservas hídricas estratégicas, mientras que su decreto reglamentario hacía alusión a la implementación de *“metodologías apropiadas para un mapeo y monitoreo eficiente”*. Remarcó que esto era coherente teniendo en consideración la extensión del territorio objeto del ING y los limitados recursos humanos y económicos destinados a tales fines. Explicó que las definiciones contenidas en el ING no vulneraban las previsiones de la ley toda vez que estas eran operativas “a los fines del ING”; dijo, entonces, que la limitación de una hectárea se encuadraba dentro de los estándares científicos internacionales, que era el tamaño mínimo posible de identificar en imágenes satelitales recomendadas para la realización del ING (Terra Aster, Alos, Spot-HRB, Landsat), que las imágenes “google earth” no permitían el procesamiento digital, que en oportunidad del debate en la Comisión de Ambiente y Desarrollo Sustentable del Senado de la Nación en 2013 se había referido a dicha limitación no recibiendo objeciones de ningún legislador ni pares en el ámbito científico y que un tamaño menor hubiera implicado un tiempo extra, siendo que conforme la ley el ING debía actualizarse cada cinco años. Por otro lado, manifestó que las geoformas periglaciales a inventariar debían ser únicamente las que actuaran como reserva de agua. Concluyó que si bien al



ING podía ser entendido como una herramienta básica para la protección de cuerpos de hielo, no era la única ya que la ley preveía otras como la “evaluación de impacto ambiental” y la “evaluación ambiental estratégica”. Al ser preguntado, señaló que si bien el IANIGLA estaba habilitado para efectuar inspecciones *in situ* durante la confección del ING, se optó por no hacerlas. Manifestó que la demora en realizar las tareas de relevamiento en áreas prioritarias se debió por un lado, a que las provincias no brindaban la información necesaria y por el otro, a la medida cautelar interpuesta ante la Justicia provincial por la Barrick. Respecto de los testimonios obtenidos en la presente causa de profesionales del INGEO, manifestó que ellos no habían estado vinculados a la confección del ING aunque reconoció haber efectuado correcciones al inventario provincial de San Juan a modo de “favor” entre colegas.

Patricia Gandini explicó en su escrito que un Parque Nacional consistía en un área núcleo objeto de la mayor protección, rodeada por “anillos concéntricos” que se denominan “área de amortiguación” y luego “área de transición”. Para que un área sea protegida como “Parque Nacional”, además de la aprobación por parte de la UNESCO, la provincia debe ceder dichas tierras a la Nación. En el caso de la Reserva de Biosfera San Guillermo, el área núcleo era el Parque Nacional San Guillermo, cuya autoridad de aplicación era la APN y la jurisdicción nacional; mientras que en sus alrededores la jurisdicción y autoridad de aplicación era la provincia de San Juan. Dijo que tanto la Nación como la Provincia debían realizar un “Plan de Manejo” del Parque Nacional San Guillermo, señalando que el objetivo de estos planes radicaba en facilitar la gestión de la conservación de los Parques, por lo que debía inventariarse todo el ambiente biótico y abiótico y describir las actividades a realizarse dentro o en su entorno. Sin embargo hasta la gestión de la nombrada no se había propuesto un plan de manejo,



agregando que el confeccionado por ella no fue aprobado por la provincia de San Juan y finalmente se sancionó otro en diciembre del año 2013 que no abarcaba la protección de los ríos Blanco y La Palca, sí incluidos en el suyo. Concluyó que más allá de que en la zona de Parques no existían glaciares, ella había cumplido con los deberes a su cargo mediante la confección del Plan de Manejo.

Corvalán sostuvo que la APN no era autoridad de aplicación de la ley 26.639 en virtud de lo establecido en el artículo 9° de la norma, indicando que dicho organismo estaba sujeto funcionalmente a la ex Secretaria de Ambiente. Señaló que mal podrían haber incumplido los deberes a su cargo cuando no había nada que proteger pues el área donde se llevaban a cabo las actividades de explotación minera se encontraban fuera de la jurisdicción de la APN. Finalmente, manifestó que *“es la Provincia de San Juan quien excluyó por ley el área Las Taguas de la zona de protección declarándola de utilidad pública para su venta a particulares”*.

Breard, por su parte, sostuvo que en la imputación se había consignado erróneamente el inicio de sus funciones al frente de la APN, manifestando que había asumido al cargo en enero de 2016, lo cual resultaba relevante en tanto entendía que el contenido del informe de la AGN de abril de 2017 -aprobado por Res. AGN 019/2017- no incluía su gestión. En similares términos que Gandini y Corvalán adujo que la conducta que se le reprochaba era atípica a la luz del art. 248 del CP en tanto la APN no tenía competencia sobre el territorio en el que se encontraban los proyectos mineros por lo que allí no eran de aplicación las leyes 26.639 y 22.351.

V. Valoración probatoria y temperamento a adoptar.-

La mina Veladero y el proyecto minero Pascua-Lama están emplazados en el sector de los andes áridos. Esta porción de la cordillera posee características climáticas de extrema aridez: alta radiación solar, bajos



índices de humedad y baja tasa de precipitación media anual. En este contexto geográfico de sequía e importantes altitudes, las bajas temperaturas permiten la conservación y el desarrollo del ambiente glacial y periglacial. Los glaciares en la zona se caracterizan por ser *pequeños*, fríos y secos.

Los efectos e importancia de estos reservorios de agua pueden parecer insignificantes en comparación con otros sitios donde los glaciares poseen mayores dimensiones. Sin embargo, en regiones como el norte de San Juan, donde la calidad y cantidad de agua son un tema de preocupación constante, todo cuerpo de hielo cobra una importancia fundamental: son como oasis en el desierto.

Los hielos (del ambiente glacial y/o periglacial) ubicados en las zonas investigadas distan de parecerse a los que solemos estar más familiarizados, como el glaciar Perito Moreno. No son fácilmente visibles porque la mayoría se encuentra escondido entre rocas o directamente cubierto por éstas y son mucho más pequeños que los ubicados en la Patagonia o en los Andes Centrales. Estas características posiblemente los hagan menos atractivos al turismo y los relegue a cierta oscuridad. Su falta de visibilidad al ojo común no se extiende a la megaminería, que justamente precisa de ellos toda vez que su proceso productivo requiere del agua como materia prima principal.

La diversidad que caracteriza a los distintos tipos de glaciares, sobre todo en países como el nuestro que registra un territorio heterogéneo que incluye distintos ecosistemas constituyendo un importante patrimonio natural, requiere que el sistema de protección sea amplio. Como se pudo ver en el análisis del texto de la ley, nutrido de los testimonios de legisladores y expertos, el espíritu justamente fue ese, al no establecer limitaciones –más que el requisito de perennidad- en la definición del objeto de protección.



