

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 772.

¿Protección al recurso hídrico o discriminación a la minería?

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

ABOGACIA

GALLARDO ACCARDI, María de los Ángeles

2019

SUMARIO: I. Introducción. II. Premisa Fáctica, Historia Procesal. Decisión del Tribunal. III. Ratio Decidendi. IV. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura de la Autora. VI. Referencias Bibliográficas.

I- INTRODUCCIÓN.

La característica del suelo mendocino, la labor del hombre para poder sobrevivir con un recurso escaso, como es el agua, la necesidad de protegerlo, y el desarrollo constante de la mega minería a cielo abierto, dieron origen a la promulgación de la Ley 7722 en Junio de 2007.

La citada ley estableció en su artículo primero que a efectos de garantizar los recursos naturales con especial énfasis en el recurso hídrico, se prohíbe en el territorio de Mendoza, del uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo. Lo que dio como resultado que más de diez empresas mineras accionaron contra ella.

El fallo que se analiza en el presente trabajo, pertenece al máximo tribunal mendocino, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, SALA 2°, Caratulado: Minera del Oeste SRL y otros c/Gob. de Mendoza p/Acción de Inconstitucionalidad. N°102863400 (2017). Su elección se realizó teniendo en cuenta la contemporaneidad además de la relevancia y sensibilidad para la sociedad local. El mencionado fallo data de fecha 18 de Abril de 2017 y en el cual se plantea la inconstitucionalidad de la Ley 7722.

Su importancia, se debe a que, en su análisis se abordan problemas centrales del Derecho Ambiental y se podrá descubrir a través de su estudio, el rumbo marcado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la materia. En el citado fallo, se expone un problema lógico de los sistemas normativos, (posible contradicción normativa). Es conveniente recordar lo expresado por NINO, C. (2003, p.272) sobre las contradicciones entre normas jurídicas:

Hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. En la formulación de Alchourrón y Bulygin, un sistema

normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal modo, que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa.

La ley 7722, se confronta con la Constitución Nacional, especialmente en el derecho a ejercer toda industria lícita (arts.14, 28 C.N.) a los derechos a la igualdad y a la propiedad, (arts.16 y 17 C.N.); y además la facultad provincial para reglamentar la actividad minera con el Código de Minería, dictado por el Congreso de la Nación.

La prohibición a la industria minera; su trato desigual en relación a otras industrias; la violación al derecho de propiedad; el derecho a ejercer toda industria lícita, la división de poderes y la inconstitucionalidad, serán puntos a analizar en el presente trabajo, lo que muestra la relevancia del fallo en cuestión.

II- PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y DESCRIPCIÓN DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

El 20 de Junio de 2007, la Legislatura de la Provincia de Mendoza sanciona la Ley 7722 sobre prohibición del uso de sustancias químicas como el cianuro y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.

Minera del Oeste SRL y Desarrollos de Prospectos Mineros S.A., a través de sus representantes legales, demandan al Estado de la Provincia de Mendoza, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 7722. A lo cual, Asesoría de Gobierno y Fiscalía de Estado contestan la demanda y solicitan el rechazo de la misma.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el año 2015, dicta un fallo plenario sobre la mencionada ley, el cual es agregado al expediente y cuyo voto mayoritario había sido a favor de su validez constitucional. También se incorpora el dictamen del Procurador General del Ministerio Público Fiscal, quien asevera que la demanda debe ser rechazada.

La parte actora afirma que la ley viola derechos adquiridos y prerrogativas constitucionales de igualdad, legalidad, razonabilidad, debido proceso y propiedad. Concretamente que la prohibición del uso de sustancias químicas implica la prohibición de

la minería metálica, y con ello se les priva del ejercicio de los derechos taxativamente habilitados en el Código de Minería, en la Constitución Nacional y Provincial. Que no se respetan el orden de prelación de leyes. Que la ley es discriminatoria y violenta la seguridad jurídica.

El Estado Provincial, a través de Asesoría de Gobierno, responde la demanda, niega lo sustanciado por las accionantes, justifica la competencia ambiental de la provincia sobre la actividad minera. Rebate los argumentos sobre la supuesta violación al principio de igualdad, y señala que la actividad minera no es objeto de prohibición sino el uso de ciertas sustancias. Remarca la inexistencia de un desbaratamiento de los derechos de la actora, pues se trata de reglamentar su ejercicio. Afirma que no es violentada la seguridad jurídica, ni hay irretroactividad legal. Y en cuanto a la arbitrariedad invocada, asevera que las sustancias prohibidas pueden ser reemplazadas. La Posición de Fiscalía de Estado es manifestar que la acción debe rechazarse in totum y adhiere a los fundamentos de la provincia. El Dictamen del Procurador General propicia el rechazo de la demanda, por entender que se impone seguir lo resuelto por la S.C.J. en el fallo plenario.

La acción de Inconstitucionalidad se encuentra reglamentada dentro de los Procesos de Instancia Única que se tramita ante la Suprema Corte Justicia de la Provincia de Mendoza, en el artículo 227 del actual Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (artículo 223 del código procesal derogado) por lo cual la historia procesal del fallo en estudio es escasa.

La Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, dicta sentencia el 18 de Abril del año 2017 rechazando la acción de inconstitucionalidad entablada por Minera del Oeste S.R.L. y Desarrollos de Prospectos Mineros S.A.

III.-RATIO DECIDENDI EN LA SENTENCIA.

Fijado el orden para el tratamiento por parte de los miembros del tribunal, el Dr. ADARO inicia el relato de las cuestiones planteadas, y manifiesta que en congruencia con el fallo plenario del año 2015 dictado por la S.C.J. MZA, ha de reproducir los argumentos de aquella sentencia, sin perjuicio de añadir otros. En cuanto a la prohibición que fija la Ley 7722 en su artículo primero, argumenta que lo que se prohíbe es la utilización de ciertas

sustancias y no la actividad minera. Pero que esa medida restrictiva para los procesos mineros metalíferos, debe ser extendida a todas las actividades que la utilicen; porque si solo la tomaran para el desarrollo de la minería sería discriminatorio y por tanto inconstitucional.

En cuanto el principio de razonabilidad expresa el Dr. ADARO que no se advierte incompatibilidad entre la normativa nacional, las leyes locales y los principios precautorio, de prevención y de sustentabilidad contenidos en la Ley 25.675 General del Ambiente. A propósito de la supuesta violación al principio de igualdad reclamada por las actoras, manifiesta que tanto la jurisprudencia nacional como la provincial tienen sellada la controversia, ya que se ha aclarado que no tiene carácter absoluto, por lo que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente.

En cuanto al derecho de propiedad y a ejercer industria lícita, el Dr. ADARO infiere que el derecho a ejercer toda industria requiere no sólo que ésta sea lícita, sino que además sea congruente con las reglamentaciones legales y administrativas, cuyas aplicaciones conlleven a la armonización de su ejercicio con los derechos de las demás personas.

