



Loza, Daniel Agustín

DNI: 26.545.653

Legajo: VABG 59099

**El derecho humano al agua frente a los intereses económicos de la Industria
Minera**

Tutor: María Laura Foradori

Abogacía

Universidad Siglo 21

Sumario:

I. Introducción. II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución. III. Ratio Decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes - Postura del autor. V. Conclusión. VI. Referencias.

I. Introducción

El presente trabajo, se basa en el análisis de la sentencia dictada por la Sala Segunda del Supremo Tribunal de la Provincia de Mendoza, caratulados “Minera del Río de la Plata S.A c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Inconstitucionalidad”, con sentencia definitiva de fecha dieciocho de abril de dos mil diecisiete.

En el proceso referido, el representante legal de la Minera Río de la Plata S.A. dedujo acción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 7.722. Vale destacar que la norma cuestionada, en términos generales, se centra en la protección de los recursos hídricos en el desarrollo de proyectos o procesos mineros metalíferos.

Llegado a este punto, es necesario hacer hincapié en el problema jurídico planteado en el caso sub examine. Así, se identifica un conflicto de tipo axiológico, toda vez que hay una clara colisión entre derechos fundamentales. Por un lado, la actora alega que la ley provincial vulnera concretamente el derecho de propiedad y ejercer toda industria lícita; mientras que por el otro la Ley 7.722 se erige en protectora de los recursos hídricos, a los efectos de garantizar el suministro de agua libre de contaminantes a toda la población provincial. Por lo tanto, siendo el agua uno de los elementos del medio ambiente, a través de esta ley se protege el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

En este sentido, es sabido que el agua es un elemento esencial para el sostenimiento de la vida de todos los seres vivos, por lo tanto prevenir su contaminación es un deber fundamental que deben asumir las autoridades gubernamentales, como así también la sociedad en pleno. Este compromiso cobra mayor relevancia en esta provincia, toda vez que la mayor parte de su superficie territorial presenta zonas áridas, escasas precipitaciones fluviales, el suministro de agua para consumo humano y para la actividad agropecuaria es a través de los ríos que descienden de la cordillera de los Andes, lugar en donde generalmente se radican los emprendimientos mineros.

Ahora bien, a los efectos de continuar el desarrollo del presente trabajo, seguidamente se describirá la plataforma fáctica, historia procesal y resolución. Luego se analizarán los lineamientos centrales de la Ratio Decidendi, como así también los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, que darán paso a las reflexiones finales plasmadas en la conclusión.

II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución.

En este proceso, a poco menos de un mes de promulgada la Ley 7.722, se presentó la Empresa Minera Río de La Plata S.A., quien en su carácter de titular registral de derechos mineros de exploración y explotación en los Departamentos de San Rafael y Malargüe, concedidos debidamente por la Autoridad Minera, demandó al Estado Provincial con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la mencionada disposición legal.

Articulada la demanda, en términos generales, la actora alegó que la normativa referida vulneraba sus derechos adquiridos y prerrogativas reconocidas en la Constitución Nacional y Provincial, tales como el derecho de propiedad y de ejercer industria lícita. Refirió que no respetaba el orden de prelación de las leyes y desbarataba derechos reconocidos constitucionalmente. Destacó que era una ley discriminatoria y no resguardaba el principio de igualdad; porque se regulaba la actividad minera pero no otras que también hacían uso de las sustancias vedadas para la minería. Que vulneraba el principio de superioridad jurídica (Código Minero), que era incoherente y carecía de fundamentos científicos, por lo tanto resultaba arbitraria.

Cabe mencionar, que la acción de inconstitucionalidad se tramitó en una única instancia procesal; en la cual los Ministros de la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, resolvió rechazar la acción entablada por la actora.

III. Ratio Decidendi.

Previamente, antes de abordar los argumentos de la sentencia es menester mencionar que desde la entrada en vigencia de la ley en el año 2007, se presentaron doce acciones de inconstitucionalidad, de las cuales solamente diez siguieron curso. En el año 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia se reunió y dictó sentencia plenaria en la causa N° CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901)), caratulada: “Minera del Oeste SRL y ot. c/

Gbno. de la Provincia p/ Acción Inconstitucionalidad”, en la cual con el voto mayoritario confirmó la constitucionalidad de la ley, sentando un precedente importante para rechazar futuros planteos de inconstitucionalidad como el aquí analizado.

