



ABOGACIA

MODELO DE CASO

Intereses Ambientales públicos Vs Intereses Mineros privados
Constitucionalidad de la Ley 7.722

Alumno: Oviedo, Claudio Javier

Legajo: VABG28685

DNI: 29.622.385

Tutora: Foradori, María Laura

Año: 2020

Sumario: I. Introducción. II. Premisa Fáctica, Historia Procesal y decisión del Tribunal. III. Ratio Decidendi. IV. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura del Autor. VI. Conclusión. VII. Referencias Bibliográficas.

I. Introducción.

El fallo a analizar se encuentra identificado como N° CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901)), caratulada: “Minera del Oeste S.R.L y Ot. c/ Gobierno de la provincia p/ Acción de inconstitucionalidad”. Sentencia del 18 de abril de 2017 de la Suprema Corte de Justicia provincia de Mendoza – Sala 2ª.

El planeta no es solo suelo, aire y agua visto desde el espacio, es más bien como dice Alicia Lamberti, ciclos de energía sostenido por flujos de energía, un continuum orgánico articulado y el ser humano es parte del mismo (Lamberti 1999). Lo que hace la interacción con los elementos tiene repercusiones en el tiempo y el espacio. La relación hombre – ambiente está afectada por la ley de la entropía por la cual todo uso de la energía degrada a esta a un grado inferior dando como resultado el desorden (Lamberti 1999). Si bien la cuestión ecológica aparece recientemente en la agenda cultural y jurídica de la humanidad, el impacto del accionar del hombre data desde que aparecieron los primeros homínidos. La notoriedad alcanzada en la actualidad es el resultado de un cambio paradigmático al cual se arriba tras una toma de conciencia, un pellizco cognitivo, en las últimas décadas sobre el impacto negativo de la actividad humana en el ambiente.

El cuidado del ambiente tiene por fin el cuidado del hombre y el afianzamiento de su dignidad (Bustamante 1995), concepción que denota que lo esencial es el humano y su pertenencia al planeta, si cuidamos el medio cuidamos al hombre, son concepciones que van de la mano. El derecho es la mejor y más eficiente herramienta con la que cuenta la humanidad para el logro del cuidado del medio ambiente, dicha protección se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales, la constitución argentina, la legislación nacional con la ley general del ambiente 25.675 y en el ámbito local de Mendoza en la ley 7.722 que forma parte de una constelación legislativa provincial destinada al cuidado del ambiente.

El 26 de diciembre de 2019 el diario versión digital El Cronista, publicaba la noticia más esperada por la población de Mendoza, el Gobernador Adolfo Suarez daba marcha atrás con la reglamentación de la ley provincial N° 9.209 que modificaba la emblemática ley provincial N° 7.722 que protege el recurso hídrico frente a la explotación minera prohibiendo el uso de ciertas sustancias en los diversos procesos de explotación. La reforma implicaba un importante retroceso en el ámbito proteccionista del agua.

El problema jurídico en el presente caso es un problema axiológico entre la norma provincial contenida en la ley 7.722 donde se protege el recurso hídrico local de la contaminación por actividad minera ilegal, o sea en infracción de la ley de mención por un lado; y Principios y derechos fundamentales de la Constitución Nacional contemplados en los artículos 41, 124, 16 y otros. La parte demandante solicita declaración de inconstitucionalidad de la ley 7.722, tras el voto de los magistrados el tribunal declara la constitucionalidad de la ley. La solución al problema jurídico planteado responde a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo 3:131 del 05/12/1865 el cual sienta el precedente sobre el control de constitucionalidad.

Se realizará a continuación la reconstrucción de la premisa fáctica, la descripción de la historia procesal y la ratio decidendi. Luego se expondrá un análisis conceptual para arribar a la postura del autor y conclusión final.

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

El 20 de junio de 2007 la legislatura de la Provincia de Mendoza sanciona la ley 7.722 que prohíbe el uso de sustancias tóxicas como el cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de productos metálicos.

Como así también regula la adaptación a la norma de aquellos proyectos o emprendimientos que se encuentren en curso a la nueva norma prohibitiva. Tiene por objeto la protección del recurso hídrico.

A un mes de dicha sanción doce empresas mineras accionaron contra ella por inconstitucionalidad aducen que viola principios de igualdad, ejercer industria lícita,

desbarata el derecho de propiedad, vulnera la seguridad jurídica y la irretroactividad de la ley, carece de argumentación jurídica, vulnera la división de poderes entre otros.

