



Modelo de caso

Tema: Derecho ambiental

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LA PROHIBICIÓN DE LA MINERÍA A CIELO ABIERTO EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Fallo: "CEMINCOR Y OTRA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA – ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA, AÑO 2015.

Autor: Lucas Ariel Marcón

Legajo: ABG02346

DNI: 34.606.239

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Carrera: Abogacía

Año 2020

Sumario: I- Introducción. II-Cuestiones procesales. A- Premisa fáctica. B- Historia procesal. C- Decisión del tribunal. III- Ratio decidendi. IV- Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudencia. A- Principios rectores del derecho ambiental. B- Principio precautorio. C- Jurisprudencia. V- Opinión del autor. VI- Conclusión. VII- Listado de referencias bibliográficas.

I- Introducción:

La minería bajo la modalidad a cielo abierto es una actividad industrial que genera grandes réditos económicos, pero que también es sumamente peligrosa para el medio ambiente; debido a la potencialidad contaminante inmensa que posee. Es por esto, que en virtud del principio precautorio, la provincia de Córdoba sancionó en el año 2008 la Ley N° 9.526; la cual prohibió la actividad minera bajo la modalidad antes mencionada. Lo que ocasionó, que ante tal prohibición, las personas interesadas en ejercer dicha actividad solicitaran que la ley sea declarada inconstitucional; debido a que violaba su derecho a trabajar y a ejercer la industria lícita. Lo que motivó que el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba dictase la sentencia número 9 en año 2015, la cual es objeto de estudio de la presente nota a fallo.

Mencionado lo anterior es importante aclarar que el problema jurídico que se pretende analizar es de tipo axiológico, dado que en el caso planteado existe un conflicto entre derechos fundamentales y un principio general que rige en materia ambiental. Los derechos a las cuales se hace referencia consisten en el derecho a trabajar y a ejercer la industria lícita (Art. 14 C.N.) y el principio con el cual colisionan es el principio precautorio (Art. 4 Ley 25.675); en virtud del cual se limitaron los mencionados derechos con el fin de proteger el derecho al medio ambiente (Art. 41 C.N.). Dicho esto, es posible afirmar que el presente trabajo posee una marcada relevancia jurídica; puesto que permite analizar la forma en que el tribunal realizó la ponderación de la razonabilidad de la Ley N° 9.526 y así comprender el modo en que el principio precautorio juega un papel determinante en la restricción de derechos fundamentales, relevancia que se ve incrementada si se considera el gran impacto social que tuvo la sentencia antes indicada.

A continuación, para el desarrollo del presente trabajo se expondrán los puntos relevantes de la sentencia y luego, debido a la naturaleza del problema jurídico que se presenta y dado que el mismo nos sitúa dentro del derecho ambiental, es imperioso para el análisis identificar cuáles son los principios que rigen en materia ambiental y exponer qué enseña la doctrina jurídica respecto de estos. Después se procederá a tratar en particular al principio precautorio desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial; ya que el mismo se erige como un tema central de la presente nota a fallo. Por último se realizará una opinión crítica respecto de todo lo expuesto y se emitirá una conclusión a modo de cierre.

II- Cuestiones procesales:

A - Premisa fáctica:

En el año 2008, con la sanción de la Ley N° 9.526, se prohibió en la provincia de Córdoba la minería metalífera en la modalidad a cielo abierto en todas sus etapas; así como la minería de minerales nucleares y el uso de diversas sustancias químicas contaminantes.

Dicha prohibición tuvo como resultado que representantes de CEMINCOR (Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba) y de APCNEAN (Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear) tildaran la mencionada ley de inconstitucional, indicando que la provincia de Córdoba no estaba facultada para la sanción de tal normativa y que además la misma violaba derechos constitucionales de sus representados; entre ellos el derecho al trabajo, a ejercer la industria lícita, el de propiedad y el de igualdad.

Por su parte, la Provincia de Córdoba, expresó que se dictó la Ley N° 9.526 en el margen de las facultades concurrentes entre la provincia y la Nación en materia ambiental y que además se trata de una ley razonable; ya que solo establece restricciones a cierta actividad minera, aplicando el principio precautorio que rige en la materia; con miras al resguardo de la salud del pueblo de la provincia y a la protección del medio ambiente. Afirmando además que no existe la menor duda de que ese tipo de minería posee efectos ambientales negativos y que hay demasiados motivos que justifican tal prohibición legal.

B - Historia procesal:

En Mayo del 2009 Hugo Apfelbaum y Juan Carlos Maiztegui en su carácter de Presidente y Secretario, respectivamente, de CEMINCOR; y Rafael A. Vaggione quien representa a APCNEAN; deducen ante el Tribunal Superior de Justicia acción declarativa en contra del Gobierno de la Provincia de Córdoba, solicitando sea declarada la inconstitucionalidad de la Ley N° 9.526.

C - Decisión del tribunal:

En el año 2015, mediante sentencia número nueve, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba resolvió de forma unánime rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad entablada en contra de la Ley N° 9.526.

III - Ratio decidendi:

Producto del escrutinio de constitucionalidad de la Ley N° 9.526 realizada por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, originada por la acción incoada por las demandantes, el mismo se plantea dos interrogantes:

- Primer interrogante:

¿Está facultada la provincia de Córdoba para dictar la Ley N° 9.526?

- Segundo interrogante:

Dicha ley, ¿responde a estándares de razonabilidad?

En respuesta al primer interrogante, el tribunal afirma que en materia ambiental rige el principio federal de complementación y que, en base al mismo, la Nación establece los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente y los estados provinciales y locales podrán complementar estos pero no disminuirlos. Concluyendo que la provincia dictó la ley en cumplimiento de sus competencias y en ejercicio del poder de policía reglamentario relativo a la cuestión ambiental.

Por otro lado, en respuesta al segundo interrogante, el tribunal indicó la razonabilidad de la ley mencionada ut supra; argumentando que la misma es razonable debido a que se encuentra justificada, ya que la restricción que de ella deriva tiende a la protección del agua

y del medio ambiente. Además la considera adecuada y proporcional, por cuanto es un medio idóneo para alcanzar la finalidad del bien común que la justifica y porque el gravamen que impone guarda equilibrio con el bien jurídico que protege; el cual es entendido por el tribunal como un bien colectivo supremo. Indicando además la aplicación del principio precautorio como guía; que es considerado por el tribunal como una directriz jurídica fundamental cuando se invoca una lesión al medio ambiente.

IV- Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudencia:

A - Principios rectores del derecho ambiental

Es menester recordar que según destacada doctrina los principios jurídicos son pautas generales de valoración jurídica, son ideas directrices que no solo orientan al legislador para que las leyes se ajusten a ellos, sino que también orientan la interpretación y la resolución de conflictos; es decir que poseen las mismas funciones que se pueden adjudicar a las normas fundamentales (Cafferatta, 2004). También se sostiene que son normas inacabadas; que no contienen un supuesto de hecho, ni son determinados, sino por el contrario son abiertos y se presentan como mandatos de optimización que ordenan hacer algo de la mejor forma posible; pero no el modo preciso de hacerlo (Lorenzetti, 2008).

Con respecto a la aplicación de los principios, se afirma que la misma procede a través de un juicio de ponderación, que consiste en medir el peso de los mismos en el caso concreto; aclarando además que se logra un nivel óptimo de aplicación cuando dicho juicio se realiza entre principios competitivos y que la fuerza de los principios en colisión depende de los bienes en juego (Lorenzetti, 2008). Ocurrida la colisión de principios, la misma se resuelve cuando el tribunal establece una precedencia de un principio sobre el otro; condicionada por las circunstancias del caso concreto, pero la aplicación de un principio no desplaza al otro, solo lo precede (Cafferatta, 2018). Luego, debido a que los principios en su proceso de realización colisionan entre sí; ocasionan que la protección de ciertos derechos constitucionales interfieran o afecten otros derechos constitucionales, limitándolos (Rodríguez Salas, 2020).

Expuesto lo anterior, es oportuno hacer referencia a los principios que rigen en materia ambiental, los cuales se encuentran contenidos en el art. 4 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 del año 2002; que dispone que la interpretación y ejecución de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estará sujeta al principio de congruencia, al de prevención, al precautorio, al de equidad intergeneracional, al de progresividad, al de responsabilidad, al de subsidiariedad, al de sustentabilidad, al de solidaridad y al de cooperación. En referencia a estos, es importante señalar que la sola mención de los principios ambientales en la ley constituye un avance en la materia; ya que estos cumplen un papel relevante en la función de defensa del ambiente (Cafferatta, 2018).

Respecto de la ley N° 25.675, es importante mencionar que es posible considerar como normas del derecho fundamental; no solo las expresadas en la Constitución, sino también las que la precisan; por lo tanto dicha ley debe ser considerada tal y adscripta al derecho fundamental al ambiente (Rodríguez Salas, 2020). Derecho sobre el cual, no está demás decir, que no es solo un derecho sino que también es un deber; que implica proveer a la protección del mismo, tanto por parte del estado como de los particulares; teniendo en cuenta además que el ambiente es un bien de altísimo valor social y que es esencial para la sustentabilidad de la vida misma (Morello y Sbdar, 2007).

En este orden de ideas, es posible afirmar que el derecho al ambiente constituye un derecho personalísimo y fundamental, digno de la más enérgica protección (Cafferatta, 2004); es por esto que los principios mencionados ut supra, que emanan del artículo 41 de la Constitución Nacional, poseen un contenido esencial único, el cual consiste en la sustentabilidad del ambiente y por lo tanto poseen un mayor peso frente a otros; ya que el bien colectivo que protegen evidencia su importancia respecto a otros bienes, en especial sobre los que corresponden a derechos individuales (Rodríguez Salas, 2020).

Expuesto lo anterior, es necesario afirmar que el gran desafío del derecho ambiental es el equilibrio entre la preservación de la naturaleza y la actividad productiva del hombre; buscando continuar con esa actividad, pero con restricciones que eviten poner en riesgo la naturaleza misma; configurando así la tutela preventiva, que es el principal objetivo de la materia ambiental (Morello y Sbdar, 2007). De esto último se deriva, que debido al contexto de la necesidad imperiosa de anticiparse a daños graves; cuya reparación in natura

resulta compleja, es dable comprender la aparición del principio precautorio; que resulta junto con el principio preventivo una herramienta de defensa del ambiente y la salud pública. Sin embargo, no se debe dejar de reconocer, que las medidas de anticipación y evitación del daño presentan una contracara; la cual consiste en la afectación del desarrollo industrial, científico y tecnológico (Ramos Martínez, 2020).

B - Principio precautorio:

De los principios jurídicos que rigen en materia ambiental, sin duda el que suscita mayor atención y es uno de los más usados en pronunciamientos judiciales es el principio precautorio (Vera, 2020). De este se ha dicho que consiste en que *“la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública”* (Cafferatta, 2004, p.163). Se afirma también, que el principio precautorio se inscribe dentro de los instrumentos de política y gestión ambiental que se ubican en la etapa ex ante, en referencia al daño y que además al tratarse de un principio del derecho es vinculante y obligatorio (Caferratta, 2018).

En línea con lo dicho, Morello y Sbdar (2007), sostienen que el principio precautorio integra centralmente la política ambiental y refuerza la finalidad preventiva del derecho ambiental. Además indican que la tutela precautoria se orienta a un desarrollo sostenible del ambiente; bajo el imperio de la regla de la proporcionalidad entre el costo económico y social.

Por su parte, Lorenzetti (2008), enseña que es importante aclarar que el principio precautorio no puede ser invocado en cualquier situación; sino siempre que se verifique una amenaza de daño grave o irreversible que provenga tanto de un producto, de una sustancia o de una actividad y que además dicho daño debe ser futuro. Esto nos lleva a identificar los elementos que caracterizan al principio precautorio; los cuales según Cafferatta (2004), consisten en la incertidumbre científica; la evaluación del riesgo de producción de un daño; el nivel de gravedad del daño y la adopción de medidas eficaces en función de los costos. Además sostiene que la precaución distingue al derecho ambiental de otras disciplinas

tradicionales; ya que a diferencia de estas busca apartarse de la certeza y la previsibilidad, debido a que son obstáculos de la norma ambiental (Cafferatta, 2004).

Por otro lado es dable señalar, que luego de la ponderación de los derechos a intervenir y confirmada la idoneidad y la necesidad de las medidas de protección, el principio precautorio posee preferencia frente a derechos individuales; ya que es un principio adscripto a la sustentabilidad del medio ambiente (Rodríguez Salas, 2020).

Por último, considerando los elementos del principio precautorio, es importante remarcar que las modalidades que la Ley N° 9.526 prohíbe producen una amenaza grave al medio ambiente y a la salud; puesto que generan un riesgo tan elevado que ni siquiera la existencia de controles estrictos arrojaría la tranquilidad necesaria (Vera, 2020). Además, el impacto ambiental negativo posible puede tener muchas formas, pero el más preocupante es la contaminación de los cursos de agua; ya que una vez que comienza el proceso de contaminación, detener y reparar los daños no solo es extremadamente difícil sino que además es demasiado costoso (Gutman, 2007).

