



Carrera: Abogacía

Modelo de caso

Tema: Medio Ambiente

**“EL DERECHO AL AGUA Y SU COMPATIBILIZACIÓN CON EL
DESARROLLO MINERO METALÍFERO EN LA PROVINCIA DE
MENDOZA”**

Nombre del alumno: Garro Alvarez Sebastián

Legajo: 24277

DNI: 32085077

Tutora: Dra. María Laura Foradori

Año: 2020

Sumario: I. Introducción.- II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal, descripción de la decisión del tribunal.- III. Análisis de la *ratio decidendi*.- IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.- V. Postura del autor.-VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas.-

I. Introducción

En el presente trabajo, someteré al análisis el fallo “Minera del Oeste SRL y otros contra/gbno de la provincia p/ acción inconstitucionalidad”, sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, en el año 2015. En este caso, la corte se aboco a resolver un problema jurídico de carácter axiológico: “son aquellos que se suscitan respecto de una regla de derecho por la contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto” (Universidad Siglo 21, 2020), en este caso se planteó una colisión de la Ley provincial 7722 con principios consagrados en la constitución nacional y provincial, tales como el principio de igualdad, el derecho de propiedad privada, el derecho al ejercicio de toda industria lícita y los derechos adquiridos. Será en esos puntos, donde la parte actora fije posición y la corte provincial, a la luz de la sana crítica racional, deba dilucidar y aclarar jurídicamente la cuestión litigiosa

En las condiciones actuales de profunda crisis hídrica que vive la región de cuyo, y particularmente con una severidad histórica la provincia de Mendoza (Los Andes, 2019), adquiere relevancia jurídica, social y política el fallo en consideración. Vale aclarar que si bien, luego del fallo del año 2015, la Corte mendocina volvió a expedirse en el año 2017¹, es en este primer fallo que analizaremos, donde la Corte en plenario fija posición, marca una senda y expresa los argumentos de base que sustentan la actual perspectiva jurisprudencial de la Corte en relación a la constitucionalidad de la Ley 7722. Luego, en fallos posteriores, solo reproduce a pie de juntillas aquellos argumentos sentados en el año 2015. La importancia jurídica de su análisis y estudio, es a instancias de acercar a la ciudadanía, el conocimiento concreto de la interpretación normativa establecida por nuestro máximo órgano de justicia provincial, para evitar así, cualquier avance perjudicial

¹ S.C.J.M., sala 2 “Minera Rio de La Plata c/gbno. pcia. Mendoza”. Fallo: 174-906 (2017)

contra nuestro ambiente y en particular, contra el agua de los mendocinos. En tal sentido, la aplicación concreta que realiza la Corte de los principios constitucionales, en relación con las normas que regulan la actividad minera metalífera, posee sin dudas, un interés de estudio jurídico fundamental que se pretende resaltar en este trabajo de investigación.

A los fines de desarrollar lo anteriormente expresado, en los apartados siguientes comenzaré realizando una reconstrucción de la premisa fáctica, e historia procesal, para luego hacer foco en los fundamentos nucleares de la sentencia bajo examen. También profundizaremos el estudio de la problemática planteada, realizando un análisis conceptual, doctrinario y jurisprudencial; y finalmente, se dejara plasmada la posición y conclusión sobre el tema propuesto en este trabajo.

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

En el año 2007 se sanciona la Ley provincial 7722, dicha ley es cuestionada en su legalidad por diversas empresas que deducen acción de inconstitucionalidad. La corte provincial, dada la trascendencia política y social del tema, se reúne en plenario para dar solución al planteo de “Minera del Oeste S.R.L y Desarrollos de Prospectos Mineros S.A”.

La parte actora considera que la Ley 7722 es inconstitucional en sus art. 1, 2 y 3; Sostienen que se vulnera el principio de igualdad², como así también el derecho a ejercer toda industria lícita, el derecho de propiedad privada³ y los derechos adquiridos. La actora hace hincapié en que la Ley 7722 en su art. 1, que reza; “se prohíbe en el territorio de la provincia de Mendoza, el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares”⁴, directamente deja vedado el desarrollo de la actividad minera, y con ello, lesiona los derechos constitucionales antes mencionados.

