



La problemática ambiental en Mendoza:

El agua como derecho fundamental.

Suprema Corte de Justicia- Sala Segunda- de la Provincia de Mendoza (2.017) “Minera Río de La Plata S.A. contra Gobierno de la Provincia de Mendoza por Acción de Inconstitucionalidad” (LS 526-020) 18/04/2017.

Carrera: Abogacía

Apellido y Nombre: Salinas Griselda Estefanía

DNI: 30.584.727

Legajo: VABG74872

Tema: Modelo de caso- Medio Ambiente

Tutor: Caramazza, María Lorena

Año 2.020

SUMARIO: I. Introducción. - II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. - III. Identificación de la Ratio Decidendi. - IV. Descripción del Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales. - V. Postura de la Autora. - VI. Reflexiones Finales. - VII. Listado de revisión bibliográfica consultada.

I. Introducción.

El derecho ambiental, ha sido definido como:

El conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida. (Cafferatta, 2004, p.17).

De la definición podemos extraer el objetivo fundamental de esta nueva rama del Derecho: incentivar y lograr que la incidencia del hombre en su entorno se torne consciente y responsable, tanto para preservar los recursos que resultan fundamentales para vivir, como para proteger los derechos de generaciones futuras sobre los mismos.

El agua se presenta, así, como componente fundante de ese entorno, parte constituyente de cada uno de los elementos que lo integran, sustancia vital y presupuesto mínimo que hace a la conservación y preservación del medio ambiente. De ahí que este recurso es uno de los pilares a los que dirige su atención el derecho ambiental, debido a lo esencial que resulta tanto para la vida en general, como para el desarrollo de las actividades del hombre.

La presente nota a fallo se efectúa sobre la causa “Minera Río de La Plata S.A. c/ Gob. de la Provincia de Mendoza p/ acción de inconstitucionalidad”, resuelta por la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el día 18 de abril del año 2017 (LS 526-020), porque expone la problemática ambiental que se suscita en torno al cuidado del recurso hídrico, en un contexto donde deviene en agenda obligatoria. De ahí que, su relevancia jurídica reside en la preeminencia que otorga a la protección y conservación del recurso por sobre el desarrollo de la actividad minera, reafirmando la consideración del derecho al medio ambiente sano como derecho humano y bien jurídico colectivo, y al

agua como derecho fundamental y condición previa para el ejercicio de otros derechos humanos.

Por consiguiente, a los fines de este trabajo, resulta necesario el análisis normativo que exponga la relación y función que existe entre la Ley provincial n° 7722 (2007), cuestionada por la parte actora, y la Ley General del Ambiente n° 25675 (2002). Análisis que permite abordar el problema axiológico que se manifiesta en la causa, producto del conflicto entre los tres principios del derecho ambiental (el precautorio, el de prevención y el de subsidiariedad) receptados por la ley provincial, el derecho a un medio ambiente sano, a la salud, y al agua, con los derechos y principios de carácter constitucional, que se alegan como conculcados: el ejercicio de industria lícita, la propiedad privada, la igualdad ante la ley, y la alegación de derechos adquiridos (arts. 14, 16, 17 y 31, Const. Nac.), que pueden poner en peligro a los primeros si se los considera como absolutos y no se admite su reglamentación.

Por todo lo expuesto, es que en la siguiente nota a fallo se realizará, primero, la 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. Seguidamente, se procederá a gestar un análisis de la ratio decidendi en la sentencia del mismo; encausando a la realización de una descripción conceptual con sus antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, desembocando así en comentarios por parte del autor para culminar en una conclusión final.

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

La plataforma fáctica sobre la que recae el petitorio, versa sobre la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley n° 7722 (2007) de la Provincia de Mendoza. Las normas, respectivamente, prohíben el uso de ciertas sustancias tóxicas en los desarrollos mineros que pretendan asentarse en el territorio de la provincia, solicitan en un plazo determinado la adecuación de aquellas actividades que se encuentren en curso, y somete la autorización a una evaluación de impacto ambiental.

El litigio comienza, entonces, con la presentación del pedido de inconstitucionalidad contra los artículos mencionados de ley provincial por parte de la actora, Minera Río de la Plata S.A. En el reclamo plantea, como bastión principal, que la

prohibición del uso de determinadas sustancias en la actividad minera, encubría una verdadera prohibición del objeto de dicha actividad, vulnerando de ese modo derechos adquiridos y prerrogativas constitucionales, como el de igualdad, legalidad, debido proceso y propiedad privada, así como el derecho a ejercer una industria lícita. También remarca incompatibilidad de la norma en cuestión con la legislación nacional.

Por otra parte, denuncian incoherencia de la ley, producto de que el art. 1 alude a una terminante prohibición, mientras que los siguientes artículos reglan un procedimiento para obtener algo que está prohibido.

El Estado Provincial rechaza la demanda a través de las actuaciones de Asesoría de Gobierno (fs.170/188) y Fiscalía de Estado (fs.189/1205), argumentando que la normativa es complementaria a la Ley General del Ambiente n° 25675, que solo pretende reglamentar una actividad, que por el alto impacto que tiene puede afectar las especiales características del ecosistema del territorio, y que no es objeto de la misma prohibir el ejercicio de la minería.

Finalmente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, con adhesión de los votos de los jueces, Dr. Omar Alejandro Palermo, y, Dr. Mario Daniel Adaro, no hace lugar a la demanda de inconstitucionalidad en consonancia con lo dictaminado en el fallo plenario “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ Acción Inconstitucionalidad”, determinando que la protección del medio ambiente es principio constitucional superior frente al cual no pueden invocarse supuestos derechos adquiridos, y que es facultad de cada provincia como parte del sistema republicano de gobierno, dictarse su propia legislación, acorde a la normativa nacional vigente. Se destaca una discrepancia parcial, de parte del Dr. Adaro, referida a su interpretación de los artículos 1 y 3 de la Ley 7722 (2007), que hizo en el aludido plenario, pero que no explicita en el cuerpo de la sentencia. Asimismo, dejan constancia que la resolución no es suscripta por el Dr. José Virgilio Valerio, por encontrarse en uso de licencia.

III. Identificación de la Ratio Decidendi.

Frente al conflicto axiológico que se le presenta a los magistrados, deben resolver si cabe tachar de inconstitucional a los arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 7722, por avasallar el derecho de ejercicio de industria lícita, la propiedad privada, la igualdad ante la ley, tal como reclama la actora, considerando que como consecuencia la ley prohíbe la actividad minera. A su vez, deben hacer una ponderación de los principios ambientales definidos

en la Ley General de Ambiente, como así también los derechos adquiridos en la reforma constitucional de 1994, como es el derecho a un medio ambiente sano.

El fundamento primero que da el Tribunal, es que respecto al art. 1 cuestionado por la actora, la ley en litigio tiene como “principal objetivo garantizar el recurso hídrico en los procesos mineros prohibiendo la utilización de las sustancias químicas que señala”. Por lo que interpreta que no se prohíbe la actividad, sino que lo vedado en ella es el uso de determinadas sustancias de cara a la protección del recurso hídrico.

Asimismo, considera que la Legislatura Provincial, como garante del uso y disposición de los recursos bajo su esfera territorial, haciendo uso de atribuciones que le concede la Constitución Nacional, toma las medidas en garantía del ambiente, como es la prohibición absoluta del uso de sustancias tóxicas (arts. 41, 75, 121 y 124). Trae a colación el Tribunal, el Código de Minería (art. 233), en tanto dispone que tal actividad debe sujetarse a la normativa dictada como consecuencia de lo establecido en el referido artículo 41. Dejan de resalto los magistrados que esta medida tomada por la Legislatura de Mendoza marcó una tendencia que, a su vez, fue respaldada por precedentes o emulaciones de distintas provincias del territorio nacional, como Chubut (Ley 5.001), Tucumán (Ley 7.879) y Córdoba (Ley 9.526).

Por lo mencionado es que esgrime el tribunal, que no hay incompatibilidad, entre la normativa nacional, las leyes locales y los principios contenidos en el artículo 4 de Ley n° 25675, como ser el precautorio, de prevención y de sustentabilidad, sino más bien un complemento entre ellas.