De acuerdo al artículo 41 de la Constitución Nacional “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”. Allí mismo se establece el mandato dirigido a la Nación de “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. Por *presupuestos mínimos* se entiende la existencia de un piso, un umbral mínimo de tutela ambiental uniforme por debajo del cual no es posible establecer ninguna limitación (cfr. art. 6 de la ley 25675).

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

Debe tenerse en consideración que a la vez que nuestra Constitución reafirma el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales, encomienda a la Nación el dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección. La ley General del Ambiente define este concepto en su artículo 6to. estableciendo que: “se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”.

Se puede decir, entonces, que los constituyentes entendieron que, sin perjuicio del respeto del dominio originario provincial de los recursos naturales, resultaba menester el establecimiento de una política ambiental nacional, uniforme, común, para todo el territorio nacional en pos de garantizar una protección ambiental consistente y efectiva, considerada de



interés nacional. Esto inspira la competencia legislativa del Congreso Nacional para dictar leyes de presupuestos mínimos y la institución de un órgano de jerarquía en el marco del Poder Ejecutivo Nacional para conducir la política ambiental nacional.

La ley 26639 es una expresión literal de ese mandato que también viene a cumplir con el compromiso, asumido internacionalmente, de promulgar una legislación ambiental efectiva –Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992-.

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

Presupuestos mínimos y efectividad son dos conceptos que van de la mano. No solo suprimen toda posibilidad de que el funcionario competente regule o actúe por debajo del piso de protección ambiental sino que convierten a dicho comportamiento en una afrenta directa hacia la Constitución y las leyes que la reglamentan.



La autosuficiencia y operatividad de este esquema Constitucional/Legal de protección es reafirmada, para mayor claridad, en el decreto reglamentario de la ley de presupuestos mínimos 26.639⁵. Esta característica impone a los funcionarios la asunción del mandato conferido sin posibilidad de excusarse en la conducta de terceros.

A resultados de lo anterior, los descargos de los funcionarios que prestaron tareas tanto en IANIGLA como en la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación no han logrado revertir la hipótesis delictiva investigada ni constituyen causas legítimas de su accionar.

Los funcionarios a cargo de ambas agencias -más allá de las interpretaciones normativas que efectuaron al momento de declarar y que serán analizadas a continuación- incumplieron lo establecido por la ley 26.639 y el mandato de protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

V. a) Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación

La ex SAyDS (hoy MAyDS) es instituida autoridad de aplicación de la ley 26639. En función del artículo 10°, en concordancia con lo antes explicado, debe formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial, en forma coordinada con las autoridades competentes de las provincias, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), y con los

⁵ “Que la Ley N° 26.639 tiene por objeto establecer los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico constituyendo a los glaciares como bienes de carácter público. Que el Régimen aprobado por la Ley que se reglamenta, dado el grado de especificidad de su normativa, resulta, en principio, autosuficiente para su aplicación. Que, a ese respecto, como ejemplo de ello resaltan los artículos 1°, 2°, 3°, 6°, 8° y del 10 al 17, puesto que el carácter enunciativo y régimen sancionatorio contenido en los mismos resultan por sí mismos operativos sin que se requiera complementación alguna”



ministerios del Poder Ejecutivo nacional en el ámbito de sus respectivas competencias. También coordina la realización y actualización del Inventario Nacional de Glaciares, a través del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA) y tiene la obligación de elaborar un informe periódico sobre el estado de los glaciares y el ambiente periglacial existentes en el territorio argentino, así como los proyectos o actividades que se realicen sobre glaciares y el ambiente periglacial o sus zonas de influencia, el que será remitido al Congreso de la Nación.

Los aquí imputados prestaron funciones como máximos representantes de dicho organismo de manera sucesiva desde el año 2010 hasta el 2015, inclusive.

Básicamente las obligaciones incumplidas a través de su gestión como Secretarios de Ambiente podrían sintetizarse en estas cuatro: **1)** procurar la realización del relevamiento de las zonas prioritarias en el tiempo estipulado por la ley -180 días-; **2)** proveer a la publicación del ING; **3)** evitar y hacer cesar “actividades prohibidas”; y **4)** no alterar el régimen de presupuestos mínimos y formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial.

Teniendo en cuenta la fecha de sanción de la norma (30/09/10) el inventario en zonas prioritarias, como la provincia de San Juan, debía finalizarse el 31/03/2011. Ahora bien, no sólo no se cumplió con dicho plazo, sino que la primera publicación del ING en la cuenca del río Jáchal se hizo más de cinco años después del tiempo estipulado (en septiembre de 2016 mediante resolución MAyDS nro. 365/16).

Recién el 30/11/12 la ex SAyDS remite a la gobernación de San Juan una nota donde expresa: “el inventario deberá comenzarse de manera inmediata por aquellas zonas que resulten prioritarias de conformidad con el artículo 15° de la Ley 26.639 (...)” agregando que “(...) A



fin de dar cumplimiento a la norma, solicito se provea al IANIGLA-CONICET la información que permita realizar las tareas de inventario en dichas áreas, con copia a esta Secretaría, *teniendo en cuenta que los plazos legales se encuentran vencidos*". Como se ve, el organismo encargado de velar por el cumplimiento de la ley 26.639 era consciente tanto de la mora como de su poder de reclamo ante las provincias en exigir el apego a la ley.

Tal como se desarrolló previamente, fueron varios los informes técnicos que dieron cuenta de los riesgos y efectivos daños producidos en el ambiente como resultado del enclave de proyectos mineros en zona glaciar y periglacial.

Varios meses más tarde, recién en mayo del 2013, y a partir de la nota nro. 67/2013, la SAyDS indica al IANIGLA que tome a la provincia de San Juan como área prioritaria. En virtud de estas circunstancias el Instituto comenzó a trabajar en la zona y finalizó su labor en abril del 2015 – de manera parcial-. La SAyDS, autoriza al IANIGLA la publicación el 9 de diciembre de 2015 (res. 1142/15) y sin sus mapas, parte fundamental para la protección de todos los cuerpos inventariados por el ING, ya que es la manera de saber dónde se encuentran. Dicha publicación –como las posteriores- fue efectuada a la página <http://www.glaciaresargentinos.gob.ar/>, mas no en el Boletín Oficial.

