



# **Constitucionalidad de la ley 7722**

## **Protección y defensa del derecho al agua**

**Carrera: Abogacía**

**Nombre de la alumna: Marianela Rita Joauen**

**Legajo: VABG68370**

**DNI: 35861504**

**Fecha de entrega: 05 de Julio de 2020**

**Tutora: María Belén Gulli**

**2020**

**Tema: Medio ambiente**

**Autos: CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901)) MINERA DEL OESTE SRL Y OT C GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCION INCONSTITUCIONALIDAD**

**Tribunal: Suprema Corte de Justicia**

**Fecha de la sentencia: 16 de diciembre de 2015**

### **Sumario.**

1-Introducción. 2- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal.3-*Ratio decidendi* .4- Descripción del análisis conceptual, Antecedentes doctrinarios y Jurisprudencia-4a Antecedentes Doctrinarios. 4b Antecedentes Legislativos. 4c Antecedentes Jurisprudenciales. 5-Postura de la autora. 6- Referencias

### **1. Introducción**

A modo introductorio es menester mencionar determinados conceptos para que el lector se adentre en tema. Con respecto a la definición de ambiente se dice que , “el ambiente es un conjunto de elementos naturales, que circunda al hombre, lo sustenta y padece su impacto, pero también lo condiciona, lo limita, lo agrede y modifica” (Valls,2010, p. 9). El derecho al ambiente en Argentina se encuentra regulado a partir de la reforma constitucional de 1994 en el artículo 41, el cual reza lo siguiente:

“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”.

A nivel provincial Mendoza ha sido precursora en relación a legislación ambiental. En el año 2007 sanciona la ley 7.722, la cual en su artículo 1 prohíbe el uso de sustancias químicas como cianuro y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros, con el objetivo de garantizar los recursos naturales, en especial el hídrico. En su artículo 3 establece que se debe hacer una declaración de impacto ambiental, no obstante la misma deberá ser aprobada posteriormente por ley.

Debido a la sanción de la ley una gran cantidad de empresas mineras se presentaron ante la justicia demandando su inconstitucionalidad. Las causas fueron unificadas y se tomó el nombre de aquella que estaba más avanzada, la cual fue “MINERA DEL OESTE S.R.L. Y OT C/ GBNO DE LA PROVINCIA P/ACCION INCONSTITUCIONALIDAD”.

Se plantea acción de inconstitucionalidad con respecto a la ley 7722, argumentando que la misma atenta contra el derecho consagrado en el artículo 14 y 16 de la Constitución Nacional, el derecho de propiedad privada (art.8 CP y 17 CN) y los derechos adquiridos (art.29 CP). Y también el 7 de la Constitución Provincial.

El problema del fallo reside en el hecho de que hay una contradicción entre principios constitucionales y una ley provincial. Tales como el derecho a ejercer industria lícita (art 14), el derecho a la igualdad (16 CN y 7 Constitución de la provincia de Mendoza, derechos adquiridos (art.29 CP) y el derecho de propiedad privada (art.8 constitución de la provincia de Mendoza y 17 CN). Por otro lado se encuentra la controversial ley provincial 7722 “ley de prohibición de uso de sustancias químicas, la cual fue dictada amparándose en los presupuestos dados por el artículo 41 y 124 de la Constitución Nacional Argentina.

Considero relevante el mismo debido a los derechos que se encuentran afectados, ya que ambos son importantes para el desarrollo humano. Por un lado el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado en especial el derecho al agua ya que en la provincia de Mendoza el cuidado de la misma ha sido sumamente relevante. El recurso hídrico es indispensable para la supervivencia presente y futura, comprende varios usos, como el doméstico, consumo de agua, limpieza, aseo personal, riego para la agricultura y también en la minería (Alberto Vich, 2011). Por el otro el derecho a ejercer una industria lícita, igualdad, derecho de propiedad privada. No obstante, la

minería genera ingresos no sólo en lo que es la mina en sí, sino también en sus alrededores y es necesaria para la vida cotidiana ya que la necesitamos para el arte, vivienda, vehículos, tecnologías, comunicaciones (Martínez Víctor, 2010).

## **2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal.**

En el presente escenario se suscita por un lado MINERA DEL OESTE S.R.L. y OT. Por el otro el gobierno de Mendoza. Lo que se pide es que se declare la inconstitucionalidad de la ley 7722.