Respecto a los derechos adquiridos, ADARO recuerda que la S.C.J. ha declarado que ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna, tiene derechos adquiridos en todo cuanto se refiere al aspecto ambiental en el Fallo “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes. Posteriormente aborda la validez constitucional del artículo 2° de la norma controvertida, a lo cual retoma el voto del Dr. NANCLARES, miembro de la S.C.J. MZA en el Fallo Plenario de 2015, en el que concluyó que: lo que estipula el artículo es un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, esto es, que los titulares de las concesiones mineras en curso cumplan con la nueva legislación y los niveles de protección ambiental allí dispuestos.

Por último, aborda el artículo 3° de la Ley 7722, donde se determina que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), debe contar con una ratificación legislativa, manifiesta que se trata de un acto de naturaleza compleja que involucra al Poder Ejecutivo y al Legislativo. En consecuencia, con la sanción del art. 3° se vulnera la división de poderes contemplada tanto el art. 1° de la Constitución Nacional, como en los arts. 1° y 12°

de la Provincial, puesto que la DIA es una facultad específica de la autoridad ejecutiva. De modo que, el legislador se arroga una facultad exorbitante –no prevista en la Constitución – extendiéndose sobre la zona de reserva propia de la administración (Poder Ejecutivo). Es decir que, se apropia de una facultad que no pertenece a su competencia y se reserva la decisión discrecional de ratificar la DIA emitida por el órgano y/o autoridad competente.

Finaliza aclarando que sin perjuicio de la valoración personal reseñada, se ha de reiterar que el fallo plenario resulta imperativo en salvaguarda de la seguridad jurídica, y dado que no se han acreditado recaudos relevantes para tachar la constitucionalidad de la Ley 7722, corresponde el rechazo de la demanda.

Sobre idéntico asunto, el Dr. Omar PALERMO suscribe, salvo en lo relacionado a la interpretación de los artículos 1° y 3°, pues no se condice con las razones que plasmó en el fallo plenario.

El 18 de Abril del año 2017 la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, integrada por los jueces: Dr. Mario Daniel ADARO, Dr. Omar Alejandro PALERMO y Dr. José Virgilio VALERIO, (este último se encontraba de licencia al momento de resolver) RESUELVE: 1.- Rechazar la acción de inconstitucionalidad entablada por Minera del Oeste S.R.L. y Desarrollos de Prospectos Mineros S.A.

IV- LA DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL, ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.

La reforma constitucional de 1994 estableció que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales (art. 41° CN). Sobre la base de esos presupuestos mínimos fijados por la Nación, cada provincia dicta su régimen propio, pudiendo incrementar, mas no disminuir los niveles de protección ambiental establecidos por aquellos presupuestos. En este marco normativo, la Provincia de Mendoza dicta la Ley N° 7722 el 20 de Junio de 2007, la cual es cuestionada por su inconstitucionalidad.

En el fallo en estudio se analizan varios puntos en cuanto a la inconstitucionalidad de la Ley, el primero de ellos es la prohibición a la industria minera y su trato desigual en relación a otras industrias.

Es primordial traer a consideración la información aportada por CASTRILLO, C. V. (2009) cuando expresa que son siete las provincias que prohíben técnicas de extracción de minerales por fuera del código de minería las cuales son Chubut, Río Negro, La Pampa, Mendoza, Córdoba, San Luis y Tucumán, se destaca el caso de la Rioja, que habiendo prohibido técnicas de extracción de minerales en el año 2007 (ley 8137), derogó dicha norma al año siguiente (ley 8355). El autor expresa que todas las normas descriptivas prohíben la utilización del cianuro, únicamente en procesos mineros, y que sólo el 18% de la producción total de cianuro es utilizada en la minería, es decir que la legislación aprueba su uso en otras industrias o procesos productivos, por ejemplo se permite la utilización del cianuro en la industria de la joyería, vulnerando así el principio de igualdad establecido en el art. 16 CN.

En cuanto a este trato desigual hacia la minería es fundamental recordar lo aportado por OCCHIPINTI TRIGONA, G. (2007) quien se refiere a la ley como "Ley COBOS", debido a que en el momento de la sanción era Gobernador de Mendoza Julio COBOS quien expresa:

Su prohibición es directa al uso de aquellas sustancias en los procedimientos "de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metálicos obtenidos a través de cualquier método extractivo" y, como tal, entra en el mérito de cómo se conduce la extracción de minerales. Así operando, la normativa arriesga entrar en el campo minado de la libertad del empresario, en la conducción de la empresa, de su propia facultad de selección con respecto a la actividad productiva, pretendiendo dictar cómo y/o con qué ésta se desarrolla, e independientemente de todo su efecto contaminante en el medio acuático, que -al contrario- es el único aspecto que tendría que considerar. Sin querer comentar la ley desde este punto de vista, se prefiere seguir diciendo que la Ley Cobos resulta discriminatoria, porque golpea únicamente al sector minero, para el cual sólo impone su prohibición, y que parece además querer seleccionar las actividades económicas que no pueden desarrollarse en el territorio, presuponiendo -erróneamente- la compatibilidad medioambiental de las otras.(párr.45)

Es importante remarcar lo expresado por el Dr. ADARO, en el fallo Plenario de la S.C.J. MZA de 2015, el cual es un antecedente indiscutible, debido a que también se planteó la inconstitucionalidad de la Ley 7722, en los fundamentos de su voto manifiesta que esta medida restrictiva, de prohibición, dispuesta por el legislador para los procesos mineros metálicos, debe ser extendida a todas las actividades que la utilicen; porque si

sólo tomáramos la restricción para la actividad minera sería discriminatoria y por tanto inconstitucional y va mas allá de este tema al plantear el uso de la expresión "otras sustancias tóxicas similares" la cual es vaga, incierta, imprecisa, debe tomarse como "tóxicas", y por tanto peligrosas, las tres sustancias explícitamente determinadas por el legislador. Ello hasta tanto se dicte o no otra ley que determine con precisión y exactitud técnica y terminológica la frase general utilizada. De no interpretarse de esta manera el artículo primero ostenta el carácter de inconstitucionalidad.

Es interesante la aclaración que nos hace CASTRILLO, C. V. (2009) en cuanto al trato desigual a la minería metalífera en las legislaciones provinciales:

En efecto, todas las provincias que prohíben la minería a cielo abierto lo hacen solamente respecto de la minería metalífera, lo que deja fuera todo los minerales no metalíferos (entre ellos canteras). No estamos en contra de esta excepción en cuanto a permitir la minería no metalífera a cielo abierto sino de la prohibición por discriminatoria y arbitraria respecto de la minería metalífera. Los mismos argumentos que permitirían tolerar la minería a cielo abierto para ciertos minerales deberían servir para tolerarla respecto de otros. (párr.17.)

En el mencionado art. 1° se enumeran las etapas del proceso minero (cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización) por ello es importante resaltar en que consiste cada una de ellas y cuál es el impacto en el ambiente, para lo cual se seguirá a Saravia Frías. C. quien es citado por Castrillo, C. V. (2009.) este autor explica que la actividad minera consta básicamente de tres etapas: la prospección, la exploración y la explotación.

