



Universidad Empresarial Siglo 21

Abogacía

Año: 2020

Diego Martin Merlo

D.N.I: 33.491.948

Legajo: VABG45740

Tema: Derecho Ambiental

El medio ambiente y el derecho de ejercer industria lícita: La constitucionalidad de la Ley n° 9.526.

Nota a fallo: "CEMINCOR y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” Expediente n° 1798036. Tribunal Superior de la Justicia de la Provincia de Córdoba. Año 2015.

Tutor: Dra. Romina Vittar

.

Sumario: I Introducción. – II Hechos de la causa, historia procesal y decisión del tribunal. – III Identificación de la *ratio decidendi*. –IV Análisis doctrinario y jurisprudencial. 1. El derecho a un medio ambiente sano. Competencia nacional y provincial. -2. Problema axiológico: Confrontación entre el derecho a ejercer industria lícita y el derecho a gozar de un ambiente sano. – 3 *El principio precautorio*. – V Postura del autor. – VI Conclusión final. – VII Referencias bibliográficas.

I. Introducción

A modo de introducción, con la reforma de 1994 la Constitución Nacional incorporó el artículo 41 que garantiza el derecho a un medio ambiente sano. A partir de la misma, la Nación quedó facultada para dictar los presupuestos mínimos para la protección del medio ambiente, y las provincias obligadas a respetarlos y a complementarlos sin contradicciones, de manera armoniosa.

La jurisprudencia escogida “CEMINCOR y otra c/Superior Gobierno de la Provincia – Acción declarativa de inconstitucionalidad” encierra un problema jurídico de tipo axiológico. Entran en conflicto aquí dos derechos de raigambre constitucional. Por un lado el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita contemplado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, y por otro lado, el derecho a un ambiente sano consagrado en el artículo 41 de la misma.

Es importante destacar que la minería es una actividad muy importante para la economía, pero a la vez una de las que más daña al medio ambiente. Genera complicaciones tanto a corto como a largo plazo. La cuestión central refiere a un tipo de actividad minera denominada mega minería a cielo abierto, que consiste en remover grandes cantidades de suelo mediante la colocación de explosivos y sustancias tóxicas, altamente dañina para el medioambiente. Frente a esto, la Provincia de Córdoba, promulgó la Ley N° 9.526 que restringe este tipo de actividad dentro de su territorio. A lo largo de la presente nota a fallo se analizará si la provincia, mediante el dictado de esta norma se ha extralimitado de acuerdo a su competencia prohibiendo este tipo de actividad, sobrepasando así la normativa de fondo o, si por el contrario, es acorde a la competencia ambiental que conservan las provincias frente a la normativa base que dicta la Nación. En síntesis, se resolverá el alcance que tiene el poder de policía

provincial en las cuestiones medioambientales en el nuevo marco del artículo 41 de la Constitución Nacional y de su repercusión en la aplicación de la ley de fondo que regula la actividad minera.

II. Hechos de la causa, historia procesal y decisión del Tribunal

En el año 2008, la Legislatura de Córdoba sanciona la Ley N° 9.526, prohibiendo así dentro de su territorio provincial la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto, además de la utilización de ciertas sustancias y la explotación de minerales radiactivos tales como el uranio y el torio. Atento a esto, en mayo de 2009 la Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba (CEMINCOR) y la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional y la Actividad Nuclear (APCNEAN) entablan una acción declarativa en contra del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, la finalidad de la misma es que se declare la inconstitucional de la Ley N° 9.526. La acción es interpuesta ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que por imperio del artículo 165 de la Carta Magna Provincial tiene competencia originaria en este tipo de acciones.

Los demandantes basan su queja en que algunas de las restricciones contenidas en la ley violan derechos consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional, mas precisamente el de trabajar y ejercer industria lícita. Por otro lado, sostienen que la provincia estaría legislando sobre cuestiones de fondo que han sido delegadas a la Nación por medio del artículo 75 inciso 12 del mencionado cuerpo normativo.

En primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia resolvió en el año 2010 admitir la acción entablada por los demandantes en contra de la provincia. En el 2015, el Tribunal decidió de manera unánime rechazar la acción de inconstitucionalidad sosteniendo que la ley en cuestión no legisla sobre cuestiones de fondo ya que no prohíbe la actividad minera en sí, sino solo una modalidad. Se deja en claro que el ambiente es un bien colectivo supremo y que debe prevalecer. La ley ha sido dictada dentro del marco del poder de policía provincial en materia ambiental. Por lo tanto, declaran que el contenido de la misma es constitucional.

III. Identificación de la *ratio decidendi*

En estos autos el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba resuelve dos cuestiones, por un lado, declara que la provincia de Córdoba es competente para dictar la Ley N° 9.526; y por otro lado, que el contenido de la misma responde a criterios de razonabilidad y precaución. Con respecto al primer punto, los vocales del Tribunal fundamentan que la provincia tiene competencia para dictar la ley en cuestión con respecto al régimen federal, y que la misma actúa dentro del poder de policía ambiental provincial complementando armoniosamente los principios mínimos dictados por la nación. Este argumento encuentra fundamento en el artículo 41 de la Constitución Nacional, quien asigna competencias a las provincias en la protección medioambiental. Otros fundamentos fueron respaldados por jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ en los que se reconoce la potestad de las provincias para aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad. Y por último las disposiciones del artículo 233 del Código de Minería de la Nación que establecen que las actividades mineras quedaran sujetas a las disposiciones que oportunamente se establezcan en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional.

En cuanto al segundo punto el Tribunal basó su argumento en que la razonabilidad implica congruencia, proporcionalidad y adecuación entre los medios que se emplean y los fines que se persiguen. En base a este razonamiento se sostuvo que las disposiciones contempladas en la ley son razonables. Como así también basaron su decisión en el principio precautorio contemplado en el artículo 4 de la Ley N° 25.675, el cual determina:

“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

¹ CSJN, “Roca Magdalena c/Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad”, sentencia del 16 de mayo de 1995, Fallo 318:992, disponible en www.csjn.gov.ar;

CSJN, “Verga, Angela y otros c/Tagsa S.A y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 20 de junio de 2006, Fallo 329:2280, disponible en www.csjn.gov.ar

CSJN, “Salas, Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo”, sentencia del 13 de diciembre de 2011, Fallo 334:1754, disponible en www.csjn.gov.ar

IV. **Análisis doctrinario y jurisprudencial.**

1. *El derecho a un medio ambiente sano. Competencia nacional y provincial.*

Es interesante comenzar este apartado haciendo mención a la reforma Constitucional del año 1994, a través de la cual se incorporó el nuevo artículo 41 cuyo fin es la protección inmediata del medioambiente. Badeni (2010) entiende que la reglamentación del mencionado artículo queda incluida entre las potestades delegadas por las provincias en el Estado federal (art. 121 Constitución Nacional). Se trata de una facultad que fue otorgada prioritariamente a la Nación en todo el territorio del país, ya que las provincias se limitan a dictar normas complementarias acordes con las características locales de las que, sobre esta materia, emanen del Estado Nacional. Esain (2009) en relación a tal tema explica que estamos ante una nueva tipología de competencias concurrentes, en la cual tanto la Nación, como las provincias, pueden dictar normas de protección de ambiente, generando, de este modo, un sistema de fuentes múltiples.