Advierten que el principio de igualdad no es absoluto, y, por ende, el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para esa discriminación sea razonable (art. 28 Const. Nac.).

Remarcan que el derecho de propiedad (arts. 8 Const. Prov. y 17 Const. Nacional) y a ejercer industria lícita (art. 14 Const. Nac. y 33 Const. Prov.) están garantizados, siguiendo al Dr. Nanclares, “si la actividad minera se desarrolla con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población dentro del concepto de desarrollo sustentable y de responsabilidad social empresarial” (LS 492-185). De lo que infieren que deben ajustarse a las reglamentaciones legales y administrativas. Hacen hincapié en que ninguna persona tiene derechos adquiridos en todo cuanto se refiere al aspecto ambiental.

Respecto al art. 2, siguen el voto de Nanclares quien concluyó que “lo que estipula el art. 2 de la ley es un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, esto es, que los titulares de las concesiones mineras en curso cumplan con la nueva legislación y los niveles de protección ambiental allí dispuestos” (LS 492-185).

Por último, en relación al artículo 3 de la Ley 7722, donde se determina que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) –último eslabón de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)–, debe contar con una ratificación legislativa, lo consideran un acto de naturaleza compleja que involucra al Poder Ejecutivo como a la Legislatura. Recaudo de eficacia que persigue un control del acto administrativo para asegurar su legitimidad democrática y lograr un consenso social sobre una actividad eminentemente riesgosa frente a la comunidad y “las generaciones futuras”, como reza el art. 41 de la Constitución Nacional.

Es así que, en atención a los mencionados argumentos, el tribunal considera que, frente al dilema entre la permisión de la actividad minera y la preservación del recurso hídrico, la Ley 7.722 justificadamente optó por ponderar esta alternativa sobre la base del principio de precaución, cuyo cometido consiste en garantizar la seguridad y control del ecosistema con sus recursos frente a actividades en cuyas implicancias intrínsecas domina la peligrosidad y la incertidumbre científica. Por lo que advierten que no se acreditan los recaudos necesarios para tachar la constitucionalidad de la Ley 7722, y disponen el rechazo de la demanda.

IV. Descripción del Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales.

Para llevar a cabo el análisis conceptual, es necesario acudir a los lineamientos centrales que permitieron abordar de manera correcta el decisorio. No obstante, antes de abrir paso a dicho análisis, es oportuno hacer mención de dos normas que tienen relación estrecha con la causa.

Para empezar, dentro del ámbito provincial, y como precepto que otorga base teórica precisa, es conveniente citar el artículo 1º de la Constitución de la Provincia de Mendoza que esboza un lineamiento muy adelantado en lo que a materia ambiental respecta. El mismo dispone:

Sus yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, como así también toda otra fuente natural de energía sólida, líquida o gaseosa, situada en subsuelo y suelo, pertenecen al patrimonio exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado Provincial. Su explotación debe ser preservada en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

Asimismo, a nivel nacional, es la reforma constitucional del año 1994, la que incorpora en el art. 41 la cuestión ambiental, cuando en su primer párrafo reza:

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.

Adentrándonos ya en el análisis doctrinario correspondiente, es importante destacar, que la reforma constitucional incorpora la posibilidad de que el gobierno federal legisle sobre presupuestos mínimos en materia ambiental, siempre y cuando dicha legislación no altere el dominio originario que conservan las provincias sobre sus recursos naturales. (Valls, 2016)

A su vez, el precepto constitucional, acude al concepto de desarrollo sustentable, presentado por primera vez por el Informe Brundtland, en el año 1987, en donde se formuló que es el “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”. (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, pág.1)

El concepto transcrito, conduce a considerar el paradigma ambiental como un sistema en el cual predominan los deberes y los límites a los derechos en pos “de la protección que demanda el bien colectivo” (Lorenzetti, 2008, p.12).

Por ello, tal como especifica Salas (2018):

Hablar de este tema no solo implica compromiso y responsabilidad por parte de los diferentes actores sociales, también implica pasar de un pensamiento exclusivamente económico-financiero a tener en cuenta los otros elementos que integran la sostenibilidad, la sociedad y el ambiente. (p.173)

Sin embargo, a lo largo de los años se ha justificado el abuso de la acción del hombre sobre su entorno en base a la criticada “capacidad de sustitución” (Daly citado por Gudynas, 2003) de los recursos, mediante la utilización de tecnología que no ha logrado la renovación de los mismos.

Por lo que resulta imperativo poner énfasis en el uso de los recursos, y en la reglamentación correspondiente. Finalidad que claramente se puede extraer del objeto mismo del Derecho Ambiental, que es precisamente el de “condicionar la conducta humana respecto de ese uso, goce, preservación y mejoramiento induciendo acciones y abstenciones a favor de la protección del ambiente” (Valls, 2016, p. 61). Además, característica central de este derecho, es la del carácter difuso de su contenido, que permite abarcar “las relaciones normadas por todo el espectro jurídico en cuanto esas relaciones condicionan el ambiente.” (Valls, 2016, p. 61)

La Ley Nacional n° 25675, sancionada en cumplimiento del mandato constitucional, establece los principios generales sobre los que debe asentarse la protección ambiental en todo el territorio nacional. No obstante, tal como se mencionó ut supra, es a su vez facultad/deber de las legislaturas provinciales complementar lo que requieran sus respectivas jurisdicciones, a fin de una protección específica y adecuada.

Así se advierte en la causa “Villivar”, donde se postuló la facultad de 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 (CSJN, Fallos 330:1791, sentencia del 17/04/2007).

También encontramos en el nuevo Código Civil y Comercial una norma que viene a cerrar el bloque de protección, que se viene perfilando desde el año 1994. Declara así, en su artículo 14, que “no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, poniendo “límites al ejercicio de derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socio-ambientales”. (Cafferata, 2014, p. 13)

Antecedente de la protección que brinda nuestro ordenamiento, desde la perspectiva del derecho ambiental en el plano privado, es la sentencia "Mastroeni, José C/ Y.P.F. S/ Daños y perjuicios p/ Rec. Ext. de Inconstit. - Casación" (SCJ de Mendoza, sentencia del 4/07/2016) donde el tribunal determinó a una empresa petrolera a pagar daños y perjuicios a una persona, que consideraba que sus derechos habían sido vulnerados tras haberse producido la contaminación del agua de varios pozos.

El decisorio aludido, así como el que es objeto de la presente nota a fallo, no hacen más que seguir la línea que el Supremo Tribunal de la Provincia dejó marcada en el plenario “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ Acción de Inconstitucionalidad” (LS 492-185), donde se decidió sobre la constitucionalidad de la Ley 7722, como garantía del recurso hídrico.

Por último, es preciso señalar la definición de Cafferata (2004) sobre contaminación del agua, a fin de comprender las razones que justifican una norma provincial como la Ley 7722:

Por contaminación del agua se entiende la acción y el efecto de introducir materias en cualquier estado físico o formas de energía, de modo directo, que puedan degradar, física, química o biológicamente al recurso hídrico o al medio ambiente ligado al mismo. (p. 61)

Por todo lo expuesto, es que se detecta gran cantidad de posturas que dan cuenta de la incidencia del hombre en el impacto ambiental y de la necesidad de considerar al ambiente como un sistema en el cual estamos inmersos, del cual nos proveemos y que requiere de una mirada responsable a futuro.

V. Postura de la autora.

Comparto plenamente la decisión arribada por la Sala II del Supremo Tribunal de la Provincia, en atención a que resulta fundamental para la conservación del recurso hídrico la presencia de normas que reglamenten el establecimiento de los desarrollos mineros en el territorio provincial. Reglamentación que considero resulta complementación esencial de la Ley General de Ambiente, para el logro de un más acabado resguardo de los recursos naturales de la región.

Por otra parte, la solución del fallo es antecedente necesario a nivel social, ya que ratifica que en ningún caso el ejercicio de un derecho es absoluto, y mucho menos irrevocable, cuando lo que está en juego es la salud pública y el derecho a un medio ambiente sano.

El agua, en la provincia de Mendoza, es un recurso escaso y no renovable, así como necesario para el desarrollo de actividades que hacen a la economía local. Por eso creo que es indispensable el rol de la justicia como garante del mismo, frente a sectores

que, alegando el ejercicio de derechos constitucionales adquiridos, no se adecúan a las condiciones que aseguren una explotación racional y sostenible.