La primera, que normalmente se desarrolla en un período de entre cinco y siete años, realiza meros trabajos de campo para estudiar así el modelo geológico definir si existe o no un potencial prospecto minero. En esta etapa el impacto ambiental es muy bajo (no más del que haría un grupo de turistas responsables). Lo importante es que en esta etapa la inversión existe, aun cuando sea baja, creándose fuentes de trabajo y obteniéndose información del territorio y su geología. Más allá de todos estos beneficios para la provincia, solo 5 de cada 60 proyectos pasan a la segunda etapa. En la segunda, denominada de exploración, el impacto ambiental es mayor pero todavía sigue siendo bajo, siendo necesario un informe de impacto ambiental para poder comenzar las actividades. En un período de aproximadamente tres años se realizan tareas de perforación con el fin de definir la concentración y cantidad de mineral disponible. Las inversiones son mucho más altas y como dice este autor una empresa puede haber invertido entre 150 a 200 millones de dólares y llegar a la conclusión de que el proyecto no es rentable. La última etapa es la de explotación. Muchos analistas sostienen que de cada 1000 proyectos prospectada (primera etapa) sólo uno llega a la tercera. En esta etapa la inversión es muy alta (entre 400 y 1600 millones de dólares estadounidenses dependiendo del proyecto). En este presupuesto normalmente figuran

obras de infraestructura como caminos, puentes, tendido de redes eléctricas, provisión de agua, etc. todas las que pueden beneficiar a comunidades locales sin que se tengan que pagar los costos estructurales y hasta a veces ni los marginales de su construcción. Por otra parte, estas empresas y para poder obtener el financiamiento que les permita llevar adelante tamaña inversión no solamente deben cumplir con la legislación del país en donde se encuentra el proyecto, lo que incluye el informe de impacto ambiental, su aprobación y posterior monitoreo y corrección, sino que también deben cumplir con los estándares internacionales que exigen los organismos multilaterales, los bancos, las aseguradoras de esos bancos, etcétera, es decir, que las provincias no están solas en lo que se refiere a la exigencia de estándares para proteger el medio ambiente y la cultura. (pág. 7)

Se finalizará el presente punto de análisis con los estudios aportados por la Universidad Nacional de Jujuy - Facultad de Ingeniería- Área de Minas (2012) *en La Minería y el Cianuro*. Como así también los realizados por el Instituto de Ciencias Ambientales de la Universidad Nacional de Cuyo (2013) que nos muestran que actualmente la prohibición al uso de las sustancias establecidas en el art. 1° de la ley, han quedado obsoletas, y actualmente se está trabajando con métodos y controles que permiten su utilización sin correr grandes riesgos ambientales, situación que no fue contemplada al momento de dictar la Ley prohibitiva.

Por último se analizará la ratificación legislativa de la Declaración de Impacto Ambiental, establecida en el art 3° de la Ley 7722. Debe recordarse que, en Mendoza, la Ley N° 5691 en art. 27°, en cuanto a la DIA, establece que todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una declaración de impacto ambiental, expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o por las municipalidades de la provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley, según la categorización de los proyectos que establezca la reglamentación y de conformidad con el anexo I, que forma parte de la presente ley.

Por lo anteriormente expuesto, se plantea que se está en presencia de una contradicción normativa y una clara violación a los principios de división de poderes. Quien lo expresa detalladamente es el Dr. ADARO en el Fallo Plenario antes mencionado, donde manifiesta que de los textos normativos provinciales respecto al régimen de evaluación de impacto ambiental, y específicamente respecto a la DIA, que ninguno expresa el requisito de ratificación legislativa y todos coinciden en que la autoridad

competente emitirá la resolución pertinente autorizando el estudio de impacto ambiental, o autorizándolo con condiciones o sujeciones a cumplir o rechazando la autorización. La Ley Nº 5691 requiere que la misma sea expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o por las municipalidades de la provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley; vale decir, que no requiere para su aprobación, la intervención del Poder Legislativo Provincial. Y continúa planteando que la norma incluida en el art. 3 de la Ley Nº 7722, supera ampliamente las facultades constitucionales otorgadas a la Legislatura Provincial, y no resulta encuadrable ni siquiera en la previsión del art. 99 inc. 22 Constitución Provincial, toda vez que la misma expresamente condiciona la posibilidad de intervención legislativa a que las cuestiones tratadas, por su naturaleza no estén previamente sometidas a otros poderes provinciales o nacionales. Seguidamente expresa que la administración general de la Provincia es una facultad propia del Poder Ejecutivo (art. 128 inc. 1) y el dictado de los actos mediante los cuales ella se ejerce es una facultad propia y exclusiva del mismo.

Se debe resaltar que el tratamiento o aprobación de los proyectos de minería, no es materia propia del Poder Legislativo, sino que hace a la gestión de la administración propia del Poder Ejecutivo, según la Constitución de Mendoza. La exigencia de la ratificación posterior significa, la intromisión del Poder Legislativo en la zona de reserva propia del Poder Ejecutivo. Ello conduce a la violación de nuestro sistema republicano de gobierno, al arrogarse la Legislatura facultades que no le son atribuidas.

Para finalizar se hace necesario traer a consideración lo expresado por MARTIN, L. (2008) en cuanto al análisis de la legislación ambiental, como el resultado de conflicto de intereses, y que en el caso puntual analizado, se está ante un claro conflicto del sector minero frente a otros intereses económicos, el citado autor manifiesta que:

La legislación, desde una óptica, puede entenderse como una abstracción racional del legislador independizada de sus condiciones de producción. Mas desde otro punto de vista, no constituye sino el resultado de un conflicto de intereses que distintos sujetos canalizan a través de su influencia en la institución parlamentaria, y que no puede ser escindida de su contexto de producción. (párr. 9)

Es así como la ley 7722 en nuestra opinión, debe entenderse como el resultado de una puja de intereses, políticos, eleccionarios, económicos, mineros, productivos, sociales y ambientales. De hecho, si constituye ya un reduccionismo, el contemplar el desarrollo sostenible solo en el marco de las clásicas dimensiones económica, social y

ambiental, mucho más lo es el contemplar, sólo la económica y ambiental. (párr. 10)

...en gran medida se trató de una disputa "por el agua", entre los sectores agrícola productivos tradicionales con fuerte arraigo en la cultura e idiosincrasia de Mendoza que, —además de ver amenazada la calidad de las aguas, vieron fundamentalmente amenazados los volúmenes—, y el uso minero, que requería de ingentes cantidades del mismo líquido, siempre escaso en la provincia. El modelo de desarrollo agrícola tradicional encontró así, en la causa ambiental un discurso con fuerte aceptación popular y en los ambientalistas, un aliado estratégico en la disputa por el recurso en cuanto importaba preservar el statu quo, por sobre la novedosa, pero demonizada actividad minera (párr. 13)

V- LA POSTURA DE LA AUTORA.

