



SEMINARIO FINAL DE ABOGACÍA

La prohibición legal de cierto tipo de minería en la provincia de Córdoba y sus fundamentos.

Fallo del Tribunal Superior de Justicia “CEMINCOR y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Acción declarativa de inconstitucionalidad”.

Alumno	Francisco CERRUTI
Carrera	Abogacía
Legajo	VABG63776
Modalidad elegida	Nota a fallo
Tema	Medio ambiente
Año	2019

SUMARIO: I. Introducción. – II. Recorrido procesal. – III. Ratio decidendi. – IV. El principio precautorio y el poder de policía local – V. Jurisprudencia actual en la materia – VI. Reflexiones personales sobre el desarrollo sustentable. – VII. Palabras finales. – VIII. Referencias

I. Introducción

La acción declarativa de inconstitucionalidad se encuentra receptada en nuestra constitución provincial en la primera parte de su artículo 165. Este instituto contempla una competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia para resolver, en pleno, sobre estados de incertidumbre jurídica que puedan darse “por la existencia de una normativa cuya constitucionalidad se discute [aún si] la lesión todavía no se ha producido, pero indefectiblemente vendrá cuando la norma tenga que ser aplicada” (Toricelli M, en Manili 2005, p. 286). Normativa, vale decir, que abarca tanto leyes como decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas.

Se exige que exista un caso concreto y una solicitud de parte interesada, siendo además una de sus características que “el legitimado pasivo es siempre el autor de la norma y no el beneficiario de la misma” (ídem).

En septiembre del año 2008 la legislatura de la Provincia de Córdoba sancionó la ley n.º 9526, introduciendo restricciones a la actividad minera dentro de la provincia inscriptas en un movimiento más amplio a nivel nacional que buscaba detener el avance de la así llamada “megaminería” y el uso de ciertos productos químicos de probada toxicidad. Prohibió, a grandes rasgos, la minería metalífera a cielo abierto en todas sus etapas, la minería de metales radioactivos y el uso de ciertos químicos que detalla expresamente, incluyendo además una referencia a los anexos 1 y 2 de la ley nacional de residuos peligrosos, número 24.051 (artículos 1, 2 y 3 de la ley provincial 9526, respectivamente).

La técnica legislativa utilizada en dicha ley, de escueta lectura y con referencias cruzadas entre normativas nacionales y provinciales, la hizo susceptible de variados cuestionamientos por parte de los actores directamente involucrados en la producción minera provincial, quienes no demoraron en iniciar acciones de todo tipo a los fines de mantener sus aparentes “derechos adquiridos”.

El presente trabajo analizará los aspectos centrales del fallo *CEMINCOR y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Acción declarativa de inconstitucionalidad*, aquel que inciera la Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba junto con la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear en mayo de 2009 y que tuvo su desenlace seis años después, en agosto de 2015.

Múltiples derechos parecerían colisionar a raíz de esta ley: propiedad, libre empresa, debido proceso, derecho a un medio ambiente sano, sólo por nombrar algunos; asimismo los argumentos esgrimidos por la actora parten de una interpretación posible de la distribución de competencias entre nación y provincia, que será finalmente la que determine la legitimidad del poder de policía que se cuestiona; también se ataca lo vago del uso de ciertos términos (altamente específicos dentro de las disciplinas científicas, como ser la expresión “minerales metalíferos”), lo que nos abre el campo de análisis tanto dentro de una contradicción normativa (Bulygin, E., Atienza, M., Bayón, J.C., 2009, p. 83) como de los así llamados “problemas de interpretación por vaguedad” (Moreso, J.J., Vilajosana, J.M., 2004, p. 154).

El fallo elegido ha sido una verdadera toma de postura en materia ambiental, explicitando una consideración transversal a todo el ordenamiento jurídico sobre este derecho colectivo.

