



Seminario Final de Abogacía

La importancia del principio precautorio para el cuidado del recurso hídrico Un análisis del caso “Minera Río de la Plata S.A.”

Autor: Rojas Morales, María Cecilia

DNI: 24.740.196

Legajo: VAB35776

Tutor: Lozano Bosch, Mirna

Año: 2020.-

Sumario: I. Introducción. – II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. – III. Análisis de la *ratio decidendi*. – IV. Análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. – IV. I. Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional. – IV. II. Complementariedad de las leyes locales. – IV. III. El derecho humano a un ambiente sano. – IV. IV. La defensa del recurso hídrico. – V. Reflexiones finales. – VI. Referencias.

I. Introducción

El Derecho Ambiental tiene un carácter transversal lo que implica que, frente a una causa judicial a resolver, interactúan distintas disciplinas jurídicas. La última reforma constitucional cambió radicalmente el sistema de supremacía cuando se incorporó al orden constitucional Tratados Internacionales, a mérito de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22. Este nuevo paradigma jurídico obliga a los jueces a tener una mirada más amplia respecto al cuidado y preservación del ambiente y a ponderar derechos de incidencia colectiva por sobre algunos derechos individuales.

En ese orden de ideas, es relevante analizar la causa “Minera Río de la Plata S.A. c/ Gob. de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Inconstitucionalidad” donde, en el marco de un pedido de inconstitucionalidad de una ley provincial por la presunta violación de los principios de igualdad, propiedad, ejercicio de la industria lícita, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza resuelve un problema jurídico de tipo axiológico al ratificar la plena vigencia de la ley 7722 en notoria consonancia con los principios fundamentales de la Ley General de Ambiente, los Tratados Internacionales y derechos colectivos establecidos en la Constitución Nacional. Dicha ley atacada establece la prohibición del uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo. Debido a que esta temática produce controversias entre sectores económicos y sociales, resulta relevante su análisis.

Siguiendo al Dr. Rodríguez Salas (2016), se puede afirmar que “el Derecho Ambiental en Mendoza, tiene por objeto irrenunciable lograr la protección de las generaciones por venir”. Frente a esto, resulta importante el estudio del alcance que poseen las leyes nacionales, la Ley General del Ambiente y las leyes provinciales de Mendoza a fin de preservar el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable como bien

jurídico colectivo protegido por sobre los derechos individuales que poseen las empresas mineras.

Para dar comienzo al análisis de la causa, primero se explicará brevemente la premisa fáctica y la historia procesal, luego se hará foco en la *ratio decidendi* para ver de qué manera se resuelve el problema jurídico y el litigio. Seguidamente se realizará un marco teórico, donde se propondrá un encauce conceptual que será justificado con doctrina y jurisprudencia, que servirá de base a la postura de la autora; finalmente se llegará a una conclusión.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

La Empresa Minera Río de la Plata S.A. demanda al Estado Provincial con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 7.722. Como fundamento, la empresa aseguró que la norma cuestionada 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.

Seguidamente, la demandada conjuntamente con la Fiscalía de Estado responde y solicita el rechazo de la acción promovida.

En este punto vale recordar que, en el año 2007, doce acciones de empresarios y asociaciones profesionales se presentan ante la Justicia solicitando la declaración de inconstitucionalidad de esta ley. Si bien dos de las acciones fueron desestimadas, finalizando el año 2013, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza decidieron convocar al Tribunal en pleno para resolver dicha controversia y unificar sus causas por considerar que se encontraban en juego valores y bienes colectivos. En ese sentido, el Máximo Tribunal mendocino, en diciembre del 2015, declara la constitucionalidad de la ley en el fallo Minera del Oeste S.R.L. y ot. cuyo antecedente sirvió como base para argumentar la sentencia que se encuentra en estudio.

En esta causa, la parte actora basa su pretensión en los principios constitucionales de legalidad, razonabilidad, debido proceso, de propiedad y de igualdad ya que sostiene que las sustancias prohibidas en la ley cuestionada se utilizan en otras actividades. Además, sostiene que la discriminación que realiza esta ley, vulnera su derecho constitucional de ejercer la industria lícita.

Por el lado de la parte demandada, el Estado Provincial entiende que su postura se condice con los principios de la ley 25.675 y con la posibilidad que tiene el Estado de establecer políticas ambientales propias para su región en los cuales el derecho de preservar el agua es uno de sus pilares, por lo que adoptar políticas preventivas y precautorias forma parte de sus atributos como estado preventor.