Contestan la demanda Asesoría de Gobierno junto con Fiscalía de Estado solicitan el rechazo de la misma.

Por resolución de la sala 2ª se produce el acumulado de los procesos para fecha 13 de diciembre de 2013, y conforme al art 7 de la ley 4.959 se convocó al plenario el cual se expidió por confirmar la validez de la ley 7.722 el 16 de diciembre de 2015.

La sentencia de fecha 18 de abril de 2017 da por finalizada la cuestión rechazando la demanda de inconstitucionalidad.

III. Análisis de la ratio decidendi en la sentencia.

En primer lugar se pronuncia el Dr. Adaro Mario, quien en el primer apartado realiza una relación sucinta de las cuestiones planteadas, expone la posición de las partes, la actora justifica su interés en virtud de la titularidad de derechos mineros, asevera que la ley conculca derechos adquiridos y prerrogativas constitucionales de igualdad, legalidad, razonabilidad, debido proceso y propiedad en los términos de los artículos 29 y 49 de la Constitución de Mendoza. Refieren que la prohibición del uso de sustancias químicas implica la prohibición de la minería metalífera, con ello le priva el ejercicio de su derecho de propiedad y el ejercicio de industria lícita. Destacan que la ley es discriminatoria ya que el resto de las industrias y ciertas actividades agrícolas de la provincia también utilizan en gran medida las sustancias específicamente prohibidas en la letra.

También aducen que la ley atenta contra la seguridad jurídica toda vez que la prohibición desbarata la previsibilidad, ya que no pudieron prever que se les prohibiera el uso de sustancias esenciales de su industria. Ponen de relieve que la ley tiene efectos retroactivos que lesiona derechos adquiridos haciendo caer expectativas legítimas.

Como así también manifiestan que la ley adolece de falta argumentación científica y es producto de presiones sociales lo que resulta en arbitraria. Critican la perpetuidad de la norma y resulta incoherente desde que en el primer artículo prohíbe y luego en el segundo reglan procedimiento para alcanzar aquello que prohíbe.

Asesoría de Gobierno contesta la demanda y niega lo sostenido, justifica la competencia ambiental de la Provincia, Alude a la política de preservar el agua sobre datos

sobre el oasis, las cuencas y la relación con el número de habitantes. Rebate los argumentos de las actoras, en cuanto al principio de igualdad señala que no es absoluto ni puede ser violentado por el hecho de que exista regulación. Los recaudos que exige la ley 7.722 no prohíbe ejercer el derecho de industria lícita sino que solo le impide el uso de ciertas sustancias tóxicas. La propiedad no es violada desde que el minero recibe con la concesión del dominio un derecho perpetuo. La seguridad jurídica está intacta pues el orden jurídico puede ser alterado dentro de los límites de la razonabilidad. Las sustancias prohibidas pueden ser reemplazadas.

En el apartado tercero del voto el Dr. Adaro indica la solución del caso, en los siguientes términos, siempre en consonancia con el fallo plenario “Minera del Oeste S.R.L y ot. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Inconstitucionalidad“(L.S 492-185) que es imperativo e ineludible para la presente causa. Ante todo asevera que ha de contrarrestar la impugnación relativa al artículo primero ya que este según el voto del Dr. Nanclares en el fallo plenario no prohíbe la actividad minera sino que en pos de garantizar el recurso hídrico prohíbe el uso de ciertas sustancias. Interpreta el Dr. Adaro que la legislatura, como medida preventiva del ambiente opta por prohibir ciertas sustancias a saber cianuro, mercurio y ácido sulfúrico y acto seguido dice “otras sustancias tóxicas similares“, dicha frase deja entrever una técnica legislativa imprecisa, es vaga e imprecisa.

Bajo el principio de razonabilidad, el Dr. Adaro, expresa que no se advierte incompatibilidades entre la normativa nacional, las leyes locales y los principios precautorio, de prevención y de sustentabilidad contenidos en la ley 25.675, máxime a partir del pronunciamiento del Superior Tribunal Federal en la causa Villivar donde se sostiene la facultad de las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección.

En cuanto a la vulneración de derechos adquiridos el Dr. Adaro refiere que la Suprema Corte de Justicia en el fallo “Municipalidad de Lujan de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes“ ha declarado que ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna tiene derechos adquiridos en todo en cuanto se refiere a aspectos ambientales. En forma similar el Tribunal Nacional Superior dejó sentado en el fallo “los saladeristas“ del año 1887 que los demandantes, por actos administrativos no se

le acuerda derechos irrevocables, no pueden invocar el permiso para alegar derechos adquiridos.

En referencia al artículo dos de la ley 7.722 el voto del Dr. Nanclares, en el fallo plenario, concluyo que el mismo es un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, el texto resulta razonable, compatible y adecuado a los principios de la Constitución Nacional.

Por ultimo hace referencia al artículo tercero de la ley 7.722 donde no obstante el voto mayoritario del plenario, reproduce su opinión contraria respecto a la primera parte donde asevera que la previsión legislativa resulta dudosa toda vez que la policial ambiental plasmado en la DIA situada en el órgano legislativo estaría afectando la vía recursiva administrativa y extralimitando e interfiriendo en la órbita propia de la función ejecutiva, por tanto concluye en inconstitucional el requisito de ratificación legislativa de la DIA. Dicho artículo no determina el procedimiento de aprobación, ni exige tiempos para su tratamiento, ni estipula un sistema de mayorías parlamentarias lo que genera falta de certeza. En definitiva el artículo tres conculca la división de poderes puesto que la DIA es una facultad del ejecutivo y el legislador se arroga una facultad exorbitante.

Sobre idéntico asunto el Dr. Omar Palermo suscribe salvo en lo relacionado al artículo primero y tercero, pues no se condice con lo que expreso en el plenario.

Por tanto con fallo definitivo la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia resuelve rechazar la acción de inconstitucionalidad.

IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

La cuestión central del fallo en cuestión gira en torno a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 7.722 que plantea la actora basada en diversas supuestas violaciones a derechos reconocidos en la carta magna y cuyo análisis ampliare más adelante. Como introducción de este punto me expediré sobre el tema de la declaración de inconstitucionalidad.

Nuestro sistema de declaración de inconstitucionalidad tiene como uno de su antecedente primigenio en el fallo 3:131 de fecha 5 de diciembre de 1865 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pero sin teorizar respecto a la facultad de control de constitucionalidad. Se tuvo que aguardar hasta el fallo Elertondo F 33:162 de 1888 donde

se declara expresamente por primera la inconstitucionalidad de una ley del congreso, fijando las bases del control de constitucionalidad de nuestro sistema, manifiesta en dicho fallo " *Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*". El Dr. Bidart Campos sostiene que el control de constitucionalidad es el medio idóneo para asegurar la supremacía de la constitución nacional en el ordenamiento y dotarlo a este de coherencia y sistematización, (Bidart Campos 2004) El planteamiento de inconstitucionalidad vía acción esta receptado en el fallo de la S.C.J.N de fecha 20 de agosto de 1985 "Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional" (LL 1986-C-116) F 307:1379.

El caso que motiva la presente nota, en cuanto a la declaración de inconstitucional, fue resultado en primer término en el fallo plenario de fecha 16 de diciembre de 2015 por la Sala 1 del Tribunal Superior de la provincia de Mendoza conforme a la acordada 25.325 (05/11/3013) según la misma en aquellas causas que posean trascendencia institucional o que excedan en cuanto a decisión jurisdiccional el interés individual de las partes se podrá realizar el llamado a voto del tribunal en pleno. Demuestra tal decisión que el tema central del caso representa un tema esencial para la vida de la sociedad mendocina.

Después de este brevísimo repaso referido al sistema de control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento cabe pasar a analizar en particular el pedido que realiza la actora en el caso bajo examen, donde plantea una serie de derechos atacados por la ley 7.722 que encuentra su correlato con lo votado en el fallo plenario del año 2015.

Uno de los argumentos en que se apoya la actora es que la ley 7.722 ataca el derecho de ejercer industria lícita ya que al prohibir el uso de determinadas sustancias tóxicas indirectamente está prohibiendo la minería. En cuanto a este punto es dable mencionar que el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente no es irrestricto, los mismos no son absolutos sino que deben ser reglamentados para su ejercicio

según interpretación del art 28 de la misma, dicha reglamentación debe ser razonable, esta es la medida de la limitación, como dice Quiroga Lavie se destaca la preocupación del Estado por impedir un ejercicio irrestricto por razones de seguridad, salubridad y moralidad pública, (Quiroga Lavie 2009). En referencia este punto el Dr Jorge Nanclares en el fallo plenario de 2015 manifestó que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición para la realización de los demás derechos, el derecho al agua es inseparable del derecho a la vida. El derecho al ejercicio de una industria lícita se garantiza si la misma se desarrolla con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población. La actividad minera debe darse en el marco del desarrollo sustentable y en la responsabilidad social empresarial. Dentro de este punto a modo de detalle periodístico resalta la nota del portal digital diario de Cuyo de fecha 21 de diciembre de 2018, aparece una nota referida a la utilización con éxito de tiosulfato, sustancia inocua, en métodos de extracción de oro por lixiviación. Dejando por el suelo el argumento de la actora en el cual el uso de cianuro es sine qua non para la minería metalífera.

Otro de los aspectos a dilucidar es sobre el ataque al derecho de igualdad sostenido por la empresa minera, como dice el Dr. Julio Gómez en el plenario de 2015, la igualdad en el tratamiento ante la ley no está exenta de razonables distinciones. Si bien el uso del cianuro no es privativo de la actividad minera sino que otras actividad también la utilizan y no son alcanzadas por dicha norma, es en la minería a cielo abierto donde las consecuencias del uso es más impactante como lo sostiene el informe del Departamento General de irrigación de Mendoza, asimismo el informe de Conicet Mendoza las actividades que se desarrollan en las partes altas de la cuenca causan mayor daño.

En cuanto a los derechos adquiridos vulnerados el Dr. Mario Adaro refiere que la Suprema Corte de Justicia en el fallo “Municipalidad de Lujan de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes“ ha declarado que ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna tiene derechos adquiridos en todo en cuanto se refiere a aspectos ambientales.

Otro tema clave que subyace en fallo plenario y cabe analizar es el referido a la relación entre las legislaciones nacionales – provinciales (principio de congruencia) y lo referido a los principios que informan el derecho ambiental (precautorio y prevención). La ley general del ambiente 25.675 sancionada por el Congreso Nacional dicta los

presupuestos mínimos de protección del medio ambiente y por el principio de congruencia prevalecen sobre las legislaciones locales no obstante ello las leyes locales pueden ampliar el halo protectorio con validez. Entre otros principios destacan los Principios Precautorios y de prevención los que explica Cafferatta el primero cuando haya peligro grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente; y en referencia al principio de prevención el mismo consiste en que las causas y las fuentes de problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria tratando de prevenir los efectos negativos. (Cafferata 2004)

V. Postura del autor.

En cuanto a la postura frente al decisorio objeto de la presente sostengo que la demanda debe ser rechazada y me inclino por la constitucionalidad de la ley cuestionada. Me coloco en la vereda opuesta respecto al voto del Dr. Mario Adaro en cuanto la crítica que realiza sobre el Art 3 de la ley 7.722. Fundamento mi posición en los votos del fallo plenario, con las observaciones del párrafo anterior.

La minera no obstante ser la base de la economía y el modo de vida actual la misma debe ser replanteada, el desarrollo no debe erigirse sobre el medio ambiente, lo contrario significaría aplastar el futuro de la humanidad.

Los argumentos esgrimidos por la actora carecen de desarrollo suficiente resaltando una interpretación de la ley fundamental muy paupérrima y partidista en exceso, los derechos fundamentales que dice ser atacados no resisten análisis lógico. El legislador nacional en orden al constituyente regula los derechos, y regular es limitar y adecuar el ejercicio dentro de lo razonable. El prohibir es la herramienta elegida por el legislador local para resguardar el recurso hídrico, no significa en ningún modo que restringe absolutamente la actividad minera, solo el uso por parte de la misma del cianuro, mercurio y el ácido sulfúrico.

Como inferencia de esta nota fallo sostengo que la ley 7.722 es complementaria de la ley general del ambiente 25.675 no obstante ello y ante la falta de debate suficiente de todos los sectores sociales propongo una revisión de la ley 7.722 en un amplio debate con

audiencias públicas donde todos los sectores tengan voz, a fin de acallar los reclamos de dichas deficiencias.

VI. Conclusión.

El presente trabajo analizo el litigio entre la empresa Minera del Oeste que plantea la inconstitucionalidad de la ley local 7.722 y la posición de la Provincia de Mendoza plasmada en dicha norma y que brega por la protección del recurso hídrico en la actividad minera. Seguidamente se analizó la historia procesal y la ratio decidendi donde destaca los argumentos de la actora que residen en que la norma local ataca derechos constitucionales como el ejercicio de industria lícita, la propiedad, la igualdad y hace mención en el ataque al orden de prelación de las leyes, llegando incluso a sostener que la ley local colisionaba con el principio republicano de división de poderes. Por parte del Estado provincial se sostuvo que la ley local no se alzaba en contra de la legislación nacional sino que esta última plantea un conjunto de presupuestos mínimos los cuales pueden ser ampliados como lo hace la ley 7.722, por otro lado y sucintamente frente a los argumentos de ataque a derechos garantizados por la constitución nacional dichos derechos son ejercidos previo regulación, por tanto no son absolutos, ya que los mismos funcionan tal que engranajes de un reloj dentro del sistema de derechos y garantías, sostiene el gobierno que no se prohíbe el ejercicio de la industria sino más bien se alienta la actividad minera que no comprometa el recurso hídrico actual y el de las generaciones futuras, hasta otorga la oportunidad de que proyectos que se encuentran en desarrollo regularicen su actividad.