Ahora bien, corresponde abordar nuevamente el problema jurídico planteado en el proceso analizado. Se refirió precedentemente, que el mismo es de carácter axiológico, toda vez que existe una clara colisión entre derechos de raigambre constitucional, tal es el caso de la preservación del ambiente y el derecho de propiedad como así también el ejercicio de toda industria lícita.

En este sentido, y a fin de dilucidar la cuestión, el Supremo Tribunal tuvo que expedirse sobre la constitucionalidad o no de la Ley 7722. Claro está que la cuestión quedó resuelta en la sentencia plenaria aludida ut supra. No obstante ello, el Tribunal igualmente se pronunció sobre el punto, lo cual será analizado en los párrafos siguientes.

Así, respecto a los artículos impugnados por la actora, el Tribunal expresó que el artículo primero, tenía como objetivo garantizar el recurso hídrico a través de la prohibición de la utilización de sustancias químicas, por lo tanto lo que la norma vedaba era el uso de esas sustancias tóxicas y no la actividad minera.

Que analizada la cuestión desde el principio de razonabilidad (art. 28 Const. Nac.), advertían que antes que incompatibilidad, existía complementariedad 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.

Respecto de la pretendida violación al principio de igualdad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, y en el Art. 7 de la Constitución Provincial de Mendoza, el Tribunal expresó que tanto la jurisprudencia provincial y nacional, tenían sellada la controversia, señalando que dicho axioma legal no era absoluto y que los legisladores podían crear diferentes clasificaciones que provoquen un trato diferente entre los habitantes, pero que esa diferenciación debía ser razonable.

Al referirse al derecho de propiedad y ejercer industria lícita, la Corte afirmó que los mismos se encontraban garantizados. Así, si la actividad minera se llevaba a cabo con el correspondiente procedimiento seguro para el resguardo del ambiente y de la salud de la población; basándose en el concepto de responsabilidad social empresaria y desarrollo

sustentable. En consecuencia, el ejercicio de toda industria además de ser lícita, debe ser 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.

Respecto a la supuesta vulneración de los derechos adquiridos contemplado en el artículo 29 de la Constitución Provincial, señaló que en el fallo “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”, declaró: “que ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna, tiene derechos adquiridos en todo cuanto se refiere al aspecto ambiental” (2004).

Al abordar el tema de la validez constitucional del artículo segundo, reproduce el voto del Dr. Nanclares en el fallo de “Minera del Oeste Srl y Ot. c/ Gbno. de la Provincia P/ Acción Inconstitucionalidad” (Ley 7.722) en el cual 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 (2015).

Por último, respecto del artículo tercero, donde se determina que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) debe contar con una ratificación legislativa, la constitucionalidad del mismo quedó confirmada en el fallo plenario, debido a que se trata de un acto de naturaleza compleja en el cual se involucra tanto al Poder Ejecutivo como a la Legislatura.

Concluye, que la aplicación del fallo plenario al caso es imperativa en salvaguarda de la seguridad jurídica, y dado que no se han acreditado los recaudos relevantes para tachar la constitucionalidad de la Ley 7.722 correspondía el rechazo de la demanda.

En relación al voto de los dos jueces que suscriben el fallo, el Dr. Omar Palermo declara la constitucionalidad de la norma atacada; y el Dr. Mario Adaro votó en disidencia parcial, declarando la constitucionalidad de la ley 7722, con la sola excepción del art. 3 primer párrafo que lo considera inconstitucional.

IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes- Postura del autor.

Hecha la descripción del caso y la mención de los argumentos de los miembros del Tribunal, se procede a realizar la descripción del análisis conceptual de los antecedentes, incorporándose en el texto la postura del autor.

Quiroga Lavié afirma: “La reforma de 1994 plasma una amplia tutela al ambiente en diversas normas: una central (art 41, del que nos ocupamos aquí) que en sus cuatro párrafos excede largamente la mera consagración a nivel federal del derecho al ambiente” (Quiroga Lavié 2009 p. 321).

El primer párrafo del artículo identifica y caracteriza al objeto protegido “el medio ambiente”, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por un concepto amplio que incluye recursos naturales y culturales. Ahora bien, no solo se garantiza el derecho a un ambiente sano, sino que también impone el deber de preservarlo, toda vez que el mismo es patrimonio común de las generaciones presentes y futuras. De aquí se desprende el precepto de desarrollo sustentable, el cual opera como un límite a la propiedad y la actividad empresarial que no sea desarrollada teniendo en cuenta la protección ambiental del entorno en donde pretende desplegar su actividad.