II. Recorrido procesal

En su artículo 4to, la ley en cuestión otorga a los titulares de la concesión de derechos mineros que queden afectados por sus prohibiciones un período de seis meses desde la publicación de la misma para adecuar sus procesos productivos.

La Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba y la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear presentaron una acción declarativa de inconstitucionalidad por considerar, según su escrito de presentación, que la ley 9526 vulneraba diversos derechos amparados en la Constitución Nacional y en la Constitución Provincial: propiedad, ejercicio de industria lícita, igualdad ante la ley; además de atacar directamente la presunta imposibilidad de que el Gobierno Provincial pueda reglamentar la actividad minera de este modo, por

entender que es facultad delegada al Gobierno Federal a través del artículo 75 inciso 12 de la carta magna.

Cabe subrayar la duración de los plazos. La ley 9526 es sancionada el 24 de septiembre del 2008 y es publicada el 31 de octubre del mismo año. La acción es interpuesta el 4 de mayo de 2009 (ya vencido el plazo de seis meses señalado *supra*) y la sentencia definitiva es del 11 de agosto de 2015, más de 6 años después.

Adelantándonos al desenlace, el Tribunal Superior de Justicia falló sin votos disidentes aceptando la razonabilidad, pertinencia y proporcionalidad de la prohibición, haciendo una lectura de lo que significa el federalismo de concertación en materia ambiental, teniendo en cuenta los derechos presentes y futuros que se verían afectados, y con especial énfasis en el componente local en materia de consecuencias.

III. Ratio decidendi

Comenzaremos realizando un recorte sobre lo pretendido por la parte actora para así quedarnos con lo que efectivamente será objeto del decisorio del Tribunal.

Luego de un desarrollo muy sucinto sobre las condiciones de la minería tradicional en la provincia de Córdoba y lo disruptivo para el territorio que representaría la minería a cielo abierto, el Tribunal traduce la acción planteada a dos interrogantes: en primer lugar, si es competente la Provincia para dictar la ley 9526 dentro del marco del régimen federal, es decir, si es compatible con la delegación efectuada por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional; en segundo lugar, y de ser afirmativa la respuesta al primer interrogante, expedirse sobre el control de constitucionalidad en su faz sustantiva, es decir, el “test de razonabilidad de lo dispuesto por la norma” (Fallo CEMINCOR..., 2015, pp. 19 y 20).

Razona el Tribunal que si bien el Derecho minero se encuentra sujeto a un régimen específico en “lo relativo al dominio, adquisición, conservación o pérdida del derecho a explorar o explotar yacimientos”, esta atribución “no impide que las provincias ejerzan sobre esa materia el poder de policía de seguridad, moralidad y salubridad” (ídem, p. 22).

Esta posibilidad local de legislar concurrentemente con normativas nacionales, de forma integrativa y con ocasión de la tutela ambiental sería propio de lo que se conoce como un *federalismo de concertación*:

Implica no un pacto federal ambiental, sino una coadyuvancia legislativa entre la Nación y las provincias. La Nación pone las bases (los contenidos mínimos) y luego las provincias complementan dichas bases con leyes locales reglamentarias, que atienden a las peculiaridades provinciales de la protección ambiental. (Quiroga Lavié, H. 1996, en fallo CEMINCOR y otros c/ Gno. Pcia de Cba., 2015, p. 26)

Esta realidad legislativa ha tenido una progresiva inclusión en el sistema jurídico (tanto local como federal) y se toma como punto de partida la reforma a la Constitución Nacional llevada adelante en 1994: a grandes rasgos el artículo 41 de la carta magna dispone el derecho al ambiente sano para todos los habitantes, la obligación principal de recomponer frente al daño ambiental, el deber de las autoridades de proveer protección a este derecho y la responsabilidad de la Nación de dictar “normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales” (CN, 1994. art. 41).