Del análisis realizado al presente fallo, la postura de la autora se aparta de la sentencia en cuestión. Por lo tanto, la autora considera que, debe declararse la inconstitucionalidad de la Ley 7722, y a fin de dar fundamento a la posición, se pasará a expresar la opinión en relación a los dos artículos de la Ley que son centrales en el planteo del fallo.

Sin embargo, no se puede dar inicio a la conclusión sin expresar que, al momento del dictado de la ley, y teniendo en cuenta lo expresado por los legisladores mendocinos en el diario de sesiones, se sancionó sin un extenso debate de todos los actores involucrados, sin una audiencia pública al respecto, y sin considerar avances en materia de utilización de sustancias tóxicas o de procesos productivos. A su vez no se valoraron los controles que la provincia puede imponer, y que el mismo resultado pretendido con la ley (protección de los recursos naturales, en especial el hídrico), se conseguiría con el procedimiento de un Estudio de Impacto Ambiental y el rechazo o aprobación con la Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

Al retomar el análisis del art.1° y su trato desigual en relación a la minería metalífera, se hace necesario resaltar que de considerar la utilización de las sustancias químicas descriptas como riesgosas, se deberá prohibir su utilización en todas las industrias. Si el fin último es la protección del ambiente, y específicamente al recurso hídrico, no existen fundamentos para permitir que se utilice cianuro, mercurio, o ácido sulfúrico en otras industrias.

No es posible dejar de citar que la Provincia de Mendoza reglamentó a través de su Constitución Provincial en la Sección VI Capítulo Único: el Departamento de Irrigación (artículos 186 al 196), demostrando la importancia del Recurso Hídrico para su comunidad, como así también la Ley N° 322 de Aguas, y toda la normativa provincial al respecto, dando protección al recurso natural fundamental para la vida, como es el agua, pero no es intención realizar el análisis de la legislación de aguas por no ser tratado en el fallo en estudio, ni motivo del presente trabajo.

De lo cual se concluye que la prohibición de la ley en su art. 1° para la actividad minera es infundada, además de discriminatoria. La herramienta prevista por el Código de Minería como es la DIA es la adecuada y suficiente para asegurar la preservación del recurso hídrico, y del ambiente en general.

En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 3°, al exigir la ratificación legislativa para los proyectos de minería metalífera obtenidos las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización, se considera que es inconstitucional, violatoria de la separación de poderes, y una clara intromisión de la Legislatura Provincial en las facultades y atribuciones que son competencias del Poder Ejecutivo.

El art. 27 de la Ley 5961 define la Declaración de Impacto Ambiental estableciendo que todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una declaración de impacto ambiental, y remarca que será expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, urbanismo y vivienda o por las municipalidades de la provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley. Y la Evaluación de Impacto Ambiental establecida por el art. 26 de la citada ley, es el procedimiento destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir, las consecuencias o efectos que acciones o proyectos públicos o privados, puedan causar al equilibrio ecológico, al mantenimiento de la calidad de vida y a la preservación de los recursos naturales existentes en la provincia.

Ambos instrumentos son de carácter preventivo, aspiran a medir los efectos que sobre el medio ambiente provocarán la ejecución de ciertas actividades. Para los proyectos de minería metalífera, la Legislatura ha impuesto un mecanismo de regulación estricto a fin de obtener el otorgamiento de la DIA. De lo que se deduce que el régimen general

medioambiental establecido por la Ley 5961, su Decreto Reglamentario 2.09/94 y el Decreto N° 820/06, establecen que la DIA es elaborada exclusivamente en todas sus etapas por la Administración a través del órgano competente, que es el Poder Ejecutivo. Pero la ratificación legislativa exigida por la ley se extralimita interfiriendo en la órbita propia de la función administrativa del Ejecutivo. En consecuencia, se violan los principios fundamentales de la división de poderes, lo que lleva a calificar indudablemente a la ley en análisis de inconstitucional.

Al tomar distancia del fallo, y al realizar un análisis netamente de la ley prohibitiva, se puede discernir que la misma solo desalienta la actividad minera en la provincia. Ya que esta actividad es de importancia indispensable para la sociedad en que vivimos: las viviendas, las comunicaciones, los vehículos, la generación de energía, y las restantes industrias, depende en mayor o menor medida de la actividad minera. Como se advirtió en la explicación sobre las etapas del proceso minero, y su impacto en el ambiente, se puede ejercer la actividad, sin que ello implique una acción negativa contra el ambiente como es la contaminación. El desarrollo de etapas como el cateo, exploración e incluso la explotación, deben ser realizados contemplando controles estrictos en cada una de ellas. Esto contribuiría a que la industria minera no se paralice, y se beneficie a sectores de la población al generar fuentes de trabajo, entre otros aspectos. Se hace necesario que las políticas ambientales, integren positivamente a la actividad minera con el resto de los sectores económicos y con la sociedad mendocina.

Para finalizar el análisis, no se puede dejar de resaltar que, la Ley 7722, es inconstitucional por el trato desigual del art. 1° y la exigencia de la ratificación legislativa del art. 3°, a su vez es inconsistente con respecto al objeto de protección, ya que no se reglamenta el cuidado del recurso hídrico, sino que sólo limita la actividad minera metalífera.

Por todo lo expresado, y luego del análisis exhaustivo del fallo, se concluye en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la Ley 7722.

VI-REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

Legislación:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de Mendoza.

Código de Minería.

Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza.

Ley N° 322 Ley de Agua.

Ley N° 5.961 Preservación del Medio Ambiente. Mendoza.

Ley N° 25.675 Presupuestos mínimos. Política Ambiental Nacional.

Ley N° 7.722 Minería. Prohibición. Protección recursos hídricos.

Decreto N° 2.109/94 de Mendoza. Impacto Ambiental.

Doctrina:

ÁREA DE MINAS -FACULTAD DE INGENIERÍA- UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY - (2012) *La Minería y el Cianuro*. Jujuy. <https://www.fi.unju.edu.ar/>

CASTRILLO, C. V. (2009) *Leyes provinciales que prohíben ciertas técnicas de extracciones de minerales*. LA LEY 11/02/2010, 11/02/2010, 1 - LA LEY2010-A, 1089. Cita Online: AR/DOC/4634/2009

INSTITUTO DE CIENCIAS AMBIENTALES. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO. (2013) *¿Minería en Mendoza? Aportes para la evaluación de la actividad minera en el marco de la sustentabilidad*. 1° Ed. Mendoza.

NINO, C. A. (2003) *Introducción al análisis del derecho*. 2° Ed. Buenos Aires: Astrea.

MARTÍN, L. (2008) *Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos*. LLGran Cuyo2008 (julio), 607. Cita Online: AR/DOC/600/2008.

OCCHIPINTI TRIGONA, G. (2007) *La compatibilidad internacional de la ley 7722 en tema de recursos hídricos de la Provincia de Mendoza*. LLGran Cuyo2007 (diciembre), 1197. Cita Online: AR/DOC/3632/2007.