Valls (2016) entiende que la Constitución Nacional fija las bases del derecho argentino distribuyendo la competencia entre los gobiernos federales y provinciales. Dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado por ellas al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, entre ellos los naturales. La Nación, por su parte, dicta las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren sus jurisdicciones locales. Bidart Campos (2001) define a los presupuestos mínimos como un piso a partir del cual las provincias quedan habilitadas para colocar un techo más alto como forma de complementación, en virtud del poder que las mismas poseen de extender la potestad hacia sus territorios. En cuanto a este tema, el autor considera que el techo federal que dimana de la legislación del Congreso dictada en consecuencia de la Constitución no siempre inhibe las competencias provinciales, con lo que la regla será la siguiente: la relación de subordinación impide al constitucionalismo provincial invadir la materia legislada por el Congreso, o resultarle contrario, pero en cuanto, sin incurrir en interferencia ni el violación, facilite, promueva y desarrolle las mejores posibilidades de su aplicación en jurisdicción local por todos los órganos del gobierno

provincial, no es inconstitucional o, al menos goza de una presunción de constitucionalidad. En cuanto a este tema, Gelli (2003) define que sobre cuestiones del ambiente, la clásica asignación de competencias del gobierno federal se ha modificado en favor de los principios de complementación y de armonización, llamados así por el derecho constitucional.

Es importante mencionar lo que la Corte resolvió en los autos: “Minera del Oeste S.R.L y Ot. c/Gobierno de la Provincia p/ acción inconstitucional” (18/04/2017 – Fallos 168:207). La minera interpone una acción en contra del gobierno de Mendoza para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 7.722, explicando que la misma vulnera sus derechos constitucionales. Finalmente, el Máximo Tribunal falló a favor de la constitucionalidad de la ley, dejando en claro que no se veda el ejercicio de la actividad minera en sí, sino que por el contrario, se está garantizando su desarrollo, siempre y cuando lo sea en un marco de seguridad para el ambiente y la salud de la sociedad.

Para finalizar este apartado, podemos citar a Nonna (2017) quien dispone que en el caso de existir normas locales menos restrictivas que una ley de presupuestos mínimos, aquéllas deberán adecuarse a ésta. Respecto de las normas locales vigentes y preexistentes a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, aquéllas mantendrán su vigencia en la medida que no se opongan a éstas ni resulten menos exigentes.

2. Problema axiológico: Confrontación entre el derecho a ejercer industria lícita y el derecho a gozar de un ambiente sano.

Para Cafferata (2015) uno de los problemas más frecuentes del sistema legal sucede en situaciones donde resultan aplicables a una misma situación de hecho una o dos normas que estipulan derechos, los cuales pueden ser ejercidos simultáneamente, pero acarreando consecuencias jurídicas contradictorias. Cuando las normas en conflicto son de rango constitucional, se está ante un conflicto de derechos constitucionales o de derechos fundamentales. Desde la constitucionalización del derecho a gozar de un ambiente sano se realizaron muchas contiendas entre titulares de industrias lícitas, susceptibles de causar daño al medioambiente como consecuencia del ejercicio de una actividad potencialmente contaminante. Para resolver tal situación, existe la llamada técnica de la ponderación o balanza, la cual es usada por los jueces para resolver conflictos entre principios. La misma consiste en la asignación por parte del juez de un

peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto a través del establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación tiene como resultado que un principio, considerado superior en dicha jerarquía valorativa, desplaza al otro y resulta aplicable. Tal jerarquía no es definitiva, ya que la resolución del conflicto solo vale para ese caso concreto.

Cafferata (2015) continúa diciendo que el proceso de ponderación consiste en tres pasos, el primero en constatar que caso encaja en los principios que colisiona; el segundo, consiste en evaluar cuál de los principios en pugna tiene mayor peso, para establecer de esta manera una relación de precedencia condicionada, y tercero, se construye una regla que se aplicará a todos aquellos casos en los que se verifique una colisión similar de principios en similares situaciones fácticas. En síntesis, la ponderación consiste en la aplicación parcial o sacrificio de unos de los principios en beneficio de aquel que posee mayor peso y cuya afectación en el caso es menor.

En los autos: “Villivar, Silvana Noemi c/ Provincia de Chubut y Otros”, (17/04/07, Fallos 330:1791) se puede observar nuevamente como se confrontan este tipo de principios. El caso inicia cuando la actora a través de un amparo solicitaba que se hiciera efectivo su derecho constitucional de vivir en un ambiente sano y equilibrado, y aludió a que la empresa demandada “El Desquite S.A.” a través de la explotación de una mina de oro a cielo abierto perjudicaba al mismo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó en su sentencia la validez de la ley provincial N° 5.001 que prohíbe la actividad metalífera a cielo abierto, además prohibió la utilización de cianuro en los procesos de producción minera en toda la provincia. La provincia en este caso ejerció de manera válida su poder de policía y ponderó el derecho a un medioambiente sano.

3. *El principio precautorio.*

El principio precautorio es un principio de política ambiental receptado en el artículo 4 de la Ley General de Ambiente N° 25.675. Dispone el mismo que en caso de peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Loperena Rota (1998) describe que el principio de precaución exige que cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite la misma, o se tomen medidas para que ese posible daño no llegue a producirse. Es decir, este principio tiene carácter proactivo a diferencia de las tradicionales estrategias regulatorias reactivas aplicadas a riesgos individuales o particulares.

En síntesis, Cafferata (2004) indica que este principio busca las medidas para detectar y evaluar un riesgo, intenta reducirlo o eliminarlo, y obliga también a informar las medidas a tomar a quien puede verse afectado y contar con su conformidad. Martín Mateo (1998) en relación a este principio dispone que es culpable no solo quien no tomó las medidas de prevención del riesgo conocido, sino también aquel que en situación de duda no haya adoptado un trámite de precaución.

V. **Postura del autor.**

Luego del análisis del fallo en cuestión coincido con la resolución asumida por el Tribunal Superior de Justicia. A prima facie, la Ley provincial N° 9.526 no está prohibiendo la actividad minera en sí misma, sino por un lado una técnica de explotación denominada “a cielo abierto” (no realizando una nueva categorización) y por el otro, la utilización de ciertas sustancias tóxicas empleadas en la misma. Como bien sostuvo el Tribunal en su decisión, dichas prácticas resultan incompatibles con la posibilidad de garantizar un ambiente sano, constituyendo este último un bien jurídico supremo contemplado constitucionalmente.

En cuanto al tema de competencia, queda claro que la provincia de Córdoba no pretende legislar ni legisla sobre cuestiones de fondo, las cuales competen pura y exclusivamente a la Nación (artículo 75 inciso 12 Constitución Nacional), sino que está ejerciendo competencias propias del poder de policía provincial en materia ambiental asignadas por medio del artículo 41 de nuestra Carta Magna el cual reza en su tercer párrafo:

“Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Dicho en otras palabras la Ley provincial N° 9.526 constituye un complemento legislativo a la regulación de base que establece la Nación con la finalidad de garantizar un medio ambiente sano y cumpliendo con lo que manda la Constitución Nacional en dicho artículo.

Por lo mencionado hasta ahora, podemos decir que las restricciones de la Ley N° 9.526 no violan el principio de razonabilidad contemplado en el artículo 28 de la Constitución Nacional y por ende, tales restricciones no son inconstitucionales.

El fallo en cuestión demuestra en este caso, que la intervención de normas provinciales en cuestiones ambientales, colaboran a través de su poder de policía a la obtención de un ambiente sano para los presentes y las generaciones venideras.

Es importante citar a la Ley Provincial N° 7.722 de Mendoza, que tiene como principal objetivo la garantía de los recursos hídricos en los procesos mineros, prohibiendo la utilización de sustancias tóxicas. Tal ley, no prohíbe la actividad minera, sino que prohíbe el uso de determinadas sustancias en tal actividad, tales como el cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, entre otras. La provincia de Mendoza, a través de su poder de policía, restringe nuevamente a la actividad minera tal como lo realiza la Ley N° 9.526 de la provincia de Córdoba.