Finalmente, la SCJ resuelve rechazar la acción de inconstitucionalidad e imponer las costas a la vencida con voto en disidencia del Dr. Mario Adaro con respecto al primer párrafo del artículo 3 de la ley 7799.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

Para resolver el foco de la cuestión litigiosa y el problema jurídico axiológico que se presenta en esta causa, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza tiene en cuenta cuestiones que son centrales en el Derecho de Ambiente como así también precedentes jurisprudenciales que valoran la importancia de la protección de un recurso escaso e indispensable como el agua. Como se adelantó, en el año 2015, el Máximo Tribunal Provincial ya se había expedido en la causa “Minera del oeste SRL y ots. c/ Gobierno de la Provincia p/ acción de inconstitucionalidad”, en la cual ratificó la plena vigencia y constitucionalidad de la ley acatada.

En 1994, con la reforma de la Constitución Nacional, se otorga jerarquía constitucional a Tratados Internacionales y se reconoce explícitamente, en el Art. 41., el derecho de todo habitante “a un 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, debiendo preservarlo”. El cambio de paradigma del sistema de supremacía y ese lineamiento normativo y jurisprudencial que reconoce un derecho fundamental, es en lo que se basa el Tribunal para fundamentar la salvaguarda del medioambiente, haciendo prevalecer los principios precautorio, de prevención y de sustentabilidad garantizados en la Ley General de Ambiente.

Frente a la complementariedad de las normas, la Suprema Corte pone el énfasis en establecer que la Legislatura Provincial posee el *imperium* para decidir sobre la regulación de sus normas, quienes no se contraponen con los principios generales, sino que se complementan con la normativa nacional, las leyes locales y los principios generales del ambiente. Además, se sustenta en la causa “Villivar” para determinar la legitimidad que poseen las provincias para complementar normas a fin de proteger al medioambiente.

Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introduce la idea de que el ejercicio de los derechos individuales, no van a ser protegidos frente los derechos colectivos cuando entren en juego cuestiones ambientales. En este punto es preciso tener en claro que, tal como afirma Mc Cormick (2014), si “algún principio general es aplicable al asunto de una disposición legislativa, se debe favorecer la interpretación que esté en mayor consonancia con el principio general, y otorgue una relevancia apropiada al principio a la luz de su grado de importancia”.

Por ello, frente a la controversia entre la permisión de la actividad minera y la preservación del recurso hídrico, el Tribunal pondera el Principio Precautorio (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) por sobre los demás derechos individuales, amparados también por la Constitución, pero que frente a este conflicto axiológico no tienen preeminencia.

IV. Análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Con el fin de realizar un estudio pormenorizado del fallo en cuestión, se hará un repaso jurisprudencial y doctrinario, se citarán las normas vigentes que rigen en materia ambiental y se analizarán conceptos centrales para un mejor entendimiento de la causa.

El Derecho Ambiental, siguiendo al Dr. Cafferatta (2004), “es una disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución, constituye el conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado, tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente”.

En la Constitución Nacional, el derecho a un ambiente sano se encuentra regulado en el artículo 41 que, además, impone el deber de preservarlo. Esta norma se refiere al ambiente respecto a su calidad (sano), a su aptitud (apto para el desarrollo humano) y a su sentido intergeneracional (las necesidades humanas actuales no deben comprometer las de las generaciones futuras). De esta manera se especifica el contenido del nuevo derecho y modela una protección más amplia que si se hubiere consignado solamente el derecho a un ambiente no contaminado. (Mosset Iturraspe, 2011)

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Mendoza”, el Dr. Lorenzetti señaló que

el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como lo expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la CN) no configuran una mera

expresión de buenas y deseables propósito para las generaciones del porvenir, supeditados en ser 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 un derecho ya existente. (CS, Fallo 329:2316)

IV. I. Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional

Transcurridas dos décadas y media de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, donde se incorporó al ordenamiento jurídico Tratados Internacionales estrechamente vinculados a los derechos humanos y la protección del medio ambiente, se produjo una gran transformación en todo el sistema normativo, dándosele así una especial protección al medio ambiente.

Precisamente el Art. 75, inciso 22, párrafo 2º de Nuestra Carta Magna viene a materializar el sometimiento de Argentina a diversos instrumentos internacionales de protección ambiental que tienen jerarquía superior a las leyes.

En ese orden de ideas se puede concluir que, con las normas constitucionales indicadas, los instrumentos internacionales referidos y diferentes Tratados que abordan (aunque parcialmente) la cuestión ambiental, se completa el bloque de constitucionalidad ambiental, cuya consecuencia es la existencia de un verdadero Estado Ecológico de Derecho en Argentina. (Falbo, 2009, pág. 48)

IV. II. El derecho humano a un ambiente sano

En cuanto al derecho comparado, en el marco de una solicitud formulada por el Estado de Colombia en marzo de 2016, por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció respecto al derecho al medio ambiente sano. Dicho tribunal reconoció “la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”, además aclaró que

El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivos. En su dimensión colectiva [...] constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, [...] también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en

los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. (CIDH, 2016)

IV. III. Complementariedad de las leyes locales

En 1992 la Provincia de Mendoza dictó la ley 5961 para la preservación del ambiente en todo el territorio de la provincia, a los fines de resguardar el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público.