Cronológicamente, encontramos luego la reforma al Código Minero a través de la ley 24585, que en 1995 incorporó un título complementario denominado *De la protección ambiental para la actividad minera*. El artículo 233 de este cuerpo sustantivo es muy elocuente al prescribir:

La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones del título complementario y a las que oportunamente se establezcan en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional. (ley 1919 – Código de Minería, art. 233)

Finalmente se fue dando a nivel nacional la sanción de múltiples leyes de presupuestos mínimos en materia de protección ambiental, como la Ley general del ambiente, la Ley de presupuestos mínimos para la preservación de glaciares y ambiente periglacial y la Ley de régimen de gestión ambiental de aguas (números 25675, 26639 y 25688 respectivamente), sólo por citar algunas de las relevantes a los fines del presente.

Concluye el Tribunal sobre la primer cuestión planteada, y luego de un recorrido similar al expuesto, que la ley provincial 9526

ha sido dictada dentro de las competencias propias de la Provincia de Córdoba en materia ambiental, constituyendo una norma complementaria a las nacionales en materia minera y que hace esencialmente al ejercicio del poder de policía reglamentario relativo a la cuestión ambiental. (Fallo CEMINCOR..., 2015, p. 33)

Resta analizar entonces si la ley en cuestión responde a estándares de razonabilidad, conforme el artículo 28 de la Constitución Nacional, desglosando la cuestión bajo tres conceptos: justificación, adecuación y proporcionalidad.

Justificación es entendida como “satisfacción de una exigencia de bien común” (ídem, p. 35). El gran centro de interés que encontramos en los fundamentos fácticos para las prohibiciones que impone la ley 9526 es el uso razonable del agua y la posibilidad de contaminación, siendo que además la actividad minera compite en territorio con las reservas hídricas de la provincia y la actividad turística. El fallo recorre la historia legal de otras provincias (que han sancionado leyes muy similares a la 9526).

Adecuación, como la relación de medios para alcanzar un fin cierto, se analiza en torno al impacto que podría llegar a tener en la actividad minera: la parte actora reclamaba que bajo las nuevas prohibiciones sería imposible llevarla adelante. El tribunal sortea este obstáculo a través de una reseña técnica que involucra la biotecnología como alternativa al uso de químicos contaminantes.

Finalmente, *proporcionalidad* sería el correcto balance entre “el bien que se persigue [...] con el mal que se pretende evitar” (ídem, p. 50). Se reitera a lo largo del fallo la importancia crítica del recurso hídrico y el derecho al ambiente. Es contundente la opinión del tribunal de ver como absolutamente incompatible los métodos que se buscan restringir (minería a cielo abierto, nuclear y con el uso de ciertos contaminantes) con el desarrollo sustentable.

IV. El principio precautorio y el poder de policía local

Los cambios en las prácticas jurídicas suelen tener una velocidad diferente de los cambios legislativos: quizás sea este hecho el que justifique la causa por la que todavía hoy se controvierten los esquemas regulatorios de derechos difusos (en nuestro caso de análisis, *el ambiente*) a ya 25 años de la reforma nuestra a carta magna y su incorporación expresa.

Dichos intereses han sido vistos de forma reacia por la doctrina civilista que ponía el énfasis en la protección de los intereses de los particulares, en especial los patrimoniales, por sobre los derechos de incidencia colectiva (Bustamante Alsina, 1995). Esta tendencia tuvo su punto de inflexión con la incorporación de los *Nuevos derechos y garantías* que señalaron el rumbo que debía tener en la materia el posterior proceso

legislativo: corresponde a la nación la sanción de los presupuestos mínimos de protección, piso mínimo infranqueable, que las provincias podrán complementar (entendido como *precisar y/o aumentar*) a través de sus poderes locales.

La Ley general del ambiente (número 25675), sancionada en el año 2002, contempla numerosos institutos y principios. Siguiendo el esquema de análisis que nos propone Valls encontramos en ella: una declaración de presupuestos mínimos de orden público (subsidiaria de la legislación específica), definiciones de política ambiental, principios rectores, recursos tuitivos y el andamiaje de un sistema federal ambiental, entre otros (Valls, 2016).

