



**MENDOZA, LA PROVINCIA OASIS: BASES JURÍDICAS PARA LA
PROTECCIÓN DEL AGUA Y SU USO EN LA EXPLOTACIÓN
MINERA.**

**MENDOZA, THE OASIS PROVINCE: LEGAL BASES TO WATER
PROTECTION AND ITS USES TO MINING PROCESSES**

MANUSCRITO CIENTÍFICO

TEMA: MEDIOAMBIENTE

CARRERA: ABOGACÍA

ALUMNA: GIUNTA, MELANIE AGUSTINA

LEGAJO: VABG60648

DNI: 37.137.283

TUTOR: CARAMAZZA, MARIA LORENA

AÑO: 2020

Agradecimientos

A mi ángel, Gusti, todo lo que hago en esta vida, siempre es por y para VOS.

A mis padres Gustavo y Silvina. Gracias a ustedes he logrado todo en esta vida, gracias por tanto amor, comprensión y apoyarme siempre.

A mis hermanos, Cándido y Santiago, mis compañeros y pilares en este camino.

A mis abuelos, tías y primos, por apoyarme, acompañarme y su amor enorme siempre.

A mis amigas de siempre.

A Jonathan, Paola y Javier, éstos dos últimos años ustedes me empujaron, acompañaron y ayudaron incondicionalmente.

A mi querido sindicato UPJCM, lugar en el que he crecido y aprendido un montón, principalmente a Martin y Diego, compañeros de trabajo y amigos.

GRACIAS a todos ustedes porque confiaron en mi cuando yo dejé de hacerlo. No llegué, LLEGAMOS, sin ustedes no hubiese sido posible.

Los amo.

Mely

Índice

Agradecimientos	1
Índice	2
Resumen.	4
<i>Palabras clave</i>	4
Abstract	5
<i>Key words</i>	5
Introducción	6
Métodos	16
<i>Alcance, enfoque y tipo de diseño de investigación</i>	16
<i>Análisis documental sobre el fracking y la minería metalífera a cielo abierto y sus consecuencias al medio ambiente</i>	16
<i>Análisis Doctrinario: estructura y composición del sistema normativo argentino, relación interjurisdiccional Nación-Provincia en asuntos de recursos naturales</i> ----	17
<i>Análisis del sistema normativo nación-provincia</i>	17
<i>Antecedentes Jurisprudenciales sobre regulación de la actividad minera en la provincia de Mendoza</i>	17
<i>Análisis Documental del código procesal, y leyes de forma, garantías precautorias del medio ambiente y mecanismos de participación ciudadana</i>	18
Resultados	19

<i>Análisis documental sobre el fracking y la minería metalífera a cielo abierto y sus consecuencias al medio ambiente</i> -----	19
<i>Análisis Doctrinario: estructura y composición del sistema normativo argentino, relación interjurisdiccional Nación-Provincia en asuntos de recursos naturales</i> ----	23
<i>Análisis del sistema normativo nación-provincia</i> -----	27
<i>Antecedentes Jurisprudenciales sobre regulación de la actividad minera en la provincia de Mendoza</i> -----	31
<i>Análisis Documental del código procesal, y leyes de forma, garantías precautorias del medio ambiente</i> -----	33
Discusión -----	37
Referencias -----	42

Resumen.

En el presente trabajo, se abordó la importancia del recurso hídrico en el oasis mendocino debido a la emergencia hídrica a la cual se ha enfrentado la provincia en los últimos 10 años, y las garantías constitucionales con las que cuentan los mendocinos respecto al uso incorrecto del mismo, las consecuencias de la minería a gran escala y el daño ambiental de incidencia colectiva que genera.

Además, se analizó la Ley General de Ambiente, los presupuestos mínimos sobre cuidado ambiental y el establecimiento de la participación ciudadana, y la concordancia de la ley 7.722 con la misma y la Constitución Nacional, y a su vez la importancia de esta para la protección de dicho recurso. Se inquirió sobre los recursos procesales con los que cuentan los mendocinos en caso de que se produzca un daño grave e inminente en el ecosistema. Se analizó la postura de diversos doctrinarios, sobre el ambiente, la importancia de este, los presupuestos mínimos y cuáles son los principios rectores que deben seguir las provincias respecto a la legislación ambiental.

Con ello se logró conocer cómo se integra el sistema normativo nación-provincia referente a la protección del agua, cuáles son las normas y principios rectores que lo componen y como interactúan. Finalmente se plasmaron los recursos jurídicos con que cuentan los mendocinos para el supuesto caso de una nueva derogación de la ley 7.722, por una ley que vaya en contra de los presupuestos mínimos, en este caso que perjudiquen el recurso hídrico de la provincia.

Palabras clave

Recurso hídrico, emergencia hídrica, minería a gran escala, ley general de ambiente, daño ambiental de incidencia colectiva, ley 7.722, ley 9.209, minería en Mendoza.

Abstract

In this essay, the importance of the water resource in the Mendoza oasis was discussed due to the water emergency that the province has faced in the last 10 years, and the constitutional guarantees that the Mendoza people have regarding the incorrect use of this resource, the consequences of large-scale mining and the environmental damage of collective incidence that it generates.

In addition, the General Environment Law, the basic protection premises about environmental care and the establishment of citizen participation, the concordance of Law 7,722 with it and the National Constitution, the importance of the law for the protection of the resource mentioned above. Inquiries took place about the procedural resources available to the Mendoza's people in the event of serious and imminent damage to the ecosystem. An analysis was made of several doctrines point of view, about the environment, its importance, the basic protection premises, and which ones are the ruler principles that must be followed by the provinces regarding to the environmental legislation.

It was possible to know how the nation-province regulatory system is integrated regarding water protection, which ones are the rules and guiding principles that compose it and how they interact. Finally, in the eventual case of a new derogation of Law 7,722 by one that goes against the basic protection premises, legal resources were available and described on this essay.

Key words

Water resources, water emergency, harmful large-scale mining, general law on the environment, collective environmental damage, law 7722, law 9209, Mendoza's mining.

Introducción

La provincia de Mendoza situada en el centro oeste argentino, al pie de la Cordillera de los Andes, con cumbres blancas debido a la existencia de antiguos glaciares y las nevadas de invierno, que durante la época de calor se derriten, alimentando así los seis ríos que proveen a la provincia de agua mineral potable; ellos son el río Mendoza, Río Tunuyán, Atuel, Diamante, Malargüe y Colorado; hoy en el año 2020, aun los mendocinos tienen el privilegio de poder abrir un grifo y poder consumir agua pura.

Actualmente la provincia atraviesa la crisis hídrica más grande desde que se tienen registros según informes de IANIGLA-CONICET y el Departamento de Irrigación, ya que las nevadas de los últimos 10 años han sido escasas, produciendo la palpable desaparición de los glaciares en la cordillera. La historia de Mendoza y su crecimiento está ligado al agua, la provincia perteneciente a la región de Cuyo, se convirtió en un oasis ya que desde sus orígenes el cuidado y buen aprovechamiento del recurso hídrico ha sido un tema primordial para la población mendocina. Los primeros en realizar un sistema de irrigación para un mejor aprovechamiento del agua fueron los huarpes, con técnicas adquiridas de los Incas, crearon canales a la vera de los cuales se ubicaban comunidades de cien o ciento cincuenta personas, los mismos derivaban del actual canal "Guaymallén". Luego con la llegada de los españoles existían cuatro acequias importantes que proveían de agua a la población. (Duro comunicado de IANIGLA-CONICET contra la reforma de la 7722. (s/f). Universidad. Recuperado de <http://www.universidad.com.ar/duro-comunicado-del-ianigla-conicet-contra-la-reforma-de-la-7722>).

Entre los años 1574 y 1605 ya había unas 50 hectáreas que eran regadas por los canales antes mencionados. Debido a la violación del riego, en el año 1603 se crea la Alcaldía del Agua; el alcalde del agua tenía la obligación de repartir y cuidar la

TFG

distribución del recurso. Se puede decir que ya desde esta fecha la provincia comenzó a legislar en el tema hídrico reconociendo así su vital importancia.

Con el alud migratorio y la llegada del ferrocarril a la provincia, en el siglo XIX, el uso del agua fue caótico debido a la gran demanda de tierras para el cultivo. Por eso en el año 1884, el gobernador de Mendoza, Rufino Ortega, le solicita al Doctor Manuel Bermejo la creación de una Ley de Aguas para poner orden, la misma fue puesta en vigencia el 16 de diciembre de 1884, convirtiéndose en la primer Ley de Aguas del país, forjando los cimientos conceptuales para los recursos hídricos como bien público. Se crea así el Departamento General de Aguas, actual Departamento de Irrigación. Los mendocinos deben en el actual siglo XXI, agradecer el vivir en un oasis, a los primeros habitantes y al uso adecuado que se ha hecho de un recurso tan escaso como es el hídrico para la provincia.