La ley fue sancionada el 20 de junio del 2007, lo que dio lugar a que se iniciaran múltiples procesos de diferentes empresas mineras y organizaciones profesionales. Fue llevado adelante por la Sala 2, pero se decidió que el fallo fuera decidido por el pleno de la corte, y al mismo tiempo se acumularan las 10 causas. La más avanzada y que fue tomada como base por la Corte es la iniciada por minera del oeste

Este fallo plenario culminó con el voto mayoritario a favor de declarar la constitucionalidad de la ley. Sólo hubo un voto con disidencia parcial del Dr. Mario Adaro con respecto al artículo 3, primer párrafo, que consideró inconstitucional.

### **3. *Ratio decidendi***

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza resolvió declarar la validez constitucional de la ley 7722. Los miembros de la suprema corte que votaron a favor de la constitucionalidad fueron: Dr. Jorge Horacio Nanclares, Dr. Herman Amilton Salvini, Dr. Julio Ramón Gómez, Dr. Omar Alejandro Palermo, Dr. Alejandro Pérez Hualde, y el Dr. Pedro Jorge Llorente. El voto con disidencia parcial estuvo a cargo del Dr. Mario Daniel Adaro.

La decisión se basó en los siguientes argumentos, en primer lugar la ley 7722 se dictó dentro de las competencias propias del legislador mendocino, bajo estándares de razonabilidad y como complementarias de las normas nacionales, respetando los presupuestos dados por el artículo 41 .

En segundo lugar, el hecho de que la ley prohíba el uso de determinadas sustancias para proteger el recurso hídrico, no importa la prohibición de la actividad

minera. Por lo tanto no atenta contra derecho alguno, sino potencia el desarrollo de la misma en el marco de la protección del ambiente. El ambiente constituye un bien colectivo supremo y el acceso al agua es un derecho fundamental.

En tercer lugar, la prohibición del uso de ciertas sustancias en protección del recurso hídrico, se ajusta a los parámetros constitucionales en que debe enmarcarse toda norma destinada a la realización del principio protectorio inherente a la materia ambiental.

En cuarto lugar, con respecto al artículo 3 de la ley 7722, es constitucional porque no afecta la naturaleza administrativa del acto, sino que sólo busca otorgarle eficacia y consenso en un territorio que decidió no asumir los eventuales riesgos que puede ocasionar la actividad minera al recurso hídrico.

Por último, el artículo 3 de la presente ley es inconstitucional debido a que el hecho de que se requiera la aprobación por parte del poder legislativo provincial de la declaración de impacto ambiental implica una violación al principio republicano de gobierno, ya que hay un ejercicio indebido de las competencias otorgadas por la constitución provincial al poder legislativo.

#### **4. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudencia.**

##### **a. Doctrinarios**

Debido a lo relevante de la temática referida al flagelo del medio ambiente, la doctrina y jurisprudencia han dejado plasmados diversos estudios y fallos aptos para el análisis de esta problemática, con respecto a esto se ha dicho que el impacto de las obras y de la actividad humana sobre el medio ambiente puede beneficiar, perjudicar o resultar indiferente para las personas (Valls, 2016). En relación a la calificación de estos beneficios, perjuicios o indiferencia la misma es de carácter subjetiva, ya que el afectado puede considerarlo de un modo u otro según su criterio e intereses. (Valls, 2016), demostrando así de esta manera que no puede considerarse de manera absoluta si una determinada situación afecta o no al medio ambiente, sino que en cada situación particular en base a los beneficios o pérdidas se verá si una determinada obra perturba, aprovecha o es indistinto al ambiente.

Con respecto a la función legislativa, “Argentina es pródiga en leyes, pero deficiente en aplicarlas respetando el debido control de las obligaciones que imponen para prevenir improvisaciones, hechos consumados o politización de conflictos” (Martínez, 2010, p.34). Con respecto a las posturas referidas a la minería también suscribe que, desde la reforma constitucional de 1994 han surgido 2 corrientes legislativas: una restrictiva de la minería y otra que se apega más a la razonabilidad y gradualidad en las soluciones que se requieren. (Martínez, 2010).

Considero oportuno destacar lo dicho en relación a la opinión general sobre la minería. Existe consenso con respecto a que ninguna actividad industrial es tan agresiva al ambiente como la minería a cielo abierto, estas dejan huellas ambientales de relevancia durante muchos años. (Belotti, 2011)

En general la doctrina coincide en la necesidad de realizar estudios para evaluar el impacto ambiental de esta actividad. La actividad minera en particular y el uso del agua sin planificación y control adecuado, afectan la calidad y limitan la disponibilidad del recurso. Es necesario el estudio y construcción de indicadores apropiados que contemplen las actividades humanas y sus impactos en el recurso hídrico, teniendo en cuenta la complejidad de variables que influyen al medir cada impacto. (Minería en Mendoza, 2013)

En referencia a la ley 7722 se establece que, “dicha Ley no hace más que coartar el ejercicio de una industria lícita y violentar nuestro orden constitucional, ya que si bien su texto *per se* no prohíbe la Minería, en su efecto imposibilita el desarrollo de ésta”. (Barresi, 2020).

