

AMICUS CURIAE

EXPTE N.º 13-04321414-9

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Lucas LECOUR, en mi calidad de Presidente de la **Asociación Civil para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos XUMEK**, con personería jurídica N° 1158/07 otorgada el 08 de junio de 2007 por la Dirección de Personas Jurídicas del Gobierno de Mendoza, con domicilio social en calle España 399 de Ciudad, provincia de Mendoza, República Argentina, con el patrocinio letrado de la Dra. María José González, abogada del foro local, Matrícula profesional N° 7461 de la manera más atenta me presento en **Autos N°13-04321414-9, caratulado “OIKOS RED AMBIENTAL C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD e INCONVENCIONALIDAD”**, en trámite ante este distinguido Tribunal y respetuosamente digo:

I. DOMICILIO LEGAL. DOMICILIO PROCESAL ELECTRÓNICO

Que a todos los efectos de ley se constituye domicilio legal en España 399, Ciudad, provincia de Mendoza, Argentina.

Asimismo, se constituye domicilio procesal electrónico en la casilla de correo: contacto@xumek.org.ar

II. PERSONERÍA

Que la Asociación Civil XUMEK, mediante personería jurídica N° 1158/07 otorgada el 08 de junio de 2007 por la Dirección de Personas Jurídicas del Gobierno de Mendoza, se encuentra legalmente constituida. A tal efecto se acompaña copia del Estatuto y del Acta de Designación de Autoridades.

III. OBJETO

Que conforme a lo dispuesto por el CPCC en su Art. 46 apartado II, el presente escrito tiene por objeto que el Tribunal nos tenga presentados en carácter de “*Amigo del Tribunal*”, a fin de expresar nuestras opiniones en torno a la materia de controversia en autos y

someter a su consideración argumentos y aportes de trascendencia para la sustentación del actual proceso judicial, solicitando sean tomadas en cuenta nuestras apreciaciones al momento de resolver.

Tal como se sostuvo en la causa “Curel” (L.S. 361-229, sentencia del 03-02-06) sobre la figura de los *Amigos del Tribunal*, “en una concepción amplia, el *amicus curiae* es la persona que interviene en un proceso para asistir al tribunal dando información sobre cuestiones de hecho o de derecho (Montoya, Mario D., “*Amicus curiae. Amigo de la Corte y casos, test*”, LL 1992-D-1225); se trata de un medio procesal adecuado para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de juicio para dictar una sentencia justa”.

La presentación del *amicus curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio ya que, si bien puede favorecer la opinión de una de ellas, nada impide la presentación en ese carácter de otra opinión en sentido contrario. Tampoco restringe o afecta el principio de economía procesal, ya que la posibilidad de actuación del presentante se limita al agregado de la opinión al expediente; además los y las juezas no están obligados/as a expedirse sobre todos los puntos del dictamen, ya que la finalidad de este instituto consiste solamente, en aportar más elementos para tomar decisiones de trascendencia pública.

Que tal como surge de los considerandos del resolutivo de fs. 591 de la presente causa para “*Admitir las presentaciones de fs. 64/70, 74/86, 438/462, 494/498 y 540/541 en calidad de “amicus curiae”*”:

“...Este Tribunal tuvo oportunidad de expedirse sobre la figura de los “Amigos del Tribunal” en la causa “Curel” (L.S. 361-229, sentencia del 03-02-06) en la que se expresó que “en una concepción amplia, el *amicus curiae* es la persona que interviene en un proceso para asistir al tribunal dando información sobre cuestiones de hecho o de derecho (Montoya, Mario D., “*Amicus curiae. Amigo de la Corte y casos, test*”, LL 1992-D-1225); se trata de un medio procesal adecuado para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de juicio para dictar una sentencia justa”. ...”

Al respecto cabe referir, tal como se adelantara en el precedente “Curel”, que el “*amicus curiae*” “ha abandonado su carácter otrora imparcial, para convertirse en una suerte de interviniente interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia” (Bazán, Víctor. “El *amicus curiae*”, LL, 2009-D-1332).

“...En efecto la Acordada 7/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -

invocada por el propio actor-, establece en su artículo 2º, que el “amicus” en el primer capítulo de su presentación, debe fundamentar su interés para participar en la causa y expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representará -directa o mediatamente- beneficios patrimoniales.

“...Por su parte, la regulación provincial de aplicación al caso, sólo exige al respecto que se declare bajo juramento si existe vinculación de cualquier carácter o negocio con alguna de las partes y si su actuación cuenta con financiamiento específico (inc.8, art. 46 C.P.C.C.y T.) -lo que fue cumplido por los presentantes- mas nada dice respecto del interés del amicus en la participación del pleito y no erige aquellas circunstancias -de ser afirmativas- como un impedimento para la presentación de los interesados en tal calidad”.

“...Tampoco puede entenderse que el extremo antes analizado podría afectar el debido proceso o el derecho de defensa de la parte actora desde que la propia normativa que regula la institución, el art. 46, aclara en su inc. 7, que el “amicus” no reviste calidad de parte y que su opinión es ilustrativa para el Tribunal y no vinculante para éste.

“...Dicho de otro modo, ese tercero no mediatiza, desplaza o reemplaza a ninguna de las partes (Bazán, Víctor. “El amicus curiae”, LL, 2009-D-1326), tampoco coadyuva a ninguna de ellas en los términos previstos en el Título V, Capítulo I y III C.P.C.C.yT Mza.; sino que su intervención sólo se circunscribe a la presentación de un dictamen fundado sobre la materia objeto de la litis, el que podrá ser tenido en cuenta -o no- por el Tribunal al momento de resolver sobre el fondo de la materia traída a su conocimiento...” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza in re : 13-04321414-9, OIKOS RED AMBIENTAL C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD, Febrero 13 de 2019) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6600329053>

Es por todo lo anteriormente expuesto que en el presente escrito se expondrán y analizarán marcos normativos nacionales e internacionales, es decir, derechos y garantías consagrados constitucional y convencionalmente, así como disposiciones que desarrolla nuestra legislación nacional en materia de derecho ambiental.

La finalidad de esta presentación es brindar a V.S. elementos de derecho útiles para su consideración y para la decisión del caso en el que se debaten asuntos que resultan de relevancia institucional y de interés público.

IV. LEGITIMACIÓN PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN.

ANTECEDENTES

Es pertinente comenzar indicando que XUMEK es una entidad civil sin fines de lucro, integrada por personas de diferentes ámbitos de las ciencias sociales que trabaja en forma interdisciplinaria para la consecución de sus objetivos: la promoción, el respeto y el resguardo de los derechos humanos en el ámbito de Argentina en general, y de Mendoza, en particular. En esta línea, uno de los fines primordiales de nuestra asociación tiene que ver con la realización de tareas de tipo científicas, entre las que se destacan la publicación de un Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Mendoza (publicado de manera ininterrumpida desde el año 2009¹), la realización de proyectos de investigación y procesos de formación y capacitación a distintos operadores del medio (autoridades judiciales, estudiantes, profesionales, integrantes de las Fuerzas de Seguridad provincial, Servicio Penitenciario, etc.).

En este sentido, cabe remitir al artículo 2 del Estatuto social de nuestra organización el cual fija el objeto social, destacando: “3) *Participar activamente en el ámbito provincial, nacional e internacional en la promoción y protección de los derechos humanos; (...)* 9) *Propender a la realización de actividades tendientes a fomentar estudios y trabajos de interés sobre temas relacionados con la problemática de los derechos humanos*”.

En este contexto mencionamos que Xumek cuenta con un Área sobre Pueblos Indígenas y otra sobre Ambiente, las cuales, a través de diversas herramientas, trabajan en la promoción y protección de los derechos humanos relacionados a los pueblos indígenas y al desarrollo y protección de un ambiente sano y equilibrado.