En este estado de situación, la corte decidió por voto unánime, declarar la validez constitucional de la Ley 7722, con voto de disidencia parcial del Dr. M. Adaro respecto del primer párrafo del art.3 que dicho juez, considera inconstitucional.

2 Art. 16. Const. Nac. y arts. 7 de la Const. Prov.

3 Arts. 14 y 17 Const. Nac. y arts. 8, 28 y 33 Const. Prov.

4 Art.1. ley 7722. Legislatura Provincia de Mendoza.

III. Análisis de la ratio decidendi

La Suprema Corte analiza la cuestión, aborda el problema axiológico planteado y entiende que el art. 1 de la Ley 7722⁵, lejos de pretender abolir el desarrollo minero, se limita a establecer un marco regulatorio para el desarrollo de la actividad, que proteja el recurso hídrico, prohibiendo el uso de sustancias contaminantes. La Legislatura Provincial, debe ser garante del uso y disposición de los recursos bajo su esfera territorial, en ejercicio de sus atribuciones que surgen tanto de la Constitución Nacional⁶, como del Código de Minería,⁷ donde se aclara que; los mineros deben ajustar su actividad a las normas de policía y conservación del ambiente. Es concluyente la opinión del doctor Llorente (S.C.J.M. 2015, pag.88) “No existe una contradicción entre la ley y la actividad minera, existe una complementariedad respecto de los límites que tienen todas las libertades que se ejercen en el marco de la constitución”.

Sobre la supuesta violación del principio de igualdad, la Corte entiende que la igualdad es entre los iguales y que perfectamente se pueden crear categorías diferentes, no se debe tomar el concepto de una manera absoluta, sino analizarlo en la actividad concreta.

En lo que respecta al derecho de propiedad y de ejercer una industria lícita, se infiere que no sólo se requiere que ésta sea lícita, sino que además sea congruente con las reglamentaciones legales y administrativas.

En lo referido a los derechos adquiridos, la Suprema Corte ha declarado que ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna, tiene derechos adquiridos en todo en cuanto se refiere al aspecto ambiental.

Respecto al voto en disidencia del primer párrafo del art. 3 de la Ley 7722⁸, el doctor Adaro, (S.C.J.M. 2015, pág.84) entiende que se conculca la división de poderes, puesto que la declaración de impacto ambiental es una facultad que le corresponde al poder ejecutivo. Infiere el ministro que; “el legislador se arroga una facultad exorbitante

5 Art.1. ley 7722. Legislatura Provincia de Mendoza.

6 Art. 41, 121,124. Constitución Nacional Argentina.

7 Art 233. Código de Minería.

8 Art. 3. Ley 7722. Legislatura Provincia de Mendoza

–no prevista en la magna constitucional– extendiéndose sobre la zona de reserva propia de la administración del Poder Ejecutivo”.

En base a estos argumentos, la Corte resolvió el problema axiológico en favor de la constitucionalidad de la ley 7722, y descarto entonces, el supuesto conflicto de la ley provincial con principios constitucionales.

IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

El núcleo central del fallo bajo análisis, gira en torno a la constitucionalidad de la Ley provincial 7722 y específicamente, en evaluar jurídicamente la posibilidad de la explotación minera metalífera en la provincia de Mendoza, en un marco regulatorio que controle el desarrollo de la actividad minera sin poner en peligro el recurso hídrico provincial.

En tal sentido, para comprender la problemática debemos recurrir a las bases fundantes de nuestro derecho ambiental que podemos encontrarlo en el art. 41 de la Constitución Nacional.

Dicen Sabsay y Di Paola (2002):

El art. 41 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a un ambiente sano y equilibrado en aras al logro de un desarrollo sustentable, junto al deber correlativo de preservarlo. Asimismo, determina claros mandatos en relación a las autoridades y fija criterios para la distribución de las competencias en el interior del estado federal. (p. 1)

En la misma dirección doctrinaria y particularmente en relación con el cuidado del recurso hídrico, Botassi (2004) dice: “El derecho de todo ciudadano a ver satisfechas sus necesidades presentes encuentra como límite la obligación de reconocer y garantizar ese mismo derecho a las generaciones futuras” (p. 12).