El *principio precautorio* (expresamente receptado en el artículo 4 de la ley 25675) ocupa el centro sobre el cual orbitan gran parte de los motivos que emplea el tribunal de la sentencia bajo análisis. Lo definimos como el imperativo de aplicar medidas inmediatamente eficaces ante el peligro de daño grave o irreversible, *aún ante la falta de información o certeza científica*; esto tiene un gran sentido en materia ambiental, puesto que la coacción posterior al evento dañoso pierde utilidad cuando generalmente es irreparable una vez ocurrido. (Cafferata, 2004). Se abre así una nueva dimensión para lidiar con el daño ambiental, apartándose de los conceptos tradicionales que proponen tanto la responsabilidad penal como la civil, puesto que estas tienen “como prerequisites fundamentales [la] certeza y previsibilidad” (Benjamín en Caferatta, 2004, p. 165).

Sobre el poder de policía local, que en materia ambiental es ejercido a través del mandato que parte de la Constitución Nacional y luego receptado en la legislación correspondiente de presupuestos mínimos, opinamos junto con Doroni que no caben dudas de que “es competencia local de cada jurisdicción [municipal y/o provincial], lo que obedece a la necesidad de inmediatez y cercanía a los problemas [...] de cada realidad social, cultural y ambiental” (Cuaderno de derecho ambiental número IX, 2017, p. 222)

V. Jurisprudencia actual en la materia

El caso cordobés no ha sido un hecho aislado ni exclusivo. Teniendo en cuenta el contexto nacional, podemos apreciar que dentro de la primera década del siglo XXI fueron numerosos los movimientos sociales que, en el seno de las provincias que

presentan actividad minera metalífera, promovieron legislación tendiente a restringir (o directamente prohibir) la modalidad a cielo abierto y el uso de ciertas sustancias dentro de la producción; muy similar a la ley cordobesa número 9526, que es la que motiva el fallo objeto del presente análisis.

Provincia	Ley n.º	Año	Restricción legal que establece
Chubut	5001	2003	Minería metalífera a cielo abierto, uso de cianuro.
Río Negro	3981	2005	Uso de cianuro y/o mercurio en los procesos de extracción, explotación e industrialización de minerales metalíferos.
La Rioja	8137	2007	Minería a cielo abierto, uso de cianuro, mercurio y cualquier sustancias contaminantes.
Tucumán	7879	2007	Minería metalífera a cielo abierto, uso de cianuro y mercurio en los procesos de producción
Mendoza	7722	2007	Uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en todo el proceso minero metalífero.
La Pampa	2349	2007	Minería metalífera a cielo abierto, uso de cianuro, mercurio y ácido sulfúrico y “toda sustancia química contaminante”, a lo largo de todo el proceso minero.
San Luis	634	2008	Uso de sustancias químicas contaminantes (lista exhaustiva).

Fuente: elaboración propia a partir de Castrillo (2010)

Vale aclarar que en el caso de la Provincia de La Rioja, la ley 8137 fue derogada al año siguiente de su sanción.

En el fallo *Minera del Oeste S.R.L. y otro c. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad* del año 2015, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza compartió criterios con la sentencia cordobesa bajo estudio; subraya en su análisis la necesidad de preservar el recurso hídrico como condición indispensable para el derecho al ambiente y su vínculo con dignidad humana, siendo que además se inclina por la constitucionalidad de la forma en que se debe instrumentar la declaración de impacto ambiental según la normativa provincial (esto es, con la aprobación de la legislatura local). En su voto, el Dr. Palermo explicita que el riesgo ambiental no es ajeno al riesgo general de la sociedad contemporánea, no obstante “el impacto de estos riesgos está espacial y temporalmente abierto, de modo que pueden manifestarse en forma duradera o diferido en el tiempo y distante del lugar en el que han sido generados” (Fallo *Minera del Oeste S.R.L. ...*, 2015, p. 62), lo que justifica plenamente la aplicación del principio precautorio.