Con respecto a la facultad de las provincias de complementar las normas de presupuestos mínimos dictadas por la Nación se ha dicho que, eso no implica el detrimento de otros derechos constitucionalmente consagrados tales como el derecho a ejercer toda industria lícita (Barresi, 2020)

## **b. Legislativos**

La constitución Nacional de la Nación Argentina en su artículo 41 consagra el derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano. El mismo también establece que las autoridades deben proveer a la protección de este derecho y

que la nación tiene la potestad de dictar las normas de presupuestos mínimos y las provincias son las encargadas de complementarlos.

La ley general de ambiente en su artículo 4 (25.675) establece que la misma se interpretará y aplicará en base a ciertos principios entre los cuales menciona el de congruencia y el precautorio, estableciendo así que en base al principio de congruencia la legislación provincial y municipal debe adecuarse a los principios y normas fijados en la ley. El otro principio mencionado es el precautorio el cual establece que en caso de peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente .

A nivel provincial, se dictó la ley de Preservación del medio ambiente (5961) la cual en su artículo 27 dispone que todos los proyectos susceptibles de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una declaración de impacto ambiental (D.I.A.), expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, urbanismo y vivienda o por las municipalidades de la provincia.

### **c. Jurisprudenciales**

Como antecedente jurisprudencial puedo citar el fallo Kersich(Q-71837), Juan Gabriel y otros”, a través del cual la Corte Suprema de Justicia establece que “el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces”. En este fallo se resalta también que es necesario con respecto a los derechos de incidencia colectiva, la protección del recurso hídrico para que la naturaleza mantenga su funcionamiento y su capacidad de resiliencia.

El tribunal superior de de la provincia de Córdoba en el fallo “Cermincor”(1798036), ha sostenido que el hecho de que las provincias hayan delegado al Poder Legislativo Federal la facultad de dictar los códigos sustantivos no obsta a que las mismas ejerzan sobre la misma la materia el poder de policía de seguridad, moralidad, y salubridad. (Cermincor y Otra c/Superior Gobierno de la provincia s/ acción declarativa de inconstitucionalidad)

El fallo abordado en tiene como precedente la causa Villivar(330:179), en donde la corte suprema destaca la facultad de las provincias de complementar las normas de protección del medio ambiente.

## **5. Postura de la Autora**

A continuación se procederá a desglosar los temas más relevantes del texto y esbozar una posición sobre el mismo.

Con respecto a la minería, se menciona el hecho de que genera una fuente de gran crecimiento económico, en especial para los países en desarrollo ,asimismo es considerada indispensable para vivir en sociedad, dado a que la calidad de vida de las poblaciones está relacionada con la misma, como por ejemplo la luz eléctrica, plástico, derivados del petróleo. Además, Argentina se ubica en el sexto lugar entre los países del mundo con mayores recursos mineros.

Es menester recalcar y en esto coincido con el Dr. Nanclares (2015) que la minería es la actividad que genera reacciones más adversas debido al potencial impacto negativo sobre el medio ambiente.

En relación a la ley 7722, la misma prohíbe el uso de sustancias químicas, pero en ningún momento prohíbe la actividad, lo que establece, es la prohibición del uso de determinadas sustancias. Principalmente esta ley busca proteger el derecho humano al agua, ya que es indispensable para vivir dignamente y condición necesaria para la realización de otros derechos humanos .La protección del recurso hídrico se enmarca en un pilar del Derecho Ambiental, como lo es el principio precautorio.

Conforme a lo establecido en el Art 124 de la Constitución Nacional, las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales de su territorio. Este reconocimiento ha provocado que las mismas sean las protagonistas de la toma de decisiones fundamentales en lo que respecta a sus riquezas minerales. En su artículo 41 establece que las mismas son las encargadas de complementar las normas de presupuestos mínimos dictadas por la Nación, lo cual implica que pueden incrementar, pero no disminuir los presupuestos mínimos de protección respecto al medio ambiente. Por lo tanto no hay contradicción ente la ley 7722 y el marco dado por los artículos 41 y 124 que sustentan a las leyes de protección del medio ambiente.