SARAVIA FRÍAS, C. (2007) en *La Minería: ¿Contaminación o Progreso?* - EDSe, (24/10/2007, NRO 11.868)

Jurisprudencia:

S.C.J. Mza. "Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes" Causa N° 80.295. 2004. Disponible en: <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-143735E.pdf>

S.C.J. Mza. (Plenario) Minera del Oeste S.R.L. y otro c. Gobierno de la Provincia s/ acción de inconstitucionalidad Fallo N°90589. 2015 Disponible en: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016a8569dbd0b07a81e2&docguid=i35389428297537CF3B022D73C79644C8&hitguid=i35389428297537CF3B022D73C79644C8&tocguid=&spos=3&epos=3&td=51&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=53&crumb-action=append&>

S.C.J. Mza. "Minera del Oeste S.R.L. y otro c. Gobierno de la Provincia s/ acción de inconstitucionalidad 2017. CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901)) Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5395086806>

**“MINERA DEL OESTE SRL Y OT. C/ GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCIÓN
INCONSTITUCIONALIDAD”**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA - SALA SEGUNDA-2017

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA-PODER JUDICIAL MENDOZA
foja: 1117-CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901)) - MINERA DEL OESTE SRL Y OT.
C/ GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD. 102863400*

En Mendoza, a dieciocho días del mes de abril dos mil diecisiete, reunida la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901)), **caratula:** “**MINERA DEL OESTE S.R.L. Y OT. C/ GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD**”.

De acuerdo a lo decretado a fojas 1116, se deja constancia del orden de estudio efectuado en el expediente para el tratamiento de las cuestiones por los ministros del Tribunal: **primero Dr. MARIO DANIEL ADARO; segundo Dr. OMAR ALEJANDRO PALERMO y tercero Dr. JOSE V. VALERIO.**

ANTECEDENTES

A fs. 168/207 vta. se presentan Minera del Oeste S.R.L. y Desarrollos de Prospectos Mineros S.A., a través de sus representantes legales, quienes demandan al Estado Provincial con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 7.722.

Corrido el respectivo traslado, contestan la demanda Asesoría de Gobierno (fs. 223/240) junto con Fiscalía de Estado (fs. 241/256) y solicitan el rechazo de la misma.

Ofrecidas y rendidas las pruebas, se agregan los alegatos de las actoras a fs. 652/662 y del Estado Provincial a fs. 664/692. También se presentan vastos amicus curiae y adherentes.

A fs. 820 la Suprema Corte decide convocar al Tribunal Plenario, en cuyo fallo – que rola a fs. 1033– el voto mayoritario confirma la validez constitucional de la Ley 7.722.

A fs. 1113 se incorpora el dictamen del Procurador General del Ministerio Público Fiscal, quien asevera que la demanda en el presente caso debe ser rechazada.

El acuerdo para la sentencia de esta causa es llamado a fs. 1115, mientras que a fs. 1116 se deja constancia del orden de estudio efectuado para el tratamiento de las controversias por los integrantes del Tribunal.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución Provincial, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: **primera, ¿es procedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta?; segunda, en su caso, ¿qué solución corresponde?; tercera, la imposición de las costas.**

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO DIJO:

I.- RELACIÓN SUSCINTA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

1.- Posición de las actoras

Minera del Oeste S.R.L. y Desarrollos de Prospectos Mineros S.A., a través de sus representantes legales, deducen acción de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 7.722. Justifican su interés en virtud de la titularidad de derechos mineros por parte de la primera y de un contrato de exploración sobre esas propiedades celebrado por ella con la segunda.

En líneas generales, aseveran que la cuestionada ley conculca sus derechos adquiridos y prerrogativas constitucionales de igualdad, legalidad, razonabilidad, debido proceso y propiedad, en los términos de los arts. 29 y 49 de la Constitución de Mendoza.

Concretamente y en primer término, refieren que la prohibición del uso de sustancias químicas implica la **prohibición de la minería metalífera**. Toda vez que la ley discutida dispone la prohibición en el territorio provincial del uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.

Adicionalmente, informan que con ello se les priva del ejercicio de los derechos que taxativamente habilita tanto el Código de Minería como las Cartas Fundamentales de la

Nación (arts. 14 y 17) y de la Provincia (arts. 8, 28 y 33). Específicamente, de un lado el **derecho de propiedad** y, del otro, el derecho a **ejercer industria lícita**.

Asimismo, sustentan que los arts. 28 de la Const. Nac. y 48 de la Prov. se encuentran transgredidos, en función de que la norma tachada **no respeta el orden de prelación de las leyes y desbarata derechos reconocidos constitucionalmente**, dado que al prohibir sustancias ineludibles para llevar a cabo proyectos mineros, imposibilita el ejercicio del derecho concedido.

Destacan que la ley es **discriminatoria y no resguarda el principio de igualdad**, ya que el resto de las industrias de Mendoza (procesos de refinamiento de petróleo, baterías de automóviles, industria vitivinícola) hacen uso de las sustancias vedadas para la minería. De guisa tal que, vulnera los arts. 7 de la Const. Prov. y 16 de la Nac.

Según las actoras, la **seguridad jurídica** se encuentra violentada en la medida que la ley impugnada no permite conjugar el interés público del que goza la minería con la sanción de una norma que destruye la previsibilidad, desde que los mandantes al momento de adquirir sus derechos jamás imaginaron la posibilidad de que se les coartara el uso de sustancias imprescindibles para su industria.

Antes de culminar, ponen de relieve que la ley tiene **efectos retroactivos** y con esto no solo lesiona derechos adquiridos, también hace caer expectativas legítimas, que se amparan tanto en los arts. 8 de la Const. Prov. y 17 de la Nac., como en el art. 17 del Código de Minería, en cuanto estipula que los trabajos de las minas no pueden ser impedidos ni suspendidos, sino cuando así lo exija la seguridad pública, la conservación de las pertenencias y la salud o existencia de los trabajadores.

Mencionan que en razón de la falta de argumentación científica técnica y los dudosos motivos expresados por los legisladores al tiempo de la sanción de la ley, la misma resulta **arbitraria** y es producto de presiones sociales.

A su turno, critican la **perpetuidad de la norma**, en tanto no contempla plazo alguno y con lo cual veda toda posibilidad de desarrollar proyectos mineros eternamente.

Finalmente, resaltan que el hecho de que el art. 1 de la ley hable de una terminante prohibición, mientras que los siguientes reglan un procedimiento para obtener algo que está prohibido, permite vislumbrar la **incoherencia de la ley** y la desconexión del aludido artículo con el resto de la normativa.

Ofrecen prueba, fundan en derecho y formulan reserva tanto para reclamar el resarcimiento de los daños o perjuicios como del caso federal.

2.- Posición del Estado Provincial

Asesoría de Gobierno contesta la demanda y niega lo sustentado por las accionantes. Luego, justifica la competencia ambiental de la Provincia sobre la actividad minera a la luz de ciertos fallos, pero también menciona que otras provincias han adoptado regulaciones sobre la materia de carácter análogo a la norma atacada en la presente causa.

Destaca que de las disposiciones de la Ley 25.675 emergen no solo los principios de la materia, sino también una orientación de la política ambiental que impone a las autoridades adoptar decisiones razonables, en el contexto de un desarrollo sustentable, el cual se corresponde con las particularidades de cada ecosistema. Tanto esos objetivos como los principios se relacionan con las prescripciones contenidas en la Ley Provincial 5.961.

Alude a la razonabilidad de la política provincial de preservar el agua, especifica en este sentido datos sobre los oasis, las cuencas que los abastecen y la relación con el número de habitantes. Frente a lo expuesto pregunta: ¿Puede el Estado de Mendoza adoptar decisiones preventivas y precautorias para resguardar el recurso esencial de la sustentabilidad de los ecosistemas provinciales? Entiende que es una decisión de política ambiental que tiene su fundamento en las especiales características de nuestro ecosistema.

Al hilo de lo anterior, rebate los argumentos de la actora. En primer lugar, sobre la supuesta violación al **principio de igualdad**, señala que además de no ser absoluto, no puede ser violentado por el hecho de que exista una regulación exclusiva para la actividad minera metalífera, que es de alto impacto.

Por otro lado, pone de relieve que no se impide actuar lícito, en tanto, **la actividad minera no es objeto de prohibición**, sino –en cambio– el uso de ciertas sustancias por la misma. Aunque es cierto que el minero recibe con la concesión del dominio originario del Estado un derecho perpetuo, el Código de Minería le exige que bianualmente renueve la autorización para la explotación desde el punto de vista ambiental a través de Evaluación de Impacto Ambiental. De modo que las exigencias de la Ley 7.722 constituyen una pauta que deberá cumplir para explotar la minería de manera lícita.

Adicionalmente, remarca la inexistencia de un **desbaratamiento de los derechos** de las actoras, pues de lo que se trata es de reglamentar su ejercicio. La actora puede adaptar sus procesos productivos y puede explotar sus concesiones mineras, siempre que se ejerzan conforme a la ley. En tal sentido, apunta que no hay en los argumentos de las actoras elemento alguno que permita suponer una expropiación encubierta mediante un agravamiento reglamentario.

A su vez, pone de relieve que no se violenta la **seguridad jurídica**, desde que ella no importa la prohibición de alterar el orden jurídico, pues el mismo puede ser modificado con los límites constitucionales de la razonabilidad, que han sido respetados en estas actuaciones.

Dice que no hay **irretroactividad legal**, ya que la ley rige las concesiones para el futuro, incluso contempla un razonable procedimiento de adecuación de aquellas concesiones que utilizan actualmente las sustancias prohibidas (art. 2). Caso que no es el de la actora, que hasta la fecha no desarrolla actividad alguna ni usa esas sustancias.

Frente a la invocación de **arbitrariedad**, asevera que las sustancias prohibidas pueden científicamente ser reemplazadas por otras y la Legislatura al aprobar la norma ejerció la atribución legítima de decidir que sustancias prohíbe y cuáles no. Aclara que para su dictado se cumplió con el procedimiento constitucionalmente establecido.

Previo a finalizar, entiende que no hay **perpetuidad normativa**, toda vez que ante nuevas circunstancias que lo impongan, la Legislatura puede modificar el orden normativo vigente.

Por último, expresa que **no hay incoherencia legal**, en tanto la ley primero prohíbe el uso de ciertas sustancias y luego (art. 2) reencamina la corrección de los emprendimientos preexistentes que las utilizaren en un plazo acorde a su realidad.

Después de citar jurisprudencia nacional y provincial, ofrece prueba, formula reserva del caso federal y solicita tanto la acumulación de los correspondientes procesos como el rechazo de la demanda con costas.

3.- Posición de Fiscalía de Estado

Al contestar la demanda, Fiscalía de Estado manifiesta que la acción debe rechazarse in totum y adhiere a los fundamentos presentados por la Provincia de Mendoza al tiempo de contestar la demanda.

Sin embargo, aporta algunos argumentos. Así, justifica la **competencia provincial** en la responsabilidad primaria de los estados federales en la protección ambiental al marcar que la norma impugnada no implica de modo alguno avanzar sobre aspectos propios de la esfera nacional. Luego, detalla las características de la actividad minera y describe los principios ambientales contenidos en la Ley General de Ambiente.

Asevera que la acción incoada por las actoras adolece de un requisito procesal ineludible, cual es la **especificación del daño o perjuicio** que le ocasiona la aplicación de la norma impugnada en el desarrollo de su actividad. En cambio, la demanda solo se limita a expresar genéricamente que la ley en cuestión vulnera derechos constitucionales.

En lo atinente al argumento esgrimido por las empresas mineras relativo a sus **derechos adquiridos**, contrarresta que ningún derecho puede consolidarse al abrigo de prerrogativas que permiten la degradación de la reserva y los recursos hídricos. Además, remarca que el derecho ambiental es dinámico y debe ser interpretado al compás de los avances y modificaciones del estado de la ciencia, pues antes se podía desconocer un daño potencial que posteriormente es advertido.

Funda en derecho, cita jurisprudencia, adhiere a la prueba ofrecida por la demandada directa y formula reserva del caso federal.

4.- Dictamen del Procurador General

El Sr. Procurador General en su dictamen propicia el rechazo de la demanda, por entender que se impone seguir lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en fallo plenario, en el cual se declaró la validez constitucional de la Ley 7.722, situación que determina el rechazo de esta acción.

II. PRUEBA RENDIDA

A) Instrumental:

- 1- Prueba documental que consta desde fs. 1 a 167 y desde fs. 267 a 269.
- 2- Copia de la Resolución 1.282 de la Honorable Cámara de Diputados que figura a fs. 257.
- 3- A fs. 272/3, informe de impacto ambiental del proyecto denominado “Planta Concentradora San Jorge” de la empresa Minera San Jorge.
- 4- Copia certificada de la Ley 8.355 modificatoria de las Leyes 7.801 y 8.137 de la Provincia de La Rioja a fs. 442/475.
- 5- Copia certificada del expediente administrativo N° 194-M-2005, registrado como A.E.V. N° 79.423/11, tal como rola a fs. 409.
- 6- Copia certificada del expediente administrativo N° 78.439/4, registrado como A.E.V. N° 78.439/4, según consta en fs. 414.
- 7- Actuaciones administrativas remitidas por la Dirección de Minería del Gobierno de Mendoza, registradas como A.E.V. N° 80.865, según figura a fs. 433.
- 8- Copia de actuaciones administrativas remitidas por la Dirección de Minería del Gobierno de Mendoza, tal como rola a fs. 479/513.

9- Copia certificada de las Leyes 7.722 y 7.627 como del Diario de Sesiones de fecha 19/06/2007 de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Mendoza, registradas como A.E.V. N° 82.017/5, según consta en fs. 516.

10- Copia certificada de los expedientes administrativos N° 20786-2007, 23510-2009 y 58917-2011, registrados como A.E.V. N° 83.161/15, tal como rola a fs. 540.

11- Copia del Decreto 1.286 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, tal como aparece a fs. 546/547.

12- A fs. 550/621, copia simple de la “Investigación sobre Mineral de cobre porfídico en las provincias de Mendoza, Neuquén y San Juan” del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, originario de la Organización de Naciones Unidas.

