



Institución a la que pertenece: Universidad Empresarial Siglo 21

Carrera: Abogacía

Nombre y Apellido del autor: Jorge Agustín Barrionuevo

DNI: 33.466.567

Legajo: VABG76903

Tutor: María Laura Foradori

Tema elegido: Modelo de Caso/Nota a Fallo, Derecho Ambiental

Título de la nota: Disposición de los recursos naturales provinciales con relación a los presupuestos mínimos: Importancia estratégica del agua y los derechos colectivos

Sumario

I. Introducción — II. Descripción del problema Jurídico — III. Plataforma Fáctica, Historia Procesal— IV. Interpretación del Tribunal, Ratio Decidendi —V. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales —VI. Postura personal del autor. — VII. Conclusión. — VIII. Listado bibliográfico

I. Introducción:

El fallo que a continuación vamos a comentar corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha: 4 de junio de 2019. En los que encontramos como actor a: Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otros y la Provincia de San Juan. Quienes demandaron al Estado Nacional presentando un recurso de Acción declarativa de inconstitucionalidad. Veremos que la decisión fue tomada por la votación de los magistrados: Maqueda, Lorenzetti, Rosatti (Voto Conjunto) - Rosenkrantz (Voto Propio) - Highton (Voto Propio).

La importancia de este fallo radica especialmente en que brindará una correcta interpretación frente al aparente enfrentamiento de normas Constitucionales en relación a una Ley Nacional. Se realiza un análisis de la articulación del artículo 41 de la Constitución Nacional que consagra el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, y del 124 que establece que las provincias tienen el dominio de sus recursos naturales, sosteniendo que la protección del ambiente es una tarea conjunta entre el gobierno nacional y las provincias. Asimismo, la relación de primacía que tienen los derechos ambientales por sobre los derechos individuales, poniendo énfasis en el derecho al agua y su estrecha relación con la preservación de los glaciares.

Para hacer este recorrido de análisis comenzaremos mencionando e individualizando el problema jurídico, luego daremos paso a la historia procesal para conocer cuál es la plataforma fáctica —el hecho que da lugar a la acción— y luego la interposición de demanda. Concluido ello veremos la interpretación y resolución del tribunal con respecto a lo planteado en la mencionada demanda. Para luego exponer algunos conceptos provenientes de la doctrina y la jurisprudencia, los cuales serán necesarios para el tratamiento que seguidamente se realizará en la posición del autor. Finalmente culminaremos con la conclusión de la nota dándole cierre al presente estudio.

II. Descripción del problema Jurídico:

A la Suprema Corte de Justicia de la Nación llega una acción declarativa, interpuesta por Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otros junto a la Provincia de San Juan, solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial, denominada “Ley de Glaciares”.

Argumentaron, entre otras cuestiones, que medió violación del debido proceso legislativo en el trámite parlamentario de la ley, que sus previsiones configuraban, además, un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente. Y también que la Ley de glaciares obligaba a los emprendimientos mineros —que al momento de su sanción se encontraran en ejecución sobre glaciares y periglaciares— a someterse a una nueva auditoría y que de ello podría derivarse una medida adicional de protección ambiental, el cese o el traslado. Dejando así establecida una problemática axiológica, en donde algunos principios y normas procesales, constitucionales y ambientales, deben ser aclarados o definidos para su correcta aplicación.

III. Plataforma Fáctica, Historia Procesal:

En el año 2010 se sancionó la Ley 26.639 “Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial” —de ahora en adelante Ley de Glaciares— la cual sumó controversia ya que explotaciones mineras que se estaban llevando a cabo en la provincia de San Juan se encontraban situadas en una zona periglacial, por lo que, una vez sancionada la ley, las actividades de explotación fueron suspendidas.

