



Corte Suprema de Justicia de la Nación (2019) “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expediente N° CJS 140/2011) Sentencia de fecha 04 de junio del 2019.

CARRERA: ABOGACIA.

NOMBRE Y APELLIDO: Lara Ullate.

D.N.I: 37287251.

LEGAJO: ABG09645

MODULO 4: Documento Final.

FECHA DE ENTREGA: 03/07/2020

TUTOR: Caramazza María Lorena.

TEMA: Modelo De Caso- Medio Ambiente.

Sumario.

I. Introducción. **II.** Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. **III.** Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia. **IV.** La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. **V.** La postura de autor. **VI.** Conclusión. **VII.** Referencias bibliográficas.

I. Introducción.

Al derecho ambiental se lo considera una de las ramas del ordenamiento jurídico en plena formación por lo que el estudio de dicha materia y el dictado de leyes de presupuesto mínimo de protección ambiental, ha tenido una importancia cada vez mayor y con ella problemas que devengan de su misma complejidad.

En este trabajo se analiza el fallo "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de Junio del 2019, y los distintos problemas jurídicos que se presentan en él. Uno de ellos es el problema axiológico, se centra en destacar el conflicto en la aplicación de un principio con respecto a la subsunción del caso en una regla. Como sucede en el fallo donde los jueces debieron resolver sobre el pedido de inconstitucionalidad de la ley 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial por colisionar con la Constitución Nacional.

Otro de los problemas encontrados, es el problema de prueba debido a la complejidad del derecho en cuestión (derecho ambiental), ya que el juez deberá someter la prueba a valoración crítica respecto de la existencia del hecho a verificar. Dicho problema se encuentra vinculado con la indeterminación de la existencia de un hecho, indispensable para la resolución de la causa. En este caso las partes no acreditaron los requisitos de concreción del "acto en ciernes" que habilitan la procedencia de la acción declarativa respecto de este planteo, ninguno probó que sucediera un acto de ejecución de la norma que los afectara. Los jueces establecen que deben deliberar sobre casos justiciables, para ser considerados tal debe por una parte, tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido

insustancial. Si bien no se requiere un daño efectivamente consumado, la acción declarativa tiene por finalidad precaver las consecuencias de un "acto en ciernes". Sobre la base de esta premisa, es necesario para la procedencia de acciones como la aquí entablada que: medie actividad administrativa que afecte un interés legítimo; el grado de afectación sea suficientemente directo y aquella actividad tenga concreción bastante.

En los puntos siguientes se procederá a realizar una reconstrucción de la premisa fáctica junto con su historia procesal, hasta lograr la descripción de la decisión del tribunal que ha tomado en base al caso concreto. Luego se procederá al análisis de la ratio decidendi en la sentencia del fallo; encausando a la realización de una descripción conceptual con sus antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, terminando así en los comentarios por parte del autor para definir en una conclusión final.

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

Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A., inician una acción declarativa en contra del Estado Nacional ante el Juzgado Federal de San Juan, solicitando que se declare la nulidad, y en subsidio la inconstitucionalidad, de la ley 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial, cuestionando: por un lado, el procedimiento legislativo que dio lugar a la sanción de la Ley de Glaciares ya que sus previsiones configuraban un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente; y por otro lado, sostuvieron que obliga a las actividades mineras que, al momento de su sanción, se encontraran en ejecución sobre glaciares y periglaciares a someterse a una nueva auditoría y que, en el caso de verificarse impacto significativo, podía ordenarse una medida adicional de protección ambiental, el cese o el traslado.

El juez federal de San Juan resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por las actoras y dispuso la suspensión de los artículos 2º, 3º, 5º, 6º, 7º y 15º de la Ley de Glaciares para el ámbito del emprendimiento "Pascua Lama" de la Provincia de San Juan y a pedido de las actoras, ordenó la citación de la Provincia de San Juan.

Luego, la Provincia de San Juan solicitó intervenir en el proceso como litisconsorte activo, estuvo de acuerdo con las pretensiones de las actoras, explicando

que el Congreso Nacional únicamente puede regular los presupuestos mínimos, pero no puede dictar una ley ordinaria que regule la totalidad de la materia.

El juez federal incorporó al Estado provincial al proceso en virtud de considerarlo litisconsorte principal, declaró su incompetencia y ordenó la remisión de las actuaciones a la Corte Superior de Justicia a los efectos de que se continuara con su trámite ante la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

El Estado Nacional solicitó que se revocara la medida cautelar concedida, la Corte Suprema resolvió declarar su competencia originaria, ordenó el traslado de la demanda al Estado Nacional y revocó la medida cautelar dictada por el juez federal, y dispuso su levantamiento.