La razón de ser del plazo de 180 días y de la publicidad de lo inventariado consistía en la necesidad de determinar de modo prioritario si en las zonas protegidas se estaban desarrollando actividades prohibidas por ley. Del conocimiento de esa circunstancia dependía la inmediata puesta en práctica de medidas de preservación. Sólo se puede proteger lo que se conoce, por eso la ley estimó esencial no sólo realizar un Inventario Nacional de Glaciares sino empezar de modo urgente por dichas áreas donde las reservas hídricas se encontraban en riesgo por la acción del hombre.



Un glaciar no inventariado -o no publicado- es un glaciar desprotegido. Como han dicho los propios autores de la ley 26.639, para poder protegerlos es preciso, primero, conocerlos.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó la importancia del conocimiento de la información en el fallo “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad- B. 140 XLVII-3/7/12”. Dijo: *“una vez que se haya llevado a cabo el inventario de glaciares, se conocerán con exactitud las áreas que se encuentran protegidas por la ley”, sólo entonces se conocerá “si la actividad minera de la peticionante –ya en ejecución al tiempo de la sanción de la ley- se encuentra alcanzada por la ley”.*

La esencia del reproche sobre este punto es recogido por la Auditoría General de la Nación, organismo que entendió al ING como un sistema de protección y en ese sentido señaló que:*“(…) la publicación formal de los mapas es indispensable para brindar seguridad jurídica y un cumplimiento efectivo de la legislación protectoria sobre el territorio ya que delimita las áreas a preservar y es una de las tareas principales de coordinación a cargo de la ex SAyDS. También la difusión pública es indispensable para el logro de la participación ciudadana y la transparencia en toda gestión eficiente de gobierno que incluye a las acciones realizadas en el marco del ING y se estiman indispensables para la correcta aplicación de la ley 26.639”⁶.*

A pesar de ello, la ex SAyDS optó por la confidencialidad de la información. Uno de los testigos, que fuera contratado por el IANIGLA durante la elaboración del ING manifestó al respecto que: *“en esa provincia [haciendo referencia a San Juan] se hizo todo mal (...) Llama mucho la*

⁶ Informe de la Auditoría de Gestión Ambiental elaborado por el Departamento de Control de Gestión Ambiental de la Auditoría General de la Nación, periodo auditado: abril 2011/diciembre 2015).



atención la demora en que fue publicado el material (...) era todo secreto, no se podía acceder a los mapas desde la web (...) nos hacía una bajada de línea de no publicar nada de nuestro trabajo, pero no por él sino que era una solicitud de la Secretaría de Ambiente (...) De hecho, esto se demuestra en el tiempo que se demoraron en publicar el ING cuando ya tenían todo lo necesario para hacerlo. Desde fines del año 2013 se podría haber publicado un montón de información y no se hizo sino hasta diciembre de 2015” (Gustavo Adolfo Aloy, investigador del IANIGLA en la elaboración del ING). Se recuerda a este efecto que, aparte de lo establecido específicamente en la Ley de Glaciares, la Ley General de Ambiente en su art. 16 y siguientes, consagra el derecho a la información pública ambiental, es decir, al acceso a ella, como así también la obligación de proporcionarla en cabeza de personas tanto públicas como privadas, y el deber de las autoridades de sistematizarla.

La ausencia de información imposibilita una adecuada protección del ambiente y un seguimiento racional de las distintas actividades antrópicas y sus efectos sobre el ecosistema. Al mismo tiempo, sin información completa y veraz no resulta factible la participación y el contralor democrático ciudadano.

La referida Ley General de Ambiente establece precisamente entre los instrumentos de la política ambiental nacional y la gestión ambiental el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas y el sistema de diagnóstico e información ambiental (art. 8).

El criterio se condice con el principio republicano de gobierno. De tal suerte, buscar confidencialidad en esta materia contraría un mandato constitucional y legal específico. El secreto y la opacidad generan sospechas acerca de los intereses en juego detrás del incumplimiento de los deberes impuestos en la Ley de Glaciares.



Es importante remarcar que esta omisión de información transcurrió mientras las señales de alarma acerca de la presencia de emprendimientos mineros en zonas protegidas eran evidentes. Tan evidentes que, en el caso de Veladero, surgían de la propia empresa.

Como se vio, la ubicación de los emprendimientos Lama-Veladero es un hecho fuera de discusión y surge de informes de impacto ambiental de la propia Barrick. La locación de su infraestructura, sus campamentos y los caminos construidos hacia la mina no podía escapar al conocimiento de la autoridad de aplicación de la ley, máxime teniendo en consideración el carácter de “zona prioritaria” que se le otorgó a la provincia de San Juan en mayo de 2013.

En este sentido, los funcionarios imputados sabían que los proyectos mineros Veladero y Pascua-Lama estaban instalados en zona protegida; que allí existía ambiente periglacial debido a la altura -superior a los 3.800 metros-; que había glaciares como el Amarillo, Guanaco, Potrerillos y Canito; que en el camino minero a Veladero se hallaba el glaciar Almirante Brown, el cual fue “cortado” para hacer el camino; que existieron y actualmente existen geoformas periglaciales donde las minas tienen instalada su infraestructura, tales como: morenas, glaciares de escombros fósiles, protalust, laderas con solifluxión, permafrost, vegas y varias geoformas -menores a una hectárea o que son ignoradas por el documento elaborado por IANIGLA-; que los caminos hacia las minas han deteriorado e incluso hecho desaparecer glaciares debido al constante levantamiento del polvo que producen sus camiones lo que impide que el hielo refracte los rayos solares. Frente a esta evidencia la inacción no puede ser interpretada sino como una decisión deliberada.

La pregunta que surge necesariamente es: ¿qué hizo la Secretaría de Ambiente con toda esta información? ¿Qué acciones desplegó,



por ejemplo, cuando tomó conocimiento de que el Glaciar Almirante Brown podía desaparecer producto de la construcción de un camino minero y del tránsito permanente de camiones?

La ley era clara: si al momento de ser sancionada (30/09/10) se estaban llevando a cabo actividades prohibidas (descriptas en el art. 6° de la norma) que generaran un impacto significativo sobre los glaciares o el ambiente periglacial debían desplegarse inmediatamente mecanismos de protección (desde el cese o traslado de la actividad hasta medidas de protección, limpieza y restauración que correspondieren -art. 5°-).

También se alteraron los presupuestos mínimos de protección de los glaciares. Esto se llevó a cabo con la adopción, para la confección del ING, de la metodología establecida por el IANIGLA en el documento titulado *“Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial: Fundamentos y Cronograma de Ejecución”* mediante el cual excluyeron de protección a las geoformas que fueran menores a una hectárea y a los cuerpos del ambiente periglacial que no fueran glaciares de escombros. Esta forma de trabajo, contraria a la ley 26.639, fue adoptada y aprobada tácitamente hasta diciembre del año 2015, momento en el cual expresamente –mediante resolución 1141/15- Sergio Lorusso la convalidó.