Ante el inminente asentamiento de empresas mineras en el territorio mendocino, como el proyecto minero San Jorge de la multinacional Barrick Gold, queriendo llevar a cabo minería metalífera, y teniendo el antecedente de lo ocurrido en la provincia de San Juan, se comienzan a gestar en los departamentos de San Carlos y General Alvear las asambleas de vecinos auto convocados, cuyo fin era la protección del agua de Mendoza. Finalmente, en el año 2007, un grupo de senadores preocupados, ya que, en ese momento, y en la actualidad aun, la provincia no cumplía con el artículo 6 de la ley 5961 que estipula que el ejecutivo provincial debe tener un plan ambiental (Ley 5961,1992, art. 6). Comienza el surgimiento de la Ley 7722, llamada popularmente la “Ley guardiana del agua” o “Ley del Pueblo”; la misma es una ley que regula la actividad minera, prohibiendo el uso de sustancias químicas como cianuro, ácido sulfúrico y mercurio en el proceso minero dentro del territorio provincial, protegiendo así el agua de Mendoza.

Durante la Gobernación de la Provincia de Mendoza (2015-2019) por el Licenciado Alfredo Cornejo, se pretendió reactivar el fracking en el sur mendocino, fue preponderante durante la campaña política, incluso durante el debate provincial se solicitó a los distintos postulantes al cargo de gobernador que se refirieran a su postura respecto a la minería, todos coincidieron en lo mismo debía haber licencia social.

El día 10 de diciembre de 2019 el actual gobernador de Mendoza Rodolfo Suarez, el mismo día que asumió a su cargo, por cuestiones económicas principalmente, argumentando que la matriz productiva de la provincia debía ponerse en concordancia con los avances mundiales pone a consideración de la legislatura el proyecto de modificación de la ley 7722, matando literalmente a la misma, ya que elimina su artículo 1, que prohíbe el uso de sustancias tóxicas como cianuro, mercurio y ácido sulfúrico en la actividad minera provincial y elimina el artículo 3 que rezaba “ Para los proyectos de minería metalífera obtenidos a cualquier método extractivo para las fases de cateos, prospección, exploración, explotación o industrialización la declaración de impacto ambiental debe ser ratificada por ley” (Ley 7722, 2007, Arts.1 y 3). Automáticamente las Asambleas de auto convocados comenzaron a levantarse y moverse armando asambleas departamentales y reuniéndose fuera de la legislatura para demostrar que no había consenso social al grito unísono de “El agua de Mendoza no se negocia”. El día 20 de diciembre con una legislatura vallada se sanciona la ley 9209, que modificaba el alma de la tan preciada ley del agua... se perdió la ley, pero se encontró al pueblo que recuperaría la ley. El estallido social provocado fue tal que se organizó la marcha más larga de la historia conocida como el “Parientazo”, una peregrinación que duro más de veinticuatro horas y comenzó en el departamento de San Carlos ubicado a cien kilómetros del kilómetro cero, adonde llegarían para dirigirse a Casa de Gobierno lugar donde los mendocinos se dieron cita el día 23 de diciembre para pedirle al gobernador una audiencia

TFG

pública y explicaciones. Se caminaron cien kilómetros, en cada pueblo se iba uniendo más gente. Finalmente, más de 80000 mendocinos se reunieron en Casa de Gobierno con el único fin de recuperar la ley guardiana del agua. Una marcha que fue pacífica desde sus comienzos, y, sin embargo, fue reprimida marcando un día negro en la historia mendocina, los medios totalmente silenciados, obligaron al pueblo a recurrir a sus redes sociales logrando que personajes de proyectada y reconocida fama tanto nacional como internacional, se hicieran eco del conflicto social que ocurría en tierra cuyana. Ya no había vuelta atrás, el pueblo gritaba “Suarez la deroga o se va”.

ONGs nacionales e internacionales se manifestaron en contra de la modificación de la ley 7722:

La modificación de esta ley dejaría los recursos hídricos en una situación desprotegida y vulnerable, afectando la calidad de vida de sus habitantes y todas las actividades que dependen directa o indirectamente de estos, escribieron en una carta firmada por 16 organizaciones y fundaciones (Diario Los Andes, 2019).

El Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales, en adelante IANIGLA, quien debía ser consultado como organismo dictaminador, lo cual no sucedió, también emitió un comunicado en el cual expreso:

Por otro lado, la actual Ley 7722 genera un marco precautorio que brinda tranquilidad social mientras se discute profundamente nuestra estrategia de desarrollo. En la Cordillera, donde se acumulan y generan los recursos hídricos de los que dependen todos los habitantes de la provincia, sería imprescindible prevenir el deterioro ambiental, así como el riesgo potencial de contaminación con sustancias tóxicas. El proyecto de desarrollo provincial y la modificación de cualquier ley que tienda a la preservación ambiental deben nacer del debate y consenso público y de la valoración integral de todas las posibilidades que nos brinda este generoso territorio. En un contexto global de riesgos ambientales y de rápidos cambios socioeconómicos, es vital encontrar juntos las formas más seguras, integrales y socialmente justas para el desarrollo (Duro comunicado de IANIGLA-CONICET contra la reforma de la 7722. (s/f.). Universidad. Recuperado de <http://www.universidad.com.ar/duro-comunicado-del-ianigla-conicet-contra-la-reforma-de-la-7722>).

Fue tal la presión social que el día 26 de diciembre en conferencia de prensa el gobernador dijo: “La minería en Mendoza no tiene licencia social” (Los Andes, 2019); el día 30 de diciembre el gobernador envía el proyecto de ley para derogar la “ley cianuro”, volviendo así la Ley 7722 a entrar en vigor, es una ley que fue recuperada en las calles por los mendocinos.

La Ley 7722 ha sufrido desde su nacimiento la amenaza tanto de grupos económicos, como de la cúpula política dependiendo de las necesidades económicas del momento. Desde el mismo día de su sanción recibió diez pedidos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, entre empresas mineras y organizaciones relacionadas con la actividad. Por unanimidad fue declarada constitucional en diciembre de 2015 en un fallo unánime (Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, CUIJ: 13-02843392-6, 2017).

Teniendo en cuenta que la ley es vanguardista y progresista, que su fin es el cuidado y protección de un recurso hoy tan escaso y preciado como es el hídrico en la provincia en cuestión, que su fin es proteger además un ecosistema que podría ser alterado irremediablemente, y además cumpliendo con el Principio Precautorio, en congruencia con el artículo 41 de la Constitución Nacional, se puede afirmar que cumple con los presupuestos mínimos del Derecho Ambiental del Siglo XXI.

Siguiendo a Cafferatta (2020), el derecho ambiental, es un derecho nuevo, de incidencia colectiva, referido al bien colectivo “ambiente”. Es un derecho de pertenencia comunitaria, supraindividual, indiferenciado, un derecho que lleva a considerar a nuevos sujetos de derechos, tal como ocurre con la Constitución de Bolivia que reconoce como sujeto de Derecho a la Pachamama, en su preámbulo (Const., 2009). Es un derecho que debe velar por los intereses de las generaciones presentes como en las generaciones futuras, como establece la Carta Magna:

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 aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos (Const., 1994, art.41).

El caso “Majul Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental.2019” es citado por Cafferatta (2020), quien menciona que con respecto a la Jurisprudencia ambiental argentina, dicho caso es en extremo relevante ya que se incorpora a la jurisprudencia nacional el Principio *in dubio pro aqua*, el mismo es el 6º principio de los diez que se firmaron en Brasilia, en el año 2018 en el 8º Foro Mundial del Agua Brasilia, Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica, Declaración de diez principios; dicho principio puede exponerse de la siguiente manera:

Principio 6 – *In dubio pro aqua*: En congruencia con el principio *in dubio pro natura*, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados (Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica, 2018).

Cafferatta (2020), considera que el Derecho Ambiental genera que el Derecho, como ciencia, se replantee la responsabilidad civil y penal por los daños que puedan generarse en el ambiente. La responsabilidad civil debe ser: precautoria, preventiva, de restauración, de compensación ecológica e indemnizatoria. Los daños ambientales generan consecuencias colectivas que tienen como resultados consecuencias individuales.

Dentro de la legislación nacional la ley 25.675 General de Ambiente, pone sobre la mesa, los presupuestos mínimos de legislación ambiental, en su articulado establece

TFG

los principios que deben seguir tanto legislaciones provinciales como municipales, los mismos son: Principio de Congruencia, Principio de Prevención, Principio Precautorio, Principio de Equidad Generacional, Principio de Progresividad, Principio de Responsabilidad, Principio de Subsidiaridad, Principio de Sustentabilidad, Principio de Solidaridad y Principio de Cooperación. El artículo 19 de la misma ley, habla de la participación ciudadana, del derecho que tienen todas las personas a opinar en todo procedimiento relacionado con la preservación y protección del medio ambiente, que sea de incidencia general o colectiva. (Ley 25675, 2002, art. 19).