C- Jurisprudencia:

Con el fin de destacar la utilidad del principio precautorio, es posible mencionar que la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del mismo en el fallo “Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo” del año 2016 (Fallo 339:142). En el cual, la corte dejó sin efecto un fallo que negó una medida cautelar; debido a que el tribunal a quo, entre otras cosas, no tuvo en cuenta el principio precautorio; que fuera invocado por la parte actora.

En otro caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se pronunció respecto de la naturaleza sustantiva del principio precautorio en el fallo "Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica y otro s/acción declarativa de certeza" del año 2010 (Fallo 333:748). En el cual, del voto del Dr. Lorenzetti, emana que el principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo; que obliga a actuar cuando no existe certeza científica sobre el curso de eventos próximos a suceder y sobre si estos causarán un daño grave e irreversible al medio ambiente como bien colectivo.

V- Opinión del autor:

El problema jurídico objeto de análisis en la presente nota a fallo es el conflicto entre el principio precautorio y el derecho a trabajar y a ejercer la industria lícita. Dicha colisión ocurre debido a que en virtud del principio precautorio se sancionó la Ley N° 9.526, la cual prohibió la minería metalífera en la modalidad a cielo abierto y el uso de ciertas sustancias tóxicas en la provincia de Córdoba; lo que ocasionó que personas interesadas en desarrollar esa actividad solicitaran que la mencionada ley fuera declarada inconstitucional por violar sus derechos fundamentales. Planteado el problema, es importante mencionar que resuelto el mismo; ni los derechos mencionados ni el principio son aniquilados, solo ocurre que luego de ponderarlos uno prevalece al otro en el caso concreto (Cafferatta, 2004).

Ante esto, en el caso de que el tribunal que intervino hubiera resuelto declarar la inconstitucionalidad de la mencionada ley, existiría la posibilidad de realizar en la provincia de Córdoba la actividad que esa ley prohíbe; la cual es una actividad sumamente peligrosa para el medio ambiente. Lo que implicaría que en ese caso, luego de la requerida ponderación, se hubiera brindado prevalencia al derecho a trabajar y a ejercer la industria lícita por sobre el principio precautorio que tiende a la protección del bien colectivo medio ambiente. Pero esto no fue así, debido a que el tribunal resolvió mantener la constitucionalidad de la Ley N° 9.526, lo que implicó que en el caso planteado prevalezca el principio precautorio sobre el derecho a trabajar y a ejercer la industria lícita; ya que al mantener la prohibición que impone la ley se origina una restricción a estos últimos.

Expuesto lo anterior, es posible afirmar que la decisión del tribunal es sumamente acertada por diversos motivos. En primer lugar porque implica la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual, debido a que se limitan los derechos de un grupo reducido de personas en beneficio de la sociedad en su conjunto. En segundo lugar, porque la restricción que mantiene el fallo no aniquila el derecho constitucional a trabajar y ejercer la industria lícita de las personas mencionadas, sino que solo los limita en este caso concreto; ya que sigue siendo posible realizar la actividad minera en el territorio de la provincia pero no de una forma determinada que resulta altamente peligrosa para la salud y para el medio ambiente. Por último, en tercer lugar, es acertada la decisión porque para arribar a la misma el tribunal aplica el principio precautorio como guía; lo cual no solo es correcto porque el

ordenamiento jurídico obliga a que el mismo sea aplicado, sino porque también de ese modo se logra que el principio precautorio se continúe desarrollando como una herramienta sumamente útil para la protección del medio ambiente (Rodríguez Salas, 2020).

En este orden de ideas, es posible afirmar, que dado que los principios jurídicos sirven tanto para informar las leyes como para interpretarlas y resolver conflictos; puede observarse en este caso el modo en que el principio precautorio cumple diversos roles. Ya que por un lado informa la Ley N° 9.526 que prohíbe la minería metalífera a cielo abierto y por otro lado sirve de guía para que el tribunal pueda realizar la ponderación de la constitucionalidad de dicha ley para resolver el conflicto que trajo aparejada su sanción y de esa forma mantener la prohibición que esta dispone.