A través de este documento interno confeccionado por fuera de cualquier debate parlamentario y en oposición a la idea de presupuestos mínimos de protección dejaron fuera del Inventario tanto a los glaciares y manchones de nieve como a las geoformas del ambiente periglacial que fueran menores a una hectárea, cuando la ley expresamente en su artículo segundo establecía que su dimensión no era un requisito para que fuesen o dejaran de ser considerados glaciares –“(…) cualquiera fuera su forma, dimensión y estado de conservación (...)”- y definía al ambiente periglacial como “(…) regulador del recurso hídrico (...) con suelos congelados [o



saturados en hielo”, sin hacer ningún tipo de referencia al tamaño que debían tener las geformas presentes en dicha área.

Tampoco se incluyeron geformas propias del ambiente periglacial tales como: glaciares de escombros inactivos y de escombros fósiles, protalus rampart, proto lobes, permafrost, morenas, suelos estructurados, lóbulos de soliflucción; e inventariaron únicamente glaciares de escombros activos ya que, conforme sus descargos “*eran los más representativos de las reservas hídricas*”. Ello se enfrenta al texto legal.

No puede ser considerada una excusa válida la ausencia de recursos materiales y/o humanos para el relevamiento tomado en su totalidad frente a la racionalidad de la propia ley que ordenaba empezar por las zonas prioritarias. Tampoco la inacción de terceros, como ciertas autoridades provinciales. Sobre todo, cuando la actividad humana minera en la zona protegida era ampliamente conocida con anterioridad a la propia sanción de la ley. Por otra parte, tal como se refirió párrafos arriba, en oportunidad de efectuar sus descargos y a efectos de rechazar su responsabilidad en la presente, los respectivos titulares de la SAyDS interpretaron los deberes y competencias de dicho órgano alegando que en tanto autoridad de aplicación de la Ley de Glaciares tenía únicamente una “función administrativa” y “de coordinación”. Más allá de la contradicción de esta interpretación con el texto literal de la norma, resulta absolutamente insostenible concebir que una ley instituya a un organismo como autoridad de aplicación y que ello no importe deberes de contenido material. Su actuación debe entenderse como imprescindible a los fines de la implementación de la norma. El deber de actuar de forma coordinada es una exhortación a la cooperación.

Pretender que el órgano de mayor jerarquía en la esfera nacional en materia de protección ambiental posee funciones únicamente de



coordinación –en el sentido de coordinación del trabajo de otros- implicaría concebir que la afortunadamente cada vez más abundante legislación ambiental constituye una mera declamación dogmática, o bien, una expresión de buena voluntad formal, sin miras a implementarse. Esto se contradice con el ya desarrollado principio de efectividad.

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

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

Para mayor abundamiento y en el mismo sentido, resulta oportuno observar el reciente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre las competencias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable con relación a las explotaciones mineras del Proyecto Veladero en la Provincia de San Juan (IF-2016-03766048-APN-PTN; EX-2016-01889169-APN-DCTA#PTN del 24/11/16). Sus puntos más salientes ratifican que: no resulta plausible suspender la aplicación de la ley ni, por tanto, la actividad de la Administración Pública Nacional y de las Administraciones



provinciales a la espera de una decisión final y firme de nuestro Máximo Tribunal; más aún tratándose del ejercicio de funciones de contralor en materia ambiental cuya postergación podría, eventualmente, determinar un daño irreversible al ambiente y a las personas; que, desde un punto de vista normativo, en lo que concierne a las autoridades nacionales, el artículo 3° de la Ley N.º 19.549 establece que el ejercicio de la competencia legalmente asignada constituye una obligación para el órgano al que le ha sido conferida; precepto que adquiere singular importancia cuando se trata del cumplimiento de normas que tienen por objeto la preservación del ambiente y el desarrollo sustentable; que como autoridad de aplicación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable tiene la función de asesorar y apoyar a las jurisdicciones locales en los programas de monitoreo, fiscalización y protección de glaciares (v. art. 10, inc. e), lo que supone, entre otras cosas, asistir activamente a las Provincias en el control del cumplimiento de la Ley de Glaciares respecto de los recursos del dominio originario de éstas; que, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable tiene la función de (...) formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial..., en forma coordinada con las autoridades competentes de las provincias (v. art. 10 inc. a, Ley N.º 26.63; que la distribución de competencias que realiza la Ley N.º 26.639 concuerda con el criterio que adopta la Ley General del Ambiente N.º 25.675 y la aplicación de aquella norma no puede prescindir de los principios enunciados en su artículo 4º de la y, en su caso, de las previsiones que en materia de daño ambiental establecen los artículos 27 y subsiguientes., en tanto consagran los principios preventivo y precautorio en materia ambiental y regulan lo relativo al daño ambiental, frente a cuyo acaecimiento se establece una regla de legitimación judicial activa en términos amplios que



incluye, entre otros sujetos, al Estado Nacional (art. 30); y que compete al Estado Nacional –entre otras funciones- monitorear el estado de los glaciares y del ambiente periglacial (v. art. 5), asesorar y apoyar a las jurisdicciones locales en los programas de monitoreo, fiscalización y protección de glaciares (v. art. 10, inc. e), y formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial, *en forma coordinada* con las autoridades competentes de las provincias (v. art. 10 inc. a); pues se trata de un criterio conteste con el adoptado en la Ley de Ministerios N.º 22.520, que incluye entre las competencias del Organismo consultante las de entender en la gestión ambientalmente sustentable de los recursos hídricos, en el relevamiento, conservación, recuperación, protección y uso sustentable de los recursos naturales, renovables y no renovables y (...) en el control y fiscalización ambiental y en la prevención de la contaminación (art. 23 septies, incs. 4, 7 y 13).

La ausencia de protección ha dejado marcas indelebles en nuestro ambiente. Las fotos que acompañan el informe 51/2013 DGARH hablan por sí solas.



Sector del Glaciar Norte en su intersección con el camino

La construcción del camino minero y el tránsito permanente de camiones de gran porte provocó la división del glaciar Almirante Brown, determinando la desaparición de su parte inferior (declaraciones de Miguel Bonasso, Fernando Berdugo y Pierre Pitte; informe de Golder Associates SA “Simulación de grilla fina de la depositación de polvo debido a las actividades mineras-Proyecto Pacua Lama” de septiembre 2005; “Monitoreo de glaciares del paso Conconta Iglesia, San Juan Argentina” elaborado por Minera Argentina Gold SA Barrick Exploraciones Argentina SA en julio 2009; Informe técnico DGARH nro. 15/2013; informe técnico DGARH 5172013). Según el estudio de evaluación del glaciar Brown paso de Conconta, preparado por Golder Associates SA hace más de 10 años para la Barrick, transcrito por el informe técnico DGARG 15/2013: *“la proximidad del camino de acceso del Proyecto Veladero con Glaciar Brown sugiere que este glaciar podría sufrir*

alguna clase de impacto ya sea por excavación directa, acumulación de polvo, acumulación de gravas del camino, alteraciones en los patrones de viento (...) El Glaciar Brown está actualmente separado en dos cuerpos de hielo”.