Acto seguido, la provincia de San Juan y la empresa de explotación minera Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otros iniciaron una Acción declarativa de inconstitucionalidad contra el Estado Nacional respecto a la Ley de Glaciares. Plantearon los accionantes, entre otras cosas, una falla en la técnica legislativa debido a que la cámara de origen eliminó un artículo que habiendo sido incorporado por la cámara revisora previo a ser promulgada la mencionada ley. Y también adujeron que se violaban los derechos

que tenía la provincia de San Juan para administrar y explotar sus propios recursos naturales, ya que dicha ley no dejaba posibilidad a la actividad minera en absoluto.

IV. Interpretación del Tribunal, Ratio Decidendi:

Como ya fue mencionado, en éste fallo el tribunal dio respuesta a más de una problemática, los fundamentos o argumentos que ha tenido en cuenta para llegar a una decisión son los siguientes:

Con respecto a la cuestión del mal desarrollo de la técnica legislativa y su consecuente nulidad. La corte dijo que esto no era así, ya que según la práctica parlamentaria citó: "estamos haciendo algo que hemos hecho de manera reiterada en esta Cámara. Muchas veces hemos excluido artículos que venían de la Cámara de Diputados. Hay antecedentes suficientes al respecto" (Senador Pichetto, p. 206 de la versión tabigráfica de las sesiones del 29 y 30 de septiembre de 2010). "...Cuando un proyecto de ley vuelve al Senado como Cámara de origen con adiciones o correcciones, ésta puede aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora...". Reglamento cámara de senadores de la nación (2016) -artículo 177.

Sobre los recursos hídricos y el manejo de recursos naturales por parte de las provincias y el rol del Estado Nacional, mencionaron que afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua (artículo 1°)- la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos. Entendiendo al ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible", Fallos: 340:1695 y 329:2316.

El ambiente -ha dicho este Tribunal-"no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario", Fallos: 340:1695, considerando 5°.

La "protección de los glaciares y del ambiente periglacial con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas;

para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico", Ley de glaciares – Artículo 1.

En cuanto a la disputa de la intromisión del Estado Nacional en derechos que corresponden a las provincias dijo el tribunal que el artículo 41 -que establece las facultades federales de dictar los presupuestos mínimos ambientales- y el 124 -que afirma el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales- deben ser interpretados buscando la adaptación de la gestión de los recursos naturales para cumplir de la forma más fidedigna posible el proyecto ambiental de federalismo concertado que establece la Constitución Nacional. Esa tarea de interpretación constitucional es primariamente de las autoridades federales y provinciales, que deben conjugar intereses en el plano del debate político para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución. Finalmente, cuando existen grandes grupos de derechos de incidencia colectiva atinentes al ambiente -que involucran la posibilidad de estar afectando el acceso de la población al recurso estratégico del agua- la controversia no debe ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

La jueza Highton de Nolasco, en su voto concurrente, consideró que las concesionarias Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A. como ser también la provincia de San Juan formularon sus cuestionamientos en torno a la nulidad e inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares de manera genérica y, en consecuencia, no invocaron la existencia de elementos suficientes para tener por configurado un caso o controversia judicial que habilite a la Corte Suprema a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

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

En lo que respecta a la provincia de San Juan, el juez Rosenkrantz también entendió que no existía un caso justiciable, en primer lugar porque la mencionada provincia no había invocado un “acto en ciernes” que, en forma actual, afecte de manera directa las prerrogativas constitucionales invocadas. Tampoco la provincia de San Juan había logrado demostrar, en forma concreta, el modo en que el avance que habría efectuado el Congreso Nacional sobre sus prerrogativas provinciales afecta el ejercicio de atribuciones constitucionales que son propias

V. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales:

A continuación, veremos algunos conceptos, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, que resultan esenciales para la lectura de esta nota fallo. Primeramente, comenzaremos con los relacionados a la interpretación de los artículos 41, 124 de la Constitución Nacional y presupuestos mínimos, para luego abordar los conceptos de agua, recursos naturales estratégicos y derechos colectivos:

Según nos dice Gelli (2013), aunque la delimitación de competencia entre el Estado Nacional y las jurisdicciones locales en materia ambiental es una cuestión problemática, el art. 41 reconoce a las provincias competencia constitucional sobre el punto, siempre que no se acredite concretamente que la actividad habilitada por la autoridad local vulnera los presupuestos mínimos de protección de los definidos por la ley nacional. Una vez dictada la ley nacional, la competencia de las jurisdicciones locales deviene residual.