B) Informativa:

1- Informes elaborados por:

a) el Consejo Profesional de Geólogos e Ingenieros de la Provincia de Mendoza que rola a fs. 307/308;

b) el Instituto Regional de Investigaciones Científicas (IADIZA) que consta a fs. 323/327;

c) el Departamento General de Irrigación, a fs. 329/353;

d) la Dirección de Protección Ambiental de la Secretaría de Ambiente del Gobierno de Mendoza que rola a fs. 356/383;

e) la Dirección de Minería del Gobierno de Mendoza que consta a fs. 395/403;

f) la Dirección de Minería del Gobierno de Mendoza que rola a fs. 415/416;

g) la Secretaría de Ambiente del Gobierno de Mendoza a fs. 477/513;

- h) los Profesores Ingenieros Eduardo Torres y Ángel según figura a fs. 424/513;
- i) la Dirección de Minería del Gobierno de Mendoza que consta a fs. 519/524.

III. LA SOLUCIÓN DEL CASO

En congruencia con lo acaecido en la sentencia plenaria “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ Acción Inconstitucionalidad” (L.S. 492-185), en la presente causa se llama a este Superior Tribunal a remediar un aspecto de relevancia pública para el derecho humano a un ambiente sano, el derecho fundamental al agua –condición para el ejercicio de otros derechos humanos–, la economía y la sociedad.

De ello se deriva que hubiera sido conveniente que tal cuestión sea abordada a través de una legislación que fuera el resultado de un amplio debate social con participación real de todos los involucrados en aras de alcanzar un genuino consenso comunitario.

En sintonía con esto, la Convención Americana establece que todo ciudadano tendrá derecho “de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos” (artículo 23) y tendrá derecho, además, tanto de recibir como de divulgar información (artículo 13). En igual sentido, la Ley 2.5675 General del Ambiente, ha recogido como pilares de la política ambiental a la proporción y acceso a la información ambiental (artículos 16 a 18), junto con el derecho de las personas a ser consultadas y a opinar e instrumentar los procedimientos de consulta y participación (artículos 2 inc. c y 19 a 21).

Sin perjuicio de aquello, los interesados detentan el derecho de concurrir ante el Poder Judicial en procura de justificaciones para el caso concreto. Conforme han sido planteadas y resistidas las cuestiones en este proceso, es menester resolver si la Ley 7.722 resulta constitucional y convencional, pero como dicha controversia ya fue zanjada en la sentencia plenaria aludida, que es imperativa e ineludible para la presente causa, en lo que sigue, se han de reproducir los argumentos de la misma, sin perjuicio de añadir otros.

Ante todo, se ha de contrarrestar la impugnación efectuada por las actoras relativa a que el **artículo primero** realiza lisa y llanamente una **prohibición de la actividad minera**, pues al respecto mi colega Dr. Ministro Nanclares sentenció que: *“La Ley 7.722 estipula como principal objetivo garantizar el recurso hídrico en los procesos mineros prohibiendo la utilización de las sustancias químicas que señala”*. De tal aserto se infiere que no se prohíbe la actividad, sino que lo vedado en ella es el uso de determinadas sustancias de cara a la protección del recurso hídrico.

Más allá de ello, a los efectos de dejar a salvo mi opinión relativa a la extensión del artículo objetado, he de reiterar que interpreto que la Legislatura, como medida de garantía preventiva del ambiente –en especial, de los recursos naturales y agua– opta por la acción de prohibir, con un carácter “absoluto”, el uso en ciertos procesos mineros metalíferos de tres sustancias definidas: cianuro, mercurio y ácido sulfúrico. Pero luego, con una técnica legislativa imprecisa, indica “otras sustancias tóxicas similares”. Con un análisis descriptivo del alcance y tipo de sustancias, se arriba a que la prohibición es al uso de las sustancias químicas tóxicas: cianuro, mercurio y ácido sulfúrico. Entonces esa medida restrictiva para los procesos mineros metalíferos, debe ser extendida a todas las actividades que la utilicen; porque si sólo la tomáramos para el desarrollo de la minería sería discriminatorio y por tanto inconstitucional (art. 16 Const. Nac.). En consecuencia, dado que la expresión “otras sustancias tóxicas similares” es vaga e incierta debe tomarse como “tóxicas”, y en efecto peligrosas, a las tres sustancias explícitamente determinadas. Por esto, en el fallo plenario concluí que la declaración de constitucionalidad del artículo primero de la Ley 7722, debía ser conforme el alcance antes mencionado.

Sin embargo, y a partir de lo resuelto en el plenario, la referida garantía del ambiente, ha sido consagrada por la Legislatura Provincial, como garante del uso y disposición de los recursos bajo su esfera territorial, en ejercicio de sus legítimas atribuciones que emanan tanto de la Constitución Nacional (arts. 41, 121 y 124), cuanto del Código de Minería (art. 233) en tanto dispone que la actividad minera debe sujetarse a la normativa dictada como consecuencia de lo establecido en el referido artículo 41. En esta línea, fue la Legislatura mendocina quien determinó las pautas por las cuales debía guiarse la actividad minera mediante la aprobación de la Ley 7.722 el día 20 de junio de 2007.

Tendencia que, a su vez, fue respaldada por precedentes o emulaciones de distintas provincias del territorio nacional, como Chubut (Ley 5.001), Tucumán (Ley 7.879) y Córdoba (Ley 9.526).

Por lo expuesto y bajo el principio de razonabilidad (art. 28 Const. Nac.), no se advierte incompatibilidad entre la normativa nacional, las leyes locales y los principios precautorio, de prevención y de sustentabilidad contenidos en la Ley 25.675 General del Ambiente. Máxime a partir del pronunciamiento del Superior Tribunal Federal en la causa “Villivar”, donde se postuló la facultad de las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, la que supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada. (C.S.J.N., Fallos 330:1791, Sentencia del 17/04/2007).

A propósito de la supuesta violación al **principio de igualdad** (arts. 16 Const. Nac. y 7 Const. Prov.) reclamada por las actoras, tanto la jurisprudencia nacional como la provincial tienen sellada la controversia, ya que en vastas ocasiones se ha aclarado que dicho brocardo no tiene carácter absoluto, por lo que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para esa discriminación sea razonable (art. 28 Const. Nac.).

En cuanto al **derecho de propiedad** (arts. 8 Const. Prov. y 17 Const. Nac.) y a **ejercer industria lícita** (art. 14 Const. Nac. y 33 Const. Prov.), mi colega Dr. Nanclares aseveró que los mismos se encuentran garantizados “*si la actividad minera se desarrolla con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población, dentro del concepto de desarrollo sustentable y de responsabilidad social empresaria*”. De consuno con lo anterior, se infiere que el derecho a ejercer toda industria requiere no sólo que ésta sea lícita, sino que además sea congruente con las reglamentaciones legales y administrativas (art. 14 Const. Nac.), cuyas aplicaciones conlleven a la armonización de su ejercicio con los derechos de las demás personas.