Glaciar Brown Inferior Desde Estación Fotográfica #1 (Dic. 8, 2003)

En la misma se puede percibir la cantidad de polvo depositado en la superficie del glaciar que está por debajo del camino minero (Brown Inferior), y la diferencia con el glaciar que se encuentra por encima del camino minero (arriba a la izquierda). Viendo esta imagen del 2003 no puede dejar de recordarse que a la fecha el glaciar cubierto de polvo (Brown Inferior) ha desaparecido, mientras que el otro, no lo ha hecho.

La injustificada inacción de los funcionarios imputados cobra mayor peso si se tiene en consideración que la propia Barrick reconocía el impacto de su intervención: *“las emisiones de material particulado en la etapa de construcción, años 2006 a 2009, se generarán principalmente en el área de la mina y escombreras (...) Además habrá emisiones de polvo en el dique de colas, durante la etapa de operación del Proyecto, en la medida que esta obra crece y durante la etapa de cese. En los caminos de acceso al proyecto se generará material particulado producto del tránsito por los caminos no pavimentados”* (IIA de Pascua Lama, exp. adm nro. 414-657-B-04, sección 3.0 descripción del proyecto, julio 2006).

Asimismo, en la primera actualización del informe de Impacto Ambiental en noviembre 2015, es decir ya con la ley 26.639 vigente, la empresa reconoció: *“(...) con respecto al Glaciar Almirante Brown (también conocido como Glaciar Conconta) que es atravesado por el Camino Minero (...)”* (citado en pág 62 del informe técnico DGARG 15/2013).



El testimonio de Miguel Angel Ricchiardi, propietario de los terrenos que se ubican sobre el camino minero -sobre los que la empresa posee una servidumbre de paso-, aportó a este Juzgado copia de una presentación efectuada ante el gobierno de San Juan en el mes de abril pasado con fotos que ilustran la intervención sobre los glaciares. Allí expresó que: *“la compañía que explota la mina de Veladero y transita habitualmente por mi propiedad y por esta servidumbre de paso hacia la mina violenta permanentemente la ley de aplicación vigente para el resguardo, conservación y cuidado de muchos de los sitios declarados de interés. Como ejemplo basta señalar la destrucción continua y sistemática del Glaciar Alte. Brown, el uso de agua potable de vertientes que nacen en mi propiedad y terminan en ella, juntándolas en aguadas abiertas por Barrick, de donde abastecen camiones tanque que riegan el camino o que esparcen una solución salina en invierno para evitar que se forme hielo (...) además de seguir tapando los restos de glaciar con tierra hasta que se derritan por el calor del sol”* (v. testimonio de fojas 1235/6 y documento presentado por Miguel Ricchiardi en la mesa de entradas del Ministerio de Turismo y Cultura de la provincia de San Juan el 11 de abril del 2017, reservado en Secretaría).

Este estado de situación permite afirmar el pleno conocimiento de los funcionarios y su voluntad, no obstante, de incumplir los mandatos legales. De ahí la esencia de su reproche penal.

Es por lo hasta aquí expuesto que considero pertinente la adopción del temperamento de mérito previsto en el artículo 306 del C.P.P.N. respecto de **OMAR VICENTE JUDIS, SERGIO GUSTAVO LORUSSO** y **JUAN JOSE MUSSI**, en tanto se vislumbra la ocurrencia de la hipótesis delictiva en orden a los hechos por los que fueron indagados con el grado de probabilidad que esta etapa investigativa requiere.



V. B) Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA).

Conforme he adelantado *ut supra* la contribución de Villalba en la *desprotección* de los glaciares radica en haber elaborado en el mes de diciembre del año 2010 un documento en clara contradicción con el texto y el espíritu de la ley 26.639, titulado “Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial: Fundamentos y Cronograma de Ejecución”. Mediante el mismo se estableció que sólo se iban a inventariar las geoformas mayores a una hectárea de dimensión que, asimismo, fueran o glaciares o manchones de nieve o glaciares de escombros, mientras la ley de *presupuestos mínimos* establecía expresamente la protección de “*toda masa de hielo perenne cualquiera fuera su dimensión*”.

Esta “metodología de trabajo”, que quiebra el piso de tutela ambiental, se llevó a la práctica desde la fecha en que fue publicado el documento en cuestión y permanece en la actualidad, con aparente anuencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, el que hasta el momento no habría modificado la modalidad de trabajo, **comportamiento que eventualmente también podría tener relevancia penal.**

El nombrado invocó una justificación de tipo comparativa relativa a que tal dimensión era la que acogían la mayoría de los países que realizaban inventarios y también la adoptada por el programa *Global Land Ice Measurements from Space* (GLIMS) dedicado a realizar mediciones globales de hielo en la superficie terrestre. Sin embargo, nuestra ley fue clara y previsor; por eso especificó de modo expreso: “*cualquiera fuera su dimensión*” (art. 2). Tal como se indicó precedentemente, siendo la finalidad de dicha ley garantizar una protección efectiva del recurso natural, la amplitud y la ausencia de limitaciones para definir el objeto de protección,



partía del reconocimiento de la heterogeneidad geográfica de nuestro país y tenía en miras precisamente que no quedaran cuerpos fuera de la tutela. Incluso, las definiciones recogidas habrían sido propuestas por el propio IANIGLA (<http://www.enernews.com/nota/47752/filmus-por-glaciares-hay-que-proteger-las-generaciones-futuras-sin-prohibir-la-minera>).

El argumento en torno a que el ING no era la única herramienta de protección de los glaciares no exime al organismo encargado de llevarlo a cabo. El inventariar los cuerpos de hielo, describirlos y mapearlos constituye la garantía máxima de protección: es la forma que tiene el ciudadano común de conocer cómo y dónde están los reservorios de agua en estado sólido a lo largo de todo el país. Y es justamente lo que habilita al poder estatal a realizar el abanico de acciones que la ley le otorga en pos de su conservación y protección.

Tampoco lo alegado en torno a la limitación tecnológica de captación de imágenes satelitales se condice con los testimonios brindados por expertos en la materia y familiarizados con el mapeo de cuerpos de hielo (v. testimonio de Argento Bustamante especialista en captación de imágenes de la CONAE, y de Forte, Tejada y Villarroel).