La reglamentación del artículo 41 de la Constitución queda incluida entre las potestades delegadas por las provincias en el Estado federal (art. 121 CN). Se trata de una facultad otorgada prioritariamente a la Nación en todo el territorio del país, ya que las provincias se limitan a dictar normas complementarias acordes con las características locales de las que, sobre esta materia, emanen del Gobierno nacional. Badeni (2010)

El poder delegado a la Nación por las provincias de establecer los presupuestos mínimos ambientales no constituye una mera declaración teórica, sino que el Estado Nacional recibió la facultad de instrumentar mediante ese tipo de leyes los medios para lograr el fin constitucional de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”, artículo 41. Fallos: 329:2975 (2017),

El artículo 124, por una parte, otorgó jurisdicción a las provincias en la medida de su "dominio originario" sobre aquellos recursos. Pero debe dilucidarse de qué jurisdicción se trata, cuál es el alcance de dicha potestad, lo cual depende de la concurrencia con facultades federales y de su encuadramiento armónico cuando el ejercicio de tal jurisdicción corresponda al Estado Nacional. Cassagne (2010).

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada. Fallos: 330:1791 (2007)

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Fallos: 340:1695, considerando 5° (2019). Ante esto Sabsay (2019) sostiene que el modelo antropocéntrico-dominial del agua se ha visto reemplazado por un nuevo paradigma: el eco-céntrico.

Sabiendo que, se establece el deber de proteger las cuencas hídricas en general, en vistas de su importancia como recurso indispensable para el sustento de la vida. Fallos 340:1695 (2017). Es que Sabsay (2019) dirá que es necesaria una mirada de Justicia climática, entendida esta como "la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad".

Dentro de los recursos naturales que se encuentran en nuestro país, el agua es uno de los más valiosos. El acceso al agua potable es un derecho cuya tutela implica modificar la visión según la cual la regulación jurídica del agua se basa en un modelo antropocéntrico, puramente dominial dado que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente. Fallos: 337:1361 (2014) y 340:1695 (2017). Con respecto a las grandes masas de hielo que constituyen un reservorio de agua para nuestro país Rodríguez (2011) dice que los glaciares constituyen una fuente de agua dulce de un valor estratégico fundamental (a nivel interno, regional e internacional) que han evidenciado un claro retroceso en los últimos años como consecuencia del Cambio Climático. Frente a la

necesidad de protección de estos importantes reservorios de agua, el Congreso Nacional sancionó hace más de un año la Ley N° 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Protección de Glaciares y del Ambiente Periglacial, constituyendo la primera norma específica sobre el tema tanto en Argentina como en los países de la región que poseen glaciares.

No debe regularse el recurso agua, la protección de los bosques, la contaminación, el tratamiento de los residuos, etc., considerándolos como compartimentos estancos y sin tener en cuenta sus denominadores comunes y su relación con el todo. Debe tenerse en cuenta una mirada global en cuanto a estos recursos vitales, para su preservación, considerando que su afectación incide no solo en una provincia y su población sino en todo el territorio argentino. Salerno (2007)

Las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Corte. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva, artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable, artículos 1°, 2° y 4° de la Ley 25.675 General del Ambiente (2002). Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar “modalidades de consumo y producción sostenibles” en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12).

VI. Postura personal del autor:

Luego del análisis realizado en el punto anterior, debo decir que considero oportuna la decisión del máximo tribunal que ha fijado un precedente de gran importancia en materia ambiental y constitucional en cuanto a la correcta interpretación de los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional, ratificando la constitucionalidad de la Ley de Glaciares, priorizando la preservación de este recurso estratégico de gran interés para el pueblo argentino y su bienestar futuro. No debemos utilizar las normas constitucionales como escudo para llevar adelante prácticas que atenten contra el bienestar general.