Al contestar demanda el Estado Nacional sostuvo que el planteo de las actoras resultaba abstracto ya que no existía un acto concreto de ejecución de la Ley de Glaciares que las afecte y ello impedía la intervención del Poder Judicial.

Las actoras contestaron los respectivos traslados, indicando que al tratarse de una acción declarativa no se requiere la existencia de un daño concreto sino de un peligro cierto e inminente de que este se producirá. La Provincia de San Juan contestó que experimentaba un daño actual en tanto la mera sanción de la Ley de Glaciares configura un avance de la Nación sobre facultades propias de la provincia.

Posteriormente, el Tribunal solicitó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación que indicara cuál era el grado de realización del Inventario Nacional de Glaciares ordenado en el artículo 3° de la ley 26.639. El referido ministerio informó que el cronograma para la confección del inventario preveía tres niveles de relevamiento y que para ese entonces el primer nivel se encontraba en la fase inicial. El Estado Nacional informó mediante resolución del Ministerio de Ambiente Y Desarrollo Sustentable que se había culminado y publicado el Primer Inventario Nacional de Glaciares de la República Argentina.

Que finalmente las concesionarias presentaron un escrito en el que ampliaron los fundamentos relativos a la existencia del caso judicial; realizaron así mismo distintas consideraciones a raíz de la culminación del Inventario Nacional de Glaciares.

El tribunal resolvió rechazar tanto la demanda interpuesta por las actoras como la demanda interpuesta por la Provincia de San Juan, con costas en el orden causado.

III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia.

La mayoría compuesta por los Ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti rechaza la demanda interpuesta por las empresas mineras Barrick Exploraciones Argentinas SA. Y Exploraciones Mineras Argentinas S.A., como la demanda interpuesta por la Provincia de San Juan. Consideró que no habían demostrado que el sistema de preservación de los glaciares establecido por el Congreso Nacional les generase algún tipo de daño en su derecho de explotación minera. Agregaron que la provincia de San Juan, que había adherido al planteo de las empresas para obtener la inconstitucionalidad de la ley, tampoco había podido explicar en qué medida la existencia de la ley de glaciares le generaba agravio.

En este punto resaltaron que la Constitución Nacional establece que la protección del ambiente es una tarea conjunta del gobierno nacional y de las provincias. Por esa razón, la interpretación del artículo 41 de la Constitución Nacional establece las facultades federales de dictar los presupuestos mínimos ambientales; y que el artículo 124, afirma el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales, pero que deben ser interpretados buscando la adaptación de la gestión de los recursos naturales para cumplir de la forma más fidedigna posible el proyecto ambiental que establece la Constitución Nacional. Finalmente, cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente la hipotética controversia debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

Así, los Ministros advirtieron que la protección de los glaciares, en un estado federal, implica una tarea política que deben cumplir conjuntamente el Estado Nacional y las provincias para coordinar eficazmente sus diversos intereses; ninguna interpretación es constitucionalmente admisible si vacía de contenido el modelo federal del Estado o el proyecto ambiental de la Constitución.

Así, advirtieron que la Ley 26.639 resalta la función de los glaciares y del ambiente periglaciario como reserva de agua. Al aprobar esta norma, consideraron la

conservación de los glaciares como “reservas estratégicas” proveedoras de agua para el planeta, según el artículo 1° de esa ley.

Concluyeron que el régimen de protección de glaciares debe ser analizado en el contexto de ponderación de las reglas del federalismo con aquellas que ordenan la protección del ambiente.

En su voto concurrente, el juez Rosenkrantz destacó la necesidad de que exista un caso o controversia a los fines de que la Corte pueda expedirse tanto en relación con el planteo de nulidad como el de inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares. Al respecto, remarco que la configuración de un caso o controversia exige que la pretensión tenga por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto o que exista una situación de incertidumbre que afecte el ejercicio de un derecho derivada de un contexto normativo o administrativo que el peticionario pueda tener legítimo interés en esclarecer de forma inmediata, sin estar obligado a propiciar o soportar un acto administrativo que concrete su agravio.

Con relación a las concesionarias, indicó que no habían probado actividad administrativa alguna de parte de las autoridades nacionales con concreción bastante que afecte de un modo suficientemente directo un interés legítimo suyo. Tampoco habían demostrado que la mera vigencia de la Ley de Glaciares generara una situación de incertidumbre que afecte el ejercicio de sus derechos.

En lo que respecta a la provincia de San Juan, no invocó un “acto en ciernes” que afecte de manera directa las prerrogativas constitucionales invocadas; tampoco demostró, en forma concreta, el modo en que el avance que habría efectuado el Congreso Nacional sobre sus prerrogativas provinciales afecta el ejercicio de atribuciones constitucionales que son propias y/o de algún modo impacta en las actividades mineras que se desarrollan en su territorio.