El artículo 20 de la ley 25675, establece expresamente:

Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente

La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública (Ley 25675, 2002).

Esta ley, promueve la participación ciudadana, a través de asambleas publicas principalmente en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, establece el camino a seguir para las legislaciones provinciales. Busca que las actividades del hombre no generen un daño irreparable en el medio ambiente para así lograr la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo (Ley 25675, 2002, art. 1).

A criterio de Valls (2016, p.68), la Ley 25675 “va más allá de la protección ambiental; la ley declara establecer presupuestos mínimos para lograr un equilibrio en la gestión ambiental”. Además, el mismo autor la considera subsidiaria de la específica de la materia, en cuanto dice que “el artículo 4 de la ley somete a toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental al cumplimiento de determinados principios” (Valls, 2016, p.69).

TFG

Por otro lado, complementando a la anterior, la Ley de Aguas, (Ley 25688, 2002, art. 1), “Establece los presupuestos mínimos ambientales para la preservación del agua, su mejor aprovechamiento y su uso racional”.

En Mendoza desde el año 1992, se encuentra vigente la Ley Provincial 5.961, de Preservación de Medio Ambiente, la misma establece los principios de política ambiental que deben ser garantizados durante la toma de decisiones políticas, económicas y sociales. Busca dejar las bases firmes para lograr un ambiente equilibrado ecológicamente y con un desarrollo sustentable. En su artículo 6 reza que el Ejecutivo Provincial, debe contar con un plan ambiental, veintiocho años después el gobierno sigue teniendo esa deuda tanto con esta ley, como con el pueblo, ya que aún hoy no se cuenta con el mismo. La ausencia de éste en el 2007, empujó a la gesta de una ley que lograra dar paz social a través de sentir protegido el tesoro más valioso de los mendocinos, el agua.

Cafferatta (2020), sostiene que la Organización Naciones Unidas, en adelante ONU, no considera al Derecho Ambiental un Derecho Humano, aunque si en varios tratados los relaciona íntimamente a ellos, como por ejemplo al derecho a la vida.

Habiendo tanta legislación que respalde el contenido de la Ley 7.722, que sea congruente a ella y a sus principios, durante una semana el pueblo mendocino la perdió, y es palpable que los recursos jurídicos no fueron suficientes, ya que un gobernador de turno, mediante un proyecto de ley, en sesiones “exprés” fue tratado por ambas Cámaras y aprobado prácticamente por unanimidad, las disidencias fueron mínimas. Si no hubiese salido el pueblo a la calle, hoy en Mendoza se estarían incumpliendo presupuestos mínimos de bienestar ambiental, aquellos enumerados en la Ley General de Ambiente 25.675 en su cuarto artículo. Hoy el futuro de una provincia estaría perdido por intereses económicos. La cúpula política se escudó detrás de que la actividad productiva de la provincia era obsoleta, en un comunicado IANIGLA deja en claro que:

Por otro lado, la infraestructura turística en la provincia es escasa y limitada frente a las enormes posibilidades del uso sostenible que brindan nuestros ambientes naturales, mundialmente valorados por su estado prístino en combinación con un aprovechamiento agrícola ligado a nuestra tradición vitivinícola. Los ambientes naturales de la Cordillera mendocina tienen que ser incorporados a nuestro desarrollo integral. ¿Hemos alguna vez considerado la posibilidad de que nuestra Cordillera “produzca naturaleza”, es decir, que sus ambientes salvajes con glaciares y ríos cristalinos se pueblen de guanacos, zorros, pumas y cóndores? Aun cuando puede parecer descabellado, hay innumerables ejemplos locales, regionales y nacionales donde la “producción de naturaleza” asociada al ecoturismo genera ingresos y oportunidades sustanciales que superan a las actividades tradicionales. La Cordillera espera nuestra apreciación integral de todos sus servicios ecosistémicos, de sus bondades naturales, sin reducir ellos a una mirada egoísta que valore sólo alguno de sus beneficios. (Universidad, 2019).

A pesar de la inconstitucionalidad de la ley 9209, de no cumplir con los presupuestos mínimos de cuidado ambiental establecidos en la ley 25675, más aun de la experiencia en Veladero, mina ubicada en la provincia vecina de San Juan, luego de ver el problema ambiental que generó la megaminería metalífera en dicha provincia, esta ley solo se sustentó en tratados políticos y económicos, fue lisa y llanamente una ley impuesta, dejando de lado el futuro de los mendocinos, con el riesgo futuro concreto que implicaba no solo la pérdida del recurso natural tan escaso que es el agua, sino además el patrimonio paisajístico de Mendoza: la imponente Cordillera de Los Andes.

A partir de la realidad que presenta la Provincia de Mendoza respecto a la escases del agua, y el contexto presentado en este apartado: los sucesos acontecidos tras la derogación de la Ley protectora del Agua 7722 en diciembre pasado, la movilización del pueblo mendocino para reclamar por la vigencia de la legislación original, y posterior marcha atrás del poder legislativo con la norma que derogara la ley 7722, dejando esta última norma nuevamente vigente; este trabajo pretende abordar el siguiente conflicto:

¿Cómo los ciudadanos de la Provincia de Mendoza pueden hacer operativas las garantías constitucionales a la luz de la utilización de los recursos hídricos de la Provincia?

TFG

Se fijará como objetivo general para poder resolver esta problemática: conocer y analizar las legislaciones nacional y provincial, que garanticen la protección del recurso hídrico ante su uso para la explotación de los recursos mineros que la Provincia de Mendoza posee.

Para el desarrollo de este objetivo general se plantean los siguientes objetivos específicos:

1. Identificar los tipos de explotaciones mineras.
2. Conocer el uso que realizan del recurso hídrico y como lo afectan.
3. Detectar si en provincias del territorio argentino donde se realicen estas prácticas, han presentado una afectación concreta a tal recurso natural, que merezca resguardarlo jurídicamente.
4. Conceptualizar los postulados de integración del sistema normativo argentino de manera general.
5. Identificar las leyes que componen el sistema normativo nación-provincia relativo a la protección del recurso hídrico.
6. Identificar y comparar las leyes que tienen a la protección de los bienes jurídicamente tutelados en el sistema normativo provincial y nacional en el marco del derecho ambiental.
7. Relevar y comparar la jurisprudencia imperante en la materia provincial y nacional.
8. Determinar y clasificar las vías procesales con que cuenta la mencionada provincia, a fin de evitar la vigencia de leyes que afecten la protección el agua.

Métodos

Alcance, enfoque y tipo de diseño de investigación

Se pretendió realizar una investigación descriptiva-cualitativa, ya que su enfoque estaba orientado a determinar cómo interactúan los principios emanados de la constitución nacional con las leyes de presupuestos mínimos y su interrelación con las normas actualmente vigentes en la provincia de Mendoza que tutelan el recurso natural en estudio, el agua, poniendo especial foco en comprender cuales son las garantías jurídicas que operan en esta interrelación jerárquica para asegurar la continuidad de los principios precautorios del sistema normativo en su conjunto.

Por cuanto al tipo de investigación, se definió una investigación no experimental, se pretendía un enfoque retrospectivo de la problemática planteada, ya que desde este trabajo no se puede abarcar una modificación a la normativa establecida.

Para poder realizar esta investigación de manera ordenada se diseñaron una serie de instrumentos de recolección, que en este apartado serán presentados como subtítulos de modo q ellos sirvan de guía para la exposición de los resultados, a modo de hoja de ruta para orientar el análisis:

Análisis documental sobre el fracking y la minería metalífera a cielo abierto y sus consecuencias al medio ambiente

Se realizó una revisión de publicaciones científicas que aborden el tema de la técnica de fracking y minería metalífera, así como también la afectación al recurso hídrico que dichas actividades producen, y en general al medio ambiente y su ecosistema. Además, se realizó una búsqueda de datos concluyentes respecto de la afectación generada en aquellas provincias argentinas que utilizan dicha técnica.

Análisis Doctrinario: estructura y composición del sistema normativo argentino, relación interjurisdiccional Nación-Provincia en asuntos de recursos naturales

A partir de una construcción dialéctica entre juristas y doctrinarios de reconocida trascendencia nacional en las temáticas del constitucionalismo y ambientalismo, se recogieron las piezas fundamentales para lograr una acabada comprensión de la interacción jerárquica del sistema normativo del país respecto a las cuestiones medioambientales y la competencia federal en cabeza de las provincias del uso de sus recursos naturales. Con este punto se buscó comprender como se compone el sistema normativo en su totalidad desde la mirada doctrinaria.