VI. Reflexiones Finales.

Del análisis expuesto se concluye que, la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la Provincia de Mendoza resolvió con acierto, a mi criterio, el rechazo de la demanda sobre la inconstitucionalidad de la Ley n° 7722. Enfatizando así el rol fundamental que debe ejercer la Legislatura provincial como garante necesario de los recursos naturales presentes en el territorio, a fin de complementar los lineamientos centrales sentados por la Ley General de Ambiente en el año 2002.

De esta manera el agua, derecho humano por excelencia, y recurso insustituible, se erige como bien superior y límite ambiental infranqueable ante el ejercicio de derechos que pudiesen resultar en su menoscabo. Límite que marca una agenda necesaria en nuestra provincia: el establecimiento de medidas y normas dinámicas, como la que fue objeto de análisis, que puedan estar a la altura de su salvaguarda; así como también la participación activa de la comunidad en calidad de contralor externo de su eficacia y aplicación.

Por todo lo expuesto, considero resulta fundamental tomar conciencia de que pertenecemos a un sistema mayor, el medio ambiente, en el que inevitablemente incidimos. Sistema que nos demanda una actuación planificada y reglada sobre sus recursos, tanto para el presente inmediato, como con mirada responsable hacia el futuro.

VII. Listado de revisión bibliográfica consultada:

Asamblea General de las Naciones (s.f.). *Desarrollo sostenible*. Recuperado de <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

Cafferata, N. A. (2014) *Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014, 17/11/2014, 273. Recuperado de <http://pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina388.pdf>

Cafferata, N. A. (2004) *Introducción al Derecho Ambiental* (1er. Ed.) Distrito Federal, México: Instituto Nacional de Ecología.

Constitución de la Provincia de Mendoza (1916). Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/0-local-mendoza-constitucion-provincia-mendoza-lpm0000000-1916-02-11/123456789-0abc-defg-000-0000mvoorpyel>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2007) Recurso de hecho deducido por Minera El Desquite S.A. en la causa “Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros”, para decidir sobre su procedencia. 17 de abril de 2007. Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-villivar-silvana-noemi-provincia-chubut-otros-fa07000219-2007-04-17/123456789-912-0007-0ots-eupmocsollaf>

Gudynas, E. (2003) *Ecología, Ética y Economía del desarrollo sostenible*. Ciudad de Quito: Abya- Yala
Ley n° 7722 (2007) *Prohibición de uso de sustancias químicas en procesos de extracción de minerales*. 20 de junio de 2007. Recuperado de <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/consulta-de-leyes-provinciales/>

Ley n° 24430 (1994). *Constitución Nacional Argentina*. Honorable Congreso de la Nación. Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley n° 25675 (2002) *Ley General del Ambiente*. 27 de noviembre de 2002. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Ley n° 26994 (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Lorenzetti R. (2008). “*Introducción al primer capítulo del Libro: Teoría del Derecho Ambiental*”. En página web Blog del proyecto Lemu. Recuperado de <http://bloglemu.blogspot.com/2008/12/teora-del-derecho-ambiental.html>

MacCormick, N. (2010) Argumentación e interpretación en el Derecho. Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 33, p. 65-78. doi: 10.14198/DOXA2010.33.04

Salas, R. (2018). *Un análisis crítico al marco conceptual del desarrollo sostenible y sus herramientas de medición* En-Contexto, 6(8), 171-184.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza (2016) “Mastroeni, José c. Y.P.F. S.A. s/ daños y perjuicios p/ recurso extraordinario de inconstitucionalidad. – casación”. 4 de julio de 2016. Recuperado de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4863387522>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (2015) “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. C/ Gbno. de la Provincia p/ Acción de Inconstitucionalidad”. (LS 492-185) 16 de diciembre de 2015. Recuperado de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4519771086>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (2017) “Minera Río de la Plata S.A. c/ Gbno. de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad”. (LS 526-020) 18 de abril de 2017. Recuperado de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5395087117>

Valls, M. F. (2016). *Derecho Ambiental* (3ª ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.