En esta misma línea, cabe expresar que el desarrollo sustentable, impone como deber en cabeza de las empresas, que éstas realicen su actividad empresarial sin alterar o poner en riesgo el equilibrio ecológico del medio ambiente. Esta circunstancia, fue tomada en cuenta por los jueces del Supremo Tribunal al momento de dictar sentencia.

Al respecto, Bidart Campos (1998) señala que este deber de preservar, impuesto por la norma es un deber jurídico que convierte a todos (particulares y autoridades gubernamentales) en una especie de agentes públicos en el cuidado ambiental. Asimismo, este párrafo sustenta también el principio de “contaminador pagador”, imponiendo la obligación de reparar el daño causado.

En cuanto al párrafo segundo de la norma, este impone una serie de obligaciones a la autoridad estatal, tales como: proveer a la protección del derecho a vivir en ambiente sano, como así también a la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la biodiversidad. Manda constitucional que se llevará a cabo a través de la planificación de políticas y estrategias orientadas a cumplir con el fin

referido precedentemente y evitar así la sobre explotación de los recursos. La última parte de este párrafo también impone a las autoridades la obligación de proveer a la información y educación ambientales.

Respecto, al párrafo tercero de la norma, Bidart Campos (1998) afirma:

La cláusula tercera del artículo 41 es una norma que corresponde a la parte orgánica de la Constitución, porque define el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias. Al Estado federal le incumbe dictar las normas de presupuestos mínimos, y a las provincias las normas necesarias para complementarlas (p. 89).

Ahora bien, en esta distribución de competencias; el Congreso Nacional dictó la Ley N° 25.675, denominada Ley General de Ambiente, la cual contiene presupuestos mínimos de protección como así también principios que regirán en materia ambiental. En este sentido, cabe señalar, que el artículo 4 entre otros principios, refiere explícitamente al “principio precautorio”. Así, del texto de la norma surgen las situaciones que deben configurarse para la aplicación del mismo, ellos son: peligro de daño grave e irreversible, ausencia de información o certeza científica. Dadas estas condiciones, se deberá tomar todas las medidas conducentes para evitar que el daño se produzca.

En relación a ello, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza en el fallo “Minera del Oeste Srl y Ot. c/ Gbno. de la Provincia P/ Acción Inconstitucionalidad” (Ley 7.722) el Dr. Palermo en su voto señaló:

(...) cabe aclarar que el principio de precaución no se aplica a cualquier situación de riesgo, sino solo donde existe un contexto de incertidumbre científica y los daños eventuales pueden ser graves e irreparables para bienes de máxima importancia como la salud, la vida y los recursos naturales. Esa incertidumbre no es absoluta, sino que supone que se han detectado aspectos que tornan potencialmente peligrosa a la actividad, aunque se desconoce la dimensión real de ese riesgo (2015)

Posteriormente, en otra sección de su voto el Dr. Palermo expresó:

La decisión precautoria del legislador mendocino, en el sentido de no esperar la prueba determinante que acredite con certeza que la actividad minera efectivamente causa perjuicios irreparables para el recurso hídrico de la provincia, se debe también a la importancia que tiene el agua como derecho humano, cuestión que no puede

dejar de tenerse en cuenta al momento de la ponderación de los intereses en conflicto (2015).

De lo referido, surge la evidente conexión entre los principios de sustentabilidad y precautorio. En el caso analizado surge palmariamente esta relación, toda vez que la normativa atacada de inconstitucional, fue dictada bajo los lineamientos del principio precautorio previsto en la LGA. Así, prioriza la protección de los recursos hídricos y por ende garantiza el acceso al agua libre de contaminantes, a las generaciones presentes y futuras; al mismo tiempo impone a las empresas mineras el desafío de desarrollar técnicas limpias para el desarrollo de su actividad, dentro de un marco sustentabilidad.

Retomando el tema de distribución de competencias previsto en cláusula tercera del artículo 41 de la CN, Bidart Campos (1998) sostiene:

La complementariedad maximizadora demuestra el acierto de nuestro punto de vista en materia de derechos humanos cuando hemos afirmado que en tanto se respete la distribución competencial entre estado federal y provincias, éstas quedan habilitadas para ampliar el plexo de derechos a cuya recepción las obliga la constitución federal (p. 90)

En el caso de la Provincia de Mendoza, la Ley de Preservación de Medio Ambiente N° 5.961, fue promulgada en el año 1993, antes de la reforma de Constitución Nacional en el año 1994. No obstante ello, conservo su vigencia, ya que la misma no contradecía el principio de supremacía constitucional, como así tampoco a la LGA.

En este contexto, el reparto de competencias establecido en el tercer párrafo del art. 41 de la CN.; por otro lado lo establecido en el art. 121 de la CN. que establece que las provincias conservan todo el poder no delegado y el art. 124 de la CN. el cual prescribe que las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio; la provincia de Mendoza promulgó en el año 2007 la Ley N° 7.722 cuyo fin perseguido encuentra amparo tanto en la Constitución Nacional (art. 41 y ccs.) como la Provincial (arts. 1, 186 y ccs.).

Otro de los temas planteados en la sentencia que se analiza, es el referido a la vulneración de los derechos adquiridos invocados por la actora. Este tema será abordado a través de los artículos 9, 14, 240 y 241 del Código Civil y Comercial de La Nación. Así el

artículo 9 establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y éste se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho contemplado en la última parte del artículo 14, el cual reconoce a los derechos individuales y los de incidencia colectiva y expresamente prescribe que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Por su parte el artículo 240, establece los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios, disponiendo que el mismo debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva, seguidamente agrega que ese ejercicio: “Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

En este sentido, Rodríguez Salas (2016) sostiene:

La sustentabilidad del bien colectivo, entonces, actúa como condición y límite al ejercicio de los derechos individuales. La norma civil procura ubicar al bien colectivo en una esfera distinta y superior de la que corresponde al dominio –sea público o privado– sobre los micro bienes que integran esa universalidad (pág. 21).

Finalmente el artículo 241 establece que: "Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable". Así, este artículo prescribe que deberá tenerse en cuenta la normativa de los presupuestos mínimos para la interpretación y aplicación de sus disposiciones.

Al respecto, Cosentino y Lorenti (2015) refieren:

Este mecanismo permitirá, en un caso concreto, la selección del mejor material normativo aplicable, es decir, de aquel que proteja de manera más amplia y progresiva el ambiente, con el consecuente descarte de aquel otro material normativo cuyo contenido sea más regresivo y aminore la tutela ambiental. De este modo, el art. 241 tiende un puente que permite la unión e integración normativa entre dos subsistemas, el civil y el ambiental, confluyendo este esquema en un nuevo sistema jurídico para la optimización de la normativa aplicable, cuyo fin debe ser asegurar la eficacia del derecho constitucional al ambiente sano (pág. 82).

V Conclusión.

En la sentencia analizada, la cuestión sometida a conocimiento del Supremo Tribunal, se originó como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 7.722. Es así, que a menos de un mes de su promulgación, la actora promovió acción de inconstitucionalidad contra los tres primeros artículos de la norma. Justificó su interés en virtud de su titularidad registral de derechos mineros de exploración y explotación en los Departamentos ubicados en el sur de la Provincia, los cuales le fueron debidamente otorgados por la Autoridad Minera. En términos generales, los fundamentos de la demanda fueron que la ley vulneraba su derecho de propiedad y de ejercer industria lícita, ambos reconocidos en el texto de la CN como así también en la provincial.

Entrados a resolver sobre la cuestión, la cual no versó sobre una simple declaración de inconstitucionalidad o no, el Tribunal realizó una ponderación de los derechos que se encontraban enfrentados. Por un lado los derechos invocados por la actora y por el otro el derecho al suministro de agua libre de contaminantes para toda la población provincial. Por lo tanto, siendo el agua, uno de los elementos del medio ambiente, a través de esta ley, que preserva los recursos hídricos por sobre la actividad minera, se protege el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Se advierte, del análisis realizado de los argumentos de los magistrados, como integraron e interpretaron coherentemente la normativa, doctrina y jurisprudencia vigente sobre el tema La sentencia no dejó un resquicio de duda, que la Ley 7.722 se adecuaba a los preceptos de la Constitución Nacional como así también a la legislación nacional y provincial sobre el tema.

Asimismo, se puede ver una nueva realidad y es el papel activo que desempeña la Judicatura en materia ambiental. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo “Mendoza” sostuvo que los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos al ambiente.

Algo más para destacar, el Código Civil y Comercial de la Nación a través de la incorporación de nuevos artículos; analizados en el apartado precedente, actualiza materias obsoletas y aporta criterios, principios y valores jurídicos, para reforzar la protección de este bien colectivo, como es el medio ambiente.

En conclusión, los jueces en la sentencia analizada tuvieron en cuenta los principios que informan el derecho a un ambiente sano y también dejaron plasmado que tanto la política, como la legislación ambiental de la provincia responden a la manda constitucional de garantizar a la población el derecho a un ambiente sano y un desarrollo sustentable. En consecuencia, al quedar zanjada la cuestión de la constitucionalidad de la Ley 7.722, en las reformas futuras que se le pretendan realizar, el legislador no podrá bajar los estándares de protección fijado para los recursos hídricos.

VI. Listado de revisión bibliográfica

Legislación

1- Legislación Nacional

Constitución de la Nación Argentina (1994), Artículo 41.

Ley N° 25.675, Ley General de Ambiente, Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de Noviembre de 2002.

Ley N° 1919, Código de Minería, Boletín Oficial de la República Argentina, 30 de Mayo de 1997.

2- Legislación Provincial

Constitución de la Provincia de Mendoza, 1916, Artículo 29.

Ley N° 5961, Preservación de medio ambiente, Boletín Oficial Provincia de Mendoza, 25 de Febrero de 1993.

Ley N° 7722 Prohibición de Sustancias Químicas, Boletín Oficial Provincia de Mendoza, 22 de Junio de 2007.

Código Civil y Comercial de la Nación- Ley 26.994

Jurisprudencia

S.C.J Mendoza Sala N 2, “Minera del Oeste S.A c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Inconstitucionalidad”, sentencia del 16 de Diciembre de 2015.

S.C.J Mendoza Sala N 2, “Minera del Río de la Plata S.A c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Inconstitucionalidad”, sentencia del 18 de Abril de 2017.

S.C.J Mendoza Sala N 2, “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”, sentencia del 17 de Abril de 2007.

Libros

Bidart Campos, G. (1998) “*Manual de la Constitución Reformada*”, Argentina: Editorial Ediar

Humberto Quiroga Lavié (2009) “*Derecho Constitucional Argentino T I*” Editorial Rubinzal Culzoni. Bs. As.

Rodríguez Salas, Aldo (2016) *El derecho ambiental y la Ley General Del Ambiente de Mendoza. Ley N° 5.961* 1° Edición, Argentina, Ediciones Universidad de Congreso

Cosentino, Gabriela M y Lorenti, Melina (2015) *La mecánica de los presupuestos mínimos y la responsabilidad civil ambiental resarcitoria en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista del Derecho Ambiental

Anexo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
 PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 709

CUIJ: 13-02843403-5((012174-9061101))

MINERA RIO DE LA PLATA S.A. C/GOB. DE LA PROV. DE MENDOZA P/ ACCIÓN
 INCONSTITUCIONALIDAD

102863411

En Mendoza, a dieciocho días del mes de abril de 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: 13-02843403-5((01274-9061101)), caratulada: “**MINERA RÍO DE LA PLATA S.A. C/ GBNO. DE LA PROVINCIA S/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD**”.

De acuerdo a lo decretado a fojas 708, se deja constancia del orden de estudio efectuado en el expediente para el tratamiento de las cuestiones por los ministros del Tribunal: primero: **Dr. OMAR ALEJANDRO PALERMO**; segundo: **Dr. MARIO DANIEL ADARO**; tercero: **Dr. JOSÉ VIRGILIO VALERIO**.

ANTECEDENTES

A fs. 138/157 vta. se presenta la empresa Minera Río de la Plata S.A., a través de su representante legal, quien demanda 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. 170/188) junto con Fiscalía de Estado (fs. 189/1205) y solicitan el rechazo de la misma.

Ofrecidas y rendidas las pruebas, se agregan los alegatos de la actora a fs. 630/651, del Estado Provincial a fs. 652/680 y de Fiscalía de Estado a fs. 681/688 vta.

A fs. 705 se incorpora el dictamen del Procurador General del Ministerio Público Fiscal, quien asevera que la demanda en el presente caso debe ser rechazada.