Análisis del sistema normativo nación-provincia

En el apartado anterior se detectaron las leyes que en este punto fueron sometidas a análisis, en ellas se analizaron los bienes jurídicamente tutelados de las leyes provinciales complementarias y nacionales de presupuestos mínimos. Seguidamente se realizó un análisis jurídico comparativo entre las mencionadas leyes detectadas a fin de vislumbrar la exegesis normativa, que permitió comprender el foco normativo en cuestión, teniendo como principal eje de análisis sus puntos de encuentro y conflicto.

Antecedentes Jurisprudenciales sobre regulación de la actividad minera en la provincia de Mendoza

Se realizó una búsqueda y sistematización de fallos provenientes de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, donde se trató la regulación normativa de tal actividad en la provincia, revisando las definiciones tomadas en cada caso por el tribunal a fin de detectar el marco jurisprudencial de allí emanado.

Análisis Documental del código procesal, y leyes de forma, garantías precautorias del medio ambiente y mecanismos de participación ciudadana

Con los resultados obtenidos en el apartado anterior respecto a los antecedentes jurisprudenciales, se determinaron los mecanismos procesales a analizar en este punto. Así se realizó un análisis documental exhaustivo, que implicó la recuperación, integración y análisis documental del Código Procesal y leyes de forma, así como también, garantías tendientes a proteger el medioambiente, en torno a lograr la comprensión de su respectiva articulación, y si existen salvaguardas proporcionadas a los ciudadanos para el goce de las garantías emanadas del artículo 41 de la Constitución Nacional. Además, se realizó una búsqueda dentro del sistema normativo de Mendoza respecto a la forma en que pudiera articularse el mecanismo jurídico en torno a la implicancia de participación ciudadana.

Resultados

Análisis documental sobre el fracking y la minería metalífera a cielo abierto y sus consecuencias al medio ambiente

En primer término, para comprender como es utilizada el agua en las actividades mineras, y como este uso pudiera generar un perjuicio para este vital y escaso recurso de la provincia, fue necesario investigar las posibles explotaciones mineras que han sido objeto de análisis de proyectos en la provincia, esto es la minería metalífera y el fracking, para entender su proceso productivo. Esta cuestión es la que se explicará en este apartado.

La minería metalífera a cielo abierto consiste en la dinamitación de la corteza terrestre, es decir que con el uso de explosivos se vuelan montañas lo que permite remover grandes cantidades de rocas, la tecnología extractivista, utiliza un espacio físico de aproximadamente 1000 hectáreas sólo para el área de la mina. Por día en una mina en funcionamiento cuya vida útil es entre quince y veinte años, produce una cantidad de 300.000 toneladas de roca, utiliza unas 100 toneladas de explosivos, 100.000 litros de combustibles y decenas de sustancias químicas de alta toxicidad, como cianuro, ácido sulfúrico y mercurio. Para el proceso de lixiviación, es decir para separar el mineral de la roca se utilizan grandes cantidades de agua, aproximadamente 5.000.000 de litros por día. Es por este motivo que la mayoría de las mineras se ubican cerca de ríos de agua dulce, que provienen del deshielo de glaciares. Una vez realizado el proceso, los desechos son colocados en los diques de cola.

En un artículo del Diario Los Andes (Los Andes, 2017), Mario Chabert, presidente de la Cámara Mendocina de Empresarios Mineros, en adelante CaMEM, deja entrever la necesidad de que se consolide una política de Estado a favor del desarrollo minero. Y expone diversas medidas llevadas a cabo que acercan a ese fin como: El Consejo Empresario Mendocino, de aquí en más CEM, realizo un trabajo denominado “Minería

TFG

Responsable para el Crecimiento Sustentable con Equidad, el caso de Mendoza”, llevado a cabo por el CIPPEC y Fundación Vida Silvestre Argentina, donde sus conclusiones recalcan la importancia económica y social de una minería sustentable, amigable con el ambiente y sometida a rigurosos controles. Incluso el departamento de Malargüe se ha denominado pro-minero, ya que la explotación minera ha significado un paso importante en su historia minera.

La Cámara Argentina de Empresarios Mineros, CAEM, ha adherido al programa “HMS: Hacia una Minería Sustentable”, creada en Canadá que busca establecer medidas de control y calidad para lograr llevar a cabo una minería responsable y confiable.

Por otra parte, el Consejo Empresario Mendocino, denominado “Minería Responsable para el crecimiento Sustentable con equidad, el caso de Mendoza”, tiene por fin establecer cuáles son los medios necesarios para lograr llevar a cabo la actividad en la provincia, concluyendo que la licencia social es un requisito indispensable y la desinformación ha generado un rechazo generalizado a la actividad. Finalmente concluye

El eje del desarrollo de una minería responsable para el crecimiento con equidad debería ser la buena gobernanza pública y privada, basada en la transparencia y la participación ciudadana. También indican la necesidad de reforzar la gestión de activos de riesgo y promover el desarrollo de actividades productivas sustentables que estimulen el crecimiento responsable con equidad. (Consejo Empresario Mendocino, CIPPEC & Fundación Vida Silvestre. (2015) Minería Responsable para el crecimiento con equidad. El caso de Mendoza. Recuperado de <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1052.pdf>).

El Colectivo Voces en Alerta, compuesto por varios académicos de diversos rubros, elaboró un libro (Machado et al., 2015.) llamado “15 mitos y realidades de la minería trasnacional en Argentina, guías para desmontar el imaginario prominero”, en el mismo se exponen los diversos argumentos promineros, los cuales son uno a uno desmontados. En este libro se expone a la actividad minera como una actividad extractiva que deja en los países en los cuales son llevadas a cabo las primeras fases de esta, un daño ambiental

irremediable, puesto que utilizan grandes cantidades de agua y frecuentemente contaminan las cuencas hídricas, daños que pueden aparecer una vez que la mina cerró. Los estudios de impacto ambiental son realizados por consultoras contratadas por las empresas mineras por lo que no cuentan con la independencia técnica requerida para una justa apreciación y valoración de riesgos.

Se puede apreciar el caso de la mina Veladero, ubicada en el distrito de Jáchal, San Juan, donde la empresa Barrick Gold es responsable de la contaminación de cinco ríos debido a una rotura en un caño lo que produjo el derrame de cianuro, cabe destacar que los vecinos de dicha provincia se enteraron por un operario de lo sucedido.

Domingo Jofre, integrante de la asamblea, plantea: “Esto no es minería sino un desastre, y además se hace evidente la falsedad de lo que planteaba la empresa: en Jáchal hay sólo 30 personas que trabajan en Veladero, y la ciudad no ha tenido mejoras, ni inversiones”. Los vecinos contaron a Lavaca que la cifra del derrame aún no está clara, “pero no son 30.000 litros sino unos 240.000”. (Lavaca. (s/f.) Jáchal y San Juan reclaman la prohibición de la minería a cielo abierto tras el derrame de cianuro en la mina de Barrick Gold. Recuperado de <https://www.lavaca.org/notas/jachal-y-san-juan-reclaman-la-prohibicion-de-la-mineria-a-cielo-abierto-tras-el-derrame-de-cianuro-en-la-mina-de-barrick-gold/>)

En cuanto a que la minería genera miles de empleos y un crecimiento económico local, logra dilucidar que generan puestos de trabajo en las fases iniciales, lo que crea una ilusión de trabajo permanente.

En su sitio web, la Secretaría de Minería de la Nación promete 380.000 empleos directos y 800.000 indirectos para 2025. Previsión incierta, pues según la misma Secretaría, en 2007 el país contaba con sólo 40.000 empleos directos en minería, lo que equivaldría a apenas 0,24% de la población económicamente activa (P.E.A.), compuesta por unos 16 millones de trabajadores. La Secretaría no indica qué metodología utilizó para calcular 192.000 puestos de trabajo indirectos, sumando un total de 232.000 empleos.

Estos datos contrastan con los publicados por el I.N.D.E.C., según el cual durante 2010 hubo un promedio de 19.412 trabajadores registrados en explotación de minerales no energéticos (es decir, sin considerar petróleo, gas, carbón y uranio): 7.127 en minerales metalíferos y 12.285 en otras minas y canteras. (Machado et al., 2015. p. 18)

En el mito 9, se habla de que la minería solo se realiza con el consentimiento previo de las comunidades involucradas

Pese a que la reforma constitucional de 1994 introdujo las consultas públicas, el caso de Esquel fue el único que pudo realizarse en Argentina.

Posteriormente se suspendió en tres oportunidades un plebiscito en Calingasta (San Juan), dos veces en Tinogasta (Catamarca), y en 2010, en Andalgala (Catamarca). La razón que aducen para tal rechazo es que los recursos naturales son de dominio originario de las provincias, y como tal, las localidades no pueden decidir sobre el tema. (Machado et al., 2015. pp. 69-70)

En el caso del Proyecto San Jorge, fue claro el ejemplo de la masiva audiencia, que duró más de trece horas, en la cual los ciudadanos, dejaron al descubierto el grado de consciencia y una gran cantidad de argumentos en contra que se desarrollara el mismo en la provincia. En la asamblea se dejó en claro el rechazo, la falta de licencia social a dicho emprendimiento. (Machado et al., 2015).