Las pruebas recogidas en autos dan cuenta de que más allá de las limitaciones técnicas invocadas y de la metodología elegida para el Inventario, el IANIGLA *había tomado efectivo conocimiento de la existencia* de cuerpos de hielo que acabaron quedando fuera del inventario y, en definitiva, del amparo de la ley de protección; sobre todo, en lo que nos ocupa, en el área donde se encuentran radicadas las explotaciones mineras de Veladero y Pascua Lama.

Por otro lado, aun cuando el método podía implicar mayor velocidad en el mapeo, las demoras incurridas privan de razonabilidad a la elección descartando ese argumento. En estas condiciones, la metodología



escogida por el IANIGLA se exhibe como un modo de quebrantar la obligación legal de protección particularmente en las zonas prioritarias localizadas en este sector de los Andes áridos, donde las geoformas son de pequeñas dimensiones. Sólo así se entiende la decisión de no realizar visitas *in situ* en los lugares donde se desarrollan los emprendimientos mineros.

El accionar del titular del IANIGLA implicó la exclusión –y consecuente desprotección- de muchos cuerpos de hielo que debieron ser incluidos en el ING y relevados de forma prioritaria, los que en zonas desérticas como la provincia de San Juan desde el río Jáchal hacia el norte, significaban un aporte hídrico valioso.

Ante toda la evidencia técnica agregada al presente y mencionada en el punto *III. Recopilación probatoria* (indicación sobre la existencia de cuerpos de hielo no incorporados en los inventarios, opinión profesional respecto de la inconveniencia de su exclusión, alerta sobre la falta de control a proyectos mineros y con relación a la proximidad de los mismos a glaciares, etc. –información a la que sin lugar a dudas el funcionario tuvo acceso-) no puede más que considerarse que la exclusión de los referidos cuerpos de hielo fue deliberada.

Los argumentos del IANIGLA volcados, entre otros documentos, en el expediente n° 5588/15 de la DGARH-SAyDS por el cual justificaba no haber podido determinar la existencia de una afectación a los cuerpos de hielo por no contar con información sobre el área y la ubicación exacta del proyecto minero Veladero y sus caminos, no resulta sostenible, en virtud de lo antedicho y, por otra parte, a la luz de la diligencia exigible a funcionarios profesionales, designados con el expreso mandato de establecer y poner en funcionamiento mecanismos institucionales destinados a la protección del medio ambiente, en concreto, de los glaciares.



Es por ello que habré de dictar el procesamiento de **RICADO VILLALBA** en orden al hecho oportunamente intimado (conf art. 306 del ritual).

V. C) Administración de Parques Nacionales.-

La reserva San Guillermo está ubicada en el extremo norte de la provincia de San Juan, en el departamento Iglesia, a una altura promedio de 3.000 metros sobre el nivel del mar. Fue declarada por la UNESCO la primera Reserva de Biosfera del país y contiene al Parque Nacional con el mismo nombre.

Para el caso de ambientes glaciares y/o periglaciares existentes en Parques Nacionales, la autoridad competente es la Administración de Parques Nacionales (APN) según lo previsto por el artículo 8 de la ley 26.639.

Conforme la ley 22.351, los Parques Nacionales “*son áreas a conservar en su estado natural, que sean representativas de una región fitozoogeográfica y tengan gran atractivo en bellezas escénicas o interés científico, las que serán mantenidas sin otras alteraciones que las necesarias para asegurar su control, la atención del visitante y aquellas que correspondan a medidas de Defensa Nacional adoptadas para satisfacer necesidades de Seguridad Nacional. En ellos está prohibida toda explotación económica con excepción de la vinculada al turismo, que se ejercerá con sujeción a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación*” (art. 4). Además de esta prohibición general, el artículo 5to de dicha norma enuncia a la exploración y explotación mineras como actividades vedadas en particular.

El reproche a este organismo radicó, como ha apuntado la Auditoría General de la Nación, en que “*habiéndose declarado toda la provincia de San Juan, como área prioritaria, y encontrándose en su territorio la Reserva de Biosfera San Guillermo, donde existen las particulares*



facultades otorgadas por la esfera provincial a APN, en el momento de su creación implican también una re-adequación implícita del plan de manejo de la Reserva en cuestión, que no ha existido” (Informe de la Auditoria de Gestión Ambiental, op. Cit).

Ahora bien, los funcionarios de la APN explicaron al momento de declarar que la Reserva de la Biósfera San Guillermo (RBSG) estaba constituida por una zona núcleo, representada por el Parque Nacional San Guillermo (PNSG), una zona de amortiguamiento y una zona de transición. Asimismo, informaron que los emprendimientos mineros se encontraban fuera del citado Parque Nacional. Es decir, la RBSG está compuesta por dos áreas protegidas: la Reserva Provincial San Guillermo (zona de transición y de amortiguamiento) y el Parque Nacional San Guillermo (zona núcleo).

El Convenio I que forma parte de la ley 25.077 tiene por objeto lograr la articulación de acciones que tiendan a la conservación de la diversidad biológica y promover el desarrollo sustentable de la Reserva de San Guillermo.

Su cláusula cuarta establece que *“[p]roducida la aceptación de la cesión por parte del Congreso Nacional, La Nación, a través de la Administración de Parques Nacionales, elaborará en conjunto con la provincia y en virtud de acuerdos preexistentes con la Fundación Ambientalistas Sanjuanina, un Plan Maestro de Manejo orientado a alcanzar el mayor grado de conservación de la Reserva de la Biósfera San Guillermo”.*

En concordancia, su cláusula sexta establece que *“[e]l Plan Maestro de Manejo a elaborar deberá contener aquellas previsiones que, con carácter imperativo, la Administración de Parques Nacionales deberá cumplimentar para garantizar su contribución y su participación en las tareas de conservación en el sector correspondiente a la jurisdicción provincial”.*

La octava dispone que *“[r]atificado el presente Convenio por la*



Legislatura de la Provincia de San Juan, la Administración de Parques Nacionales tomará los recaudos administrativos y técnicos para implementar inmediatamente tareas de control y vigilancia en la Reserva de la Biosfera San Guillermo”.

Ahora bien, mediante Resolución APN n° 36, de fecha 05 de marzo de 2008, el referido organismo aprobó el Plan de Manejo del Parque Nacional San Guillermo (capítulos I, II, III, IV y V). Asimismo, prestó conformidad institucional a los Capítulos VI y VII de la parte 2, que contienen la propuesta de Estrategias de Manejo de la Reserva Provincial y de Manejo Integrado de la Reserva de Biósfera San Guillermo, elaborado por el Comité de Gestión de la referida Reserva.