A modo de cierre es preciso determinar que la Suprema Corte de Justicia se pronuncie por la constitucionalidad de la ley. Estableciendo la prevalencia del derecho al ambiente, especialmente el derecho al agua en pos de preservarlo para las generaciones futuras. Posición a la cual adhiero, aunque considero que es necesario que se busquen otras soluciones complementarias, como por ejemplo poner en marcha órganos capacitados, como la policía ambiental. Estimo necesario dadas las características de la provincia de Mendoza que se eduque a la población no sólo en ambiente, si no en minería, ya que hay una visión negativa de la misma.

Mendoza siempre ha sido generadora de leyes ambientales, principalmente relacionadas al derecho al agua. Particularmente esta ley ha generado un gran movimiento social, ejemplo de ello es que en diciembre del año 2019, se aprobó un proyecto de modificación para flexibilizar el uso de dichas sustancias lo que ocasionó numerosas marchas multitudinarias durante varios días en contra de la misma. Es por eso que se dice la ley 7722 es una expresión de voluntad popular. Finalmente ante la presión social, el 30 de diciembre se derogó la ley modificatoria.

## **6. Referencias**

BARRESI ARAUJO M T. LOURDES-“la controversial (in)constitucionalidad de la ley provincial Nro. 7722”. Recuperado de: <https://iadem.com.ar/publicaciones/la-controversial-inconstitucionalidad-de-la-ley-provincial-n7722-por-maria-t-lourdes-barressi-araujo-asociada-del-iadem/>

BELOTTI Mirta Liliana (2011); "*Minería a cielo abierto versus glaciares en alerta roja*".

MARTINEZ, Víctor V. H (2010) "*Los conflictos mineros y el derecho positivo argentino*", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires).

¿Minería en Mendoza? "*Aportes para la evaluación de la actividad minera en el marco de la sustentabilidad*" / compilado por María Cristina Barbosa; María Paz Cóvolo. – 1a ed.- Mendoza: Instituto de Ciencias Ambientales - ICA, 2013 - 85 p. : il. ; 15x21 cm. Recuperado de: <https://docplayer.es/50736567-Mineria-en-mendoza-aportes-para-la-evaluacion-de-la-actividad-minera-en-el-marco-de-la-sustentabilidad.html>

VICH Alberto (Mendoza, 2011) Visiones y usos del agua. *Jornadas sobre la asignación del agua al uso minero en el contexto de la Gestión Integrada de Los Recursos Hídricos: Agua y Minería, un desafío para el desarrollo*

## **Jurisprudencia**

“Villivar, Silvana Noemí c/Provincia de Chubut y Ots., 330:1791(C.S.J.N 17 de diciembre de 2007).

“kersich, Juan Gabriel y Otros c/ Aguas Bonaerenses y Ots s/ amparo” (C.S.J.N 2 diciembre de 2014)

“Minera del Oeste S.R.L Y OT. C/GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCION  
INCONSTITUCIONALIDAD” (S.C.J- Mendoza 17 de diciembre 2015).

“Cermicor y Otra c/Superior Gobierno de la Provincia s/ acción declarativa de  
inconstitucionalidad “(T.S.J 11 de agosto de 2015)

### **Legislación**

**Constitución Nacional Argentina, art 41**

Ley Nacional N°. 25675 “Ley General del medio Ambiente” (2002).

Ley provincial N° 5961 “Ley de Preservación del Medio Ambiente” (1992)

Ley Provincial N° 7722 “ley de Prohibición de Sustancias Químicas “(2007)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 1033

CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901))

MINERA DEL OESTE SRL Y OT. C/ GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCIÓN  
INCONSTITUCIONALIDAD

\*102863400\*

En Mendoza, a dieciséis días del mes de diciembre de dos mil quince, reunida la Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia plenaria en la causa N° CUIJ: 13-02843392-6((012174-9058901)), caratulada: “MINERA DEL OESTE SRL Y OT. C/ GBNO. DE LA PROVINCIA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD”.

Conforme lo decretado a fojas 820 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primero: **Dr. JORGE HORACIO NANCLARES**; segundo; **Dr. HERMAN AMILTON SALVINI**; tercero: **Dr. JULIO RAMON GOMEZ**; cuarto: **Dr. OMAR ALEJANDRO PALERMO**; quinto: **Dr. ALEJANDRO PEREZ HUALDE**; sexto: **Dr. MARIO DANIEL ADARO**; séptimo: **Dr. PEDRO JORGE LLORENTE**.

A fojas 820 este Tribunal convocó a Tribunal Plenario a los efectos de decidir sobre la validez constitucional de la ley N° 7722.