VI. Conclusión final.

Luego de analizar el alcance del poder de policía provincial en las cuestiones medioambientales en el nuevo marco del artículo 41 de la Constitución Nacional y de su repercusión en la aplicación de la ley de fondo que regula la actividad minera se llega a la conclusión que las restricciones contenidas en la Ley N° 9.526 son constitucionales. A través del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, las provincias delegaron a la Nación el dictado de la normativa de fondo, pero sobre la misma, las provincias pueden ejercer el poder de policía. Córdoba solo se limita a restringir un determinado procedimiento de la actividad minera, pero no prohíbe la misma en sí.

El Tribunal ponderó el derecho al medio ambiente, ya que tal actividad no puede llevarse a cabo sin dañar al mismo. Daños tanto actuales como futuros, que una vez realizados son difíciles de reparar; de aquí la importancia del principio precautorio,

usado como una herramienta anticipada para prevenir acontecimientos desfavorables al medio ambiente.

El fallo sentó un precedente importante ya que al desarrollar y aclarar el tema de la competencia, conduce a que la provincia sancione leyes que limiten no solo a la minería sino a todas aquellas actividades o modalidades productivas que constituyan un riesgo o sean incompatibles con el cuidado del medio ambiente y un manejo responsable de los recursos hídricos en su territorio, ya que estos son indispensables para el desarrollo humano y constituyen un derecho tanto de las generaciones presentes como futuras.

VII. Referencias bibliográficas.

- Doctrina:

Badeni, G. (2010) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tercera. Ed. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

Bidart Campos, G.J (2001) *Tratado elemental de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar

Cafferata, N. A. (2004) *Introducción Al derecho Ambiental* (1ª ed.) México D.F.: Instituto Nacional de Ecología.

Cafferata, N. A. (2015) *Revista de Derecho ambiental*. 43º Edición. Abeledo Perrot.

Esain, J.A. (2009) Competencias legislativas entre la Nación y las Provincias en materia ambiental. *Revista de Derecho Público* N° 1.

Gelli, M.A. (2003) *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires. La Ley.

Loperena Rota, D (1998) *Lecciones Master Universidad del País Vasco*. España.

Martín Mateo, R. (1998) *Manual de Derecho Ambiental*. Madrid: Ed. Trivium.

Nonna, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP, Año 14. N° 47.

Valls, Mario (2016) *Derecho ambiental*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Legislación:

Constitución de la Nación Argentina. B. O. de la República Argentina, 1 de Mayo de 1853.

Constitución de la Provincia de Córdoba. B. O. de la Provincia de Córdoba, 29 de Abril de 1987.

Ley N° 9.526. de la Provincia de Córdoba, B. O. de la Provincia de Córdoba, Argentina, 24 de Septiembre de 2008.

Ley N° 25.675, General del Medio Ambiente, B.O. de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 28 de Noviembre de 2002.

Código de Minería. Ley N° 1.919. B. O. de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 30 de Mayo de 1997.

Ley N° 7.722. de la Provincia de Mendoza, B.O. de la Provincia de Mendoza, Argentina, 22 de junio de 2007.

Ley N° 5.001. de la Provincia de Chubut, B.O. de la Provincia de Chubut, Argentina, 8 de Mayo de 2003.

Jurisprudencia.

CSJN, “Villivar, Silvana Noemi c/ Provincia de Chubut y Otros”, sentencia del 17 de abril de 2007, Fallos 330:1791, disponible en www.csjn.gov.ar

CSJN, “Minera del Oeste S.R.L y Ot. C/Gobierno de la Provincia p/ acción inconstitucional”, sentencia del 18 de abril de 2017, Fallos 168:207, disponible en www.csjn.gov.ar

TSJ de la Provincia de Córdoba, "CEMINCOR Y OTRA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA – ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. n° 1798036), Fallo s/n, Sentencia del 11 de agosto de 2015, disponible en https://www.lavoz.com.ar/sites/default/files/file_attachments/nota_periodistica/MINERIA.pdf