



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Comentario a Nota Fallo: “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”

Alumno: BRENDA MELISA JOFRE GOMEZ

Legajo: VABG84575

DNI: 32689193

Tutor: MARIA LORENA CARAMAZZA

Carrera: ABOGACIA

SUMARIO: I. Introducción. II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución. III. Ratio Decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes. V. Postura. VI. Conclusión. VII. Referencias.

I. Introducción.

Con la reforma constitucional del año 1994 se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico los derechos de tercera generación, también llamados difusos o de incidencia colectiva, introduciendo en el art. 41° de la Constitución Nacional (en adelante C.N.), el derecho al medio ambiente, el cual, reconoce el derecho colectivo de todos los habitantes a una tutela ambiental en resguardo del patrimonio natural y cultural de las generaciones presentes y futuras.

Así, la llamada “cláusula ambiental” en su tercer párrafo expresa que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que se alteren las jurisdicciones locales. De tal modo, se produjo una cesión de facultades al gobierno nacional, como lo es, el dictado de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, pero sin que alteren las jurisdicciones locales, y las provincias se reservarían en consonancia con el art. 121° de la C.N. la facultad de complementarlas. Por ello, el Congreso Nacional en cumplimiento de dicho mandato, el 30 de septiembre del año 2010 sanciona la Ley N° 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, más conocida como Ley de Glaciares.

Con ese entendimiento como norte, la presente nota se orientará al análisis de la sentencia emanada el 4 de junio de 2019 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante C.S.J.N.), en torno al pedido de inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares

Nº 26.639, planteado por las empresas mineras Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A. en su carácter de concesionarias de la explotación del proyecto denominado “Pascua Lama”, contra el Estado Nacional. Aquí las accionantes adujeron, entre otros motivos, que las previsiones de la normativa *environmental*, que prohíbe la exploración y explotación minera en ambientes glaciares, configuraba un exceso de las facultades delegadas al gobierno federal, provocando un avasallamiento sobre las jurisdicciones locales que trae aparejado la vulneración del dominio originario provincial sobre los recursos naturales sanjuaninos.

Así, se intentará resolver un problema jurídico de tipo axiológico, específicamente una antinomia de primer grado producida por el posible enfrentamiento entre el artículo 6º de la ley de presupuestos mínimos con normas de rango constitucional que al imponer una serie de actividades prohibidas sobre zonas objeto de tutela, se establecen actos de disposición y dominio pertenecientes a los 23 estados afederados, lo cual, conculcaría lo prescripto en el art. 124º de la C.N..

Por lo tanto, la conveniencia u oportunidad del caso en cuestión radica en tomar contacto con una temática arduamente debatida debido al auge de la minería y a la luz de la jerarquización constitucional de un derecho fundamental: la protección del medio ambiente. Además, es imprescindible escudriñar sobre los cimientos de leyes que podrían configurar un atentado contra el cuerpo supremo, atento que la validez de todo el sistema normativo finca en la subordinación entre unas normas con otras, manteniendo en la cúspide a la Constitución

II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución.

El conflicto comienza en el año 2010, con la sanción de la ley 26.639, la cual

provocó el repudio de empresas concesionarias Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A, quienes explotan a gran escala áreas de glaciares y entendieron que dicho cuerpo legal vulneraba sus derechos de exploración y explotación minera, como también, se les prohibía el desarrollo de nuevas actividades en la zona concesionada, se las excluyen del acceso a una evaluación de impacto ambiental, y que se las somete a una nueva auditoría afectando derechos ya adquiridos por ellas, lo que obligó a que arribaran este planteo a los estrados del juzgado.

Las accionantes interponen ante el Juzgado Federal N° 1 de San Juan la acción declarativa contra el Estado Nacional con el fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares. Las mismas, adujeron que sus previsiones conformaban un exceso de las facultades delegadas a la nación y que se violentaban las jurisdicciones locales y el dominio originario de los glaciares y el ambiente periglacial de la provincia de San Juan que tiene sustento en el art. 124 de la C.N.