Además, mediante dicha resolución se estableció que “(...) *la aplicación del Capítulo VI queda sujeta a la aprobación por parte de las autoridades provinciales competentes*” y que “(...) *la aplicación del Capítulo VII queda sujeta a la aprobación por parte de las autoridades provinciales competentes y esta Administración*”.

Por lo tanto, si bien la APN realizó un plan de manejo de la Reserva San Guillermo, lo cierto es que muchos de los aspectos relativos al control de la actividad minera se encontraban contemplados en los capítulos VI y VII, sobre los cuales no hay constancia de que hayan sido aprobados por la autoridad local.

En este sentido, nótese que si bien en el capítulo II del mencionado Plan de Manejo -ver soporte digital acompañado por Breard al momento de declarar- se señalaron varios de los aspectos negativos de las actividades mineras en el lugar, sosteniendo que “(...) *implican la remoción de enormes cantidades de roca, alto consumo de agua, implementación de diques de colas y/o pilas de lixiviación, utilización de químicos altamente contaminantes, apertura de caminos, etc. Existen numerosos casos*



documentados a nivel mundial acerca de la contaminación y alteración de los sistemas hidrológicos, cambios drásticos en el hábitat de flora y fauna, contaminación de aire y suelo, entre otros. Así también, las tareas de prospección y exploración minera (etapas previas a la explotación), promueven la apertura y expansión de innumerables caminos lo cual facilita el acceso de cazadores furtivos y provee corredores que facilitan la expansión de especies exóticas”, lo cierto es que los capítulos mediante los cuales se hacen operativos los controles a tales actividades no se encontrarían actualmente vigentes.

Fue por ello que con fecha 30 de octubre pasado en el marco de la causa conexas -10049/15-, el Sr. fiscal solicitó a la Administración de Parques Nacionales *“se sirva informar de manera urgente las medidas adoptadas conjuntamente con las autoridades provinciales de San Juan tendientes a proteger los recursos naturales de la Reserva San Guillermo, haciéndose especial mención a todas aquellas relativas a mitigar los impactos que en dicho lugar generaría la actividad minera”.*

Dicha medida, aun sin respuesta, deviene necesaria previo a la adopción de cualquier temperamento, es por ello que habré de dictar la falta de mérito hasta contar con dicha información y evacuar lo que han sido las citas de los imputados **CARLOS ENRIQUE CORVALAN, PATRICIA ALEJANDRA GANDINI y EUGENIO INDALECIO BREARD** (art. 304 y 309 del CPPN).

VI. Calificación Legal.-

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



Nos hallamos ante lo que la doctrina denomina delito especial propio, en tanto requiere del sujeto activo la calidad especial de funcionario público. No quedan dudas que tanto Judis como Mussi y Lorusso revestían dicho carácter, en los términos del artículo 77 del Código Penal de la Nación, desempeñándose al momento de los sucesos como Secretarios de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Soler señala que el abuso de autoridad presenta dos casos: el ejercicio de una facultad que se sabe inexistente como tal, y la del ejercicio de una facultad existente en condiciones conocidamente falsas. “En un caso se traiciona la ley abiertamente, en el otro se simula obedecerla, y esta última es la forma más perniciosa del abuso de poder, porque éste se ejerce dentro de la esfera que la ley, como principio abstracto, debe dejar librado a la conciencia y honestidad de los funcionarios, los cuales guardan la apariencia de la legalidad, para traicionar a la ley en sustancia (...) Solamente discerniendo que el presupuesto del abuso es una falsedad se comprende el delito en todos sus aspectos, porque no existe falsedad inconsciente: lo inexacto se transforma en falso sólo cuando a él se agrega el conocimiento, de la inexactitud” (Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, Tomo V, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992).

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



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

En el caso, se reprocha su actuar en tanto omitieron dar cumplimiento a sus deberes de autoridad de aplicación de la ley 26.639. Sus facultades y obligaciones, en lo que este caso atañe se encontraban contenidas en la variedad de artículos citados que regulaban su accionar como autoridad de aplicación de la misma (conf. art 9°), entre las que se destacan: el formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial (art. 10°.a); el coordinar la realización y actualización del ING, a través del IANIGLA (art. 10°.c); también si al momento de ser sancionada de la norma (30/09/10) se estaban llevando a cabo actividades prohibidas (descriptas en el art. 6° de la norma) que generaran un impacto significativo sobre los glaciares o el ambiente periglacial debía disponer las medidas pertinentes para que se cumpla la ley 26.639, pudiendo ordenar el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondieren (art. 5°); el efectuar las acciones de coordinación necesarias a fin de que el ING comenzara de manera inmediata por aquellas zonas en las que, por la existencia de actividades prohibidas contempladas en el artículo 6°, se consideren prioritarias –“zonas prioritarias”- (art. 15°); y el disponer las publicaciones



parciales y/o finales del ING (punto 11 del anexo I de la res SAyDS 1141/15) a fin de concretar la protección de los glaciares.

Como máxima autoridad a nivel nacional en materia ambiental los obligaba al cumplimiento del artículo segundo de la ley 25.675, a saber: asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas (inciso a); promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales (inciso d); prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo (inciso g); y organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma (inciso i).

En el caso concreto se verificaron claras omisiones por parte de los funcionarios públicos imputados: no relevaron ni inventariaron -con la amplitud y urgencia requerida por la ley- las zonas prioritarias pese a conocer la existencia de actividades previstas por el artículo 6to de la ley; tampoco cumplieron con los restantes plazos estipulados por la ley; retardaron la publicación de los cuerpos de hielo inventariados; y modificaron los presupuestos mínimos de protección de los glaciares; en definitiva, no cumplieron con el mandato legal de conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial.

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



VI. b) En el caso de **Villalba** deberá responder en virtud del artículo 248 del CP, en la parte que reprime al funcionario público que abusando de su autoridad dictare y ejecutare resoluciones contrarias a las leyes nacionales.

Es conveniente determinar cuál es el alcance o el sentido otorgado a la palabra abuso. Al respecto, cabe recordar las palabras de Carrara, para quien ese término contempla en sí mismo dos significados diversos sumamente diferentes, denominándose a uno de ellos sentido ontológico y al otro sentido jurídico. En sentido ontológico se abusa de una cosa siempre que se emplea para un servicio diverso de su destino natural. En sentido jurídico se abusa de una cosa aunque se la emplee según su destino, si esto se hace de modo ilícito o por fines ilícitos (Sala I, CCCF, causa n° 44.143, “Greco, Cayetano”, rta. 29/06/10, reg. n° 614).