A nivel supranacional, también en materia medio ambiental, se ha considerado el cuidado del ambiente de una manera integral y cooperativa entre diversos órdenes de gobierno, así quedó plasmado en la declaración de Río⁹ “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”.

En este contexto jurídico el desarrollo de explotaciones mineras metalíferas debe someterse al cumplimiento de ciertas pautas estrictamente fijadas por la nación y las provincias, pues es una actividad que puede poner en peligro la conservación del recurso

⁹ Declaración de Río de Janeiro. 1992. principio 4

escaso agua. Giuliano en Raschetti (2017) habla de un “federalismo de concertación”, donde se asegure un mínimo común denominador dispuesto por la Nación para todas las provincias argentinas y luego, el máximo tuitivo lo dispone cada provincia en particular (p.60). En nuestro caso, según la corte esa complementariedad normativa dentro del orden federal estaría dada por lo legislado en la Ley provincial 7722.

Podemos advertir que en nuestro ordenamiento jurídico, el plexo normativo de la tutela ambiental también se completa con la Ley general del ambiente 25.675, ley que afirma categóricamente en su art. 4 principios que deben respetarse en post de la protección del ambiente. En nuestro caso de análisis; el principio de sustentabilidad, el principio precautorio y el de equidad intergeneracional, resultarían reflejados en el espíritu legislativo de la Ley 7722 conforme lo resuelto por la corte de Mendoza.

Retomando el análisis constitucional, el art. 121¹⁰ establece que las provincias conservan todo el poder no delegado a la nación y el art. 124¹¹ le otorga a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, entonces la corte deduce con claridad que la provincia está legalmente habilitada para complementarse con la nación, legislar y cuidar sus recursos no renovables, en este caso el agua de los mendocinos. En ese sentido Bidart Campos opina en Gago, Gómez y Rivas (2016): “Los contenidos mínimos escapan a la competencia provincial porque son propios del estado federal, y las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo. Así, la concurrencia se encuentra repartida entre lo mínimo y lo máximo”.

En el fallo Villivar¹² se estipula como obligatorio para todos los ámbitos en que se ejecute política ambiental, el sometimiento a “un procedimiento de evaluación ambiental previo a su ejecución” de modo de cumplir acabadamente con la precaución y participación antes mencionada.

A lo largo del fallo, la corte provincial hace hincapié en valorar el cuidado del recurso hídrico. No es para menos, pues el derecho al agua es reconocido como un derecho humano: “La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable, limpia y el saneamiento, son esenciales para la realización de todos los derechos humanos” (ONU, 2010).

10 CN. Art. 121. (1994)

11 CN. Art. 124. (1994)

12 C.S.J.N “Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros”.(2007)

Ese derecho al agua la corte lo trata de compatibilizar con el desarrollo de actividades mineras metalíferas, pues es una actividad que podría afectarlo, en cuanto como lo indica la Facultad de Ciencias Naturales de la Universidad de Don Bosco (2005):

El proceso de lixiviación con cianuro produce daños ambientales a largo o a corto plazo. A largo plazo debido a los desechos cianurados inyectados en las escombreras, la movilización de metales pesados o la generación de drenajes ácidos. A corto plazo debido a accidentes que pueden producirse durante las operaciones, o derrames que pueden filtrarse a napas o cauces de agua en forma impredecible.

En ese contexto la Ley 7722, según la Corte, no hace otra cosa que poner en práctica el principio precautorio de la Ley 25.675¹³ “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”.

