



Constitucionalismo en la ley minera 7.722

Nombre y Apellido: Diego Nicolás Mauro

DNI: 29.974.611

Legajo: VABG41512

Tema: Nota a Fallo – Derecho Ambiental

Año: 2020

Fallo: “Minera rio de la Plata S.A. C/ Gbno. De la provincia s/ acción de inconstitucionalidad” dictaminado por Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, en fecha 18 de abril de 2017. (L.S. 526-020).

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Hechos relevantes del planteo de inconstitucionalidad. **III.** Decisorio del tribunal y argumentación. **IV.** Conclusión.

I. Introducción:

A los efectos justificativos del fallo precedente, en un cumulo de planteos ante la Suprema Corte Justicia de la Provincia de Mendoza, una docena de empresas mineras (entre ellas “Minera Rio de la plata S.A.”) expusieron sus respectivos reclamos individuales, con similares argumentos y consecuente unánime pretensión de inconstitucionalidad ante la promulgación de ley 7.722, la cual prohíbe en su artículo primero el uso de sustancias químicas para los proyectos de minería metalífera obtenidos a cualquier método extractivo para las fases cateo, prospección, exploración, explotación o industrialización en todo el territorio mendocino, ley que fue sido publicada en el boletín oficial en fecha 20 de junio de 2007.

Por otra parte, el artículo tercero exige que los proyectos de minería detallados precedente, deberán contar con la ratificación legislativa de Declaración de Impacto ambiental (en adelante DIA).

Debatida ley estructura su articulado a los efectos de abarcar cuidados tendientes a un medio ambiente sano, a la protección ambiental, garantizando los recursos naturales y preservación de recursos hídricos especialmente, es por ello que la norma prohíbe el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias toxicas para los proyectos mineros ya descriptos.

Cabe agregar, que ante la potestad del estado provincial a crear ordenamientos por la facultad delegada que establece el art. 41 de la Constitución Nacional (en adelante CN), a sustentar un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo de todos sus habitantes, algunos autores exponen al respecto:

Se ha de advertir la relación con el derecho de los recursos naturales -por ej. en lo que atañe al agua, la flora, la fauna, los bosques, el suelo, la tierra, etc.- y la titularidad que el art. 124 CN. asigna a las provincias sobre el dominio

originario de los recursos naturales existentes en su territorio. (Bidart Campos, 2008, p.115).

A instancias de lo expuesto, el gobierno nacional asume su poder de policía que le corresponde tutelar el medio ambiente en todo el territorio de la nación y al congreso promulgar normativas en aras de presupuestos mínimos de protección ambiental; y corresponderá a las provincias legislar sobre sus jurisdicciones haciendo efectiva dicha protección constitucional y agregar a estas competencias, la ley nacional 25.675 de Política Ambiental Nacional, la cual recepta objetivos, principios e instrumentos regulatorios para el desarrollo sustentable nacional, la tutela preventiva y reparadora, la participación ciudadana y la información ambiental.

A los efectos del decisorio en análisis, los juzgadores se encuentran sometidos al imperio de la ley y obligados aplicar las normas vigentes del ordenamiento jurídico, para así resolver y recomponer supuestos derechos y principios vulnerado. En consecuencia, van a sentenciar la declaración de inconstitucionalidad de una norma cuando esta resulte contraria o colisiona a las disposiciones de jerarquía superior, comparándolas con los textos constitucionales en sus valores y principios, para así determinar si guardan o no relación con ésta. Puntualmente en este fallo, la Corte Suprema de Mendoza debió resolver si es procedente el pedido de inconstitucionalidad de la ley 7.722, al entenderse que dicha normativa vulneraría principios y preceptos constitucionales reclamados por las empresas mineras.

En lo que respecta a la estructura analítica del presente trabajo, en primer lugar, se comenzará desarrollando los hechos centrales del caso, luego se analizará el decisorio del tribunal e introduciendo aspectos argumentativos y posicionales de este. Por último, se expondrá una conclusión a los alcances de ley mendocina 7.722.

II. Hechos relevantes en el planteo de inconstitucionalidad:

Finalizando el año 2015, la empresa minera se constituyó como actora en el planteo de un recurso de inconstitucionalidad del articulado 1, 2 y 3 de la ley citada ut supra, como consecuencia de haber visto vulnerados sus derechos reconocidos en el ordenamiento

jurídico (arts. 14, 16, 17 y 28 CN; arts. 7, 8, 28, 29, 33, 48 y 49 Constitución de Mendoza [en adelante CDMZ] y art. 17 de ley 1919 código de minería). Sostuvo que la ley cuestionada puntualmente en su artículo primero, al prohibir terminantemente la utilización de sustancias químicas, vedaba la actividad minera metalífera, y en consecuencia imposibilitaba el ejercicio de la industria lícita (art 14 de CN y art 33 CDMZ). Así también expresó, que la aplicación de dicha ley resultaba discriminatoria y no resguardaba tampoco el principio de igualdad (art. 16 CN y art. 7 CMDZ) haciendo referencia que las sustancias prohibidas para los procesos mineros metalíferos son utilizadas lícitamente en la explotación de otras industrias (por ejemplo, la vitivinícola, baterías de automóviles, refinamiento de petróleo).