En el caso, se reprocha su actuar en tanto dictó el documento “Cronograma y Fundamentos de Ejecución” en diciembre de 2010 en clara contradicción con la ley nacional 26.639, conforme fuera analizado al valorar su responsabilidad. La oposición a la norma se enmarca y adquiere relevancia en tanto se exhibe como un instrumento de naturaleza regresiva, pues vulnera el piso de la ley de presupuestos mínimos en una materia que guarda relación directa con dos derechos humanos fundamentales: el derecho al ambiente sano y el derecho al agua. El principio de no regresividad fue reconocido por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales como parte de las obligaciones de los Estados que los ratificaron.

Todas estas consideraciones- aunadas al cuadro probatorio acopiado a este expediente- y analizadas a la luz del comportamiento reprochado a Villalba, evidencian la configuración de la figura prevista por el



artículo 248 del Código Penal.

VII. Medidas cautelares.-

VII. a) Medida de tipo personal.-

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

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

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



penal (Conf. Art. 280 del C.P.P.).

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

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

En cuanto a la pena en expectativa, el artículo 248 del Código Penal prevé una pena máxima que permitiría, en caso de recaer condena,



que ella fuese dejada en suspenso (art. 26 del C.P.). El principio de proporcionalidad, por ende, desautoriza la prisión preventiva en este caso.

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

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

Ergo, en atención al grado de sospecha alcanzado respecto de la comisión del hecho ilícito, considero apropiada como medida de cautela para asegurar la sujeción al proceso, disponer la prohibición de salida del país (art. 310 CPP).

VII. b) Medida de tipo patrimonial.

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

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

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



de que haya ocurrido una afectación a distintos bienes jurídicos como consecuencia de las conductas ilícitas.

Las conductas reprochadas afectaron a la Administración Pública: fue afectada por los funcionarios que incumplieron el mandato legal contenido en la ley 26639 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Pero a la par, aun cuando el comportamiento reviste relevancia penal sin necesidad de otro resultado más que el incumplimiento en sí, no cabe ignorar aquí la posibilidad cierta de afectación de otros bienes jurídicos como consecuencia de dicho proceder: me refiero al bien colectivo ambiente y, más precisamente, al derecho fundamental al agua potable.

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

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

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que “la mejora o



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

Frente a la particularidad del caso, y ante las obligaciones que derivan del artículo 15 de la ley 26.639, es menester que las autoridades competentes, amén de procurar “las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan”, establezcan de modo urgente si ha existido daño al medio ambiente en estos años de vigencia de la normativa de presupuestos mínimos y su mensuración en aquello que encuentre vinculación con las conductas acreditadas (afectación de recursos naturales, salud, biodiversidad y ecosistema; y la posibilidad o no de recomponer⁷).

Así las cosas, de momento y a resultas de dicha estimación, la medida cautelar se ordenará por un monto que procure abarcar los rubros señalados. En consecuencia impondré la suma de cinco millones de pesos para cada uno, en concepto de embargo sobre los bienes de **Judis, Mussi, Lorusso y Villalba**.

VIII.

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

⁷ Peretti, Enrique; El juez ante la indemnización por daño ambiental. Criterios de valoración., p. 11 y ss, ponencia en el primer programa de capacitación jurídica ambiental para jueces, organizado por el Ministerio de Justicia de la Nación, Secretaría de Ambiente y desarrollo sustentable de la Nación y el programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 30/06/2005, Buenos Aires, en CAFFERATTA, NÉSTOR A., Cuantificación del daño ambiental, JA 2007-IV-1173.



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

A la luz de estas facultades, es que habré de remitir copia certificada de la presente resolución al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, a la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable del Senado de la Nación y a la Comisión de Recursos Naturales y Conservación del Ambiente Humano de la Cámara de Diputados de la Nación, a los efectos de que procedan en el ámbito de sus deberes y competencias.

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

RESUELVO:

I.- DICTAR EL PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA de OMAR VICENTE JUDIS, SERGIO GUSTAVO LORUSSO y JUAN JOSE MUSSI de las demás condiciones personales obrantes en autos, por encontrarlos *prima facie* penalmente responsables, en calidad de autores del delito de abuso de autoridad (art. 248 *in fine* y 45 del Código Penal de la Nación y art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación).

II.- MANDAR A TRABAR EMBARGO sobre los bienes y dinero de **OMAR VICENTE JUDIS, SERGIO GUSTAVO LORUSSO y JUAN JOSE MUSSI** por la suma de \$ 5.000.000 (cinco millones de pesos), respectivamente, debiendo formarse para ello el incidente correspondiente (art. 518 del CPPN).

III.- IMPONER A LOS NOMBRADOS su prohibición de salida



del país. –

IV.- DICTAR EL PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA de RICARDO VILLALBA de las demás condiciones personales obrantes en autos, por encontrarlo *prima facie* penalmente responsable, en calidad de autor del delito de abuso de autoridad (art. 248 y 45 del Código Penal de la Nación y art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación).

V.- MANDAR A TRABAR EMBARGO sobre los bienes y dinero de RICARDO VILLALBA por la suma de \$ 5.000.000 (cinco millones de pesos), debiendo formarse para ello el incidente correspondiente (art. 518 del CPPN).

VI.- IMPONER AL NOMBRADO su prohibición de salida del país. –

VII.- DICTAR LA FALTA DE MÉRITO de CARLOS ENRIQUE CORVALAN, PATRICIA ALEJANDRA GANDINI y EUGENIO INDALECIO BREARD de las demás condiciones personales obrantes en autos, debiendo estar a la espera de la medida oportunamente ordenada por el fiscal en el marco de la causa 10049/15 conforme lo indicado en los considerandos (art. 309 del Código Procesal Penal de la Nación).

VIII. Encomendar al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, en los términos del artículo 15 de la ley 26639 que, a la par de procurar “medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan”, establezca de modo urgente si ha existido daño al medio ambiente en estos años de vigencia de la normativa de presupuestos mínimos y su mensuración en aquello que encuentre vinculación con las conductas acreditadas en esta resolución.

IX. REMITIR COPIA CERTIFICADA DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la



Nación, a la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable del Senado de la Nación y a la Comisión de Recursos Naturales y Conservación del Ambiente Humano de la Cámara de Diputados de la Nación, a los efectos de que procedan en el ámbito de sus deberes y competencias (consid. VIII).

X. Notifíquese a las partes y regístrese.-

TAGS: [#GLACIARES](#) [#MINERIA](#) [#INFORMACIONPUBLICAAMBIENTAL](#)

Visite la página del CeDAF para ver el fallo completo y un video comentario: