



Caso Brugnoli:.

- **“Primacía del Derecho a un medio ambiente sano sobre los derechos de propiedad o de industria”**

Mirta Claudia Mercado, DNI 21.098.431, legajo vabg 59092

Derecho Ambiental

Entrega N° 4

Tutor: Dra. Belén Gulli

Abogacía

22 de noviembre de 2019

Identificación del Fallo:

Expediente: 13-02068154-8/1 - BRUGNOLI S.A. EN J° 250695 / 13-02068154-8 (010301-51861) BRUGNOLI S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE MAIPU P/ ACCION DE AMPARO P/ REC.EXT.DE INCONSTIT- CASACION

Fecha: 07/08/2017 – Sentencia

Tribunal: Suprema Corte de Justicia Mendoza - Sala Primera

Magistrado/s: PEREZ HUALDE - NANCLARES – PALERMO

Sumario.

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

I. Introducción

En estos tiempos, es muy frecuente escuchar palabras como “cambio climático”, “calentamiento global”, “consecuencias ambientales por deforestación...”, “impacto ambiental como consecuencia de la contaminación...”, “contaminación del medio ambiente”. Es bien sabido, el impacto que esos fenómenos provocan en la vida de los seres humanos y el ecosistema; por ello urge que la sociedad en pleno y las autoridades gubernamentales se comprometan para proteger el medio ambiente.

Este compromiso, quedó efectivamente materializado con la reforma constitucional del año 1994. Así, a través del artículo 41 explícitamente se incorporó el tema ambiental en nuestra carta magna. En este sentido, cabe referir que desde los albores 1990 la mayoría de las constituciones provinciales ya habían incorporado el principio de protección del medio ambiente, regulando la materia a través de normas particulares, o leyes generales de protección ambiental. En el caso de la Provincia de Mendoza a través de la Ley 5.961 del año 1993.

Ahora bien, respecto al problema jurídico que plantea la sentencia analizada es la colisión entre derechos amparados constitucionalmente; por un lado el invocado por el actor: “derecho de propiedad, de trabajar y ejercer toda industria lícita, por otro lado el derecho a un ambiente sano y equilibrado, correlativo al derecho a la salud de los vecinos de zona”.

En este punto, cabe realizar las siguientes preguntas, ¿se debía dar curso a los recursos promovidos por la actora?; ¿efectivamente se violentaban los derechos alegados?, ¿la sentencia de primer instancia y como la de la Cámara de Apelaciones son arbitrarias o normativamente incorrectas?.

Estos interrogantes, son respondidos en la sentencia analizada. Del texto de la misma se advierte la solución jurídica adoptada por los magistrados del Supremo Tribunal y la magistrada que se pronunció en primera instancia, ante el problema ambiental suscitado por la actora, evidenciando así la importancia de garantizar el derecho a un medio ambiente sano consagrado en nuestra Constitución, como así también en la legislación nacional y provincial.

Seguidamente se procederá a mencionar los hechos que motivaron la causa, luego se analizará los fundamentos de la sentencia en la Ratio Decidendi, posteriormente el análisis conceptual de los antecedentes doctrinarios, para finalizar con la conclusión de la autora.

II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución

En este proceso, el problema ambiental está dado por la existencia de una plaga de moscas domésticas adultas. La proliferación de estos insectos se debía a la actividad avícola desarrollada en la zona por la empresa Burgnoli SA. y su existencia afectaba la calidad de vida de los vecinos que habitan en los barrios colindantes al establecimiento del demandante.

En el año 2014, la empresa Brugnoli S.A. en autos 250.695 y 250.870, promovió acción de amparo en contra de la Municipalidad de Maipú. Articulada la demanda, el actor manifestó que desde el año 1973 se dedicaba a la actividad avícola en el predio sito en calle Hipólito Irigoyen 700 del Departamento de Maipú, para lo cual contaba con la habilitación correspondiente y que por ende eran derechos adquiridos por su parte, en los términos de derecho de propiedad. Adujo, que desde el momento que inició su actividad, la zona era eminentemente industrial. Que años después el Municipio comenzó a habilitar emprendimientos habitacionales, por lo que los habitantes que se instalaron en las inmediaciones del establecimiento realizaron reclamos por la proliferación de moscas. Que en virtud de tales acontecimientos, el Municipio dictó una serie de decretos por los cuales se lo emplazó a trasladar en forma definitiva la planta avícola, notificándole asimismo que en el plazo de seis meses debía cesar en forma definitiva su actividad en el lugar; que en caso de incumplimiento sería pasible de sanción, multa y clausura. Refirió que debido al

avasallamiento de sus derechos, impetra acción de amparo por ser la única vía para remediar el agravio constitucional padecido, toda vez que ve aniquilado su derecho de propiedad. Finalmente agregó que los actos impugnados son ostensiblemente arbitrarios, por lo que debían ser anulados por la presente acción.

En primera instancia, en virtud de la conexidad de las causas se procedió a la acumulación de las mismas y para fecha 19 de noviembre de 2014, el Décimo Octavo Juzgado Civil dictó sentencia y rechazó la acción de amparo promovida. La misma fue apelada por la actora y la Primera Cámara Civil de Apelaciones rechazó el recurso de apelación y confirmó la decisión de primera instancia. En contra de esta sentencia el demandante interpuso recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación ante la Suprema Corte de Justicia. Así, por voto unánime los Ministros de la Sala Primera resolvieron, rechazar los recursos interpuestos y confirmó la sentencia dictada por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil.

III. Ratio Decidendi.

En primer lugar, la Suprema Corte rechazó los recursos interpuestos y confirmó la sentencia de grado.

Rechazó el recurso de Inconstitucionalidad, porque no advirtió la existencia de arbitrariedad que amerite dicha declaración.

En cuanto a la caducidad de la acción de amparo no coincidió con el razonamiento de la Cámara y concuerda con lo resuelto en primera instancia. Así las cosas, el Tribunal consideró que la acción fue deducida en tiempo, pero la rechazó por las razones que indicó la sentencia de primera instancia, sumadas a otras que valoró.

Después de fundamentar jurídica y doctrinariamente el derecho a la salud y un medio ambiente sano, se pronunció a favor de la protección del medio ambiente en pos de la calidad de vida de los vecinos de la zona afectada. Afirmó, que esos aspectos del derecho ambiental y su relación con el derecho a la salud, fueron ponderados también en la sentencia de grado para decidir el rechazo del amparo. Que la juez valoró correctamente la prueba colectada, lo cual le permitió tener por acreditada fehacientemente, la existencia de la altísima población de moscas domésticas en la zona, la nocividad de ello para la salud de la población aledaña y la relación de las mismas con la actividad industrial desarrollada por la actora.

Destacó que la gravedad del daño ambiental constatada, no fue revertida ni cuestionada en debida forma por la empresa recurrente, en ninguna de las instancias. Que solamente se limitó a discutir los aspectos formales del fallo atinentes a la nulidad que invoca y a la caducidad de la acción. Que al fundar agravios en la Cámara, insistió en discutir la normativa aplicable; la violación de su derecho de propiedad y de ejercer industria lícita; en la cosa juzgada de la sentencia dictada en el año 2000 en la causa “Prodelco”; en la necesidad de una indemnización previa; y que su actividad era lícita y habilitada por el municipio. El Tribunal, sostuvo que la gravedad del daño ambiental en sí y la afectación de la salud de los vecinos, no fue abordado adecuadamente por la quejosa, lo cual constituía un argumento esencial y decisivo para rechazar el amparo y citó la emblemática sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa referida a los Saladeristas de Barracas (año 1887).

Finalmente, señaló que tanto la legislación nacional como provincial, imponen a las autoridades estatales la obligación de preservar el medio ambiente, debiendo adoptar todas las medidas de prevención o reparación que sean necesarias. Por lo tanto, la decisión del municipio demandado estaba debidamente sustentada en la legislación vigente.

IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes

Mucho se ha escrito sobre la reforma Constitucional de 1994 y la importancia que tuvo la misma al incluir una amplia tutela del ambiente a través de diversos artículos y del otorgamiento de jerarquía constitucional de diversos tratados internacionales (art. 75 inc.22 párrafo 2° CN). En este sentido refiere el Dr. Humberto Quiroga Lavié (2009) “Tantas referencias explícitas a la tutela ambiental en el texto supremo introducido en 1994 hacen que bien podamos sostener que estamos en presencia de un verdadero “Estado Ecológico de Derecho” (p 322).

Ahora bien, el análisis se centrará en el artículo 41 de la CN. Corresponde aquí determinar quién es el titular del derecho, el artículo expresa que “todos los habitantes”.

Así, Germán Bidart Campos señala (1998):

Cuando el art.41 alude al derecho al ambiente sano como “derechos de todos los habitantes” lo personaliza subjetivamente en cada uno, de modo análogo como lo hacía ya en el art. 14 con los derechos allí enumerados.

No cabe duda, entonces, de que la constitución ha perfilado claramente en el nuevo art. 41 una situación jurídica subjetiva.

Sin perjuicio de ello, al depararle en el art 43 la vía tutelar de la acción de amparo y hacer referencia a “derechos de incidencia colectiva” ha asumido, simultáneamente, la dimensión colectiva o grupal que tiene el derecho al ambiente (p.84).

De ello se desprende, que el titular del derecho son todos los habitantes en forma colectiva, sin perjuicio de una faceta individual.

Seguidamente cabe referir que se entiende por ambiente. Daniel Sabsay (1994) define al medio ambiente como un “conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos, que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos” (ps 149 y ss).

El primer párrafo, también designa las cualidades que debe tener ese ambiente “...sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras;...”(Art. 41 CN). Sano, en el sentido de que el ambiente favorezca a que el ser humano este saludable.

De este modo, será tarea de las autoridades gubernamentales, en todos sus órdenes, velar porque los recursos naturales y los artificiales creados por el hombre (carreteras, sistemas de cloacas, agua corriente, control del ruido, entre otros) que integran el medio ambiente no sean alterados al grado tal que provoquen un desequilibrio en el ecosistema y con ello se fomente la proliferación de enfermedades; sino por el contrario, y a través de una adecuada implementación de políticas ambientales, “guiar” la actividad desplegada por las personas para que ellas propendan al bienestar y al desarrollo humano sin deteriorar el ambiente.

Ahora bien, cuando refiere “...sin comprometer las de las generaciones futuras...”. Esta expresión determina que el desarrollo debe ser sustentable. En este sentido Germán Bidart Campos afirma (1998):

El llamado desarrollo “sustentable”-o sostenible- configura un tipo o modelo de desarrollo duradero que haga posible la vida de los seres humanos, de la fauna y de flora en nuestro planeta tierra, todo ello enmarcado en el entorno ambiental que hace las veces de un hábitat. Para que así sea resulta imprescindible que las políticas de desarrollo en y para cada presente tomen muy en cuenta también el futuro (p.85).

La norma también prevé el deber de preservar. Esta obligación estará a cargo de todos, tanto particulares y como así también el estado. Ahora bien, si como consecuencia del incumplimiento de ese deber se produce un daño ambiental, el mismo artículo impone la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Respecto a este punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 7 del emblemático fallo Mendoza sostuvo:

“El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente..”

(Fallo “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”. CSJN. 08/07/2008).

El segundo párrafo, establece que todas las autoridades públicas (de todos los niveles- nacional, provincial municipal- y de los todos poderes- ejecutivo, legislativo y judicial- y demás órganos integrantes del gobierno), tienen la responsabilidad intransmisible de velar por la protección del medio ambiente.

Respecto del párrafo tercero, es de destacar que el mismo establece el reparto de competencia entre el estado federal y las provincias en el dictado de normas relativas a la materia. Así, establece que corresponde a la Nación la facultad de dictar leyes que contengan presupuestos mínimos de protección, en tanto que las provincias y los municipios podrán dictar normas que las complementen. Estas normas podrán revestir el carácter de leyes, decretos, resoluciones, disposiciones y ordenanzas de naturaleza local.

Con respecto a lo anterior, en ese marco de reparto de competencias, en el año 2002 entro en vigencia la Ley N° 25.675 denominada Ley General de Ambiente. En este punto, cabe referir que la Provincia de Mendoza en el año 1993 promulgó la Ley de Preservación de Medio Ambiente N°5.961; pese a ser anterior de la reforma conservó su vigencia porque no

contradecía la supremacía constitucional ni los presupuestos mínimos contenidos en la LGA. Del texto de ambas normas, se desprende la obligación de las autoridades estatales de preservar el medioambiente, debiendo adoptar todas las medidas de prevención o reparación que sean necesarias.

Se procederá ahora abordar el tema de Poder de policía, el art.14 de la CN establece que los derechos individuales reconocidos serán gozados "...conforme las leyes que reglamenten su ejercicio...". Esto, hace referencia a la facultad que tienen los órganos pertinentes del estado (nación, provincia y municipios), de reglamentar e imponer condiciones, controles, restricciones o prohibiciones a determinadas conductas. Consecuencia de ello es, que ningún derecho es absoluto, toda vez que el estado puede regular el ejercicio de los mismos siempre en un marco de razonabilidad.

En cuanto a la vulneración de los derechos alegados por la actora, es pertinente realizar un breve análisis, no por ello menos importante, a luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En primer término los artículos 1 y 2 del CCy CN, están relacionados directamente con la Constitución Nacional, Tratados sobre derechos humanos, leyes, jurisprudencia y los usos. Esto impone que los operadores jurídicos al momento de desenvolverse en su rol, tienen que realizar un análisis coherente de todo el ordenamiento jurídico, no cabe la posibilidad de realizar interpretaciones aisladas.

Por su parte el artículo 9 establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, esto alude a la recíproca lealtad de las partes en el curso de las relaciones contraídas. Este principio está relacionado 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. Por su parte el artículo 240 dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios deba ser armónico con los derechos de incidencia colectiva. 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".

VI. Conclusión

No se puede desconocer cómo influye el medio ambiente en la calidad de vida de las personas y de generaciones venideras. En este aspecto, cabe destacar que la reforma constitucional de 1994 aggiornó el texto de nuestra Carta Magna poniéndola en sintonía con

la realidad nacional e internacional en materia de protección del medio ambiente. Ésta reforma dota de herramientas de valor incuestionable, tanto a las autoridades que tienen a cargo la administración pública en los tres órdenes (nacional, provincial y municipal), a la población en general y a las autoridades judiciales. Cabe hacer una breve mención, pero no por ello menos importante, respecto a la labor proteccionista que realizaron antes de la reforma, las provincias a través del dictado de legislación local a los fines de resolver problemas ambientales que se suscitaban dentro de su territorio.

Asimismo, es de destacar la labor pretoriana realizada por la judicatura a nivel nacional como provincial en pos de la protección de este derecho a gozar de un medio ambiente sano. La relevancia de este derecho fue advertida tempranamente, cabe aquí mencionar la emblemática sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa referida a los Saladeristas de Barracas (año 1887). Este reconocimiento, cuidadosamente labrado por una jurisprudencia progresista, se consolidó a lo largo del tiempo hasta finalmente llegar a una regulación normativa del más alto rango, como es la inclusión expresa en nuestra Constitución Nacional.

Con relación a lo resuelto en la sentencia objeto de análisis, es de destacar el rol de la magistrada que resolvió en primera instancia, quien al momento de dictar sentencia ponderó el problema ambiental que envolvía el mismo. Que esa resolución fue fundada correctamente en el Art 41 de la CN, los principios incorporados en la LGA como así también en la Ley de Preservación de Medio Ambiente N°5.961 de Mendoza, e inmediatamente activo las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger el derecho a un ambiente sano y equilibrado y correlativamente el derecho a la salud de los habitantes del lugar. Que trató acertadamente el tema de la improcedencia del amparo promovido por el actor, por lo que el Supremo Tribunal al momento de dictar sentencia, resolvió confirmar la sentencia de grado.

En conclusión, un nuevo rol se impone en los jueces, quienes deben llevar a cabo su tarea de administrar justicia de un modo activo a fin de proteger el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. Se impone así la necesidad de realizar una integración e interpretación de todo el ordenamiento jurídico, con el objetivo de cumplir con el mandato constitucional previsto en el art. 41.

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.

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.

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.

Sabsay, Daniel y Onaindia, José, La Constitución de los argentinos, Errepar, Buenos Aires, 1994, ps. 149 y ss.

Jurisprudencia

Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo). CSJN. 08/07/2008. Recuperado el 25/10/2019 de <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 631

CUIJ: 13-02843393-4((012174-9059101))

MINERA AGAUCU S.A. C/GOB. DE LA PROV. DE MENDOZA S/ACC. DE INC. P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD

102863401

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: 13-02843393-4((012174-9059101)), caratulada: **“MINERA AGAUCU S.A. C/ GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD”**.

De acuerdo a lo decretado a fojas 630, 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**; tercero: **Dr. JOSÉ VIRGILIO VALERIO**.

ANTECEDENTES

A fs. 24/48 vta. se presenta Minera Agaucu S.A., a través de su representante legal, quien 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. 75/93) junto con Fiscalía de Estado (fs. 94/110) y solicitan el rechazo de la misma.

Ofrecidas y rendidas las pruebas, se agregan los alegatos de la actora a fs. 597/618 y del Estado Provincial a fs. 571/596.

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.

A fs. 627 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. 629, mientras que a fs. 630 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 la actora

Minera Agaucu S.A., a través de su representante legal, deduce acción de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 7.722. Justifica su interés en virtud de la titularidad de derechos mineros,

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 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, 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**, 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 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 les 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, 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.

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 y 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 y formula 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, específica 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.

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 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.

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 23, de 121 a 124.
- 2- Copia de los diarios de sesiones de la Honorable Cámara de Senadores correspondientes a los días 5, 12 y 19 de junio, registrado como A.E.V. N° 76.107/3, tal como rola a fs. 178.
- 3- Copia de los diarios de sesiones de la Honorable Cámara de Diputados correspondientes a los días 6, 13 y 20 de junio, registrado como A.E.V. N° 76.143/3, tal como rola a fs. 183.
- 4- Copia certificada de los expedientes administrativos detallados a fs. 285, registrados en este Tribunal bajo A.E.V. N° 77.801/01.
- 5- Copia certificada del expediente administrativo N° 80.419, registrado en este Tribunal bajo A.E.V. N° 80.419/03.
- 6- Copia certificada de las Leyes 8.137 y 8.355 de la Provincia de La Rioja a fs. 320/324.

7- Copia certificada del Legajo N° 6.364 correspondiente a la Entidad Minera Agaucu S.A. a fs. 331/346.

8- Copia certificada de la publicación en Diario Uno a fs. 348.

9- Copia de la Resolución 512 de la Honorable Cámara de Diputados que rola a fs. 362.

10- Copia del diario de sesiones de la Honorable Cámara de Diputados correspondiente al día 24 de agosto del año 2011, registrado en este tribunal como A.E.V. N° 76.143/3, tal como rola a fs. 386/432.

11- Copia certificada del expediente administrativo originario de la Cámara de Diputados N° 58.174, a fs. 436/505.

B) Informativa:

1- Informes remitidos por:

a) el Consejo Profesional de Geólogos e Ingenieros de la Provincia de Mendoza que rola a fs. 179/180;

b) el Departamento General de Irrigación, a fs. 203/226;

c) la Dirección de Saneamiento y Control de la Secretaría de Medioambiente que consta a fs. 244/276;

d) el Director de la Maestría en Ingeniería Ambiental de la Universidad Nacional de Cuyo, Ingeniero Luis Magistocchi, según figura a fs. 277/278;

e) la Secretaría de Minería de la Nación a fs. 308;

f) el Director del Diario Uno a fs. 327/329;

g) la Secretaría de Medio Ambiente a fs. 354/360.

C) Testimonial:

1- Declaración testimonial de Marcelo Giraud según se detalla a fs. 299.

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 la actora 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 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.), 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 Címero 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 metalífera 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” (comprensivo 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 trinaría 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 adhiere al voto, 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 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. 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 Agaucu 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. Ofíciense.

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro

DR. MARIO DANIEL ADARO
Ministro

CONSTANCIA: Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el Dr. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, por encontrarse en uso de licencia (art. 88 apart. III del C.P.C.). Secretaría, 18 de abril de 2017.-