Esta acción procesal de control de inconstitucionalidad de la norma se presentó en instancia única y originaria, complementariamente a las prescripciones establecidas por el art. 48 CMDZ.

En oposición a la pretensión esgrimida por la recurrente, fueron deducidas por el estado provincial -asesoría de gobierno- fiscalía de estado, el enfoque contrario y en rechazo al objeto del recurso , donde se puntualizó que no se prohíbe la actividad minera, ya que esta no es objeto de prohibición en el articulado atacado de la ley, sino que lo prohibido es el uso de ciertas sustancias químicas para su explotación, es decir, que justifica su competencia ambiental sobre la actividad minera tratando de reglamentar su ejercicio, generando la adaptación de los procesos productivos y el objeto de abarcar cuidados tendientes a un medio ambiente sano, a la protección ambiental y preservación de recursos hídricos. Además, fue incorporado el dictamen del Procurador General del Ministerio Publico Fiscal, aseverando que la demanda debía ser rechazada.

En fecha 18 de abril de 2017, la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, dictó sentencia definitiva, en sintonía a lo ya resuelto en el fallo -plenario- dictado por la Sala Primera de la Suprema Corte de Mendoza en la causa “*Minera del Oeste S.R.L. y Oto c/ Gbno. de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad*” de fecha 16 de diciembre de 2015 (L.S. 492-185), los ministros Dr. Omar Alejandro Palermo, Dr. Mario Daniel Adaro y Dr. José Virgilio Valerio (este último no suscribió por encontrarse de licencia), resolvieron rechazar la demanda.

Independientemente de lo expuesto en el párrafo anterior, cabe destacar que por su parte y en disidencia parcial, el juez Adaro suscribió al voto del Dr. Palermo, a excepción de la interpretación de los artículos primero y tercero de la ley discutida, expresando que no se condicen con las razones que plasmó del fallo plenario (L.S. 492-185).

III. Decisorio del tribunal y argumentación:

Como ya se expuso en el introductorio, se convocó a la corte provincial a los efectos de resolver si la ley 7.722 es constitucional, lo cual resultó de gran importancia en cuanto a su entidad pública y social, por la preservación a un ambiente sano, el agua, la economía y la comunidad.

Mencionada ley se sancionó por la potestad que tuvo el legislador provincial emanado de los art. 41 y art. 124 CN el cual establece que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” (CN, 1994) y a la manda del art. 233 del código de minería el cual expresa:

La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones de la Sección Segunda de este Título y a las que oportunamente se establezcan en virtud del Artículo 41 de la Constitución Nacional. (ley nro. 1919, 1997).

Por su parte el art. 41 de la CN instituye:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la

diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos. (CN, 1994).

Siguiendo esta línea, la ley en cuestión, puso especial énfasis en el principio precautorio del cuidado del medio ambiente sano, primordialmente con la consecuente prohibición de sustancias químicas, el ministro Nanclares ratificó en el fallo plenario asociado “Minera del Oeste S.R.L y ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad” (16/12/2015) que “la ley 7.722 estipula como principal objetivo garantizar el recurso hídrico” (L.S. 492-185) y donde a este último concepto podemos argumentarlo mediante la postura ratificada en un fallo de la CSJN por una disputa de aguas caratulado “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ Uso de aguas” (1/12/2017):

El derecho de acceso al agua potable (en la especie a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema) incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia. (FA17000056).

A lo expuesto precedente en cuanto a las finalidades de la normativa discutida y en oposición al planteo de inconstitucionalidad descrito en el apartado anterior (II), suscitó un problema jurídico de carácter axiológico, el cual los magistrados debieron centrar en un juicio de compatibilidad y razonabilidad entre los alcances de dicha norma frente a los principios y valores que forman parte de nuestras constituciones, buscando de tal modo armonizar el

ordenamiento jurídico, centrándose especialmente que la norma en análisis ante la prohibición e imposición en el largo de sus articulados, resultarían contradictorios a los principios de igualdad de los art. 7 CMDZ y art. 16 de la CN, como el derecho a ejercer toda industria lícita de los art. 33 CMDZ y art.14 CN.