En la causa caratulada “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ Acción Inconstitucionalidad” (L.S. 492-185), la Suprema Corte decidió convocar al Tribunal Plenario, en cuyo fallo –que rola a fs. 1033– el voto mayoritario confirmó la validez constitucional de la Ley 7.722.

El acuerdo para la sentencia de esta causa es llamado a fs. 708, donde 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. OMAR PALERMO

DIJO:

I.- RELACIÓN SUSCINTA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

A) Posición de las actora

Desarrollo de Minera Río de la Plata S.A., a través de su representante legal, deduce acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 7.722. Justifica su interés en virtud de la titularidad registral de derechos mineros de exploración y explotación en los Departamentos de San Rafael y Malargüe, concedidos debidamente por la Autoridad Minera.

En líneas generales, asevera 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, refiere que la ley objetada dispone el impedimento 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, lo cual implica –lisa y llanamente– la **prohibición de la actividad minera metalífera**.

Adicionalmente, informa que con ello se le 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, sustenta 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.

Destaca que la ley es **discriminatoria y no resguarda el principio de igualdad**, toda vez 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 la actora, 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 la mandante al momento de adquirir sus derechos jamás imaginó la posibilidad de que se le coartara el uso de sustancias imprescindibles para su industria.

Antes de culminar, pone de relieve que la ley tiene **efectos retroactivos** y con esto no solo lesiona derechos adquiridos, también hace caer expectativas legítimas, amparadas 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.

Menciona 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, critica la **perpetuidad de la norma**, en tanto no contempla plazo alguno, con lo cual veda toda posibilidad de desarrollar proyectos mineros eternamente.

Finalmente, resalta 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.

Ofrece prueba, funda en derecho, solicita el beneficio de litigar sin gastos y formula reserva tanto para reclamar el resarcimiento de los daños o perjuicios como del caso federal.

B) 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 la actora, pues de lo que se trata es de reglamentar su ejercicio. Ella 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 la actora 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.

C) 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 la actora 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.

D) Dictamen del Procurador General

El Sr. Procurador General en su dictamen propicia el rechazo de la demanda, por entender que se impone seguir lo que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia en fallo plenario (L.S. 492-185), donde 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 se encuentra desde fs. 1 a 137 y desde 253/256.

2- Copia certificada de los expedientes administrativos N° 51896/2006, N° 52741/2006 y N° 50031/2005, registrados en este Tribunal bajo A.E.V. N° 76.041/16, según rola a fs. 266.

3) A fs. 595/600 copia certificada de la prueba producida en la causa N° 90.595 caratulada “Concina, Raúl E. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acc. Inc.”, desde fs. 614/617.

B) Informativa:

1- Informes elaborados por:

a) el Colegio Argentino de Ingenieros de Minas, que rola a fs. 267/283;

b) la Dirección de Minería del Gobierno de Mendoza, que consta a fs. 295/299;

c) la Fábrica Militar Río Tercero a fs. 300/324;

d) la Administración Federal de Ingresos Públicos, que rola a fs. 335/339;

e) la Subsecretaría de Control y Fiscalización Ambiental y Prevención de la Contaminación de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo de la Nación, a fs. 342/348;

f) la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental de la Provincia de Mendoza, a fs. 397/431;

g) el Departamento General de Irrigación, a fs. 438/460;

h) el Director de la Maestría en Ingeniería Ambiental de la Universidad Nacional de Cuyo, Ingeniero Luis Magistocchi, según figura a fs. 497/498;

i) la Dirección Nacional de Minería a fs. 538;

j) el Ministerio de Minería del Gobierno de Chile a fs. 517/520.

C) Testimonial:

1- Declaración testimonial de Marcelo Giraud a fs. 257/9.

D) Pericial:

1- A fs. 362/388 rola pericia contable presentada por el Ingeniero Jorge José López designada en autos, y las ampliaciones de la misma a fs. 470/488.

III. LA SOLUCIÓN DEL CASO

En sintonía con lo acontecido en el fallo plenario “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 esta Corte a resolver un aspecto de inmensa trascendencia pública para el ambiente sano –derecho humano y bien jurídico colectivo–, el agua –derecho fundamental y condición previa para el ejercicio de otros derechos humanos–, la economía y la comunidad.