Siguiendo con lo establecido en la Constitución Nacional, en su artículo 41, corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellos alteren las jurisdicciones locales. Resulta importante remarcar este artículo, porque la Nación, antes de esta reforma, no poseía atribuciones para dictar leyes para la protección del ambiente. La incorporación de este artículo consolida dichas facultades.

En ese sentido, en la causa “Villivar”, del año 2007 se postuló que “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada”. (C.S.J.N. Fallos 330:1791)

Así las cosas, en el año 2007 la provincia de Mendoza promulga la ley 7722 en una suerte de protección hacia la defensa del agua, donde además establece prohibiciones del uso de sustancias tóxicas y siguiendo con los lineamientos de prevención de la ley 5961 de la provincia de Mendoza, las leyes nacionales junto con la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

IV. IV. La defensa del recurso hídrico

En el fallo Minera del Oeste S.R.L. y ots c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ acción de inconstitucionalidad, del año 2015, que sirvió de antecedente clave para la resolución de la causa en análisis, el Dr. Nanclares dijo que en la provincia la actividad minera, no se prohíbe, lo que se prohíbe es el uso de determinadas sustancias en la actividad. “El derecho al ejercicio de una industria lícita está garantizado si la misma se desarrolla con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población, dentro del concepto de desarrollo sustentable y de responsabilidad social”.

Asimismo, respecto del agua, la CSJN ha incorporado recientemente a la jurisprudencia nacional en el fallo Majul el principio *in dubio pro aqua* el cual fue extraído del Octavo Foro Mundial del Agua, en Brasilia. El mismo implica que, en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua 'deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos.

Además, la Corte sostiene que el acceso al agua potable es un derecho cuya tutela implica modificar la visión según la cual la regulación jurídica del agua se basa en un modelo antropocéntrico, puramente dominial dado que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente (Fallos: 337:1361 y 340:1695).

Por ello, teniendo en cuenta el recurso escaso e indispensable del agua, como bien jurídico colectivo, frente a las actividades mineras, tuteladas y reconocidas por distintos ordenamientos normativos y siendo un derecho individual, es importante destacar el artículo 240 del Código Civil y Comercial de la Nación que reza

El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. 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. (Art. 240, CCyCN)

Con la reforma constitucional de 1994 se incorporan los denominados derechos colectivos o tercera generación, donde se tutela ya no al hombre como individuo sino como parte de una sociedad. En ese sentido, siguiendo a Silva y Rodríguez (s.f.), se afirma que la legislación civil y procesal civil, concebida para regular las relaciones jurídicas de carácter individual y resolver conflictos en los que están involucrados intereses individuales, se diferencia sustancialmente de la legislación ambiental. Las relaciones jurídicas en torno de situaciones ambientales son colectivas e, incluso, difusas, ya que ellas pueden involucrar un alto número de personas, que a su vez pueden ser indeterminados e indeterminables. Los conflictos jurídicos que se derivan de estas relaciones generalmente son procesos colectivos. (Cita online, 0021/000252)

VI. Reflexiones Finales

En este fallo se encuentran confrontadas, por un lado, la empresa minera Río de la Plata S.A., quien reclama por su derecho al trabajo y a ejercer industria lícita y, por la parte demandada, se encuentra la provincia de Mendoza, quien tiene una clara postura en defensa del agua. En Mendoza la explotación minera se desarrolla en lugares cercanos a la agricultura convirtiéndose en un peligro no sólo por la contaminación del agua para el consumo humano, sino además de los cultivos, por lo que pasa a ser un riesgo a nivel ecológico y humano.

Es sabido que la minería es una actividad necesaria para el desarrollo económico y social de la población. Sin embargo, el recurso hídrico que posee la provincia, es muy escaso por lo que necesita una especial protección.

Así lo entendieron quienes impulsaron la ley 7722, la cual posee un carácter controversial por tener una gran disidencia entre sectores sociales y políticos. Más allá de esto, dicha ley es una clara expresión de defensa del agua de Mendoza. La prohibición de ciertas sustancias tóxicas, referidas en su artículo 1, no implica la prohibición de la actividad minera; esto es importante remarcar ya que su espíritu no vulnera los derechos mineros. Con esto se acentuó la función que tiene la provincia de seguir los lineamientos legislativos en materia ambiental a nivel nacional y provincial, no sólo por ser complementaria con las mismas sino, también, por incrementar la protección del medio ambiente.