Por su parte, el fracking o método de fractura hidráulica, es aquel por el cual se realiza la extracción de hidrocarburos. Con respecto a esta actividad hay países que se encuentran a favor como Estados Unidos, Canadá quienes producen shale gas y shale oil, China que extrae gas y Argentina que extrae shale oil a través de YPF. Estos países aumentan su producción de hidrocarburos, logrando en un mediano plazo el autoabastecimiento. La fractura hidráulica representa una ventana para alcanzar la independencia energética de los países importadores de hidrocarburos.

Los países que están en contra son Francia, Alemania, Reino Unido, Suiza, Italia, entre otros, lo han prohibido debido al daño ambiental que provoca como la contaminación de acuíferos superficiales, el daño en la capa externa de la tierra, altos índices de utilización de agua y los gases que son expulsados a la atmósfera. (Fracking países a favor, países en contra y sus razones, s.f.).

Análisis Doctrinario: estructura y composición del sistema normativo argentino, relación interjurisdiccional Nación-Provincia en asuntos de recursos naturales

Una vez establecidos los impactos sobre los recursos hídricos que las actividades mineras producen, se comprendió que hay un riesgo concreto y es preciso determinar cómo está compuesto el sistema normativo nación-provincia y como es la interrelación entre las normas de ambas esferas. Para ello se recurrió al análisis de fuentes doctrinarias de modo de conceptualizar al sistema. Además, se realizará el correspondiente análisis doctrinario de la ley 7722 de Mendoza dada la importancia que ella tiene en la regulación de la actividad minera, para integrarlo al análisis del sistema normativo como un todo.

El constitucionalista Bidart Campos (s.f., p. 60) hace referencia a los nuevos artículos incorporados, en este caso el artículo 41, que habla exclusivamente sobre el Derecho Ambiental, dice que es una norma que toma un derecho que anteriormente podía ser ubicado en los Derechos de Tercera Generación o los Derechos no enumerados, establecidos en el artículo 33 de la Carta Magna. El artículo 41 habla de un Derecho de todos los habitantes, es decir que la Constitución ha personalizado una situación jurídicamente subjetiva. Y además al incorporar en el artículo 43 la acción de amparo y al hacer referencia a los derechos de incidencia colectiva, da por sentado la dimensión que tiene del Derecho de ambiente.

En cuanto al deber de preservación, el autor lo considera un deber jurídicamente exigible a todos y cada uno de los habitantes, dice que todos son una especie de agente público en el cuidado ambiental. Obligación que también recae sobre el Estado, es decir sus autoridades.

Cuando la norma dice que estas “autoridades” proveerán a la protección de “este derecho” al ambiente sano, apunta no sólo a una obligación de omisión para no dañarlo, sino a prestaciones positivas para lograr todo cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan, a recomponerlo, etc., y para exigir de los particulares

cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado. (Bidart Campos, s.f., p. 62)

En cuanto a los presupuestos mínimos del ambiente, es claro el autor (Bidart Campos, s.f., p.65) al afirmar que los mismos son propios del Estado Federal, y las normas complementarias que deben ser elaboradas por las provincias deben ser una adición para extender lo mínimo. Otro aspecto a tener en cuenta es el Derecho Internacional y la incorporación de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los cuales tienen mayor jerarquía que las leyes de presupuestos mínimos dictadas por el Congreso.

Por su parte Falbo (2009, p.45) refleja una línea de pensamiento similar a Bidart Campos al hablar de la importancia del artículo 41 de la Constitución Nacional, el autor considera que establece atributos y pautas rectoras, en materia ambiental, reflexiona en que “el artículo 41 constituye normas jurídicas, que tienen funciones delimitadoras, estos derechos ambientales operan como matriz para todos los demás derechos fundamentales debiendo orientar todas las formas de actuación de poderes públicos y de los particulares”(Falbo, 2009, p. 46). La Constitución proclama a su parecer la preferencia a la protección ambiental por sobre los intereses industriales, establece el Principio de Prioridad del Ambiente.

“El artículo 41, impone un objetivo ambientalista prioritario para el derecho, expandiendo sus efectos a todo el orden jurídico, se erige una pauta estricta y operativa de actuación ineludible” (Falbo, 2009, p.47).

Teniendo en cuenta que en el artículo 41, cuando se habla de presupuestos mínimos de protección ambiental, que establece que corresponde a la nación dictar los presupuestos mínimos y a las provincias las normas necesarias para complementarlas, el autor opina que las provincias han cedido a la nación la atribución de establecer la base en materia ambiental, sin necesidad de adhesión de las legislaturas locales. Estos

presupuestos están vigentes en todo el territorio de la nación salvo que una provincia tenga una norma que provea mayor eficacia a la tutela ambiental (Falbo, 2009, p. 71).

Con respecto al daño ambiental, considera que “es un daño sin límites, temporales ni espaciales- expansivo con efectos colectivos e individuales, donde quienes no han nacido cuentan como las generaciones actuales” (Falbo, 2009, p. 183).

Falbo (2009, p.183) considera al derecho ambiental, un derecho humano y cita a Lorenzetti “y la verdadera garantía de los derechos humanos consiste en su protección procesal a los fines de hacerlos efectivos”.

Lorenzetti da una definición jurídica de ambiente, diferenciando el derecho al medio ambiente adecuado, que es un derecho subjetivo de las personas, de la tutela del ambiente, que se concentra en el bien colectivo. (Lorenzetti, 2008, pp.14-15). Considera que se pasa a una concepción menos antropocéntrica y más geocéntrica, es decir que se toma a la naturaleza como sujeto. La escasez de recursos naturales los ha vuelto intrínsecamente valiosos, ya no sólo por su utilidad para los servicios humanos, sino en cuanto a su funcionamiento como medio de vida. Lo que significa una inversión copernica en la comprensión de los bienes jurídicos. (Lorenzetti, 2008, p.22). Lorenzetti (2008, p.8) habla del uso sustentable de recursos, es decir que pueden ser utilizados por todos, pero con reglas limitativas, para no comprometer a generaciones futuras.

Pastorino (2005, p.215) por su parte reflexiona que las constituciones provinciales se anticiparon a la Constitución Nacional, en materia de tutela ambiental, con normas preponderantemente vinculadas a aspectos procesales, ya que, por el sistema federal argentino, ese es el campo propio de competencia provincial. La reforma de 1994 establece el amparo como remedio para sanear la violación de derechos de incidencia colectiva, pero el autor lo considera insuficiente para soluciones de fondo ante casos complejos y de intereses múltiples. Se presentaron proyectos que proponían una acción

típica ambiental, que terminaba siendo una subespecie de amparo. Incluso da el ejemplo de la Constitución Bonaerense, que esbozo la posibilidad de una acción ambiental autónoma de raigambre constitucional, el antecedente es la Constitución de San Juan, que en su artículo 58, reza que “toda persona tiene derecho a pedir por acción de amparo, la cesación de las causas de la violación ambiental” (Pastorino, 2005, p.215).

Al referirse a las legislaciones provinciales, entre otros se refiere a la Ley 5.691 de Mendoza, Ley Preservación del Ambiente, la misma tiene un título especial “Defensa Jurisdiccional del Ambiente”, en el mismo se establece la acción de protección ante un daño grave o inminente o la cesación de perjuicios actuales que puedan prolongarse. y una acción de reparación de los daños para la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo. (Pastorino, 2005, p. 223).

Respecto a la ley 7722 de la provincia de Mendoza, es una ley que regula una actividad económica en particular, la minería, en su primer artículo prohíbe el uso de sustancias químicas como cianuro, ácido sulfúrico y mercurio en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo. (Ley 7722, 2007, art.1). Dichas prohibiciones, fueron realizadas en defensa del recurso hídrico, teniendo en cuenta que el mismo en la provincia de Mendoza, es escaso.

El derecho ambiental es un derecho humano, de incidencia colectiva, que al decir de Cafferatta (2020), es un derecho que protege los intereses de generaciones presentes y futuras, que nos lleva a pensar en nuevos sujetos de derecho, que requieren de protección, debido a su escasez y necesidad de su utilización para las actividades humanas, sino también por su importancia como medio de vida. (Lorenzetti, 2008, p. 22).

Partiendo de la necesidad de pensar en nuevos sujetos de derecho, hay que remitirse al ejemplo que da Cafferatta en su conferencia de Derecho Ambiental (2020), sobre la

TFG

Constitución de Bolivia, que considera a la Pachamama como sujeto de derecho, al cual hay que proteger. Esto lleva a pensar que, ciertos recursos, debido a su importancia, escasez y a su necesidad para la vida humana, deberían ser protegidos y considerados como sujetos de derecho.