El juzgador fundo su decisorio en el fallo plenario de dicho tribunal, quien para el año 2015 en un magistral exposición de argumentos refuto de cuajo los puntos de apoyo de la posición de la actora, y que versaron en resumidas cuentas en los nuevos principios del derecho ambiental y resaltando los intereses superiores que deben regir la actividad industrial de cara al futuro en base al desarrollo sustentable. La negación de la petición de declaración de inconstitucionalidad era de por sí un lógico resultado del análisis que realiza el plenario y el más justo corolario.

El fallo analizado en la presente nota es de vital y de gran trascendencia en la vida social, cultural y económica de la provincia cuyana. Toda vez que en la actualidad y no

muy lejos en el tiempo, quedo en evidencia que el debate en torno a la protección del agua frente a la minería contaminante no ha concluido y que los intereses mezquinos están a la vuelta de la esquina asechando. Todo ello resulta en la importancia de mantener por medio de la judicatura una posición titánica y férrea que no se doblegue fácilmente por una lectura superflua de la realidad. La minería en la provincia de Mendoza es importantísima y debe ser alentada pero sin agua la vida se marchita y muere, y sin vida no hay minería que valga.

VII. Listado de referencia inicial

VII. 1 Doctrina

* Bustamante A. (1995), *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*. Bs. As - Argetina. Abeledo Perrot.

* Lamberti A. (1999), *Derecho ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental*. Cordoba – Argentina. Alveroni.

* Rodriguez A (2016) Análisis de un plenario sobre ambiente y minería. Recuperado de <http://www.academia.edu/33968994/analisis-de-un-fallo-sobre-ambiente-y-ymineria.html>

*<https://www.cronista.com/economiapolitica/Mendoza-suspende-la-ley-de-mineria-20191226-0020.html>

* Bidart Campos G. (2004) *Compendio de derecho constitucional*. Bs As. Argentina. Ediar.

* Quiroga Lavie H. (2009) *Derecho Constitucional Argentino. Tomo I*. Santa Fe – Argentina Rubinzal Culzoni.

* Caferatta N. (2004) *Introduccion al Derecho Ambiental* Ciudad de Mexico Editorial del Deporte.

*<https://www.diariodecuyo.com.ar/suplementos/Australia-extrajo-oro-librede-cianuro-por-primera-vez-20181220-0122.html>

VII. 2 Legislación

*Constitución de la Nación Argentina

*Ley provincial 7.722

*Ley provincial 9.209

*ley General del ambiente 25.675

* Acordada 25.325 (05/11/3013) Suprema Corte de justicia de Mendoza.

VII. 3 Jurisprudencia

* Don Domingo Mendoza y hermano c/ Provincia de San Luis, s/ derechos de exportación fallo 3:131 del 05/12/1865.

* Minera del oeste SRL y Ot. C/ Gobierno de la provincia de Mendoza P/ Acción de inconstitucionalidad. Sentencia plenaria del 16 de diciembre de 2015. Tribunal: Suprema Corte de Justicia provincia de Mendoza – Sala 1ª N° CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901))

* Villivar, Silvana Noemi c/ Provincia de Chubut y otros s/ Recurso de hecho, Fallo 330:1791. Sentencia del 17 de abril de 2007.

* Los Saladeristas Podesta, Bertram Anderson Ferrer y otros c/ Provincia de Bs. As. s/ daños y perjuicios. Fallo 31:273. Sentencia del 14 de mayo de 1887.

* Municipalidad de Lujan de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes L.S 346-023.

* Don domingo Mendoza y hermano c/ Provincia de San Luis s/ derechos de exportación Fallo 3:131 Sentencia de fecha 5 de diciembre de 1865.

* “Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional” Fallo 307:1379 Sentencia de fecha 20 de agosto de 1985.

* “Procurador municipal c/ Isabel de Elertondo” Fallo 33:162 Sentencia del 14/04/1888