Adentrando en el análisis del decisorio, comenzaremos argumentando que, desde esta posición, la normativa no suscita contradicción en cuanto la ley resulte discriminatoria, encuentre afectado el principio de igualdad y exista prohibición alguna a ejercer industria lícita; en consecuencia, resultó procedente el rechazo de la demanda al no verse afectados o contrariados estos principios constitucionales plasmados.

Primeramente, reiteramos que en ningún momento se observó una franca violación y/o vulneración al principio de igualdad; por lo que podemos sostener que el legislador tiene facultades para crear categorías, como en la actividad minera o cualquier actividad que se le abroguen potestades legislativas por las mandas constitucionales. Si bien las mineras aducen que solo se les prohíbe su actividad y no otras, podemos contradecir dicho planteo al argumentar en lo sentenciado en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza “Transporte Mesina S.A c/ Gobierno de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad” (27/05/2005) en donde se estableció que:

El principio de igualdad no tiene carácter absoluto, siendo la razonabilidad la pauta para ponderar la medida de la igualdad, por lo que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable; en consecuencia, las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias. (LS353-104).

Por ende, se podrán crear ordenamientos que se adecuen a cada actividad, siempre en consonancia con el resto de los ordenamientos y no contrariados a principios constitucionales.

Por otra parte y a lo que respecta el ejercicio de esta actividad, sostenemos que no se prohibió la actividad sino que se vedó la utilización de sustancias tóxicas, por lo que las mineras podrán hacer uso de sus facultades de ejercer su industria siempre que cumplan con los preceptos establecidos en el ordenamiento, coincidiendo con el autor Liber (2008) que la ley “no prohíbe la actividad, sino tan solo limita las sustancias con las que se ha de llevar a cabo la misma” y consecuencia la misma no resulta discriminatoria como reclaman las mineras. Sumado lo descripto, el art. 1 de la ley General de Ambientes aboga que deberán cumplimentarse “presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” (ley nro. 25.675, 2002) como también el autor Pinto (2012) coinciden en que si bien “la norma centra su regulación en una actividad que —aunque consume las mismas sustancias que otras actividades— no presenta igual nivel de riesgo, sino que se caracteriza por su intrínseca peligrosidad”.

De esta manera, las actividades mineras deberán adaptar sus industrias mediante otros métodos y no resulta discriminatorio por todo lo expuesto, agregando lo planteado por el autor Pinto (2012) el cual coincidimos que “existen otras posibilidades que la tecnología moderna permite, sin caer en el uso de sustancias tóxicas como las prohibidas, las que se han difundido como "biotecnología" para la lixiviación de metales” y por lo establecido, deberán adecuarse también a los objetivos prescriptos en el articulado de la ley provincial sobre preservación del medio ambiente, la cual expone en su objeto y ámbito de aplicación del art. 1 “la preservación del ambiente en todo el territorio de la provincia de Mendoza, a los fines de resguardar el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable”. (ley nro. 5.961, 1992).

Para finalizar esta parte del análisis, retomando las potestades legislativas en cuanto la protección del medio ambiente, existen antecedentes jurisprudenciales donde se ha visto zanjada esta posición y la facultad que tienen las provincias para crear, implementar y adecuar sus ordenamientos, en el cual el fallo dictaminado por la CSJN “Villivar, Silvana Noemi c/ Provincia de Chubut y otros” (17/04/2007) sentenció “la facultad que tienen las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, la que supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada”. (Fallo 330:1791) y además existen

ordenamientos de similar índole como la ley 5.001 de Chubut, la ley 7.879 de Tucumán y la ley 9.526 de Córdoba, siendo legislaciones modelos para la provincia de Mendoza y la nación.

Adentrando en las disidencia del magistrado Adaro en el fallo que se analiza, a modo aclarativo, podría interpretarse que disintió sobre el artículo primero de la ley, pero lo cierto es que en el fallo plenario asociado (L.S. 492-185) efectuó un control interpretativo de constitucionalidad y convencionalidad en lo que respecta específicamente al apartado del art. 1 “y otras sustancias toxicas similares” (Ley 7.722, 2007) que no decretó de inconstitucional sino que manifestó que hubiere sido deseable que se haya identificado con precisión y determinación esta oración, ya que resultó vaga, incierta e imprecisa. En cuanto esta aclaratoria, no entraremos en mayores argumentaciones ya que a lo largo de este análisis ha quedado plasmado que toda sustancia toxica y/o peligrosa que provoque daños ambientales y en especial al recurso hídrico, debe considerarse prohibida para la actividad.