Nuestra organización considera fundamental que, ante la presencia de un conflicto relacionado con la protección de derechos humanos ya reconocidos por nuestra legislación, se lleve a cabo una visión abarcativa de los mismos, que pueden resultar de estímulo a su desarrollo a la vez que se reafirma una mayor seguridad jurídica para posibles casos como el que hoy nos convoca.

V. ADMISIBILIDAD. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

V. 1.- Poseer reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito.

XUMEK es una organización no gubernamental sin fines de lucro, fundada el 8 de junio del año 2007 en la provincia de Mendoza. Su objetivo principal es la promoción y

¹ Disponible en: <http://xumek.org.ar/informes-anales/>

protección de derechos humanos a través de ejes estratégicos como Informes Anuales para crear un balance de la realidad provincial y ser utilizados como guías generadoras de nuevas políticas públicas; la defensa y el acompañamiento jurídico a personas víctimas de violaciones a sus derechos humanos en la búsqueda por conocer la verdad, alcanzar la justicia y obtener reparaciones necesarias; y la promoción y formación a la sociedad civil, reconociendo el papel clave que las personas tienen en la defensa de los derechos humanos.

Desde hace 11 años nuestro trabajo impacta en la vida de las y los ciudadanos que ven en nuestra organización una referencia para el control de los actos de gobierno y un canal efectivo para la participación y expresión de las demandas fundamentales para el respeto de sus derechos y garantías.

Por otro lado, la legitimidad de Xumek para revestir la calidad de Amicus Curiae, ha sido reconocida y admitida en *el Expediente N.º CSJ 13-04459071-3, caratulado “ASOCIACIÓN CIVIL ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS (A.P.D.H.) FILIAL SAN RAFAEL C/MUNICIPALIDAD DE MALARGÜE P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD”*; y en autos N.º 3707, caratulado *“NIEVES DE MENDOZA S.A y VALLES MENDOCINOS S.A. C/ HEVIA TORRES ALAMIRO p/ REIVINDICACIÓN”*.

Finalmente, se declara tener los siguientes compromisos éticos ambientales que demuestran el interés en participar en la presente causa:

- a) con los derechos de la naturaleza y con la humanidad.
- b) responsabilidad intergeneracional.
- c) preservación de la biodiversidad.
- d) mitigación y adaptación al fenómeno del cambio climático.
- e) reducción y eliminación de la contaminación en todas sus formas y por todos

los medios.

V. 2.- Interés público de la causa.

El carácter público de un interés está ligado a sus posibilidades de proyección sobre temas de trascendencia comunitaria. En lo que respecta a la organización firmante, dicho interés radica en el hecho de que la misma se aboca a la tarea de resolver o mejorar distintas cuestiones relacionadas con el buen funcionamiento del Estado de Derecho y la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, a fin de asegurar la garantía de derechos fundamentales y de indispensable reconocimiento, como ser los que en el presente caso se hallan en pugna.

Las cuestiones que se debaten en el presente caso poseen una trascendencia que supera el mero interés de las partes, ya que los derechos involucrados tienen importancia central para la vigencia de nuestro Estado de Derecho y versa sobre bienes colectivos de interés difuso tal como es el Ambiente.

En cumplimiento del compromiso ético ambiental y conforme los conocimientos acumulados y compartidos con otras asociaciones y fuentes científicas que posee esta Organización No Gubernamental, en este conflicto en el que se debate la protección de intereses difusos y derechos colectivos, de trascendencia internacional, se ofrece:

a) Aportar los conocimientos y *expertise* técnico y jurídico, acumulado en la vasta experiencia en la Argentina y en otros países, que ilustren al Tribunal a fin de que se alcance una resolución justa que respete y haga respetar el Estado de Derecho Ambiental que debe imperar en todas y cada una de las naciones civilizadas. Al efecto se acompaña por separado la documentación referenciada en el punto VI.2 del presente presentación (Dictámen Pericial elaborado por el Grupo Interdisciplinario de la Universidad Nacional de Colombia)

b) Informar al VE del seguimiento de los conflictos ambientales de la región para que VE tenga una visión completa del panorama regional y mundial, de las soluciones alcanzadas en otras regiones y naciones.

c) Aportar la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de cada país, a fin de reforzar la aplicación del principio de convencionalidad y de lograr una mejor comprensión de los principios nacionales e internacionales de derecho ambiental.

d) Exponer la jurisprudencia de este Tribunal -y legislación local- en los tribunales y foros internacionales, jornadas y todo evento ambiental.

e) Proveer de los conocimientos para afianzar la seguridad jurídica ambiental, como concepto novedoso y necesario para la integración del desarrollo humano y del desarrollo sustentable, imprescindible para las relaciones internacionales respetuosas de los derechos humanos, especialmente del derecho humano a un ambiente sano; y del comercio internacional basado en la responsabilidad social corporativa.

f) Aportar información científica comprobada y fiable, proveniente de fuentes independientes de organismos fiscales de naciones que hacen respetar la normativa ambiental.

g) En el caso del art. 46 ap. II inc. 6) del CPCCMza, impulsar la participación ciudadana y la aplicación en todos sus términos del Acuerdo de Escazú, dado que esta persona jurídica alienta a las naciones que no lo han ratificado a hacerlo en forma urgente y aquellas

naciones que no lo han suscrito a adherirse. La Asociación entiende que la participación ciudadana es parte del principio republicano y la audiencia pública su mejor expresión en materia ambiental.

h) Facilitar por todos los canales posibles que las partes acepten total o parcialmente intentar el avenimiento por medios alternativos de resolución de conflictos, indicando las bases posibles para alcanzar voluntariamente compromisos por vía de conciliación o mediación en los aspectos instrumentales, complementarios y temporales, sin afectar el irrenunciable orden público ambiental.

V. 3.- Relación de la Asociación con las partes.

XUMEK declara bajo juramento que no posee relación con ninguna de las partes, ni negocio comercial o con fines de lucro con los litigantes, o interés económico de cualquier clase en el resultado del pleito, ni ha recibido financiamiento o apoyo alguno de éstas. Todo ello garantiza que la opinión que se emite en el presente caso no contenga otro interés que colaborar con una mejor dilucidación del caso y mayor protección a los derechos comprometidos.

VI. APORTES

En virtud de lo manifestado ut supra aportamos información verificada a fin de arribar a una solución justa que garantice la protección del derecho humano a un ambiente sano y seguro. Para finalizar, consideramos pertinente hacer mención al control de convencionalidad.

VI. 1.- Derecho humano a un ambiente sano en el plano internacional.

a. Importantes aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha prestado particular atención al derecho a un ambiente sano tanto en la Opinión Consultiva N° 23 de 2017, como en el reciente fallo Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, de febrero de 2020.

a.1) OPINIÓN CONSULTIVA 23/17:

A petición de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció, por medio de la Opinión Consultiva del 15 de noviembre de 2017, sobre el efecto

de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana².

La Corte Interamericana reconoció “la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”, y desarrolló por primera vez el contenido del derecho a un ambiente sano, regulado, tanto por lo dispuesto en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, como en el artículo 26 de la Convención Americana, que contempla los derechos económicos, sociales y culturales³.

La Corte les asigna, siguiendo el criterio del caso “Lagos del Campo”⁴, la condición allí señalada de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales del artículo 26 de la Convención Americana, “que deben ser entendidos integralmente y de forma conjunta como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.

Mediante esta Opinión Consultiva la Corte Interamericana estableció las obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente, estableciendo que los Estados deben: prevenir los daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio; actuar conforme al principio de precaución frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aún en ausencia de certeza científica; cooperar con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos; garantizar el acceso a la información sobre posibles afectaciones al medio

² Corte IDH, Medio Ambiente Y Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-23/17, 15 de Noviembre de 2017 Solicitada Por La República De Colombia Fallo completo:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>

³ En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

⁴ Corte IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia del 31 de agosto de 2017,
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>

ambiente; garantizar el derecho a la participación pública de las personas, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

Dentro de los aspectos más relevantes desarrollados por la Corte Interamericana relacionados con el derecho a un ambiente sano, y que consideramos particularmente pertinentes al objeto de la presente causa destacamos los siguientes:

I. Tomando en cuenta que frecuentemente no es posible restaurar la situación existente antes de la ocurrencia de un daño ambiental, **la prevención debe ser la política principal respecto a la protección del medio ambiente** (Párrafo 130).

II. La obligación de prevención debe cumplirse bajo un **estándar de debida diligencia**, el cual debe ser apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, **las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores** y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente (Párrafo 142).

Esta observación es particularmente relevante para la Provincia de Mendoza caracterizada por la escasez de agua y al uso de la misma que implicaría la actividad de fractura hidráulica, generando una de las mayores tensiones y preocupaciones sociales atento a la consideración por parte de toda la ciudadanía del valor del recurso hídrico.

III. Dentro de las medidas que deben adoptar los Estados para cumplir con la obligación de prevención se encuentra el deber de regulación: la Convención Americana, en su artículo 2, obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de dicho tratado, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. **En este sentido, la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica** (Párrafo 146).

En este sentido, el decreto 248/18 cuestionado en la presente causa debe ajustarse a los parámetros constitucionales y convencionales, para superar el test de legalidad.

IV. La Corte Interamericana establece ciertas **condiciones que deben cumplir los estudios de impacto ambiental**:

a) **Carácter previo:** el estudio de impacto ambiental debe ser concluido de manera previa a la realización de la actividad o antes del otorgamiento de los permisos necesarios para su realización. El Estado debe garantizar que no se emprenda ninguna actividad relacionada con la ejecución del proyecto hasta que el estudio de impacto ambiental sea aprobado por la autoridad estatal competente (Párrafo 162).

b) **Realizado por una entidad independiente y técnicamente capaz, bajo la supervisión del Estado.** Dentro del proceso de aprobación de un estudio de impacto ambiental, el Estado debe examinar si la realización del proyecto es compatible con las obligaciones internacionales del Estado. En este sentido, el Estado deberá tomar en cuenta el impacto que puede tener el proyecto en sus obligaciones de derechos humanos (Párrafo 164).

c) Ser **abarcativo** de todos los daños (tantos aquellos de los proyectos existentes como por los proyectos asociados al proyecto principal). La Corte ha señalado que el estudio de impacto ambiental debe abarcar el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hubieran sido propuestos . En este sentido, si un proyecto está relacionado a otro, como por ejemplo, la construcción de una carretera para dar acceso, el estudio de impacto ambiental debe tomar en cuenta el impacto del proyecto principal y de los proyectos asociados. Asimismo, se debe tomar en cuenta el impacto causado por otros proyectos existentes. Este análisis permite concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras implican un riesgo de daño significativo.

En este punto consideramos pertinente recordar que el artículo 4 del Decreto 248/18 cuestionado en la presente causa, establece en la segunda parte: *“En el caso de áreas con concesiones ya existentes, prorrogadas o convertidas o en desarrollo de un plan piloto que permita evaluar el potencial de la formación, la autoridad de aplicación podrá exigir la presentación de un aviso de proyecto o un informe ambiental específico en aquellos proyectos que por su escaso impacto o magnitud no puedan afectar el equilibrio ecológico de uno o más ecosistemas...”*.

Se advierte que con esta regulación se estarían flexibilizando los requisitos a cumplimentar por una empresa que cuente con una concesión previa sin considerar el impacto que el efecto acumulativo de la actividad en su conjunto ocasionaría en la zona, aun cuando prima facie y de forma aislada la autoridad de contralor considerase que un nuevo proyecto de fractura hidráulica fuese de escaso impacto o magnitud.

d) Realizado con una amplia participación. Los Estados deben permitir que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada, tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental. La Corte considera que la participación del público interesado, en general, permite realizar un examen más completo del posible impacto que tendrá el proyecto o actividad, así como si afectará o no derechos humanos. En este sentido, es recomendable que los Estados permitan que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental (Párrafo 168).

e) Respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas. En casos de proyectos que puedan afectar el territorio de comunidades indígenas, los estudios de impacto ambiental y social deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas. En este sentido, es necesario tomar en cuenta la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio. Es preciso proteger esta conexión, entre el territorio y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, a efecto de garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados (Párrafo 169).

En conclusión, esta importante opinión consultiva responde a la necesidad de protección efectiva de todos aquellos quienes pueden verse afectados por actividades con un impacto medioambiental negativo.

a.2) FALLO de la Corte IDH: Lhaka Honhat.

La Corte Interamericana ha declarado la violación de los derechos a la propiedad comunitaria indígena, a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación y al agua. El Estado condenado ha sido Argentina, y es la primera vez que la Corte declara responsable a un Estado por violar el Derecho Humano a un ambiente sano.

Esto nos lleva a señalar las siguientes consideraciones relevantes para arribar a una sentencia adecuada al estándar internacional de protección:

1) Si bien el derecho a un ambiente sano está enmarcado dentro del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, vinculante para el Estado Argentino, este fallo no deja lugar a dudas que, además, es justiciable de un modo directo, tal como fue dictaminado en la Opinión Consultiva 23/17.

2) Un efectivo y responsable control de convencionalidad por parte del órgano judicial, deja a las claras la necesidad del accionar por parte de los mismos para garantizar su cumplimiento, observancia y respeto por parte de los órganos del Estado para que el mismo no incurra en su violación y consiguiente responsabilidad internacional. En este sentido la Corte se ha expedido diciendo que “...debe hacerse notar que rige respecto al derecho al ambiente sano no solo la obligación de respeto, sino también la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones”(Párr. 207), siguiendo que “...en esta línea, la Corte ha señalado que en ciertas ocasiones los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas. La obligación de prevenir “es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”.

3) Observa la Corte, que el principio de prevención de daños ambientales, es una parte del derecho internacional consuetudinario, entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias *ex ante* la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación anterior existente (Párr.208). Entre las medidas que debe tomar un estado para dar cumplimiento a sus obligaciones es la de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, en cumplimiento con la normativa integral en derechos humanos.

Los derechos humanos están interconectados e interrelacionados, lo que significa que la vulneración de uno de ellos repercute en el disfrute de otros. Asimismo, los derechos humanos presuntamente afectados por la falta de control de las Agencias Estatales correspondientes en torno a las actividades extractivas, así como la puesta en marcha de las mismas son principalmente: el derecho a la salud, el derecho a un ambiente sano y adecuado,

el derecho a la alimentación adecuada, el derecho al agua y el derecho a la participación y información. Todos estos derechos cuentan con supremacía constitucional, son parte de nuestro sistema legal, vinculantes para la República Argentina, quien debe ser garante de los mismos (art. 75 inc 22 Constitución Nacional Argentina).

La calidad del ambiente es clave para la realización de los derechos humanos fundamentales. Tres aspectos revelan su importancia y su relación con otros derechos humanos. Primero, el ambiente actúa como una condición previa para la realización de los derechos fundamentales, especialmente los derechos a la vida, la salud, agua y alimentación que pueden verse vulnerados si el ambiente está contaminado. En segundo lugar, está relacionado con la realización de los derechos a la información, la participación en los asuntos públicos y el acceso a la justicia, que son cruciales para una buena gestión del ambiente. Y tercero, las políticas públicas económicas deberían integrarse en el concepto de desarrollo sostenible y justicia social para dar amplia protección a este derecho.

b. Otros instrumentos internacionales: Acuerdo de Escazú

Consideramos relevante traer a colación el reciente Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación Pública y Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como “Acuerdo de Escazú” (Principio 10, Declaración de Río) que resulta legalmente vinculante para la Argentina en razón del artículo 27 de la Convención de Viena.

Es el primer tratado de la región sobre asuntos ambientales y el primero en el mundo en incluir disposiciones sobre defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales.

Tal como afirma Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el prefacio del Tratado: *“este Acuerdo Regional es un instrumento jurídico pionero en materia de protección ambiental, pero también es un tratado de derechos humanos. Sus principales beneficiarios son la población de nuestra región, en particular los grupos y comunidades más vulnerables. Su objetivo es garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de manera oportuna y adecuada, a participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y su entorno y a acceder a la justicia cuando estos derechos hayan sido vulnerados.”*

“En ese sentido, en el Acuerdo se plasma el compromiso de incluir a aquellos que tradicionalmente han sido excluidos o marginados o han estado insuficientemente representados y de dar voz a quienes no la tienen, sin dejar a nadie atrás.”.

El Acuerdo “Se cimienta en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992. De ahí que sus pilares sean: 1) derechos humanos: igualdad, no discriminación, no regresión, progresividad y principio pro-persona. 2) principios ambientales: principio preventivo, principio precautorio y equidad intergeneracional; 3) principios relevantes para el acceso a la información: principio de transparencia, rendición de cuentas y máxima publicidad.”

Escazú pone en el centro a la ciudadanía y hace especial foco en las personas y poblaciones vulnerables, muchas veces aquellas que más dependen de los servicios ecosistémicos, promoviendo su plena y efectiva participación.

Se destaca los aportes del Acuerdo Escazú en materia de personas y grupos en situación de vulnerabilidad. El mismo los define en el artículo 2 inciso e) como *“aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales.”*⁵

Para finalizar y en relación a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), el Acuerdo de Escazú da esperanza ya que este tratado resulta ser un instrumento invaluable para lograr la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Es necesario entrelazar principios de derechos humanos y los ODS, con especial énfasis en el caso particular del ODS 16 (paz, justicia e instituciones fuertes).

VI. 2.- Importantes aportes académicos científicos en torno a la Fractura Hidráulica:

Consideramos pertinente y relevante aportar a la presente causa el **DICTAMEN PERICIAL “FRACKING”** elaborado por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, solicitado por el Consejo de Estado de Colombia en el proceso: *“Expediente 57819 (11001032600020160014000) Actor: ESTEBAN ANTONIO LAGOS GONZÁLEZ*

⁵ Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. CONSEJERO PONENTE: RAMIRO PAZOS GUERRERO OFICIO No. 0-2019-1831-SJG⁶”.

El dictamen resulta fundamental en la presente causa, para reflexionar sobre la necesidad de contar previamente a la autorización de una obra o actividad con estudios serios de abordaje profesional interdisciplinario, que coteje la bibliografía académica y científica recopilada en otras partes del mundo sobre la fractura hidráulica y compararla con la realidad de la provincia, la información suministrada por el Gobierno de Mendoza para finalmente cuestionarnos si resulta fidedigna, certera, objetivamente irrefutable e incuestionable.

El informe viene a iluminar y ponderar con un criterio de razonabilidad y buena fé los interrogantes que Xumek ha plantado en sede administrativa y que han sido descartados por inconducentes e irrelevantes por el Gobierno. Asimismo consideramos que el dictamen brinda respuestas científicas, objetivas e imparciales sobre los riesgos que conlleva la fractura hidráulica y los impactos socio ambientales en las comunidades donde se autorizan las operaciones.

Si bien se adjunta el dictamen completo para su análisis detallado por V.E, consideramos oportuno resaltar algunos aspectos generales sobre la utilización de la técnica de fractura hidráulica (fracking), para la extracción de gas y petróleo en Yacimiento No Convencionales (YNC) que deben ser tenidos en cuenta ponderando los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos en la presente causa y que harían plausible un reclamo contra el Estado ante el sistema interamericano de derechos humanos.

⁶ El dictamen es producto del trabajo consensuado de seis de los nueve profesores designados para integrar el Grupo Interdisciplinario, que fue conformado por la Universidad Nacional de Colombia. a saber:

JAVIER GUERRERO, Geólogo, Universidad Nacional de Colombia, M.Sc., Ph.D.en Estratigrafía y Sedimentología, Duke University, U.S.A.

CARMENZA CASTIBLANCO, Lic. Química, Esp. Estadística, Mg. Economía, Medio Ambiente y Recursos Naturales, Doctora en Estudios Ambientales y Rurales, Universidad Javeriana.

ALBA ISABEL RODRÍGUEZ, Médica, Univ. Nacional de Colombia, Esp. Salud Ocupacional, Mg. Toxicología Clínica, Université Catholique de Louvain, Bélgica.

JORGE JULIÁN VÉLEZ UPEGUI, Ingeniero Civil, Univ. Nacional de Colombia, Doctor en Planificación y Gestión de Recursos Hidráulicos, Univ. Politécnica de Valencia, España.

PEDRO ELÍAS GALINDO LEÓN, Politólogo Univ. de los Andes, Esp. Derechos Humanos, Mg. Política Pública, Doctor en Sociología Jurídica, Univ. Externado de Colombia.

ANDRÉ-NOËL ROTH, Politólogo, Univ. de Genève, Mg. en Ciencias Políticas, Doctor en Ciencias Económicas, Sociales y Políticas, Université de Genève, Suiza.

“El informe está estructurado en siete partes que corresponden a las preguntas enviadas por el Consejo de Estado. Las respuestas a estas preguntas fueron desarrolladas de manera conjunta por el grupo de profesores, con un enfoque interdisciplinar, de tal manera que se intentó incorporar diferentes dimensiones del análisis, incluyendo aspectos geológicos, geofísicos, geoquímicos, hídricos, ingenieriles, económicos, sociales, medio ambientales, toxicológicos y de salud pública. Las respuestas a las preguntas formuladas se sustentan en publicaciones científicas en varios idiomas y fueron coordinadas por los especialistas de cada tema...”

El dictamen aclara que *“ la información científica proviene de los países donde se ha adelantado y/o se ha prohibido la técnica, incluyendo principalmente a Estados Unidos, Australia, Reino Unido, Canadá y China. Gran parte de la literatura científica, ingenieril, sociológica y de salud pública enlaza los efectos de las actividades de exploración y explotación de yacimientos convencionales con los no convencionales, así que algunas experiencias en Colombia también fueron incorporadas.”*

A) El quid del debate actual sobre la exploración y explotación de yacimientos no convencionales de gas y de petróleo mediante la técnica de fracking:

Desde el punto de vista científico y técnico, podemos extraer que: *“se centra en el balance entre los potenciales beneficios económicos para una nación y los **enormes costos ambientales, sociales y de salud para las comunidades de las regiones donde se efectúa el fracking.**”*

También existe un intenso debate por la forma en la que esta técnica contribuye de manera negativa al cambio climático global y por la necesidad de disminuir el uso de combustibles fósiles.”

*“En los últimos años se han reportado múltiples estudios con amplio soporte científico, que indican que **se trata de una técnica con altos riesgos, que para llevarse a buen término requeriría de responsabilidad social y empresarial, disponer de una línea base ambiental y social y adicionalmente ejercer control, regulación y seguimiento muy estrictos con institucionalidad muy fuerte, que haga presencia en las regiones donde se pretende implementar.** Aun así, en los países en donde se ha desarrollado esta técnica se han presentado problemas e impactos que han sido documentados en múltiples artículos científicos, reportes técnicos, tesis de grado, e informes realizados por universidades,*

*institutos de investigación, entidades gubernamentales, y organizaciones no gubernamentales”.*⁷.

Luego de realizar consideraciones sobre los argumentos que prevalecen en el debate político los expertos señalan que *“ha conducido a los Estados a tomar posiciones y decisiones encontradas. Mientras unos países **han prohibido el uso de la técnica con base en el principio de prevención, otros han establecido una moratoria con base en el principio de precaución** (Orduz et al, 2018; Weible et al, 2016)”.*⁸

Una reflexión queda resonando a fin de ponderar los riesgos que deseamos asumir como sociedad y el futuro que deseamos para las generaciones futuras: *“La técnica de fracking incrementa el consumo de combustibles fósiles y además aplaza la transición energética que de todas formas deberá darse, debido a la finitud de los hidrocarburos y a las consecuencias negativas de su uso (Hall & Klitgaard, 2012).”*

Atravesando los argumentos en contra o a favor del fracking en torno al debate económico, sobre seguridad y transición energética, llegamos a un apartado que requiere especial atención en relación a los derechos humanos comprometidos al examinar los **riesgos para el ambiente y la salud humana.**

*“**Existen riesgos y daños materializados y documentados, siendo los principales referidos a contaminación de aguas superficiales y subterráneas, aire y suelos con los compuestos químicos usados en el fracking.**”*

*“**También se incluye la contaminación generada por los químicos liberados de las rocas fracturadas. La contaminación del aire con metano tiene importantes implicaciones en términos de incremento de las emisiones de GEI. Los problemas de***

⁷ Se han reportado más de 28.000 referencias en el Google Academic y sólo para el año 2019 se tienen alrededor de 2.600 publicaciones relacionadas con los impactos de fracking. Si se busca por riesgos asociados al fracking se encuentran alrededor de 6.900 publicaciones a septiembre de 2019. Resultados similares se observan si se emplean las bases de datos científicas como Scopus, Science Direct, o bases de datos de fracturación hidráulica como FracFocus, geoSCOUT y AccuMap, lo que indica la complejidad en la búsqueda de información en la actualidad, ya que día a día surgen nuevas investigaciones al respecto que amplían el debate a nivel mundial. Los mayores aportes provienen de Estados Unidos, China, Canadá y el Reino Unido.

⁸ De acuerdo con la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública de la Universidad de los Andes: *“El principio de precaución se ha desarrollado en varios instrumentos internacionales como una prerrogativa en la protección ambiental... El principio de precaución se diferencia del principio de prevención pues en el primero no es posible tener certeza del daño ambiental causado y es precisamente esa incertidumbre el sustento para no realizar la actividad; mientras que en el segundo el daño se conoce y puede anticiparse, y esa es la razón de la prohibición” (MASP, 2019, p. 4).*

contaminación se traducen en riesgos y daños en salud humana, afectaciones a la calidad de vida de las personas, salud de animales y afectaciones a la agricultura y ganadería.

*Debido a ser una técnica de uso relativamente reciente, aún no se perciben totalmente, ni se pueden identificar todos los **impactos acumulativos sobre la salud humana y los ecosistemas** (European Parliament, 2011; Food and Water Watch, 2013; CHPNY & PSR, 2019).*

*En relación a la huella ambiental: “Minimizan los potenciales impactos de la huella subterránea. No hacen explícita la necesidad de perforar muchos pozos para mantener el nivel de producción proyectado, debido a la rápida tasa de declinación de producción de los pozos. **Esto incrementa de manera significativa, en el mediano y largo plazo, la huella tanto superficial como subterránea.**”*

Finalmente una cuestión que está presente en el discurso político en relación a la similitud del fracking con la actividad convencional en cuanto a los riesgos y daños, vale resaltar que **en la Fractura Hidráulica: “Los riesgos son muy superiores porque se perforan y fracturan miles de pozos horizontales en rocas con alto contenido de elementos radioactivos y metales pesados, además de inyectar compuestos contaminantes que producen aguas residuales altamente contaminadas** (CHPNY & PSR, 2019). En cada pozo horizontal se utilizan hasta 60.000 metros cúbicos de agua, de los cuáles sólo retorna alrededor del 30%.

Existe una alta posibilidad de generar pasivos ambientales y de salud, que una vez las empresas se retiren o se declaren en bancarrota, deben ser asumidos por el Estado (Environment Ohio, 2012).”

*“De acuerdo con el “Compendio de hallazgos científicos, médicos y mediáticos demostrando los riesgos y daños del fracking” (CHPNY & PSR, 2019), se observa que existe gran preocupación e intenso debate por los **daños ya generados a los ecosistemas, incluyendo las aguas superficiales y subterráneas, el suelo, el aire y la fauna y flora silvestres; se debaten además los daños causados en salud humana, a la agricultura y ganadería y a la calidad de vida de las comunidades, además de los impactos en el cambio climático global.**”⁹*

⁹ “El Compendio de Hallazgos Científicos (CHPNY & PSR, 2019) contiene la revisión y análisis de 1485 referencias (con fecha de corte en junio de 2019), incluyendo artículos científicos publicados en revistas arbitradas, reportes de entidades gubernamentales de varios países y reportes de periodismo investigativo. Dicha literatura está

B) Riesgos y daños del fracking:

En el punto 1.2 del Dictamen interdisciplinario, encontramos una sección fundamental para la resolución de la presente causa:

¿La comunidad científica nacional e internacional acepta la existencia de riesgos asociados a la utilización de la técnica del fracking? ¿En caso de existir, en qué consisten, cuál es su nivel de conocimiento, se encuentran plenamente identificados?

Las conclusiones son indubitables: ***“La comunidad científica, de los Estados donde se ha efectuado y/o se ha prohibido el fracking (high-volume hydraulic fracturing) o fracturamiento hidráulico de alto volumen en perforaciones horizontales de rocas de grano fino (tamaño arcilla y limo fino), con baja porosidad y permeabilidad (principalmente shale, marga y biomicrita), para extraer gas y petróleo, sí acepta la existencia de riesgos asociados al uso de esta técnica.”***

“Los riesgos y daños materializados, documentados mediante numerosos estudios científicos, incluyen contaminación de aguas superficiales y subterráneas, el suelo y el aire con los productos químicos utilizados en el fracking, varios de ellos demostradamente cancerígenos o con otros efectos adversos a la salud humana y animal, incluyendo benceno, tolueno, etil- benceno, xileno, etilen-glicol, naftaleno, formaldehído, acrilamida y otros destilados del petróleo. También se incluye la contaminación del agua, el aire y el suelo, generada por los químicos liberados de las rocas fracturadas, incluyendo arsénico, estroncio, hierro, magnesio, metano, etano, propano y elementos radioactivos como radón y radio (PSR, 2018).”

“La contaminación de acuíferos y de aguas superficiales puede extenderse por varios kilómetros e incluso decenas de kilómetros desde el sitio de fracking, debido a la migración de aguas contaminadas u otros fluidos y gases del pozo, que accidentalmente se conectan con acuíferos; también, debido a vertimientos de aguas residuales de manera intencional o accidental en fuentes superficiales de agua y en acuíferos (CHPNY & PSR, 2019).

disponible en el “Repository for Oil and Gas Energy Research” de la organización “Physicians, Scientists, and Engineers for Healthy Energy” (PSE, 2019) ubicado en: <https://www.psehealthyenergy.org/our-work/shale-gas-research-library/>

*“Adicionalmente, se ha reportado **contaminación del aire** con ozono, metano, etano, propano y radón debido a escapes intencionales y accidentales en el sitio de fracking y a través de gasoductos, estaciones de compresores e instalaciones de gas natural licuado. La contaminación por el polvo levantado mediante el tránsito de miles de camiones, que se requieren para transportar agua e insumos químicos al sitio de fracking, es inevitable en las carreteras no pavimentadas y termina ocasionando afecciones pulmonares.*

***La generación de sismos,** debida a la inyección profunda de aguas de desecho, también ha sido documentada (CHPNY & PSR, 2019).*

“La mayoría de los riesgos son conocidos y han sido ampliamente documentados por la literatura científica. (CHPNY & PSR, 2019).”

*“Los riesgos han sido plenamente identificados y han sido estudiados en muchas partes del mundo (Zoback, 2012; Warner et al, 2012; Burton et al, 2014; Vengosh et al, 2014; Llewellyn et al, 2015; UNEP, 2016; US EPA, 2016; Torres et al, 2016; Costa et al, 2017; Meegoda et al, 2017; Meng, 2017; Lin et al, 2018; Shanafield et al, 2019; Niyibizi et al, 2019; Sun et al, 2019; Worrall et al, 2019). En Colombia se dispone de algunos estudios (Aracil, 2016; Charry & Pérez, 2017; Orduz et al, 2018; CGR, 2018 a, b; Comisión Interdisciplinaria, 2019; MASP, 2019; Fierro, 2019) **que han evidenciado los riesgos del fracking,** resaltando la falta de información hidrogeológica y ambiental, la mega biodiversidad en flora y fauna de nuestro país y **la vulnerabilidad de las comunidades,** en un entorno de débil institucionalidad con poco o ningún control de eventos de contaminación y daños en fauna y flora silvestre por la actividad de explotación convencional de petróleo y gas.”*

En honor a la brevedad, a fin de evacuar cualquier inquietud sobre los múltiples riesgos y las fuentes científicas que sustentan las afirmaciones, recomendamos la lectura y análisis del cuadro acompañado a fs 15 del dictamen pericial sobre:

a) Riesgos ambientales: 1.Contaminación de aguas subterráneas por fugas de gases y de fluidos; 2.Contaminación de aguas superficiales; 3.Consumo de agua; 4.Contaminación del aire, Emisiones de gases radioactivos; 5. Emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) tales como Dióxido de Carbono (CO₂) y Metano (CH₄); 6.Sismos inducidos por fracking y sismos inducidos por inyección de aguas contaminadas en pozos de almacenamiento.

b) Riesgos sociales y económicos: 1. Deterioro cultural de los pueblos indígenas y comunidades campesinas; 2. Debilitamiento de la diversificación productiva por competencia de insumos (tierra, mano de obra) y por el uso de la infraestructura vial; 3. Crecimiento demográfico de la población foránea; 4. Alza de los precios de vivienda y de los productos básicos; 5. La caída mundial de los precios del petróleo amenaza la sostenibilidad de los proyectos de fracking.

c) Riesgos de salud: 1. Afectaciones de salud asociadas con proximidad a pozos de fracking (enfermedades del sistema genitourinario en mujeres; defectos neurales en niños cuya residencia de nacimiento estaba ubicada a menos de dos millas de áreas de fracking; mujeres embarazadas en las que se encontraron altas concentraciones de ácido mucónico y resultados adversos en el parto; niveles elevados de bario y estroncio en orina y muestras de cabello de mujeres indígenas); 2. Enfermedades respiratorias y de otros sistemas (exposición crónica a productos químicos presentes en los fluidos de fracturación y retorno, exposición al sílice y material particulado, exposición a sustancias cancerígenas, disruptores endocrinos, exposición a sustancias con potencial irritante y alergizante, exposición a sustancias neurotóxicas); 3. Enfermedades por consumo de H₂O contaminada y alimentos contaminados con químicos; 4. Alteraciones psicosociales.

c).1. En relación a este último apartado sobre los Riesgos para la salud humana, son profundizados en la pregunta 1.3 del informe donde se concluye nuevamente que: *“Las investigaciones científicas y de salud pública demuestran que el fracking plantea amenazas importantes para el mantenimiento de la calidad del aire y del agua, salud humana, seguridad pública, cohesión comunitaria, vitalidad económica a largo plazo, biodiversidad, estabilidad sísmica y estabilidad climática.*

La evidencia científica es masiva, preocupante y exige acción decisiva. Los datos continúan revelando una gran cantidad de problemas recurrentes y daños que no se pueden evitar lo suficiente mediante marcos regulatorios. No hay evidencia de que el fracking puede operar sin amenazar la salud pública directamente y sin poner en peligro la estabilidad climática de la que depende la salud pública (CHPNY & PSR, 2019, p. 45).”

“La existencia de riesgos se debe plantear desde una perspectiva integral, que incluya las consecuencias de todas las actividades conexas al fracking (Figura 3).¹⁰ Además de la perforación horizontal de rocas de grano fino y su fracturamiento hidráulico masivo, debe considerarse la preparación de las instalaciones asociadas a las plataformas de perforación, el transporte por carretera de herramientas y materiales, compuestos químicos, agua, arena y otros insumos; además, hay que tener en cuenta el ciclo de vida de los compuestos químicos y del agua utilizada en el proceso, la construcción de oleoductos y gasoductos, la disposición superficial de aguas contaminadas con los químicos utilizados y con elementos radioactivos y metales pesados provenientes de la roca fracturada masivamente; también, la inyección de aguas contaminadas en rocas porosas, la disposición superficial de fragmentos de roca extraídos durante la perforación, la contaminación del aire por antorchas de gas y el ruido excesivo.”

Seguidamente se realiza un descripción de los riesgos para la salud con indicación de fuentes científicas, afirmando que: *“se encuentran documentados en múltiples recursos bibliográficos y en extensas revisiones sistemáticas de la literatura realizadas por organizaciones médicas y científicas, organismos estatales y grupos de expertos (CHPNY & PSR, 2019). Los riesgos están relacionados con la calidad del aire y del agua, los químicos que se usan en el fluido de fracturación, los riesgos de la composición y disposición de los fluidos de retorno, la contaminación de acuíferos, fuentes de agua, suelos y los alimentos producidos y consumidos en las zonas de explotación.”*

El informe, presenta un cuadro con una descripción de algunos productos químicos de interés en el fluido de fracturación hidráulica, algunos tóxicos naturales que salen a la superficie con el agua de fracking, detallando los compuestos químicos orgánicos, inorgánicos y los efectos sobre la salud humana reportados por la exposición crónica.¹¹

¹⁰ Figura 3. Riesgos asociados al fracking. Cantidades promedio de agua, químicos, arena y cantidad de pozos suministradas por Conoco y Ecopetrol. Información de Lauwerys et al (2007), Picot et al (2011), EPA (2016), PSR (2018), CHPNY & PSR (2019), TOXNET (2019). Dibujo de Liebenberg (2013).

¹¹ Tabla 1. Efectos adversos de salud asociados al riesgo por exposición a algunos compuestos inyectados junto con el agua durante el proceso de fracking y que retornan parcialmente, junto con los elementos y gases liberados de la roca fracturada. Compilado de varias fuentes, incluyendo Lauwerys et al (2007), Picot et al (2011), EPA (2016), PSR (2018), CHPNY & PSR (2019), TOXNET (2019).

La conclusión sobre el riesgo para la salud humana derivado de la fractura hidráulica es indiscutible, pertinente y totalmente conducente para la resolución del presente caso: **“la evidencia científica disponible apunta a que la explotación de YNC mediante la técnica de fracking genera serios riesgos para la salud humana (principalmente para los grupos más vulnerables), así como para la salud de animales de granja y fauna y flora silvestres. Los hallazgos de salud pública evidencian un aumento en el número de partos pre-término, bajo peso al nacer, enfermedades respiratorias, alteraciones endocrinas y un aumento del riesgo de varios tipos de cáncer.”**

C) Riesgos no reversibles o irreversibles:

Al llegar al punto 1.4 nos encontramos con una pregunta central que se le formula a los expertos: ¿Los riesgos potenciales son previsibles, pueden ser mitigados y son reversibles? En caso afirmativo, de conformidad con el desarrollo científico y técnico actual en el mundo, ¿cuáles son los requerimientos, medios, instrumentos y mecanismos de seguimiento y control para lograr estos objetivos? ¿Existen experiencias al respecto y cuáles han sido sus resultados?

Es en este apartado donde encontramos respuestas concluyentes en relación al tema que mayor preocupación ha suscitado en la población de Mendoza: la contaminación del agua como bien escaso y de dominio público.

“El agua no tiene sustituto y una vez que se pierde o se contamina la remediación tiene un costo muy alto. Por ejemplo, cuando se contamina un acuífero por derrames de hidrocarburos o con el fluido de retorno, toma mucho tiempo remediarlo, con un costo muy alto, no sólo económico sino ambiental, que requiere de muchos estudios y de un seguimiento y monitoreo intensivo (Buono et al, 2017).”

*“En cuanto a los derrames en las aguas superficiales, se pueden considerar como **riesgos no reversibles**, porque afectan a los ecosistemas, generando pérdida de biota (flora y fauna) que es muy valiosa (IAVH & CAR, 2009), además de generar conflictos con la comunidad por afectaciones en animales de granja y disponibilidad de agua potable. Los daños por contaminación del agua en la salud humana y de animales de granja podrían ser mitigables, pero **si ocasionan enfermedades graves o la muerte, son irreversibles.**”*

El informe manifiesta que existe consenso sobre las medidas que se deben tomar en relación a los requerimientos, medios e instrumentos de seguimiento y control para poder prevenir y mitigar los riesgos, las cuales incluyen:

1) Determinación de una línea base confiable y actualizada de flora y fauna, calidad de las aguas y el aire, uso del suelo, salud pública y demás variables que puedan generar conflicto de interés, como pueden ser la institucionalidad, la gobernanza y los aspectos socio- económicos y culturales. 2) Realización del monitoreo en tiempo real para tener control de las variables de calidad de agua, suelo, aire y biota. Así mismo, hacer un seguimiento a las variables económicas, sociales y culturales, con el fin de dar alertas y poder realizar una buena gestión del riesgo. 3) Hacer pública la información recolectada sobre todos los procesos involucrados en la técnica del fracking, para que tanto la academia como las empresas y la comunidad puedan realizar investigación, control y seguimiento en todas las dimensiones de interés: ambiental (variables físicas y bióticas), salud pública, económica, social, cultural e institucionalidad. 4) Promover la vigilancia y control ciudadano a través de seguimiento de todo el proceso para que sea transparente tanto para las comunidades como para todas las instituciones. 5) Fortalecimiento institucional para que personal calificado vigile, controle y tome medidas efectivas y rápidas. 6) Implementación de un observatorio y una base de datos nacional alimentada por las empresas del sector y el Gobierno, que esté disponible y abierta para el uso de todos los interesados.

En cuanto a la valoración de los estudios nos manifiestan que “*Es importante destacar la propuesta por Lampkin & Wyatt (2019), quienes señalan que es imprescindible que se realice una valoración ecológica por encima de una valoración económica en los estudios que se realizan sobre los impactos y beneficios de las técnicas del fracturamiento hidráulico.*”

Al referirse a la contaminación de acuíferos aportan información en relación a la fractura hidráulica: “*La EPA ha demostrado que las malas prácticas del fracking han contaminado acuíferos en Wyoming, Estados Unidos, básicamente por derrames ocurridos por mala manipulación de sustancias químicas DiGiulio & Jackson (2016). Por otro lado, Lin et al (2018) reportan el descenso en los niveles freáticos en 3 de 15 acuíferos estudiados en Dakota del Norte, Estados Unidos.*”

Continuando con los riesgos y la categorización como irreversibles, exponen otro temas de gran preocupación en la población de Mendoza relacionado con **las fugas**: *“la tecnología presenta grandes avances en perforación y aislamiento de pozos. No obstante, con el transcurrir de los años, los materiales utilizados son susceptibles a procesos de deterioro, que dependen de la sismicidad natural de la zona, los sistemas de fracturas y fallas pre-existentes, la hidrogeología del área, la geoquímica de las rocas perforadas, los compuestos químicos introducidos y la calidad inicial de los revestimientos. La corrosión y deterioro de los metales y del cemento de revestimiento de los pozos, tanto convencionales como no convencionales, pueden terminar en rupturas que producen derrames de aguas contaminadas por compuestos químicos utilizados en la perforación y además por gas y petróleo y por elementos y minerales liberados de la roca.*

*Los escapes de gas, petróleo y aguas contaminadas de los pozos hacia acuíferos, aguas superficiales y atmósfera constituyen un **riesgo elevado y difícil de mitigar**. En relación con los problemas de integridad de los revestimientos de los pozos, el compendio de estudios científicos de CHPNY & PSR (2019, p. 119) concluye:*

*“Los estudios muestran que muchos pozos de petróleo y gas tienen fugas, lo que permite la migración de gas natural y potencialmente otras sustancias en el agua subterránea y/o la atmósfera. **Alrededor del cinco por ciento de los pozos tienen fugas de inmediato, el 50 por ciento de fugas después de 15 años y el 60 por ciento de fugas después de 30 años.** El acto del fracking en sí mismo puede redistribuir el estrés y crear vías subterráneas para la migración del fluido, que a su vez puede comunicarse con vías causadas por el deterioro del cemento en el envejecimiento de las cubiertas de los pozos, lo que conduce tanto a la contaminación del agua subterránea como a las emisiones atmosféricas. **El problema de la fuga de pozos, identificado por primera vez por la industria, no tiene una solución conocida.***

El deterioro del cemento y de los tubos de revestimiento de los pozos (convencionales y no convencionales) con el tiempo, puede iniciarse con cementaciones deficientes (Figura 13)¹² que no logran un sello completo alrededor de la tubería de

¹² Figura 13. Cementaciones deficientes que evitan que se logre un sello de cemento completo alrededor de la tubería de revestimiento y que pueden conducir a la pérdida de integridad del pozo: 1) Malas condiciones del conducto de perforación y desplazamiento irregular del cemento. 2) Tubería de revestimiento descentrada y no aislada de la roca. 3) Limpieza incompleta del conducto de perforación dejando tortas de lodo. Tomado de Council of Canadian Academies (2014, p. 56).

revestimiento. De acuerdo con el Council of Canadian Academies (2014): “La fuga de gas a través de sellos de cemento deficientes o deteriorados es un problema reconocido desde hace tiempo, pero aún no resuelto...”

Un dato relevante para desestimar la postura de quienes desean asimilar los pozos de shale gas con los pozos convencionales surge de la siguiente conclusión:

*“Un análisis de 75.505 informes de 41.381 pozos de petróleo y gas, convencionales y no convencionales, perforados durante los años 2000 al 2012 en Pennsylvania reveló que un porcentaje importante de los pozos presentó fugas de gas debidas a fallas en la integridad del cemento y tuberías de revestimiento (Ingraffea et al, 2014). Un análisis comparativo mostró que **los pozos más recientes de shale gas tenían seis veces más fugas que los pozos convencionales perforados durante el mismo período de tiempo.**”*

*“Los registros de inspección muestran cemento comprometido y/o integridad de la carcasa en 0.7– 9.1% de los pozos activos de petróleo y gas perforados desde el año 2000, con un riesgo de 1.6 a 2.7 veces mayor en pozos no convencionales en relación con los convencionales perforados desde 2009. Las tasas significativamente mayores de deterioro en pozos perforados en los condados del NE del estado (12,5% en promedio), **predicen riesgos acumulativos (Figura 15)¹³ superiores al 40%** (Ingraffea et al, 2014).”*

*“Los pozos abandonados también sirven como vías subterráneas para migración de fluido, aumentando los riesgos de contaminación del agua subterránea. El fluido puede migrar hacia arriba a través de canales verticales cuando las fracturas de las nuevas operaciones de perforación y fracking se cruzan con viejos pozos. La vía más probable de transporte de contaminantes tiene lugar fuera del revestimiento del pozo. Expertos de la industria, consultores y agencias gubernamentales, incluidos la Agencia de Protección Ambiental (EPA), la Oficina de Responsabilidad del Gobierno de los Estados Unidos (GAO), el Departamento de Agricultura de Texas, el Departamento de Preservación del Medio Ambiente del Estado de New York (NYS DEC), el Departamento de Protección Ambiental de Pennsylvania (PA DEP), la Agencia de Protección Ambiental de Illinois y la Comisión de Petróleo y Gas de Columbia Británica **han advertido sobre problemas con pozos***

¹³ Riesgo acumulativo de fugas para los condados del NE de Pennsylvania por tipo de pozo. El eje vertical es la probabilidad fraccional de que ocurra un evento en un determinado tiempo de análisis. Tomado de Ingraffea et al (2014).

abandonados debido al potencial de fluidos y gases presurizados para migrar a través de pozos inactivos y, en algunos casos, activos”¹⁴

Luego de un extenso desarrollo y fundamentación sobre los riesgos de fugas en operaciones de fracking que tienen lugar en campos de petróleo y gas con una larga historia de perforación convencional; los expertos concluyen que :***“al no haber solución para el deterioro de los revestimientos de cemento y tuberías metálicas de los pozos, son inevitables las fugas de gases y fluidos contaminantes. Estos riesgos aumentan con el tiempo y aumentan con las actividades de fracking en zonas donde ya hay pozos convencionales de petróleo y gas abandonados.”***

Habrá que analizar las fugas no sólo de metano sino de aguas contaminadas después de varios años, cuando las actividades de exploración y producción hayan terminado y no haya ninguna compañía que responda por los daños ocasionados en medio ambiente y salud humana; así como también los costos ambientales y de salud que serán inevitablemente transferidos a todos los ciudadanos.

Finalmente solicitamos a Vuestra Excelentísima Suprema Corte, una revisión completa del dictamen pericial sobre el resto de los interrogantes que, si bien están orientados hacia la situación del fracking en Colombia, nos ofrece un análisis completo sobre los impactos socio ambientales, desastres ecológicos producidos por la expulsión de petróleo, gas, agua y compuestos químicos en el territorio, debilidades en la labor de fiscalización, afectaciones a comunidades y ecosistemas involucrados.

El detalle y precisión del dictámen pericial analizado revela con contundencia la afectación comprobada al ambiente en general y a los bienes colectivos involucrados para la realización de la técnica de fracking tornando los riesgos proyectados en posibles vulneraciones al derecho al ambiente sano como derecho humano y la necesidad de la aplicación ineludible de los presupuestos mínimos ambientales y los principios de prevención y precaución que rigen en la materia.

¹⁴ Entre las referencias de soporte de las conclusiones se encuentran: Staver (2019), Legere (2019), Legere & Litvak (2019), Taherdangkoo et al (2019), Scauzillo (2019), Montague et al (2018), WPXI (2018), Mishkin (2018), Clarren (2018), U.S.G.A.O. (2018), Schout et al (2018), Yirka (2017), Nikiforuk (2017a, b, c), Cahill et al (2017), Malewitz (2016), Kang et al (2016), Than (2016), Oldham (2016), Boothroyd et al (2016), Montague & Pinder (2015).

VI. 3.- Control de Convencionalidad

Conforme lo establece el Art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales sobre derechos humanos cuentan con jerarquía constitucional, y por consiguiente no sólo la Nación debe respetar y garantizar lo preceptuado y contenido en dichos marcos normativos, sino también, deben ser tenidos en cuenta y aplicados por las provincias y municipios.

En este orden de ideas, resulta menester poner énfasis en la facultad del Poder Judicial -en sus diferentes instancias- para poder poner en ejercicio el *control de convencionalidad*¹⁵. Dicha prerrogativa surte efecto en razón de lo establecido por la Convención Americana, instrumento jurídico que -por lo anteriormente expuesto- resulta norma con jerarquía constitucional.

El Control de Convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan compatibles o no con lo consagrado por la CADH y con las pautas interpretativas que la Corte Interamericana haya acuñado al respecto, disponiendo si así correspondiera, la reforma o derogación de dichas prácticas o normativa. Es decir, ya no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es o no inconstitucional, sino que también se debe controlar su convencionalidad, o sea, el órgano competente debe además decidir si ella restringe o viola derechos reconocidos por la Convención Americana.¹⁶

Respecto a su contenido y alcance, la Corte IDH ha ido desarrollando y precisando el mismo a través de su jurisprudencia, estableciendo diferentes elementos o características que lo determinan, especificando que: a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte¹⁷; b) debe ser realizado *ex officio* y en el marco de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes¹⁸; c) la obligación de realizar dicho control corresponde a los jueces y órganos vinculados a la

¹⁵ El control de convencionalidad fue explicado por primera vez en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile: “*el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH*”. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C Nº 154, párr. 124.

¹⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20/11/2007. Serie C Nº 169, párr. 78.

¹⁷ Ut supra. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Párr. 124.

¹⁸ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2010. Serie C Nº 216, párr. 219.

administración de justicia en todos los niveles¹⁹; d) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias²⁰; y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.²¹

Al respecto se ha pronunciado nuestra Suprema Corte sosteniendo que: *“Cuando la Nación se obliga mediante un tratado internacional a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Por ello debe abordarse el control de constitucionalidad, y a su vez un control de convencionalidad. Es decir, deben confrontarse las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia -examen de compatibilidad- entre aquellos y estas.”* (Autos N° 107527 - Telefónica de Argentina S.A. en J 22.109 Gomez Forte, Mariano Ariel c/ Telefónica de Argentina S.A. p/ Diferencias Salariales, 17/10/2013 - Sentencia). Y a ello agrega que: *“Corresponde a todas las autoridades del Estado el control de convencionalidad genérico, no ya para inaplicar normas, sino a los fines de aplicarlas de forma tal de maximizar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales.”* (Autos N° 13021237056 - Salomon Elena c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza (Poder Judicial) p/ Acción Procesal Administrativa, 11/05/2016 - Sentencia).

En este orden de ideas, resulta conveniente destacar la obligación de adecuación normativa prevista en el art. 2 de la CADH, la cual implica: I) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y

¹⁹ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/08/2014. Serie C N° 282, párr. 311.

²⁰ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011. Serie C N° 221, párr. 193 y 239.

²¹ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30/01/2014. Serie C N° 276, párr. 124.

II) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²²

Ahora bien, es dable recalcar que la Corte Suprema de Justicia Nacional ya se ha hecho eco y ha acatado lo dispuesto por la Corte IDH en la materia, incluso en lo referido al ejercicio ex officio de la misma. Prueba de ello resulta del considerando 21 de “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad” (Fallos 330:3248), donde receptó expresamente la pauta adoptada en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile sobre el control de convencionalidad. Asimismo, en el 8º y 10º considerando del caso “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación” (Fallos 333:1657) se apoyó en la doctrina sentada por la Corte IDH en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, en cuanto al deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio.

Además, la Corte Interamericana ha considerado en el marco de las normas de interpretación que el *“Artículo 29.b de la Convención (...) prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado.”*²³

VII. DERECHO

Respetando el principio “iura novit curia”, se funda el presente AMICUS CURIAE en el art. 46 ap. II, ss. y cc. del C.P.C.C.T; art. 41 ,75 inc 22 y demás aplicables de la Constitución Nacional; art. XVIII y cc de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1,2,4,8,25, 26, y cc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art.11 ycc del Protocolo Adicional de San Salvador; art. 1,2,3,14,24,26 27 y cc. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1,2,3,4,5, 11, 12 y cc. del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 1, 2.e, 5.4, 7.14.17, 8.5, 10.2.e, y cc. del Acuerdo de Escazú; así como el resto de la normativa vigente aplicable al objeto que motiva nuestra presentación.

²² Cfr. Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30/05/1999. Serie C N° 52, párr. 207; y Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 06/05/2008. Serie C N° 179, párr. 122.

²³ Ut supra. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párr. 92.

VIII. PETITORIO

Por todo lo expuesto a V.S. respetuosamente pido:

1- Se tenga por presentada a la *Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos XUMEK*, como “*Amigo de Tribunal*” en la presente causa y por constituido el domicilio indicado.

2- Tenga presente la documentación acompañada.

3- Oportunamente, se tengan en cuenta los argumentos jurídicos y sociales expuestos en el presente *Amicus Curiae*.

4- Se realice un efectivo Control de Convencionalidad.

Proveer de conformidad,

ES JUSTICIA

Lucas LECOUR

Presidente

XUMEK

Asociación para la Promoción
y Protección de los DDHH

Correo electrónico: **contacto@xumek.org.ar**

Teléfono: **261-4582192**