Entonces, cerrando este apartado y según lo analizado, existe una ley nacional de presupuestos mínimos que regula de manera general los principios para el uso sustentable del medio ambiente y esta es la Ley 25675, otra de presupuestos mínimos específica que regula las bases para la utilización del recurso hídrico la ley 25688 y leyes complementarias de la materia a nivel provincial que son la ley provincial 7.722 que regula la utilización del agua en la explotación minera, la ley provincial 5691 y la ley provincial del agua de 1884. Estas leyes serán sometidas a análisis en el apartado siguiente.

Análisis del sistema normativo nación-provincia

Las leyes sometidas a análisis en este apartado son las mencionadas al final del apartado precedente, para realizarlo una vez determinado el objeto de cada norma, se realizó la comparación de estas teniendo en cuenta tres ejes fundamentales: en la Tabla 1 se reflejan en las cuatro leyes los presupuestos mínimos, los cuales en todos los casos se establecen las bases para lograr una gestión sustentable, teniendo como meta la preservación del medio ambiente.

En la Tabla 2 se establece la necesidad de un ordenamiento territorial para asegurar así un uso adecuado del ambiente.

En la Tabla 3, está plasmada la importancia de la participación ciudadana, incorporada en ambas leyes generales. En el caso de la ley 7722, no se habla de participación ciudadana, pero si, de la necesidad que los DIA (Declaración de Impacto Ambiental) sea ratificada por ley en la legislatura.

Ley 25675 Ley General de Ambiente	Ley 5961 General de Ambiente de Mendoza	Ley 25688 Régimen Nacional de Aguas	Ley 7722
Art. 1: establece los presupuestos mínimos para lograr una gestión sustentable y adecuada del ambiente	Art.1: establece los presupuestos mínimos para todo el territorio de la provincia de Mendoza.	Establece los presupuestos mínimos para la preservación del agua, su aprovechamiento y uso racional.	Presupuestos mínimos plasmados en el artículo 6, de la Ley 25675.
Sirven de base para todo el ordenamiento jurídico del territorio argentino	Resguarda el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable.	Se incorporan en el art. 1°.	Con la prohibición de las sustancias enumeradas en el artículo 1°, se aprecia la protección que se realiza del recurso hídrico.
Son las bases a partir de las cuales las legislaciones provinciales deben establecer reglamentaciones complementarias	Es la legislación complementaria de la Ley Nacional 25675	Se refieren al uso del agua en todo el territorio nacional	De esta manera protege al ambiente de un daño inminente generado por la minería metalífera. (actividad regulada por dicha ley)

Tabla 1: Cuadro Normativo: Ejes de análisis Presupuestos mínimos - Fuente: elaboración propia

<i>Ley 25675 Ley General de Ambiente</i>	<i>Ley 5961 General de Ambiente de Mendoza</i>
<p>En el artículo 10 establece que el ordenamiento territorial debe asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales y la conservación y protección de ecosistemas.</p>	<p>Art. 3: habla sobre la preservación, mejoramiento, conservación y defensa del medio ambiente</p>
<p>Promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable.</p>	<p>Menciona diversas actividades económicas, las cuales deben realizarse en función de los valores del ambiente.</p> <p>Prepondera la utilización racional de los recursos naturales, para la protección de estos</p>

Tabla 2: Cuadro normativo: Ejes de análisis Conservación y protección del medioambiente y uso sustentable de recursos naturales - Fuente: elaboración propia

<p><i>Ley 25675 Ley General de Ambiente</i></p> <p>Art. 19: establece que toda persona tiene derecho a opinar respecto a procedimientos que se relacionen con lo referido a la protección y preservación del ambiente, sean estos de incidencia general o particular</p>	<p><i>Ley 5961 General de Ambiente de Mendoza</i></p> <p>Art. 17: establece que cuando hayan hechos que amenacen el goce de derechos colectivos, pudiendo producir desequilibrios ecológicos, provocando el peligro de la sustentabilidad ambiental o calidad de vida de los ciudadanos, los mismos pueden ejercer ante los tribunales correspondientes la acción de protección para la prevención de un daño grave e inminente</p>	<p><i>Ley 7722</i></p> <p>Art.3: establece que los proyectos de minería metalífera, en todas sus fases, la Declaración de Impacto Ambiental, debe ser ratificada por ley, en la Legislatura Provincial. Se aprecia la participación ciudadana indirecta a través de sus representantes</p>
--	---	--

Tabla 3: Cuadro normativo: Ejes de análisis participación ciudadana - Fuente: elaboración propia

Antecedentes Jurisprudenciales sobre regulación de la actividad minera en la provincia de Mendoza

Como se pudo establecer en apartados anteriores la ley 7722 de la provincia de Mendoza, regula la utilización del agua para la actividad minera, es por ello que tal ley ha sido reputada de inconstitucional por diversas empresas dedicadas a la explotación. Es preciso entonces revisar la jurisprudencia de la provincia obrante al respecto, para determinar el modo en que la cuestión ha sido entendida por la justicia.

En el 2007 al mes de ser promulgada la ley 7722, doce empresas mineras presentaron acciones de inconstitucionalidad, por cuestiones de tramites solamente quedaron diez recursos. Las empresas solicitaron la inconstitucionalidad de dicha ley, argumentando que la ley violaba el principio de igualdad, el derecho a ejercer una industria lícita, desbarataba el derecho de propiedad, transgredir normas superiores: Código de Minería, vulneraba la seguridad jurídica, el principio de irretroactividad legal, carecía de argumentación científica, la reputaban como contradictoria, al prohibir y luego establece el procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental, en adelante EIA. Los accionantes tenían dos objetivos claros: en primer lugar, atacar la prohibición del empleo de sustancias químicas altamente contaminantes y atacar la intervención del Poder Legislativo para la ratificación posterior de la Declaración de Impacto Ambiental. (Rodríguez Salas, s.f., pp. 13-14)

La defensa de la ley 7722 llevada a cabo por la Asesoría de Gobierno y la Fiscalía de Estado, replicó cada uno de los cuestionamientos, haciendo eje principalmente en los principios precautorios y de prevención. (Rodríguez Salas, s.f., p.14).

En este sentido la SCJN ha dicho: «La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho. Por esta razón, cabe

señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente. (Rodríguez Salas, s.f., p.15).

La provincia se empeñó en demostrar que la ley respondía a las particularidades del ecosistema provincial, principalmente al bien colectivo agua. La principal situación de amenaza es la contaminación del recurso hídrico existente en la provincia de Mendoza. (Rodríguez Salas, s.f., pp.17-18).

Palermo, Juez de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza en adelante CSJM, reflexionó que la decisión precautoria del legislador mendocino, en el sentido de no esperar la prueba determinante que acredite con certeza que la actividad minera efectivamente causa perjuicios irreparables para el recurso hídrico de la provincia, se debe a la importancia que tiene el agua como derecho humano. (Rodríguez Salas, s.f., pp.21-22).

Adaro, por su parte considera que la Corte se encontraba frente al deber de garantizar un medio ambiente sano, saludable o adecuado como derecho humano de Tercera Generación. (Rodríguez Salas, s.f., p.22).

Nanclares, miembro de la CSJM, expuso que se está ante el surgimiento de un nuevo bien jurídico colectivo: el ambiente. En la lucha en defensa del medio ambiente y la salud, se imponen mecanismos anticipatorios, a la luz de principios de prevención y precautorios de política ambiental. (Rodríguez Salas, s.f., p.22).

Llorente por su lado exteriorizó que la provincia ha sido pionera en el cuidado del recurso hídrico, lo que ha permitido a los mendocinos supervivir en el desierto. Este bien sustancial para la vida ha sido puesto por el legislador como prioridad en la redacción de la ley. (Rodríguez Salas, s.f., p.22).

Adaro, siguiendo el Código Civil y Comercial, aprecia que éste introduce la materia ambiental y el principio de sustentabilidad y de equidad intergeneracional. (Rodríguez Salas, s.f., p.23).

El fallo esta enraizado en el sistema jurídico ambiental, en sus principios y normas constitucionales, y en los valores que lo sostienen. Da muestra de la consolidación de la institucionalidad ambiental mendocina. (Rodríguez Salas, s.f., p.34).

Por voto mayoritario se establece la constitucionalidad de la ley 7722, hubo un solo voto con disidencia parcial, el Dr. Adaro quien la consideró constitucional exceptuando el primer párrafo del artículo 3 de la misma, quien expone que:

Una primera conclusión indica que el legislador partió de la premisa de subestimar, en forma negativa, el control que el Estado realiza respecto a la actividad minera. Por ello, de esa concepción, es que fijó instrumentos de protección del medio ambiente, de características restrictivas, como la acción de prohibir; o ratificar legislativamente como mecanismo de doble control respecto al dictado del acto administrativo correspondiente a la Declaración de Impacto Ambiental. (Rodríguez Salas, s.f., p.29).