Asimismo, la provincia de San Juan, solicita su participación en el proceso como litisconsorte activo, apoyando los fundamentos esgrimidos por las actoras, y requiriendo que se declare la competencia originaria de la C.S.J.N. para dar lugar a la medida cautelar. El Juez Federal de San Juan hizo lugar a la medida cautelar requerida y dispuso la suspensión de la aplicación de los arts. 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la Ley N° 26.639, para el ámbito del emprendimiento “Pascua Lama”. *A posteriori*, declara su incompetencia para resolver la acción inconstitucionalidad impetrada, y eleva la causa a la C.S.J.N.

El Tribunal Supremo por la mayoría compuesta por los Ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti resuelve: I) Rechazar la demanda interpuesta por Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A., con costas.

II) Rechazar la demanda interpuesta por la Provincia de San Juan, con costas en el orden causado.

III. Ratio Decidendi.

En el voto mayoritario del Tribunal afirmó que resulta improcedente el planteo de la parte actora, puesto que no han manifestado el daño que la Ley Nacional producía en su derecho de explotación minera y que la provincia de San Juan tampoco expuso en qué medida la existencia dicha ley les generaba agravio, puesto que si de la formulación de la petición no surge el agravio, no es una demanda sino una consulta (“Roque Perez”, 1865. Fallos: 2:253). Además, estipularon que los arts. 41° y 124° de la C.N. deben conjugar intereses tanto nacionales como provinciales en pos de potenciar el cumplimiento de la tutela del medio ambiente del país. De tal modo, advirtieron que la tutela de los glaciares en un estado federal como el nuestro implica una compleja tarea política que deben cumplir conjuntamente el Estado Nacional con las provincias y sellaron que el régimen de protección de glaciares debe ser estudiado en el contexto de ponderación de las reglas del federalismo con aquellas que ordenan la protección del ambiente.

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 respecto del planteo de nulidad y de inconstitucionalidad incoado. También, indicó que las mineras no han probado acto administrativa alguno de parte de las autoridades nacionales que afecte un interés legítimo, ni mucho menos, han demostrado que la mera vigencia de la Ley de Glaciares les generara un estado de incertidumbre que afecte el ejercicio de sus derechos. En lo que respecta a la provincia de San Juan, entendió que no existía un caso justiciable, ya que no habían invocado un “acto en ciernes” que perjudique las

prerrogativas constitucionales.

Y, finalmente, la jueza Highton de Nolasco, en su voto concurrente, consideró que las concesionarias y la provincia de San Juan formularon sus cuestionamientos en torno a la nulidad e inconstitucionalidad de la Ley de presupuestos mínimos ambiental de manera genérica y por lo tanto no invocaron la presencia de elementos suficientes para configurar un caso o controversia judicial que habilite a la Corte Suprema a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes.

La Ley de Glaciares configura una norma de presupuestos mínimos, la cual, según el Consejo Federal de Medio Ambiente (resolución 92/04) y el art. 6 de la Ley General de Medio Ambiente es el umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar al gobierno Nacional y que rige de manera uniforme en el territorio argentino como piso inderogable a los fines de establecer pautas mínima de tutela de un recurso y no su gestión, potestad privativa de las provincias. De este modo, una suerte de contradicción frente a ese mínimo de legislación, no da lugar al sistema jurídico local para completar la regla ambiental como prescribe el art. 41° de la C.N.

Por lo tanto, toda ley de protección de presupuestos mínimos no debe alterar las jurisdicciones locales y solamente se regula la protección como garantía mínima, esto es como piso inderogable al cual deben adecuarse las provincias en materia de tutela como bien la C.S.J.N. ha expresado que:

...corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Asimismo, reside en las autoridades locales la potestad de aplicar los criterios de

protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la población local, y valorar si los actos que realizan esas autoridades afectan el bienestar perseguido. Como consecuencia, corresponde a los jueces locales intervenir en las causas que versan sobre aspectos propios de la jurisdicción provincial. C.S.J.N. (Roca, Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad, 1995).

Ahora bien, la misma Carta Magna en el capítulo dedicado a los gobiernos de provincias, el constituyente ha considerado conveniente establecer que les pertenece a las mismas el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus límites territoriales (art. 124 de la C.N.). Porque como bien menciona Quiroga Lavié “sin recursos propios no hay federalismo posible” (1996, p. 711).