**A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:**

**A) CUESTIONES PRELIMINARES.**

**I) A la Sociedad Mendocina.**

Es deber de los jueces desentrañar el contenido y alcance del derecho vigente, pero lo es más acompañar la realidad que les toca vivir, debiendo asegurar que sus decisiones no afecten ni violenten las normas de jerarquía constitucional.

El deber antedicho se enmarca en la función de examinar las leyes que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución Nacional (en adelante CN) para determinar si guardan o no relación con ésta.

No por reiterado es menos cierto, y con la finalidad de que la Sociedad toda comprenda, la función jurisdiccional que hoy nos ocupa, esto es, el tratamiento de la constitucionalidad de una norma, es la función más delicada ejercida por el Poder Judicial.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley es la última instancia de control de una norma, reservada únicamente al Poder Judicial. Desde otra arista, es el Poder Legislativo el órgano creador de la norma, de sus modificaciones y responsable de las elecciones políticas que éstas generan en la conducta de los habitantes del lugar donde ejercen aquella función.

Es necesario remarcar la evidente función educadora que las leyes cumplen como reguladoras del comportamiento social (“Guadalupe Hernández s/ Acción de amparo”, JA 2000-III-673).

Ahora bien, los jueces estamos sometidos al imperio de la ley y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico, sin embargo, se impone la declaración de inconstitucionalidad de una norma cuando ésta contraría las disposiciones de jerarquía superior, siempre es la última ratio o el remedio excepcional.

Nuestra tarea se centra en principio, en un juicio de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales que forman parte de nuestra Constitución, buscando armonizar el ordenamiento jurídico.

Hago referencia a que sólo es nuestra tarea en “principio” ya que no se me escapa que ha estado sometido a tratamiento bajo este Superior Tribunal de Provincia la petición de Inconstitucionalidad de la Ley N° 7722 por un lapso de aproximadamente ocho años.

Varios son los motivos que pueden justificar el plazo insumido para el pronunciamiento que hoy nos convoca, tales como la complejidad de la prueba ofrecida y sustanciada en la causa, el tiempo propio de las partes que no se compadece en algunas oportunidades con el interés que manifiestan representar, la escasez de herramientas procesales con las que cuenta el Poder Judicial que no se condice con los avances de la tecnología de los tiempos que nos toca transitar, o en su caso la falta de consenso de las herramientas ya existentes.

Hoy se llama a resolver una cuestión pública que la política no resolvió, lo que debió ser una legislación producto del consenso y del diálogo social se convirtió en una controversia con fuerte participación de la sociedad, a veces hasta enfrentándola.

Un estudio del impacto ambiental no debería ser posterior a la elaboración de un proyecto productivo o de cualquier política, plan o programa a desarrollarse. Tiene que

insertarse desde el principio y elaborarse de modo interdisciplinario, transparente e independiente de toda pretensión económica o política. Debe conectarse con el análisis de las condiciones de trabajo y de los posibles efectos en la salud física y mental de las personas, en la economía local, en la seguridad. (Carta Encíclica *LAUDATO SÍ*, “*Sobre el cuidado de la casa común*” p. 140).

## **II) Los problemas de la minería. El aporte de la minería en el bienestar general.**

Entiendo que la minería representa una importante fuente de crecimiento económico para los países en desarrollo.

También comparto que la actividad minera es una de las actividades económicas que genera más reacciones encontradas por el potencial impacto negativo sobre el medio ambiente y sobre las poblaciones originarias.

Asimismo, es motivo de conflictos la existencia del recurso natural en determinadas regiones respecto de aquellas que no lo poseen.

La explotación minera argentina se encuentra fuertemente concentrada en zonas limítrofes, desérticas en su mayoría y de baja densidad poblacional. Parte de los recursos mineros se encuentran en el cordón cordillerano generando, en ocasiones, una política binacional en la materia.

En el Noroeste Argentino se explota principalmente el oro, cobre, plata, zinc, plomo y litio. En Cuyo se destaca la presencia de cobre, plata, zinc, plomo, molibdeno, níquel, oro, arcillas, mármol, cuarzo, aluminio, magnesio y cobalto. Y en la Patagonia existen reservas de cobre, oro, molibdeno, plata, zinc, plomo, arcillas, cuarzo, lajas, granitos, sales y hierro. (“La Minería y su aporte al Desarrollo Económico Nacional-Instituto para el Desarrollo Social Argentino – IDESA- Diciembre 2011). Todo ello sin olvidar el desarrollo de la industria del petróleo (recurso natural no renovable).

Argentina se ubica en el sexto lugar entre los países del mundo con mayores recursos mineros. Conviene subrayar que entre los 10 primeros países del mundo, hay seis de América del Sur: China encabeza, seguido por Perú, el tercero es Filipinas, el cuarto es Brasil, el quinto es Chile, el sexto lugar es ocupado por Argentina. (ob.cit IDESA).

En cuanto a las explotaciones mineras existentes en Argentina, el directorio de la Secretaría de Minería de la Nación cuenta con más de 1100 empresas registradas; sin embargo para mayo de 2010 sólo 145 se habrían encontrado activas. Sin dudas, constituye un pilar para parte de la industria manufacturera y en particular para las industrias de base tecnológica, requiriendo en los últimos veinte años mayor producción de minerales.

“Nadie podría razonablemente renegar sin más contra la actividad minera, ya que como explica acabadamente Víctor Martínez desde el Derecho Minero, la misma es una actividad de importancia indispensable para la sociedad en que vivimos: el arte, las viviendas, las comunicaciones, la vestimenta y los utensilios cotidianos en su generalidad, los vehículos y los caminos que los contienen, las naves que hacen el transporte de personas y mercaderías, los fármacos, tecnologías y prótesis medicinales, la generación y transporte de energía, las restantes industrias, e incluso el sistema

monetario; todo ello- y seguramente más depende en mayor o menor medida de la actividad minera (Martínez, Víctor “Los conflictos mineros y el derecho positivo argentino”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2010 p.19 y ss cita de Pinto, Mauricio, “Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero ambiental de Mendoza- LLGran Cuyo –Año 17/Nº 03 /Abril 2012 p.218).

Parte de la calidad de vida de las sociedades modernas está íntimamente relacionada a la minería, piénsese en la existencia de la luz eléctrica, en la composición de nuestros vehículos (75% de metales ferrosos y no ferrosos), de nuestras herramientas de trabajo, los teléfonos celulares, etc. Todas ellas contienen la presencia de cobre, zinc, hierro, níquel, aluminio. El resto es plástico, derivado del petróleo.

Es dable destacar que alrededor de la actividad minera se produce lo que se ha dado en llamar “cluster” esto es en el ámbito del desarrollo industrial un grupo de industrias o establecimientos industriales avicindados y operando cercanamente entre sí o, de manera más precisa: “Una concentración geográfica de industrias que obtienen ventajas en su desempeño a través de la co-localización”.

En este sentido, la concepción de *cluster* implica relaciones inter-industriales; esto significa compras de bienes y servicios del agrupamiento en estudio desde los demás sectores de la economía, y ventas de productos del agrupamiento hacia los demás sectores, generando innovación y conocimiento especializado, impactando en el crecimiento de las regiones.

El desarrollo social y el interés privado de los proyectos mineros deben estar relacionados con la comunicación y transparencia, el análisis riguroso de los efectos ambientales y los estudios de impacto económico-sociales de los mismos.

Los problemas de la minería provienen en ocasiones de fallas de información y en otros casos de divergencias entre los intereses y objetivos sociales y privados en el marco de desarrollo de la actividad.

El Informe Brundtland de 1987, de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, definió el desarrollo sostenible como "el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades". Este informe primeramente llamado “Nuestro Futuro en Común” fue elaborado por la Organización de Naciones Unidas, encabezado por la ex ministro de Noruega Gro Harlem Brundtland, -de ahí la denominación más usada- En este informe se utilizó por primera vez el término “desarrollo sostenible o desarrollo sustentable”.

Los líderes del Grupo de los Siete países más industrializados (G-7), adoptaron el principio de desarrollo sostenible en la Cumbre de Toronto en 1988 y, en la Cumbre de la Tierra de 1992 en Río de Janeiro, anunciando un compromiso global para sus objetivos.

Sin embargo, la adopción generalizada de este principio por políticos, académicos, industriales y ecologistas todavía no ha alcanzado para hacerlo totalmente operativo.

El desarrollo de la actividad minera deberá darse a través de buenas prácticas comprometidas con criterios de “responsabilidad social empresaria”.

El desarrollo de la actividad minera deberá darse dentro del marco del “desarrollo sostenible o sustentable”.

### **III- Diálogo, consenso y control. La autoridad judicial de aplicación. (\*)**

Como ya expresara, la minería es una actividad económica que genera controversias. La divergencia entre los intereses sociales y privados no parece ser el mejor escenario para el diálogo social.

Los minerales constituyen un punto estratégico para el desarrollo de la humanidad.

Sin validación social, ningún proyecto será posible.