Con respecto a la aplicación del principio precautorio en la sanción de la Ley N° 9.526, puede afirmarse que es procedente; debido a que en este caso se configuran todos sus elementos, ya que por un lado, la minería metalífera a cielo abierto implica una amenaza cierta de daño grave, porque la capacidad contaminante que de ella deriva es inmensa y se encuentra comprobada tanto por la ciencia como por la experiencia. Por otro lado, existe además incertidumbre sobre el alcance total del daño al medio ambiente que esa actividad puede provocar y también existe incertidumbre respecto a si ese daño temido, en caso de que ocurra, pueda ser contenido o no. Por último, comprobados estos elementos; el principio precautorio obliga a tomar medidas efectivas en base a los costos y en este caso la medida que se tomó fue la prohibición de la mencionada actividad.

Para concluir con el presente análisis, es posible afirmar, que teniendo en cuenta que el principio precautorio ordena tomar una medida eficaz y proporcional en función del costo económico y social; puede sostenerse que la medida mencionada *ut supra*, que fuera impuesta por la ley y mantenida por el tribunal, es eficaz y proporcional. Es eficaz debido a que evita el daño antes de que ocurra y disipa la amenaza al medio ambiente quitando la posibilidad de que la actividad peligrosa se realice. Además es proporcional respecto del costo de llevarla a cabo y el beneficio que acarrea; esto por cuanto la medida prohibitiva mencionada no implica grandes gastos, ni tampoco restricciones a los derechos que limita y con esto se logra la protección de diversos derechos fundamentales, entre los cuales se

encuentran el derecho al agua; a la salud y al medio ambiente sano de los ciudadanos de la provincia y de las generaciones futuras.

VI- Conclusión:

En la presente nota a fallo se analizó el modo en que el principio precautorio prevalece al derecho a trabajar y a ejercer la industria lícita; en el caso de la posibilidad de realizar la actividad minera bajo la modalidad a cielo abierto en la provincia de Córdoba y se analizó también la forma en que el mencionado principio cumple un rol determinante en distintos ámbitos para la prohibición de esa actividad.

En consecuencia, es posible afirmar, que es evidente una actitud precautoria y pro-ambiente por parte del gobierno de la provincia y del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, debido al modo en que invocaron al principio precautorio para prohibir una actividad sumamente contaminante; lo cual sienta las bases para que en el futuro, el referido principio, se siga desarrollando como una herramienta efectiva para la resolución de conflictos ambientales y la protección del medio ambiente; que tal como indica el mencionado tribunal, en la sentencia número 9 del año 2015, constituye un bien colectivo supremo.

VII- Listado de referencias bibliográficas

Doctrina:

Libros:

1. Cafferatta, N. A. (2004). Introducción al derecho ambiental. México: Instituto Nacional de Ecología.
2. Lorenzetti, R. L. (2008). Teoría del derecho ambiental. México: Editorial Porrúa.

Revistas:

1. Cafferatta, N. A. (2018). El ascenso de los principios de Derecho Ambiental. *Revista jurídica la ley online*. Cita Online: AR/DOC/4320/2017.

2. Gutman, N. (2007). Desafíos de la minería en Argentina. *Revista jurídica la ley online*. Cita Online: AR/DOC/1549/2007.
3. Morello, A. M., Sbdar, C. B. (2007). Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente. *Revista jurídica la ley online*. Cita Online: AR/DOC/2936/2007.
4. Ramos Martínez, M. F. (2020). Prevención y precaución como fuente de responsabilidad del Estado. *Revista jurídica la ley online*. Cita Online: AR/DOC/1448/2020.
5. Rodríguez Salas, A. (2020). Los principios de Derecho Ambiental desde la concepción de Robert Alexy. *Revista jurídica la ley online*. Cita Online: AR/DOC/123/2020.
6. Vera, A. O. (2020). Doctrina judicial ambiental del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. *Revista jurídica la ley online*. Cita Online: AR/DOC/70/2020.

Jurisprudencia:

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo”, Fallo: 339:142 (2016).
2. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica y otro s/acción declarativa de certeza", Fallo: 333:748 (2010).
3. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, "CEMINCOR y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia – Acción declarativa de inconstitucionalidad”, Sentencia N° 9 (2015).

Legislación:

1. Constitución Nacional.
2. Ley General del Ambiente N° 25.675.
3. Ley provincial N° 9.526.