Sobre la disidencia del art. tercero también tratado de oficio, este magistrado si rechazó la constitucionalidad del primer párrafo, el cual dicta que “para los proyectos de minería metalífera obtenidos las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización, la DIA debe ser ratificada por ley” (ley 7.722, 2007) y expuso que el legislador se arrogó una facultad discrecional y exorbitante, en la zona de reserva administrativa, interfiriendo con las atribuciones del Poder Ejecutivo del art. 128 inc. 1 provincial, quien “tiene a su cargo la administración general de la provincia” (CDMDZ, 1916).

Empero y concordando con el voto mayoritario de los magistrados, lo mencionado en el párrafo precedente, entendemos que la ratificación legislativa de la DIA que involucra tanto al Poder Ejecutivo y legislativo, tiene como fin el control administrativo, en aras de asegurar la legitimidad democrática y consenso social ante una actividad riesgosa para la comunidad, sin verse afectado el orden ni derechos constitucionales. Además, podemos mencionar ejemplos normativos que exigen actos ratificatorios legislativos como la ley 8.051 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo y la ley 5.507 de Concesión de Servicios Públicos. Sustentamos esta última postura al parafrasear al autor Liber (2008) quien argumentó que la ratificación legislativa de la DIA, aunque constituye ciertamente una

instancia burocrática considerable, no aparece del todo desproporcionada si se tiene en cuenta la inconsulta política minera, donde la imposición estipulada por el art. 3 tiende a garantizar la participación de los órganos intervinientes, reduciendo de tal modo, la arbitrariedad de la precitada DIA. Finalizando, adherimos que este acto administrativo tiende a asegurar su legitimidad democrática y consenso social, frente a una industria riesgosa como lo es la actividad minera metalífera.

IV. Conclusión:

La ley 7.722 ha generado gran impacto social, donde podríamos entender que la gran mayoría de la sociedad mendocina es reticente a las actividades mineras y ello da cuenta que a fines del año 2019 en un intento de pretender modificarla para flexibilizar el uso de sustancias y facilitar de alguna manera el ejercicio de esta industria, se promulgó la ley 9.209. Esta última legislación generó un desacuerdo en la sociedad reflejado mediante diversas manifestaciones populares y ante la fuerte presión social, el ejecutivo provincial se vio obligado a derogarla de manera inmediata.

Se entiende a todas luces que la ley 7.722 es constitucional, no resulta contraria a los principios y valores de los ordenamientos jurídicos, siendo que esta legislación pretende salvaguardar posibles daños ambientales, fundamentalmente el uso del agua, un recurso escaso para la provincia de Mendoza, esencial para la vida y de futuras generaciones.

Mientras continúen vigente esta legislación, las empresas mineras deberán demostrar como una inversión de la carga de la prueba, que sus actividades no generan ningún tipo de perjuicio ambiental y a la salud. Si bien entendemos que es una actividad sumamente rentable, no se puede primar de ninguna manera por sobre los derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación, mencionando entre otros como el derecho a la vida, a la salud y a un medio ambiente sano.

Referencias:

Doctrinas

- Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. (p.115). Buenos Aires: Ediar.

- Liber, M. (2008). Desarrollo sustentable y la ley 7.722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos mineros-metalíferos. *Thomson Reuters. LL Gran Cuyo 2008*. Cita Online AR/DOC/600/2008.
- Pinto, M (2012). Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza. *Thomson Reuters. LL Gran Cuyo 2012*. Cita Online AR/DOC/1221/2012.

Legislación

- Código de Minería. Ley N.º 1.919. Boletín Oficial de la República Argentina, 30 de mayo de 1997.
- Constitución de la Nación Argentina. (1.994). Boletín Oficial de la República Argentina, 3 de enero de 1995.
- Constitución de la Provincia de Mendoza. (1.916). Boletín Oficial de la provincia de Mendoza, 29 de febrero de 1.916.
- Ley N.º 5.961. Preservación del Medio Ambiente. (1.992). Boletín Oficial de la provincia de Mendoza, 25 de febrero de 1.993.
- Ley N.º 7.722. Prohibición de Sustancias Químicas. Boletín Oficial de la provincia de Mendoza, Argentina, 20 de junio de 2.007.
- Ley N.º 25.675. Política Ambiental Nacional. Ley General del Ambiente. (2.002). Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de noviembre de 2.002.

Jurisprudencia

- Minera del Oeste S.R.L y ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad. Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. (16 de diciembre 2015) L.S. 492-185.

- Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ Uso de aguas. Suprema corte de Justicia de la Nación. (1/12/2017). FA17000056.
- Transporte Mesina S.A c/ Gobierno de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad. Suprema Corte de Justicia de Mendoza. (27/05/2005) Fallo L.S. 353-104.
- Villivar, Silvana Noemi c/ Provincia de Chubut y otros. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (17 de abril de 2007) Fallo 330:1791.