Al respecto Salvador Bergel (2004), al tratar el tema opina:

El principio de precaución parte de la necesidad de establecer un cambio de percepción en cuanto al riesgo e implica actuar, aún en ausencia de evidencias científicas concretas, cuando razonablemente se estima que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible. (p. 3)

En otro orden de ideas, según vimos en anteriores apartados, respecto de los argumentos que esboza la parte actora, se cuestiona lo estipulado en la Ley 7722 que confrontaría con el derecho de igualdad consagrado en la constitución, el derecho al ejercicio de la industria lícita y la propiedad privada, al respecto, podemos encontrar “huellas jurisprudenciales” contestes a esos argumentos esgrimidos por la actora. Precisamente en el fallo CEMINCOR¹⁴ se dijo:

Los derechos, entre ellos la libertad de empresa, no son absolutos sino, por el contrario, se hallan sujetos a reglamentación general y particular. En efecto, como ya ha dicho este Tribunal Superior de Justicia, los derechos y garantías que consagra la Constitución no son absolutos, sino que están sujetos, en su ejercicio, a reglas y limitaciones indispensables para el orden y la convivencia social.

La corriente jurisprudencial expuesta en el fallo CEMINCOR, es seguida por la corte mendocina, para resolver la cuestión planteada por la actora en el caso en cuestión.

13 Congreso Nacional. Ley 25.675. Art. 4. (2002)

14 T.S.J. de Córdoba “Cemincor y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia – Acción declarativa de inconstitucional”, S. N° 9 (2015).

V. Postura del Autor

Luego de analizar los argumentos dados por el tribunal que dan sustento a la sentencia y de evaluar el plexo normativo supranacional, nacional y provincial, se considera que es apropiada la solución que se le da a la cuestión planteada. A todas luces, la Ley 7722 resulta constitucional. Se entiende que el tema de las explotaciones mineras metalíferas a cielo abierto, debe ser encauzado en parámetros regulatorios estrictos. Pues la laxitud en el control de esta actividad puede ocasionar daños irreparables para las generaciones presentes y futuras, incumpliendo la manda constitucional que en el Preámbulo¹⁵ asegura el “bienestar general..., para nosotros y para nuestra posteridad”. En esa directriz, la Ley 7722 resulta ser legislación de carácter complementaria de aquellos presupuestos mínimos sentados por la nación.

Se acuerda con la Corte, en advertir que la Ley 7722 no prohíbe la actividad minera metalífera sino que, tan solo regula una actividad potencialmente peligrosa para el medio ambiente, en cuanto a que la utilización de cianuro y sustancias similares, en grandes cantidades, pone en serio peligro el recurso hídrico.

En materia de cuidado medio ambiental, se concibe que respecto de la responsabilidad civil, es necesario que los gobiernos recurran fundamentalmente a la prevención del suceso dañoso, pues el daño, una vez producido sobre los recursos naturales escasos (si bien luego podrá demandarse su indemnización pecuniaria), difícilmente pueda remediarse completamente, perjudicando entonces a las generaciones futuras que ya no podrán disfrutar del recurso afectado.

En definitiva, se coincide en que la corte en este fallo, no viene a cercenar derechos y conculcar libertades, sino más bien, a compatibilizar desarrollo de actividades económicas, con resguardo estricto del medio ambiente.

VI. Conclusión:

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, conforme a lo analizado en el presente trabajo, resolvió en plenario reconociendo la constitucionalidad de la Ley 7722 y en protección del recurso hídrico provincial. El fallo en cuestión, viene a zanjar jurídicamente una discusión que se da no solo a nivel jurídico sino también a nivel social y político.

15CN. Preámbulo. (1994)

En tal sentido, la posición asumida por la corte provincial, se inclina por una corriente doctrinal y jurisprudencial, que asume un rol protagónico de la justicia en el cuidado del medio ambiente. No como mero espectador, sino como parte activa, interviniendo preventivamente para evitar el resultado dañoso que la minería metalífera a cielo abierto podría ocasionarle al ecosistema. En ese “norte de ideas”, se reconoce a las provincias las facultades necesarias para legislar y complementar los presupuestos mínimos de estándares medio ambientales fijados por la nación. Los jueces se expresan sobre la necesidad ineludible, de compatibilizar el desarrollo de actividades económicas riesgosas, como la minería metalífera, con derechos humanos y medio ambientales como el derecho al agua, un recurso sumamente escaso a nivel mundial y más aún en la provincia de Mendoza, por las constantes sequías que azotan la región de Cuyo.

De ahí el aporte jurídico trascendental y valioso de este fallo, al desarrollo del derecho ambiental y al resguardo concienzudo de derechos y garantías constitucionales de generaciones presentes y futuras.