Este mismo tribunal ha ratificado idéntica postura sobre la constitucionalidad de la ley provincial 7722 (que nunca dejó de ser cuestionada desde su sanción por parte de las

empresas del sector) en *Minera Río de la Plata S.A. c/ Gobierno de la Provincia s/ Accion de inconstitucionalidad*, de 2017. En sus argumentos refiere casi textualmente al fallo *Minera del Oeste*, enfatizando una vez más que “frente a la antinomia entre la «permisión de la actividad minería» y la «preservación del recurso hídrico», la Ley 7.722 justificadamente optó por ponderar esta [última] alternativa sobre la base de un brocardo fundamental del Derecho ambiental: el «principio de precaución»,” (Fallo *Minera del Río...*, 2015, p. 9).

Ya fuera del contexto minero, en la causa de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires *ASHPA. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley* (2015), sobre cese definitivo de la aplicación de agroquímicos en una parcela, y que luego de un prolongado trayecto procesal en el que la “ausencia de lesión actual” impedía a los actores resguardar su derecho al ambiente, encontramos una reformulación del principio en cuestión:

[...] en cuanto los derechos de la personalidad [incluyendo el derecho al ambiente] son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivadas de la contaminación ambiental (aún no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de la responsabilidad civil del agente [...] (Morello, dentro del voto del Dr. Hitters, p. 5).

VI. Reflexiones personales sobre el desarrollo sustentable

El concepto de *desarrollo sustentable* no carece de complejidad ni es de fácil definición. Hemos podido apreciar que en el fallo bajo análisis forma parte de los argumentos que utiliza tanto la parte actora como el mismo tribunal: para la Cámara Empresaria (Fallo *CEMINCOR...*, 2015, p. 8) es un error confundirlo directamente con *prohibición*, ya que debería ser tomado positivamente, como un enunciado que explique *qué se debe hacer* (y resolver la vaguedad implícita); mientras que el TSJ no cavila en afirmar que es una noción indeterminada, con un “alto grado de ambigüedad conceptual de fondo, que no sería [...] fruto de definiciones explícitas sino el *resultado del sistema de razonamiento aplicable para lograr un adecuado acercamiento a su contenido*” (ídem, p. 51, el subrayado es nuestro).

Como adelantáramos al principio de este trabajo, nos encontramos frente a un tipo muy específico de problema jurídico: la vaguedad. Ocurre, al decir de Moreso, cuando

no resulta claro si el criterio implícito en el uso del término considera a todos los casos que podría abarcar, lo cual se resolvería a través de “un acto de voluntad [que] no supone un acto de conocimiento basado en un saber lingüístico” (Moreso, 2004, p. 155).

Pero los fundamentos del tribunal al respecto de este *acto de conocimiento* tampoco nos satisfacen en una proyección a largo plazo (que en materia ambiental pareciera ineludible). Es loable la apropiación que hace al cerrar la discusión sobre la imposible univocidad lingüística para abonar su posición. Pero consideramos que se pierde una oportunidad importante, en materia de jurisprudencia, de sentar bases interpretativas más ejemplares para próximos conflictos ambientales, en lugar de hablar vagamente en nombre de la “democracia” o de la “república” al querer contextualizar el desarrollo sustentable (Fallo CEMINCOR..., 2015, p. 51).

No podemos dejar de mencionar, para finalizar, que el imaginario en el que se mueve el tribunal (por más bien intencionado que sea) no consigue correrse del antropocentrismo propio de las ciencias jurídicas: si hay protección a los derechos de las personas *sólo allí donde están las personas* se abre la puerta a una dialéctica del adentro y el afuera, que en el entorno minero suele tender a la tolerancia de las así llamadas “zonas de sacrificio”: espacios geográficos de aparente hostilidad a los emplazamientos humanos, con grandes riquezas minerales, que por su baja o nula densidad demográfica son susceptibles de ser explotados económicamente con el uso de tecnologías altamente contaminantes.