Otro fallo plenario similar sobre la misma actividad que se dio en el país fue en la provincia de Córdoba, el mismo fue sobre una ley que prohíbe la minería metalífera en la modalidad a cielo abierto, la ley 9526. La diferencia entre esta ley y la de la provincia de Mendoza, establece esencialmente, que la ley cordobesa prohíbe la actividad minera a cielo abierto, no la regula. El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba consideró que la magnitud de las consecuencias ambientales que genera la actividad minera y dado los antecedentes en la provincia, la ley contaba con fundamento y sustento. El fallo destaca “El ambiente constituye un bien colectivo supremo”. (Rodríguez Salas, s.f., p.20).

Análisis Documental del código procesal, y leyes de forma, garantías precautorias del medio ambiente

Dada la revisión de los antecedentes jurisprudenciales es preciso revisar en primer lugar el mecanismo procesal para la acción de inconstitucionalidad, como es su regulación y como puede ser utilizada por los ciudadanos y los particulares, puntualmente en la provincia de Mendoza.

En la provincia de Mendoza la acción de inconstitucionalidad está expresamente reservada a la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, atribución otorgada en el artículo 144 inciso 3 de la Constitución de Mendoza. Dicho control puede ser difuso cuando se plantea en forma de excepción o por vía recursiva (Recurso de Inconstitucionalidad y Recurso de amparo, siguiendo los requisitos establecidos en el artículo 43 de la Constitución Nacional), los mismos pueden ser ejercidos de manera directa ante la Corte Suprema mendocina. (Maldonado, 2019, p.3).

El artículo 48 de la Carta Magna provincial, reza que es inconstitucional toda ley, decreto, ordenanza o disposición, que se contraponga a ella y otorga a los jueces la obligación de no aplicarlas y legitimación activa a los afectados para solicitar su nulidad. (Maldonado, 2019, p.3).

Los sujetos legitimados según el artículo 227 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza son, el Fiscal de Estado, que siguiendo a Barraquero (1997) es un órgano con independencia de los funcionarios, cuya función es la de vigilar el cumplimiento de la Constitución en la provincia, está para sostener los intereses fundamentales de la misma. (Maldonado, 2019, p.4) El fiscal de Estado tiene el plazo de un mes desde la entrada en vigencia de la norma en cuestión, el mismo empieza a computarse a partir del octavo día de su publicación en el Boletín Oficial o de la fecha que la misma ley establece para su entrada en vigencia. El segundo sujeto legitimado son las personas físicas o jurídicas de carácter privado, pueden realizar la acción directamente, con el requisito de que exista una afectación concreta o interés legítimo, tiene el plazo de un mes a partir de la afectación del interés legítimo. (Maldonado, 2019, pp.3-5).

Es necesario aclarar que el sistema prevé un control de constitucionalidad abstracto y preventivo, en el caso de los particulares deben acreditar un daño potencial. Los efectos de la sentencia serán declarativos y reparadores.

Finalmente, con relación a los Efectos de la Sentencia también hay que distinguir según el objeto de la acción, la misma no sólo tiene efectos declarativos, sino que, conforme lo establece el Art. 48 de la Constitución de Mendoza, la misma puede tener efectos reparadores. La norma constitucional expresamente prevé el afectado, además de demandar la nulidad, la persona afectada podrá reclamar la indemnización por los daños que dicha norma le ocasione. Podetti en la nota al Art. 223 del C.P.C. también explica este aspecto de la sentencia cuando explica que la acción puede perseguir la reparación de un perjuicio cuando, de la norma ha devenido una lesión o la prevención de un perjuicio cuando lo que se pretende es evitar una lesión, en este último caso la sentencia va a tener efecto meramente declarativo. (Maldonado, 2019, p.6).

Respecto a los mecanismos de participación ciudadana en la provincia de Mendoza respecto a la materia ambiental están estipulados en el artículo 17 de la ley 5691 Ley de Preservación del Medio Ambiente, de la provincia, en el cual establece que en el caso de haber hechos que pongan en peligro el equilibrio ecológico afectando la sustentabilidad ambiental, los ciudadanos pueden ejercer las acciones correspondientes ante los tribunales provinciales para exigir la protección para la prevención de un daño grave e inminente, como así también la reparación de los daños causados. (Ley 5691, 1992, art.17). Esta ley se encuentra en concordancia con el artículo 19 y subsiguientes de la Ley General de Ambiente, que establece que: “Toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.” (Ley 25675, 2002, art.19).

En la provincia está reflejada la participación ciudadana indirecta, en el artículo 3 primer párrafo de la Ley 7722, que establece que las Declaraciones de Impacto Ambiental, en referencia a la actividad minera, deben ser ratificados en la Legislatura Provincial para ser aprobados. El mismo reza:

Para los proyectos de minería metalífera obtenidos a cualquier método extractivo para las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización, la DIA debe ser ratificada por ley. Los informes sectoriales municipales, del Departamento General de Irrigación y de otros Organismos Autárquicos son de carácter necesario, y se deberá incluir una manifestación específica de impacto ambiental sobre los recursos hídricos conforme al artículo 30 de la Ley 5961. (Ley 7722, 2007, art.3).

De lo expuesto anteriormente en las leyes provinciales 5961 y 7722, se concluye que en la provincia de Mendoza, hay dos formas de participación ciudadana: la directa establecida en la ley 5961, artículo 17, que sigue la línea de la ley 25675 de Nación. Y la participación ciudadana indirecta a través de la ratificación de la Declaración de Impacto Ambiental en la Legislatura provincial, establecido en el artículo 3 primer párrafo de la ley 7722, que regula la actividad minera.

Discusión

A la luz de los resultados expuestos, el sistema normativo nacional y provincial que garantiza la protección del recurso hídrico ante su uso para la explotación de los recursos mineros que la provincia posee, está integrado por la Constitución Nacional, la Ley General de Ambiente 25.675, la Ley General de Aguas 25.688, a nivel nacional. Y a nivel provincial por la Constitución de Mendoza, la Ley de Preservación de Ambiente 5691, el Código Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, y la ley 7.722. Además, las leyes provinciales tienen sus bases en los principios que ha establecido la constitución nacional como estructura fundante de todo el ordenamiento jurídico del país, establecidos en el artículo 41 de la Carta Magna.

Respecto a las actividades extractivistas, que se pueden realizar en la provincia de Mendoza, son dos el fracking y la minería metalífera a cielo abierto, que por la experiencia que se ha analizado en la obtención de resultados, generan daños irreparables en los ecosistemas donde son desarrolladas, ya que tanto una como la otra, necesitan para cumplir sus objetivos cuantiosas cantidades de agua. Siendo éste un recurso escaso en la provincia, pudiendo generar la contaminación del mismo, por las sustancias altamente tóxicas utilizadas para el desarrollo de las actividades de explotación.

En Argentina hay claros ejemplos de las consecuencias de la actividad: en el caso del distrito de Jáchal, en San Juan se contaminaron cinco ríos por un derrame de cianuro; por su parte, la provincia de Córdoba sanciona la Ley 9.526, que prohíbe la actividad minera a cielo abierto por las consecuencias causadas en dicha provincia. Teniendo en cuenta la escasez e importancia del recurso hídrico, es indispensable contar con una normativa en la provincia, que regule dichas actividades y el uso que realicen las mismas de dicho recurso.

Respecto a la composición del sistema normativo, según la doctrina, juristas como Bidart Campos (s/f), y Falbo (2009), coinciden en considerar al artículo 41 de la Constitución Nacional como el que establece las pautas rectoras, sobre la cual las provincias deben legislar, siempre procurando el mejoramiento del medio ambiente, es decir las legislaciones provinciales no deben retroceder en cuestiones ambientales, ya que se consideran un derecho humano, por la importancia de algunos recursos para la vida humana, como en este caso el hídrico, debe protegerse tanto para generaciones presentes como futuras. Lorenzetti (2008), por su lado, considera que se ha pasado a una visión geocéntrica tomando a la naturaleza como sujeto, debido a la importancia de los recursos naturales para la vida humana. Es decir, ambos coinciden en la importancia de los recursos naturales y la necesidad de su protección.

La Ley General de Ambiente 25.675, amplía las nociones primarias sobre legislación ambiental, en ella están enumerados los presupuestos mínimos de los que habla el artículo 41 de la Constitución Nacional, los cuales son de competencia federal, siguiendo a Falbo (2009) considera que ésta es una facultad otorgada por las provincias a la nación, al igual que la Ley 25.688 que regula los presupuestos mínimos de protección del agua, por su parte las leyes mendocinas 5.691 y 7.722, son el complemento de éstas. En particular la ley 7.722 regula la actividad minera a cielo abierto y el uso que realiza la misma del agua en la provincia.