“...el desafío ambiental que vivimos y sus raíces humanas nos interesan y nos impactan a todos”. (Carta Encíclica LAUDATO SÍ, “Sobre el cuidado de la casa común” - Junio 2015 p. 13).

El diálogo deberá darse entre Gobierno-Sociedad-Representantes de la actividad minera, en forma trilateral. Los diálogos bilaterales de esta relación excluyendo al tercero, cualquiera sea éste, estarán condenados al fracaso.

El diálogo permanente entre los representantes de los tres actores es indispensable en aras de implementar un plan de desarrollo local y regional.

A través del diálogo se produce un conocimiento e involucramiento real por parte de la minera en los asuntos locales, dentro del marco regulatorio e institucional, permitiendo, alentar o en su caso desalentar el futuro del proyecto.

Al evaluar un proyecto minero se deberá realizar un estudio profundo de los aspectos socio-económicos-culturales de los centros poblacionales afectados por el proyecto en particular con la finalidad de que éste sea la plataforma para medir el impacto de la actividad a desarrollar, tanto en sus etapas de construcción, operativa y cierre.

Es conveniente efectuar un relevamiento preciso y actualizado que registre todas las actividades socio productivas que se desarrollan en la zona, en la cual se tenga en cuenta el impacto sobre las condiciones de vida de la población, el impacto sobre las condiciones ambientales del lugar, el nivel de participación de la población local, la generación de empleo, los beneficios y costos que genera la proyección a futuro.

Un dato no menor será aquel que se refiera a la evaluación del impacto de cierre, que afectará sin dudas no sólo a la comunidad local, sino también a todo el municipio y a la provincia. Deberá trabajarse no sobre la emigración sino sobre la relocalización laboral, a los fines de mantener las externalidades positivas que hubiera generado la actividad.

Los beneficios y perjuicios, a veces, de una actividad no son simultáneos en el tiempo, por lo que deberá analizarse cómo ésta impactará respecto de generaciones futuras.



Destaco el escaso análisis que se realiza sobre los efectos de la explotación de recursos naturales y sus consecuencias regionales.

Las políticas ambientales necesitan estar integradas con las otras políticas del gobierno, como las que respectan a industrias, comercio, agricultura, asistencia técnica, salud, tradiciones y creencias de los pueblos originarios, permitiendo una integración positiva de la actividad minera con el resto de los sectores económicos.

La creación de infraestructura en una población debería ser uno de los beneficios más importante de una operación minera en la medida que incentive el desarrollo de otras actividades económicas.

El desarrollo social y el interés privado de los proyectos deberán basarse en la información, la comunicación, la transparencia y el consenso; en el análisis riguroso de los efectos ambientales y los estudios de impacto económico-sociales de los mismos. En general, el trabajo mancomunado entre empresas privadas, diferentes niveles de gobierno y los habitantes locales, estableciendo metas, objetivos y reglas claras de acción.

Comparto que los criterios de aceptabilidad deberán sustentarse en 1) Justificación , 2) Respeto a los límites y 3) Optimización.

1) Justificación: sólo debe autorizarse una actividad minera si se demuestra su sustentabilidad ambiental, social y luego económica, compartiendo sus externalidades positivas a nivel local, regional y nacional.

2) Respeto a los límites: sólo debe autorizarse una actividad minera si se demuestra que cumple con todos los límites y restricciones establecidos por la sociedad y por el ordenamiento jurídico que lo regula.

3) Optimización: más allá del hecho de proveer un beneficio neto positivo, la actividad minera debe ser optimizada. Esto es, que el beneficio neto debe ser máximo. Para ello, deberán analizarse todas las posibles prácticas y escalas de manera de garantizar el máximo beneficio social.

El concepto de sustentabilidad ambiental puede ser operativo sólo si el gobierno define un conjunto de objetivos de política y diseña los mecanismos que brinden soporte para su implementación, estableciendo y manteniendo relaciones positivas y de beneficio mutuo a largo plazo con los actores locales.

(\*) *¿Minería en Mendoza? Aportes para la evaluación de la actividad minera en el mundo de la sustentabilidad. Instituto de Ciencias Ambientales. Universidad Nacional de Cuyo. Primera Edición, Mendoza 2013.*

*-Informe: Aportes para la evaluación de la actividad minera en el marco del desarrollo sustentable.( 2010)*

*-Informe: Jornadas “Agua y Minería, un desafío para el desarrollo (2011 y 2012).*

*El Fuero Minero. Autoridad de control.*

La Legislatura local, con el voto favorable de los tres bloques, sancionó la Ley N° 6654, promulgada el 14 de febrero de 1999 y publicada en el Boletín Oficial de fecha 2 de marzo del mismo año, por las que crea el Nuevo Fuero Minero dependiente del Poder Judicial.