VII. Palabras finales

A lo largo del presente trabajo hemos analizado los aspectos más relevantes de un fallo que ha marcado un hito dentro de la provincia de Córdoba en materia ambiental. A luz de las nuevas constituciones (tanto nacional como provincial), del contexto legislativo (las leyes de presupuestos mínimos y la reforma al Código de minería) y de los movimientos sociales que se ocuparon de instalar y seguir el tema, el Tribunal Superior de Justicia consigue inscribirse en una tendencia a nivel nacional y despejar toda duda sobre la legitimidad y razonabilidad de la ley provincial 7726.

Consideramos que el fallo ha sentado las bases interpretativas suficientes como para aportar claridad a futuros conflictos de similares características: subraya el valor del

principio precautorio en materia ambiental, el respeto por la actividad económica tradicional de la provincia, y el resguardo del recurso hídrico (y su vínculo con el derecho al ambiente y la consecuente dignidad humana). Pero a su vez es nuestra opinión (como lo señaláramos en el apartado anterior) que también se ha perdido una oportunidad valiosa para llevar un paso más lejos la precisión de conceptos centrales (como *desarrollo sustentable*) y de esa forma aportar criterios técnicos durables que se puedan proyectar en el mediano y largo plazo tanto sobre políticas públicas como en la actividad económica privada.

Finalmente, podríamos objetar la extensa duración del plazo que ha demorado el Tribunal en sentenciar: 6 años puede ser un tiempo dentro de los promedios estadísticos para los Tribunales Superiores (la comparación con otras provincias así lo revela), pero siendo que también hay actores económicos involucrados, y de mucho peso, asimismo es tiempo suficiente para que el eje de la discusión se *des-judicialice* y se corra hacia cuestiones mediáticas o de opinión pública, en donde corre riesgo de diluirse gran parte del esfuerzo involucrado.

VIII. Referencias

- Bulygin, E., Atienza, M., Bayón, J.C.** (2009). *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Cafferata, N.A.** (2004). *Introducción al derecho ambiental*. México: Instituto Nacional de Ecología.
- Castrillo, C.V.** (2010). *Las leyes provinciales que prohíben ciertas técnicas de extracciones de minerales*. Recuperado de La Ley Online, AR/DOC/4634/2009.
- Manili, P.L. (coord)** (2005). *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Moreso, J.J., Vilajosana, J.M.** (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Valls, M.** (2016). *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VV.AA.** (2017). *Cuaderno de derecho ambiental n.º IX – Principios generales de Derecho Ambiental*. Córdoba: Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba. Instituto de derecho ambiental y recursos naturales. .

Legislación consultada

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Córdoba.

Ley nacional n.º 1919 – Código de minería.

Ley nacional n.º 24051 – Residuos peligrosos.

Ley nacional n.º 25675 – Ley general del ambiente.

Ley provincial n.º 9526 – Prohibición en territorio provincial de la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto.

Jurisprudencia consultada

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. (2015) Causa ASHPA s/ Amparo.

Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley –: A.72.642. AR/JUR/24332/2015.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza. (2015) Minera del Oeste S.R.L. y otro c.

Gobierno de la Provincia s/ acción de inconstitucionalidad –, Expte. 102863400.

AR/JUR/59766/2015

Suprema Corte de Justicia de Mendoza. (2017) Minera Rio De La Plata S.A. C/Gob.

de la Provincia de Mendoza P/ Acción de inconstitucionalidad – Expte.

13028434035. Recuperado de

<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5395087117>

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. (2015) CEMINCOR y

otros c/ Gno. Pcia de Cba., Expte. N° 1798036. AR/JUR/26518/2015