Además, lo que se intenta, es que se desarrollen actividades en la provincia de Mendoza que satisfagan las necesidades para la población sin que por ello se ponga en riesgo las generaciones futuras y el capital no renovable como es el agua. Es decir, que se tenga en cuenta todas las variantes para prevenir un posible daño al ambiente.

Con este fallo se establece que la actividad minera puede y debe desarrollarse en el territorio mendocino pero su actividad tiene que realizarse dentro de un desarrollo sustentable utilizando los medios necesarios para evitar la afectación del ambiente y la población.

Debido a esto, resulta de gran trascendencia este fallo porque la Suprema Corte de Justicia de Mendoza continúa con los mismos lineamientos, de hace años, en materia ambiental, manteniendo así su postura explícita hacia la defensa del agua. Además, resuelve un problema axiológico jurídico, dejando en claro que, si bien, existen principios contemplados constitucionalmente también hay normas de derecho ambiental donde se contempla el interés colectivo, el cual ampara a todas las personas.

En síntesis, es importante que el Poder Judicial pueda velar por los derechos de la comunidad como así también sigan existiendo leyes que protejan y prevengan posibles daños ambientales, no sólo para esta generación sino para todos aquellos que vayan a vivir en suelo mendocino. Sin más, el deber y la obligación de prevención junto con la defensa del agua, debe ser un compromiso político, jurídico y social.

VII. Referencias

- Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea.
- Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad, 2º edición actualizada y ampliada 1º reimpresión*. Buenos Aires: Astrea.
- Barrestra, M. (2005). La Protección del Medio Ambiente a diez años de la Incorporación del Artículo 41. *Asociación Argentina de Derecho Constitucional Editorial Rubinzal Culzoni*, 497-525.
- Cafferatta, & Néstor. (2014). Derecho ambiental en el código civil y comercial de la nación. *Revista La Ley*, 5, 5-64.
- C.S.J.N. (26 de mayo de 2010), Sentencia 333-748, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica -Recurso de Hecho”.
- C.S.J.N. (05 de diciembre de 2013), Sentencia 339:142, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera LD y otro s/ sumarísimo”.
- C.S.J.N. (1980), Sentencia 302:1149, “Esteban, Ricardo H. c/ Metal Madera S.R.L”.
- C.S.J.N. (02 de diciembre de 2014), Sentencia 337:1361, “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses SA y otros y otro s/amparo”.
- C.S.J.N. (20 de 06 de 2006), Sentencia 329:3316, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza”.
- C.S.J.N. (17 de abril de 2007), Sentencia 330:1791, “Villivar Silvana Noemi c/ Provincia del Chubut y otros y otro s/Amparo”.
- Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Falbo, A. J. (2009). *Derecho Ambiental*. La Plata: Librería Editora Platense.
- González Elías, H. (2016). La participación municipal en la custodia de los derechos ambientales. *Asociación Argentina de derecho administrativo*, 1, 91-101.
- Ley N° 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación (8 de octubre de 2014).
Infoleg. Recuperado de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Ley N° 24.430 - Constitución Nacional Argentina. (diciembre de 1994). *Infoleg*.

Recuperado el 07 de 09 de 2019, de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley N° 25.675 - Ley General del Ambiente. (06 de noviembre de 2002). *Infoleg*.

Recuperado el 16 de 10 de 2019, de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Ley N° 5.961 - Preservación del Medio Ambiente. (26 de agosto de 1992). Recuperado

de <http://www.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/14/2017/07/5961.pdf>

Ley N° 7.722 - Prohibición de Sustancias Químicas. (20 de junio de 2007). *Argentina*

ambiental. Recuperado el 12 de 11 de 2019, de

<http://argentinambiental.com/legislacion/mendoza/ley-7722-prohibicion-sustancias-quimicas/>

Rodríguez Salas, A. (2016). *El derecho ambiental y la ley general del ambiente de*

Mendoza. Ley N° 5961 (1 ed.). Mendoza: Ediciones Universidad de Congreso.

Rodríguez Salas, A. (2017). Análisis de un plenario sobre ambiente y minería. *La*

Revista del Foro(166), 13-19.

Rosatti, H. (2012). La tutela del medio ambiente en la Constitución Nacional Argentina.

Tratado de Derecho Municipal, 263-298.

S.C.J. de Mendoza (16 de diciembre de 2015), “Minera del Oeste S.R.L. y otro c.

Gobierno de la Provincia s/ acción de inconstitucionalidad”.

S.C.J. de Mendoza (20 de diciembre de 2004), LS 346-023, “Municipalidad de Luján de

Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”.

Silva, C. D. y Rodríguez, C. M. (s.f.) *La supremacía del interés social ambiental en la*

solución de una causa. La Ley Online. (Cita online, 0021/000252).

UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice.

Brasilia. (21 de marzo de 2018).