Su rechazo se funda, en primer lugar, en que no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes, salvo el supuesto de incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley Si bien no se requiere

un daño efectivamente consumado, la acción declarativa tiene por finalidad precaver las consecuencias de un "acto en ciernes".

La jueza Highton de Nolasco, en su voto concurrente, estableció que de las propias manifestaciones de las concesionarias surgía el reconocimiento expreso de que el Inventario Nacional de Glaciares no comprendía sus emprendimientos mineros en ejecución y de que no se encontraban alcanzados por las prohibiciones cuestionadas. En consecuencia, entendió que no se podía tener por acreditado un caso judicial en la medida en que nada parecía perturbar el normal funcionamiento de su actividad minera, ni que existencia de la ley limitara la ejecución de su plan de expansión de sus actividades.

Con relación a la provincia de San Juan, argumentó que ésta no había invocado a lo largo del proceso que la Ley de Glaciares pudiese generarle alguna afectación a sus atribuciones o derechos. Agregó que de sus propias manifestaciones surgía que el Consejo Provincial de Coordinación para la Protección de los Glaciares junto con la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y el Instituto de Geología de la Universidad Nacional de San Juan se encontraban confeccionando el relevamiento de los glaciares existentes en su territorio.

Finalmente, remarcó que una posición contraria que permitiese al Poder Judicial de la Nación expedirse sobre la pretendida nulidad e inconstitucionalidad de la Ley Nacional de Glaciares en el marco de un conflicto meramente hipotético resultaría técnicamente incorrecta por cuanto violaría el principio de separación de poderes.

IV. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

La reforma de la Constitución Argentina de 1994 incorpora la denominada "cláusula ambiental" en su artículo 41, disposición que ha sido reglamentada a través de las leyes "de presupuestos mínimos", a estas se agrega, en los niveles provincial y municipal, sus respectivas normativas que completa la pirámide jurídica del país.

Uno de los deberes del Estado es de dictar leyes para garantizar un ambiente sano, promoviendo el cuidado de los recursos naturales y su preservación, a través de libertades, garantías y políticas públicas. En materia federal, coordina las competencias entre Nación y las provincias mediante la articulación del poder en el territorio

contenida en la Carta Magna. No obstante en este marco de cumplimiento y aplicación de estas normas, se puede encontrar interrogantes a los procedimientos legislativos, a la aplicación de la ley como a las correspondientes facultades que la Constitución le da a cada provincia sobre su respectivo territorio.

En cuanto al procedimiento legislativo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en varias oportunidades que es "una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente" (CSJN Fallos 53:420 "Cullen c/ Llerena", 1893, p. 434). Más tarde, la Corte remarcó los límites a los que sujeta su intervención a fin de no transgredir el principio republicano de división de poderes, afirmando que "...las facultades jurisdiccionales del Tribunal no alcanzan, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales", por lo que no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes, salvo "...en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley" (CSJN Fallos 256:556 "Soria de Guerrero", 1963, p. 558-559).

Le imponen dar respuesta jurisdiccional razonablemente fundada a las partes no pudiendo el juez sustituir con su criterio u opinión la voluntad de los poderes representativos; por lo que solo puede prosperar si existiese caso justiciable. Para que se lo considere tal "debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) medie actividad administrativa que afecte un interés legítimo; (ii) el grado de afectación sea suficientemente directo; y (iii) aquella actividad tenga concreción bastante" (CSJN Fallos 140:2011, "Barrick Exploraciones Argentinas S.A.", 2019, p. 16).

Que los mismos requisitos se deben cumplir para la aplicación de la ley, se entiende que por la complejidad de la materia, como lo es el derecho ambiental, muchas veces obstaculiza delinear de manera clara el acto en ciernes que se pretende demostrar. Así, como se puede encontrar en la Constitución, claramente, la división de poderes con sus respectivas obligaciones y facultades remarcando sus límites, de la misma forma se puede observar en ella la división provincial, sus facultades y obligaciones respecto de

su territorio. Teniendo que demostrar cada provincia de igual forma, el acto en ciernes, por parte de la Nación, que lo puede llegar a afectar o de hecho lo está haciendo.

Que si bien, a cada provincia “corresponde el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” (Art. 124 CN), también se establece, como limite a los titulares del dominio, que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas...” (Art. 41 CN), limitando así la explotación local desligada a las necesidades del país y a la obligación de garantizar la sustentabilidad del recurso en el tiempo.

En este marco, es que dichos artículos “deben ser interpretados buscando la adaptación de la gestión de los recursos naturales para cumplir de la forma más fidedigna posible el proyecto ambiental de federalismo concertado que establece la Constitución Nacional. Finalmente, cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad” (CSJN Fallo 140:2011, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A.”, 2019).