En torno a la alegada vulneración de los **derechos adquiridos** (art. 29 Const. Prov.), esta Suprema Corte ha declarado que ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna, tiene derechos adquiridos en todo cuanto se refiere al aspecto ambiental (“Municipalidad de

Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”, L.S. 346-023).

En una lógica similar, el Tribunal Cíbero Nacional dejó sentado que: a) por disposiciones administrativas no se acuerda a los demandantes ningún derecho irrevocable, pues se limitan a reglamentar su industria prescribiendo las condiciones higiénicas y, aún, suspendiendo el ejercicio cuando la salud pública lo requiera; b) no pueden invocar, los demandantes, ese permiso para alegar derechos adquiridos pues nadie puede tener derecho adquirido de comprometer la salud pública; c) la objeción que se opone a la ley por ser contraria a la Constitución como a las leyes civiles por afectar la propiedad y el ejercicio de una industria lícita no tiene fundamento legal ya que, según la Carta Magna, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio y, según el Código Civil, la propiedad está sujeta a restricciones exigidas por el interés público o privado; por lo tanto la mencionada ley provincial no es contraria a la Constitución ni ataca al derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro (“Los saladeristas Podestá, Bertram Anderson Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, 14-5-1887).

Complementariamente, es menester abordar la validez constitucional del **artículo segundo** de la norma controvertida, a lo cual el elocuente voto del Dr. Nanclares concluyó que: *“lo que estipula el art. 2 de la ley es un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, esto es, que los titulares de las concesiones mineras en curso cumplan con la nueva legislación y los niveles de protección ambiental allí dispuestos. El texto resulta razonable, compatible y adecuado a los principios establecidos en la Constitución Nacional y a los textos internacionales a ella incorporados”*.

Por último, huelga abordar el **artículo tercero** de la Ley 7.722, donde se determina que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), debe contar con una ratificación legislativa. Sobre esto, en el voto mayoritario del fallo plenario se confirmó la constitucionalidad, pues se manifestó que se trata de un acto de naturaleza compleja que involucra al Poder Ejecutivo como a la Legislatura y que esta mediante tal recaudo de eficacia se reserva un control del acto administrativo en vistas a asegurar su legitimidad democrática.

Sin perjuicio de ello, en la presente causa he de dejar a salvo mi opinión contraria respecto a la primera parte del artículo cuestionado. En efecto, al ser la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) el último eslabón de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y ésta la técnica de protección del medio ambiente más característica, se vislumbra que ambas son instrumentos de carácter preventivo, que aspiran a medir los efectos que sobre el medio ambiente provocan la ejecución de ciertas actividades.

Para los proyectos de minería metálica obtenidos de las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización, la Legislatura ha impuesto un mecanismo de regulación más estricto de cara a obtener el otorgamiento y/o aprobación de la DIA, dado que en el régimen general medioambiental (Ley 5.961 y Decreto Reglamentario 2.109/94) así como el Decreto N° 820/06 (sobre Impacto Ambiental), la DIA es elaborada exclusivamente en todas sus etapas por la Administración a través del órgano competente.

Pero la previsión legislativa en examen resulta dudosa, toda vez que la actividad policial ambiental –que representa la DIA– situada en cabeza del Órgano Legislativo, estaría por un lado afectando la vía recursiva administrativa y, por el otro, extralimitándose e interfiriendo en la órbita propia de la función administrativa del Poder Ejecutivo, “lato sensu” (comprendido de sus órganos y organismos), que tiene asignada conforme al art. 128 inc. 1 de la Constitución Provincial.

En consecuencia, es el diseño constitucional del Estado Republicano con su clásica separación trinitaria del poder –surgido primordialmente de los distintos desarrollos efectuados, a finales del siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII, por Locke, Montesquieu, Hume, Rousseau y los Padres Fundadores– el que califica como inconstitucional al requisito de ratificación legislativa de la DIA.

Pero a su vez, el artículo cuestionado no determina el procedimiento de aprobación, ni exige tiempos para su tratamiento, ni estipula un sistema de mayorías parlamentarias aplicables, con lo cual deja un vacío normativo, que ante las múltiples opciones de interpretación genera imprevisibilidad y falta de certeza en derredor de su aplicación.

En definitiva, con la sanción del art. 3 de la Ley 7.722 se conculca la división de poderes contemplada tanto el art. 1 de la Constitución Nacional, como en los arts. 1 y 12 de la Provincial, puesto que la DIA es una facultad específica de la autoridad ejecutiva. De modo que, el legislador se arroga una facultad exorbitante –no prevista en la magna constitucional– extendiéndose sobre la zona de reserva propia de la administración (Poder Ejecutivo). Es decir que, se apropia de una facultad que no pertenece a su competencia y se reserva la decisión discrecional de ratificar la DIA emitida por el órgano y/o autoridad competente.

Al cabo de las consideraciones vertidas y sin perjuicio de la valoración personal reseñada, se ha de reiterar que el fallo plenario resulta imperativo en salvaguarda de la seguridad jurídica, y dado que no se han acreditado recaudos relevantes para tachar la constitucionalidad de la Ley 7.722, corresponde el rechazo de la demanda.

Así voto.

Sobre idéntico asunto, el Dr. OMAR PALERMO suscribe, salvo en lo relacionado a la interpretación de los artículos primero y tercero, pues no se condice con las razones que plasmó en el fallo plenario.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO DIJO:

Se ha de omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que fue planteado para el supuesto hipotético de resolverse afirmativamente la controversia anterior.

Así voto.

Sobre la misma cuestión, el Dr. OMAR PALERMO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO DIJO:

En función del modo de resolución y votación de las cuestiones anteriores, las costas del proceso se han de imponer a la partes actoras vencidas (arts. 36 del C.P.C. y 76 del C.P.A).

Conforme ha quedado trabada la litis motivo de este pronunciamiento y dada la naturaleza de la pretensión –no obstante las consecuencias económicas que pudo aparejar una sentencia favorable–, se advierte que el reclamo carece de apreciación pecuniaria directa, por lo que a los efectos regulatorios resulta de aplicación lo normado por el art. 10 de la Ley N° 3641. La determinación de los honorarios se ha de diferir para su correspondiente oportunidad.

Así voto.

Sobre idéntico asunto, el Dr. OMAR PALERMO, adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminado el acto, se procedió a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 18 de abril de 2017.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, con fallo definitivo,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar la acción de inconstitucionalidad entablada por Minera del Oeste S.R.L. y Desarrollos de Prospectos Mineros S.A. a fs. 168/207 vta. de autos.
- 2.- Imponer las costas del proceso a las actoras vencidas (arts. 36 del C.P.C. y 76 del C.P.A.).
- 3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

4.- Dar intervención a la Caja Forense y Dirección General de Rentas, a los efectos provisionales y fiscales pertinentes.

Notifíquese. Ofíciase.

DR. MARIO DANIEL ADARO
Ministro

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro

CONSTANCIA: Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el Dr. JOSÉ V. VALERIO, por encontrarse en uso de licencia. Secretaria, 18 de abril de 2017.