En atención a ello, corresponde evaluar lo referente a la jurisdicción y dominio, entendiendo que la primera es definida por Marienhoff y Dalla Vía (1999), como “la capacidad para reglar los usos de un bien”, mientras que el dominio es “la condición y situación legal de esa cosa o bien” (p. 574). Respecto a la jurisdicción De Simone (1997) dice que “su ejercicio y alcance sobre los recursos naturales depende de la titularidad del dominio, ya que sólo excepcionalmente puede haber jurisdicción sin dominio” (p.3).

A mayor abundamiento, el maestro Bidart Campos (1995), menciona que la reforma constitucional “...ha reconocido, implícitamente, que cuidar el ambiente es responsabilidad prioritaria del poder que tiene jurisdicción sobre él, o que equivale a asumir la regla de que la jurisdicción es, como principio, local, provincial o municipal.”(p. 302). Y tal como surge del art. 124° in fine de la C. N. le corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales, consagrando un derecho

anhelado por las provincias, aunque la potestad de todas maneras les competía a ellas aún con anterioridad a la reforma, ya que surgía de manera implícita en la medida en que no había sido materia delegada a la nación.

Se trata de un derecho real de dominio sobre dichos recursos y es un tema silenciado en el desarrollo del fallo motivo de comentario del presente trabajo, puesto que como se ha visto, a las provincias les corresponde el dominio originario de sus recursos naturales (art. 124 de la CN), y en relación a estos recursos naturales, sólo le delego a la Nación la facultad de dictar el derecho de fondo únicamente en materia de minería (art. 75 inc. 12 de la CN), delegación esta que se manifestó en el Código de Minería.

Por otra parte, del tercer párrafo del artículo 41 de nuestra C.N. se desprende claramente que al gobierno nacional le compete dictar los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las legislaturas provinciales las reglas necesarias para complementar la tutela. Sobre este aspecto, Bidart Campos (2001), expresa que se trata de una categoría especial de competencias concurrentes. Tanto el Estado Federal como las provincias pueden dictar normas sobre la totalidad de unas mismas cuestiones. En cambio, Daniel Sabsay (1997), dice que la reforma ha introducido una nueva delegación de las provincias a favor de la Nación, pero esta delegación se hace en tanto que ella no importe un avasallamiento de esa facultad que las provincias han retenido sobre esos bienes de dominio público provinciales.

Lo mencionado, no significa que el tercer párrafo de la cláusula ambiental sea una súper potestad del Congreso Nacional para alterar derechos también consagrados en nuestra C.N., como el de dominio originario y jurisdicción en materia de recursos naturales, puesto que las normas de la Carta Magna no se derogan una respecto de las

otras, sino que deben interpretarse de forma armónicamente.

V. Postura.

En ésta materia, como hemos visto a lo largo de la proyección de este trabajo, se ha producido una delegación de competencias en manos del gobierno nacional conforme al art. 121 dela C.N. en lo atinente a la producción de normas de presupuestos mínimos en pos de la tutela medio ambiental que deberán aplicarse inevitablemente al uso de los recursos naturales existentes a lo largo y a lo ancho del territorio argentino. Por ende, la nación posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar siempre de una delegación expresa realizada a su favor por parte de las jurisdicciones locales; y éstas a su vez, poseen una competencia general conformada por todas aquellas atribuciones remanentes, o sea todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la nación.

Bajo esa tesisura, la combinación de los arts. 41° y 124°, nos induce a pensar que dicha delegación se materializó bajo la condición de que su ejercicio no importara luego, un vaciamiento del dominio que tienen las provincias sobre esos mismos recursos y menos aún que el ejercicio por parte de la Nación del dictado de presupuestos mínimos vulneren palmariamente la jurisdicción provincial, pues, de otro modo no se entiende cuál habría sido la intención del constituyente al establecer la cláusula de resguardo de la competencia provincial que importa el art. 124 in fine, y la última parte del 3° párrafo del art. 41 de la CN.

A lo que el autor de esta obra quiere llegar, es que si el Congreso Nacional sobrepasa el mínimo umbral de protección que exige cada uno de los veintitrés estados federados como presupuestos mínimos, su ley debe ser tachada de inconstitucional. Entonces, si el artículo sexto de la ley 26.639 es válido y conteste con la manda

constitucional conforme a la tutela de mínimos presupuesto a los fines del resguardo de los glaciales (art. 41º, tercer párrafo de la C.N.), podemos presumir que se sitúa a esta última ley de Glaciares en un estado de supremacía que trunca todos los demás derechos constitucionales y demás normas sancionadas en su consecuencia.

La Ley Nacional N° 26.639 impone actos de disposición y dominio, siendo que le corresponden a cada uno de los veintitrés estados provinciales, por la reserva del art. 121 de la C.N., la exigencia autónoma de crear sus propias instituciones y regirse por ellas (art. 122 de la C.N.), el dominio sobre sus recursos naturales de espacio, suelo, flora, fauna, minas y aguas en el art. 124 in fine, y la prohibición de que ninguna política legal del Congreso les altere sus jurisdicciones locales según el art. 41 tercer párrafo de la CN.

Entonces, en el caso en cuestión estamos ante una norma que afecta directamente la disponibilidad y aprovechamiento de los recursos naturales en el territorio de nuestra provincias, atento que en su art. 6 inc. "c" expresamente prohíbe la exploración y explotación minera e hidrocarburífera, y se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial, violentando consecuentemente el inalienable derecho de las provincias a sus recursos naturales.

En efecto, avocados al caso en cuestión la Corte Suprema de la Nación para dar solución al conflicto, desde los considerandos 1 a 15, no se expidió sobre la cuestión de fondo, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la normativa atento que no se ha acreditado de un acto en ciernes y deja entrever que hasta tanto no haya un acto administrativo que implique la aplicación de la ley que vulnere un derecho subjetivo no hay controversia entre partes que demande resolución alguna.

Esto es a prima facie contradictorio, puesto que es evidente de antemano que del

acto administrativo emanado de autoridad competente se generará la lesión a derechos subjetivos invocados en la demanda por las actoras. Por lo tanto, el autor de esta obra no coincide con el resuelvo del fallo que omitió tratar el asunto, por lo cual, se asevera que fue una sentencia con miras política más que de labor jurídica.

VI. Conclusión.

Tal como surge desde la supremacía plasmada en el art. 31° y art. 5° de la C.N., la pirámide jurídica de reglas que rigen la sociedad argentina, debe escalonarse en planos de gradación jerárquica. Pero cuando esa gradación se disloca, se produce una inconstitucionalidad. De acuerdo con esto, el precepto puesto en estudio (art. 6° de la Ley 26.639), no es congruente y compatible con principios y derechos consagrados en los arts. 41°, 121°, y 124° de la Constitución Nacional.

En tales circunstancias, este articulado es contrario a la manda constitucional número 124°, ya que excede las facultades delegadas a la Nación a partir de la reforma, respecto al dictado de presupuestos mínimos según lo establecido por el penúltimo párrafo del art. 41° y el plexo consagrado por el art. 121° de la Ley Suprema.

En conclusión, una legislación más acorde y adecuada se podría haber establecido si se respetaran las autonomías provinciales, otorgándoles la facultad que les compete sobre los glaciares que se localizan dentro de los límites geográficos para alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula ambiental, porque es de suma prioridad resguardar uno de los recursos más importantes para el ser humano, como lo es el agua, pero sin truncar la Carta Fundacional que representa las libertades y garantías de la que se vale nuestro mundo jurídico.

VII. Referencias.

Doctrina

- Bidart Campos, G. J. (1995). Tratado Elemental de Derecho Constitución. T VI. Buenos Aires: Ediar.
- De Simone, O. (1997). El dominio originario de los recursos naturales. Buenos Aires: La Ley.
- Marienhoff, M. S. y Dalla Via, A. R. (1999). *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Quiroga Lavié, H. (1996). *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. Buenos Aires: Zabalia.

Legislación

- Constitución Nacional Argentina.
- Ley N° 26.639. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Art. 6 (2010). Publicada en Boletín Oficial, 28 de octubre de 2010. Argentina.
- Ley N° 25.675. Ley general del Ambiente. Publicada en *Boletín Oficial*, 27 de noviembre de 2002. Argentina.

Jurisprudencia

- C.S.J.N. “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallos 653:829 (2012).
- C.S.J.N. “Mineras Argentina Gold S.A c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, (M.185.XLVII).

- C.S.J.N. “Roque Perez”. Fallos: 2:253 (1865).
- C.S.J.N. "Roca, Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad." Fallos: 318:992 (1995).

Sitios de internet

- www.glaciares.org.ar
- <http://www.cofema.gob.ar>