V. La postura del autor.

En términos institucionales, el poder es la manifestación de la actividad estatal según normas de atribución de competencia, que en nuestra Constitución Nacional se traduce en Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Estos cuentan tanto con poderes establecidos por la Carta Magna como aquellos poderes implícitos que constituyen una derivación natural y que resultan necesarias o convenientes para la actuación de los mismos, como los límites a la invasión de un órgano a otro desvirtuando el principio constitucional de división de poderes o a la lesión de derechos constitucionalmente reconocidos y razonablemente interpretados.

Que el Poder Judicial se encarga de la actividad, que incitada por un conflicto de intereses o por una situación de incertidumbre jurídica, está destinada a declarar y tutelar el derecho aplicable. Cuando se habla de actos no justiciables son aquellas cuestiones sobre las cuales el tribunal debería resolver pero cuya ponderación y/o revisión judicial constituirían una intromisión indebida a los demás poderes.

Para que se los considere actos justiciables deben cumplir con los requisitos que al efecto fijan el legislador o juez, como tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante y que la causa no debe ser abstracta, en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial.

Es así que concuerdo con lo resuelto por el tribunal en cuanto el Poder Judicial no puede resolver sobre a actos que son propios del Poder Legislativo; ni resolver sobre actos no justiciables en cuanto no cumplen con los requisitos establecidos por la norma o bien cumpliendo con los mismos, no prueban un acto administrativo que vulnere de alguna manera un derecho.

VI. Conclusión.

Siendo la temática ambiental una de las más importantes en estos últimos años, no solo a nivel interno del país sino además a nivel internacional, y que afecta a todos, considero que la normativa sigue siendo escueta en relación a su protección y sobre todo en probar aquellos “actos en ciernes” o “actos justiciables”, que estén afectando o puedan llegar a afectar derechos individuales o colectivos.

Es de suma importancia preguntarse si la normativa tanto Estatal como provincial son suficientes a la hora de resolver sobre asuntos ambientales que aseguren la protección de los recursos naturales dada su complejidad y continuo cambio.

Por esto es que el derecho no puede estar ajeno, siendo una realidad cada vez con mayores retos para crear leyes que regulen de manera completa, actualizada y minuciosa, las relaciones del Estado con las provincias y/o particulares en el uso de los recursos naturales.

VII. Bibliografía

- I. Cafferata, N. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. Mexico, D.F: Instituto nacional de ecología. Recuperado de <https://tinyurl.com/ybasmmmap>
- II. CNSJ, (1893). Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad. Fallo recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-joaquin-cullen-gobierno-provisorio-santa-fe-doctor-baldomero-llerena-inconstitucionalidad-ley-nacional-intervencion-provincia-santa-fe-nulidad-fa93000614-1893-09-07/123456789-416-0003-9ots-eupmocsollaf?>
- III. CNSJ, (1963). Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A. Fallo recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-soria-guerrero-juana-ana-bodegas-vinedos-pulenta-hnos-sa-fa63000009-1963-09-20/123456789-900-0003-6ots-eupmocsollaf>
- IV. CNSJ, (2019). "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Fallo CSJ 140/2011 (47-B)/CS1. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-barrick-exploraciones-argentinas-sa-otro-estado-nacional-accion-declarativa-inconstitucionalidad-fa19000057-2019-06-04/123456789-750-0009-1ots-eupmocsollaf?>
- V. Giménez, L. E. y González F. C. (2019). *Tributos Ambientales: Entre Una Genuina Preocupación Ecológica Y El Mero Ingenio Recaudatorio*. Revista de Derecho Público. I, (1ª ed.). Rubinzal – Culzoni Editores. 633-662
- VI. Ley n° 24.430. Constitución Nacional Argentina. (1994). Buenos Aires. Editorial Betina.
- VII. Ley n° 26.639. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. (2010). Infoleg. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/170000-174999/174117/norma.htm>
- VIII. Midón, M. S. (2019). *La Tutela Preventiva, El Debido Proceso y la Constitución Nacional*. Revista de Derecho Público. I, (1ª ed.). Rubinzal – Culzoni Editores. 85-93.
- IX. Rosatti, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. (2ª ed.) Santa Fe, Argentina. Rubinzal- Culzoni Editores.
- X. Rosatti, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. (2ª ed.) Santa Fe, Argentina. Rubinzal- Culzoni Editores.
- XI. Sabsay, D. A. (2019). *La Protección del Medio Ambiente en el Marco del Desarrollo Sustentable y la Reforma Constitucional de 1994*. Revista de Derecho Publico. II, (1ª ed.). Rubinzal- Culzoni Editores. 11-41.