Del análisis normativo de las leyes 25675, 25688 a nivel nacional y 5961 y 7722 a nivel provincial, se puede establecer que la legislación provincial ha seguido la línea a nivel nacional complementando y elevando el piso mínimo establecido por ellas. Por su lado la 7722 incorpora los presupuestos mínimos establecidos en el artículo 6 de la 25675, ya que la misma es una ley precautoria y preventiva, que prohíbe el uso de sustancias

químicas altamente tóxicas que pueden provocar la contaminación del ecosistema mendocino, principalmente de las cuencas de agua dulce de alta montaña. Al comparar la Ley General de Ambiente 25675 y la Ley 5691 de la provincia, se puede establecer que ambas son concordantes y entre las mismas no hay discrepancias respecto al uso sustentable del medio ambiente.

Respecto a la participación ciudadana, tanto la ley 25675 como la 5691, los establecen de modo directo en su articulado, por su lado la 7722, establece la participación ciudadana de modo indirecto, a través de la ratificación de la Declaración de Impacto Ambiental en la Legislatura provincial.

En definitiva, las leyes analizadas y comparadas se encuentran como punto de conexión que todas establecen similares presupuestos mínimos para el cuidado del medio ambiente, para lograr el equilibrio ecológico, pretendiendo permitir la utilización de los recursos naturales por las generaciones presentes, sin comprometer a las generaciones futuras.

La ley 7.722 al decir de los jueces, que establecieron su constitucionalidad en la causa de las mineras contra el estado provincial, es una ley en la cual se establecen los principios de prevención y precaución ante actividades extractivistas. Los jueces de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza consideraron que tenían el deber de garantizar un ambiente sano, siguiendo el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Los ciudadanos mendocinos ante un daño grave e inminente pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, a partir que el daño comience a producirse o sea inminente el mismo, según establece el artículo 227 del Código Civil, Comercial y Tributario de Mendoza. El Fiscal de Estado, también está

legitimado en caso de que se sancione una ley que sea inconstitucional, a partir de que la misma entre en vigencia.

Respecto a los mecanismos de participación ciudadana, la población argentina cuenta con ellos y estos mismos han sido incorporados a la Constitución Nacional en la reforma de 1994. Así mismo, la Ley General del Ambiente 25675, en su capítulo de “Participación Ciudadana” fija estos mecanismos y además obliga a las autoridades a establecer los mismos en todo el territorio nacional. Sin embargo, como se analizó anteriormente en los resultados, esto no se ha cumplido, excepto en el caso de Esquel (Machado et al., 2015).

Se puede establecer que el recurso hídrico en la provincia de Mendoza se encuentra protegido por las leyes provinciales 7.722 y 5.961, cuyas bases y fundamentos se encuentran en la Constitución Nacional y las leyes de presupuestos mínimos 25675 y 25688. Ante la inminente sanción de una ley que vaya en contra del cuidado del recurso hídrico o que pueda generar un perjuicio a los mendocinos por el menoscabo del medioambiente, los mismos pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, o pueden llevar a cabo la acción de amparo, cumpliendo los requisitos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

De lo analizado con anterioridad, se puede establecer que, aunque la legislación provincial sea congruente con la legislación nacional, esta investigación no ha reflejado la obligatoriedad del ejecutivo provincial de establecer la consulta popular ante la inminente modificación de la ley 7722 por una ley que vaya en contra de los presupuestos mínimos establecidos tanto a nivel nacional como provincial, en resguardo del recurso hídrico, como sucedió en diciembre pasado. Esto abre la posible investigación de esta cuestión en futuros trabajos.

Para finalizar, esta autora afirma que, ya que el recurso hídrico es tan importante, su cuidado fundamental, y que gracias al uso sustentable que históricamente la provincia de Mendoza ha realizado con este ha sido considerada un oasis, se podrían estudiar los requisitos para que, en un futuro cercano, en la Constitución de la provincia este vital recurso, sea considerado como sujeto de derecho, teniendo en cuenta que también es considerado un derecho humano debido a su importancia para la vida humana. Además de considerar necesario, que la ley 7722 cuente con la protección jurídica adecuada, para que así los mendocinos tengan la tranquilidad que a misma no va a ser modificada en desmedro del ambiente mendocino.

Referencias

- Aquabook. (s.f.). *Gestión prospectiva del agua en Mendoza: pasado, presente y futuro. Ley de Aguas (1884)*. Recuperado de http://aquabook.agua.gob.ar/513_0
- Bidart Campos, G. (s.f.). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II.
- Cafferatta, N. (22 de marzo de 2020). Una clase completa sobre derecho ambiental a cargo del profesor Nestor Cafferatta [Archivo de video]. Recuperado de https://www.instagram.com/tv/BKrgdH4zs/?utm_source=ig_web_button_share_sheet
- Consejo Empresario Mendocino, CIPPEC & Fundación Vida Silvestre (2015). Minería Responsable para el crecimiento con equidad. El caso de Mendoza. Recuperado de <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1052.pdf>
- Constitución de la Nación Argentina [Const.]. (15 de diciembre de 1994).
- Constitución de la Provincia de Mendoza. [Const.]. (11 de febrero de 1916).
- Constitución Política del Estado de Bolivia CEP [Const.]. (25 de enero de 2009).
- Declaración sobre Justicia Hídrica. Declaración de 10 Principios, 8vo Foro Mundial del Agua. Brasília, (2018). Recuperado de https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilia_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation_0.pdf
- Duro comunicado de IANIGLA-CONICET contra la reforma de la 7722. En *Universidad* (s.f.). Recuperado de <http://www.universidad.com.ar/duro-comunicado-del-ianigla-conicet-contra-la-reforma-de-la-7722>
- Falbo, A. (2009). *Derecho Ambiental*. 1ed. La Plata: Librería Editora Platense.
- Fracking: países a favor, países en contra y sus razones. (s.f.). Recuperado de <https://geoinnova.org/blog-territorio/fracking-paises-favor->

países/?gclid=CjwKCAjwqpP2BRBTEiwAfpiD-
3OvizKsMpWSlh914aPpwv6qicEHUGEMpe1cSU0ETV30uaFiBgpsAxoCuDwQ
AvD_BwE

Hacia una Minería Sustentable. En *Cámara Argentina de Empresarios Mineros*. (s.f.).

Recuperado de <https://www.caem.com.ar/hacia-una-mineria-sustentable-hms/>

Jáchal y San Juan reclaman la prohibición de la minería a cielo abierto tras el derrame de

cianuro en la mina de Barrick Gold. En Lavaca.org (s.f.). Recuperado de

<https://www.lavaca.org/notas/jachal-y-san-juan-reclaman-la-prohibicion-de-la-mineria-a-cielo-abierto-tras-el-derrame-de-cianuro-en-la-mina-de-barrick-gold/>

La mina Veladero gasta más de 9 millones de litros de agua en San Juan. En *Diario Los*

Andes (s.f.). Recuperado de <https://www.losandes.com.ar/article/veladero-gasta-mas-de-9-millones-de-litros-de-agua-por-dia>

Ley de Aguas de 1884. (s.f.). Recuperado de

<http://teoriadelaapariencia.blogspot.com/2013/02/ley-de-aguas-de-mendoza-de-1884.html>

Lorenzetti R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. 1ed. México: Porrúa.

Machado, H., Svampa, M., Viale, E., Guiraud, M., Wagner, L., Antonelli, M., Giarracca,

N. & Teubal, M. (2011). *15 mitos y realidades de la minería trasnacional en Argentina*.

Maldonado, J. (2019). *Control de constitucionalidad por vía de acción en la Provincia de Mendoza*. Manuscrito no publicado. Universidad de Bolonia.

Minería a cielo abierto en Argentina. En *La vuelta al mundo* (s.f.). Recuperado de

<https://lavueltaalmundo.com.ar/poniendo-en-cuestion-la-megamineria-que-consecuencias-y-justificaciones-estan-detras-de-la-modificacion-de-la-7722>

Pastorino, L. (2005). *El daño del Ambiente*. 1 ed. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis

Rodriguez Salas, A. (s.f.). *Análisis de un plenario sobre ambiente y Minería*.

Sector Minero. (2 de septiembre de 2017). *Diario Los Andes*. Recuperado de <https://www.losandes.com.ar/article/sector-minero>

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (27 de noviembre de 2002). Ley General del Ambiente. [Ley 25675].

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (30 de diciembre de 2002). Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. [Ley 25688].

Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza. (30 de agosto de 2017). Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. [Ley 9001.]

Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza. (22 de junio de 2007). Ley del Pueblo (7722).

Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza. (26 de agosto de 1992). Ley de Preservación del Medio Ambiente. [Ley 5961].

Valls, A. (2016). *Derecho Ambiental*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.