De tal senda, surge claro que esta cuestión exigía ser abordada por el órgano constitucional representativo, mayoritario, con legitimidad popular directa y deliberativo por excelencia, esto es el Poder Legislativo, a través de una legislación que fuera producto del consenso social y de un inclusivo diálogo argumentativo en pie de absoluta igualdad entre todos los interesados.

Sin perjuicio de ello, frente a este caso ya no genérico sino concreto, los involucrados se encuentran facultados para concurrir ante el Poder Judicial en procura de razones específicas y circunstanciadas. En efecto, si se parte de una robusta concepción de la democracia, como es la deliberativa, se arriba a que la interpretación y la ejecución de los

derechos constitucionales depende de una relación de diálogo argumentativo, continuo y dinámico entre las ramas estatales y la ciudadanía.

Dicho esto, para continuar hay que dejar sentado que si bien en este proceso –conforme han sido planteadas y resistidas las cuestiones– urge resolver si la Ley 7.722 es constitucional y convencional, no es factible soslayar que dicha controversia ya fue zanjada en la sentencia plenaria aludida ut supra, que resulta imperativa e ineludible para la presente causa. Motivo por el cual, en adelante, se han de reproducir los argumentos de la misma, sin perjuicio de añadirse otros.

Ante todo, se ha de contrarrestar la impugnación efectuada por la actora relativa a que el **artículo primero** realiza lisa y llanamente una **prohibición de la actividad minera**, pues al respecto el voto del 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.

La referida garantía del ambiente, cuya medida es la prohibición absoluta del uso de sustancias tóxicas, 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 de la Constitución Nacional (arts. 41, 75, 121 y 124), cuanto del Código de Minería (art. 233), en tanto dispone que tal actividad 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 el desarrollo minero 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.), antes que incompatibilidad, se advierte complementariedad 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).

Esta tesitura, tal como lo manifesté en el voto plenario, hace suponer que “*todas aquellas normas de protección del medio ambiente «integradas» dan lugar al denominado paradigma del «Estado Ecológico de Derecho» por lo que, si una regulación provincial expande el contenido tuitivo ambiental por encima de las normas nacionales, no puede existir reproche en su validez, en razón de que no existe contradicción alguna entre los distintos órdenes sino complementariedad*”.

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 alternativa sobre la base de un brocardo fundamental del Derecho ambiental: el «principio de precaución», cuyo cometido consiste en garantizar la seguridad y control del ecosistema

con sus recursos frente a actividades en cuyas implicancias intrínsecas domina la peligrosidad y la incertidumbre científica.

A propósito de la supuesta violación al **principio de igualdad** (arts. 16 Const. Nac. y 7 Const. Prov.) reclamada por la actora, 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.), el 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 Cívero 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).

Este artículo objetado, en suma, no hace más que cumplir con las responsabilidades que asumen los Estados en materia de derecho a la vida y al agua, contenido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 (art. 14); el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5); la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 27); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 28).

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) –último eslabón de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)–, 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. Mediante tal recaudo de eficacia se persigue un control del acto administrativo en vistas a asegurar su legitimidad democrática y lograr un consenso social sobre una actividad eminentemente riesgosa frente a la comunidad y “las generaciones futuras” (art. 41 Const. Nac.).

Congruente con eso, para los proyectos de minería metalífera obtenidos de las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización, la Legislatura ha instituido 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.

Baste para concluir dejar sentado que el sistema de democrático republicano (arts. 1 y 33 de la Const. Nac.) lleva ínsito el ideal del autogobierno, el cual determina que cada sociedad sea la que delibere, defina, decida y gestione sus intereses. Por caso, sobre el modelo que considera más apropiado para el desarrollo productivo, con sus conveniencias y desventajas en términos de crecimiento e impacto ambiental que el mismo importa. Con esto presente ahora, vale sellar que tampoco es dable el reproche de inconstitucionalidad de la normativa impugnada por razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por otros órganos estatales, en tanto y en cuanto no aparece afectado el orden institucional ni los derechos fundamentales.

Al cabo de las consideraciones vertidas, 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. MARIO ADARO 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. OMAR PALERMO

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. MARIO ADARO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO**DIJO:**

En función del modo de resolución y votación de las cuestiones anteriores, las costas del proceso se han de imponer a la parte actora vencida (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. MARIO ADARO, 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 Río de la Plata S.A.

2.- Imponer las costas del proceso a la actora vencida (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. Oficiese