VII. Referencias bibliográficas:

VII.1. -Doctrina

- Bergel, S. (octubre-diciembre de 2004). *Gaceta Ecológica*. El principio precautorio. N° 73. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/539/53907301.pdf>
- Botassi, C. (2004). *Hiléia - Revista de Direito Ambiental Amazonia*. El Derecho Ambiental en la Argentina. N° 3. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27224.pdf>
- Canvas. (2020). Problemas Axiológicos. *Universidad Siglo 21*. Recuperado de: Canvas.
- Gago, M., Gómez, T., Rivas, F. (diciembre de 2016). Federalismo Ambiental: los Recursos Naturales y la Distribución de Competencias Legislativas en la Constitución Nacional Argentina. *Revista Jurídica, Universidad Aquino, Bolivia*. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/maria-eugenia-gago-federalismo-ambiental-recursos-naturales-distribucion-competencias-legislativas-constitucion-nacional-argentina-dacfl70396-2016-12/123456789-0abc-defg6930-71fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5>

[%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=48](#)

- De la Rosa, I. (9 de octubre de 2019). Mendoza Vive La Mayor Crisis Hídrica Desde Que Hay Registros Oficiales. *Los Andes*. Recuperado de: <https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=sequia-se-pronostica-la-peor-temporada-de-los-ultimos-33-anos>
- ONU. (2010). El derecho al agua y al saneamiento. *Decenio Internacional para la acción “El Agua Fuente de Vida” 2005-2015*. Recuperado de: https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml
- Sabsay, D. y Di Paola, M. (2002). El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente. *Anales de legislación Argentina, Boletín informativo*. Recuperado de: <http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/05/art09.pdf>
- Raschetti, F. (2017). Medioambiente y federalismo Pautas para la distribución de la competencia legislativa. *Inmanencia Revista del hospital interzonal general de agudos (HIGA) Eva Perón*. 6 (1): 60-62. Recuperado de: <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/inmanencia/article/view/12735/45454575757860>
- Facultad de Ciencias Naturales. Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (26 noviembre, 2005). IMPACTO AMBIENTAL DEBIDO AL USO DEL CIANURO EN LA MINERÍA A CIELO ABIERTO. *noalamina.org*. Recuperado de: <https://noalamina.org/informacion-general/mineria-de-oro/item/69-impacto-ambiental-del-cianuro-en-la-mineria-a-cielo-abierto#:~:text=IMPACTO%20AMBIENTAL%20DEBIDO%20AL%20USO%20DE%20CIANURO%20EN%20LA%20MINER%20C3%8DA,la%20generaci%20C3%B3n%20de%20drenajes%20C3%A1cidos>.

VII.2.Legislación

- Declaración de Río de Janeiro. (Junio de 1992). Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo. Principio 4.

- Legislatura de Mendoza. (Junio de 2007). Ley N° 7.722. *Boletín Oficial de la provincia de Mendoza*. Recuperado de: <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/consulta-de-leyes-provinciales/>
- Legislatura de Mendoza. (Diciembre de 2019). Ley N° 9209. *Boletín Oficial de la provincia de Mendoza*. Recuperado de: <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/consulta-de-leyes-provinciales/>
- Congreso Nacional. (1994). Ley N° 24.440. Constitución de la Nación Argentina
- Congreso Nacional. (2002). Ley N° 25.675 Ley general del ambiente. Art. 4.
- Legislatura de Mendoza. (1916). Constitución Provincia de Mendoza.
- Congreso Nacional. (1886). Ley N° 1919. Código de Minería Argentina

VII.3.Jurisprudencia

- S.C.J.M. “Minera Del Oeste S.R.L. Y Ot. C/ Gbno. De La Provincia P/ Acción Inconstitucional”, (16 de diciembre 2015). Recuperado de: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4519771086>
- T.S.J. de Córdoba “Cemincor y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia. Acción declarativa de inconstitucional”, S. N° 9. (2015).
- C.S.J.N. “Villivar, Silvana Noemí C/ Provincia Del Chubut Y Otros”. (17 de abril de 2007)