Asimismo, comprenderse que las provincias siendo poseedoras de los recursos naturales no están facultadas a explotarlos sin medir las consecuencias que podría ocasionar dicha actividad, más aún cuando afecta los derechos de otras provincias o incluso de los llamados derechos colectivos de los ciudadanos argentinos.

A su vez coincido con que el acceso al agua potable es un derecho cuya tutela implica modificar una visión según la cual la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua debe ser eco-céntrico, o sistémico, y no tener en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

Preservar el ambiente y los intereses colectivos que surgen de este son un límite a la autonomía provincial en cuanto a la explotación de sus recursos naturales en favor de derechos colectivos, logrando así que se realice una responsable administración de dichos recursos, preservando el bien común y pensando en las generaciones futuras.

VII. Conclusión:

Como hemos visto luego de que Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otros y la Provincia de San Juan presentaran su acción de inconstitucionalidad de la ley 26.639, la que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial, dejando así establecida una problemática axiológica, en donde algunos principios y normas procesales, constitucionales y ambientales, deben ser aclarados o definidos para su correcta aplicación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda de inconstitucionalidad, resaltando en este punto que la Constitución Nacional establece que la protección del ambiente es una tarea conjunta del gobierno nacional y de las provincias. Por esa razón, la interpretación del artículo 41 de la Constitución Nacional –que dispone el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano- y del 124 –

que establece que las provincias tienen el dominio de sus recursos naturales- debe conjugar los intereses nacionales y provinciales para potenciar el cumplimiento de la protección ambiental en todo el territorio del país. A su vez agregaron que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente –que involucran, en el caso de los glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua- se debe considerar de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

El fallo que aquí comentamos tiene una gran importancia y debe ser leído como un incentivo para lograr la plena implementación de la Ley de Glaciares. Probablemente, este fallo de la Corte no signifique un punto final a la discusión. Quizás también intente reeditarse el debate por la autonomía provincial. Aunque en ese escenario, deberá tenerse en cuenta el diálogo federal propiciado por el Máximo Tribunal y las pautas brindadas en los considerandos 17 a 22, los cuales funcionarán como guías de interpretación, limitando en justa medida los derechos individuales frente a los derechos colectivos ambientales y abriendo un enfoque eco-céntrico en sintonía con la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

VIII. Listado bibliográfico:

Doctrina:

- BADENI, G (2010) Tratado de Derecho Constitucional Tomos I y II, Buenos Aires, Editorial La Ley
- CASSAGNE, J. (2010) *Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales*. Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires.
- GELLI, M. (2013) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires. Editorial La Ley
- LORENZETTI, R. (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*. México. Editorial Porrúa
- LAPLACETTE, C (2014) *La competencia territorial en materia ambiental*. Revista Jurídica 104 - LA LEY2014-E, 1134
- RODRÍGUEZ SALAS, A (2011) *Ley de glaciares, la encrucijada climática*. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires ISSN 0024-1636

- SABSAY, D. FERNANDEZ, C (2019) *Ley de Glaciares y control de constitucionalidad: Los derechos ambientales tomados en serio*. Revista Jurídica La Ley.
- SALERNO, G (2007) *Actividad minera y medio ambiente en el Derecho argentino*, Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide, España.

Legislación:

- Código Civil y Comercial de la Nación (2014)
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Ley 25.675 (2002) *Ley general del ambiente*.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>
- Ley 26.639 (2010) *Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial*.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/170000-174999/174117/norma.htm>
- Reglamento Cámara de Senadores de la Nación (2016)
<http://www.senado.gov.ar/reglamento>

Jurisprudencia:

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- Fallos: 339:1331
- Fallos: 340:1695
- Fallos: 329:2316
- Fallos: 340:1695, considerando 5°
- Fallos 337:1361
- Fallos 340:1695
- Fallos: 330:1791