La Dirección de Minas continuaría temporalmente facultada para la atención y resolución de las peticiones mineras pendientes, pero como Autoridad concedente cesará en sus funciones “al día siguiente en que haya concluido la toma de posesión de sus cargos el Juez de Minas y demás funcionarios del Tribunal Minero Judicial” (Art. 49, Ley 6654; arts. 127-129-Ley 6913).

El fuero minero no ha sido creado aún, la Autoridad Administrativa sigue actuando provisoria y temporalmente, en todos los aspectos, incluso el jurisdiccional, en todas las etapas del proceso y otorgamiento de las concesiones mineras, cuestionándose sus facultades jurisdiccionales, reservadas éstas al juez minero (art. 9 Ley 6654).

Se expresó esta Corte respecto de la aplicación de la Ley 6654, en los autos N° 67.593, “Vera Goñi, Rodolfo R. c/ Gbno. de la Pcia. de Mendoza s/Acción declarativa” (L.S.303-197,10/10/2001).

La doctrina del fallo citado se enmarcó en una Acción Declarativa contra el Gobierno de la Provincia. Allí se resolvió que la Ley 6654 se encuentra vigente, pero no es operativa ya que si bien se ha dictado el Código de Procedimientos Mineros el mismo aún no ha entrado en vigencia y no se han designado ni el Juez de Minas ni los funcionarios creados por la ley, por lo tanto no se encuentran cumplidas las condiciones exigidas para el cese de la competencia administrativa minera, teniendo plena vigencia y eficacia las instituciones y procedimientos establecidos por las Leyes 227 y 3790 y Decreto 299/45.

La creación del fuero minero, reforzará oportunamente la función de control en la génesis de los desarrollos mineros.

#### **IV) Los conflictos sectoriales. El uso del agua. Su escasez. La dependencia de la agricultura.**

En la Provincia de Mendoza se presenta un conflicto inter-sectorial entre la actividad minera que se desarrolla en nuestra Cordillera de los Andes y la agricultura en los valles andinos y hoy hasta en las mismas faldas del cordón cordillerano.

La agricultura de secano necesita fundamentalmente del riego que proviene del deshielo de los glaciares y de las nieves que en cada invierno precipitan sobre las laderas de Los Andes.

La naturaleza ha dotado a esa misma cordillera de una importante riqueza mineral, requiriendo del recurso hídrico para su desarrollo.

Los recursos desde el principio de los tiempos siempre fueron escasos y el agua no ha sido la excepción, máxime en zonas áridas. Nos encontramos frente a dos modelos de desarrollo económico que se presentan como antagónicos no pudiendo zanjar sus disputas, siendo el agua el principal tema de conflicto.

El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

Existe un evidente vínculo entre el agua y la humanidad y esta relación determina la innegable exigencia de agua para la supervivencia y la realización de nuestras diversas actividades. En consecuencia, el agua es un recurso susceptible de explotación (medio e insumo). Los principales usos son: doméstico, que comprende el consumo de agua en nuestra alimentación, limpieza, aseo personal y la que se emplea en usos de interés comunitario; en riego para la agricultura y abastecimiento pecuario; en la industria y minería que comprende el agua que se usa en un proceso de fabricación e integra a un producto y en la operación de actividades extractivas y transporte; en recreación, que se relaciona con el disfrute del agua; y en el ambiente, para la preservación del ecosistema. También, se definen otros usos, como los que se relacionan con la producción de energía eléctrica, como fuerza motriz para mover máquinas (molinos, aserraderos, etc.) y el uso del agua como vía de comunicación, peca y defensa contra crecientes. (en “Visiones y usos del agua” por Mgter Ing. Alberto Vich;. Jornadas sobre la asignación del agua al uso minero en el contexto de la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos: Agua y Minería, un desafío para el desarrollo; Mendoza-2011).

En esta misma línea, no puedo dejar de destacar al respecto una de las conclusiones a la que arribó el “taller de conclusiones” de las jornadas que cito en el párrafo anterior en el ámbito del Instituto de Ciencias Ambientales –Secretaría de Desarrollo Institucional de la Universidad Nacional de Cuyo- cuando se hace referencia al mal uso que se realiza del recurso hídrico también en otras actividades, tales como la contaminación por uso de agroquímicos, el lavado de suelos y la salinización de acuíferos ocasionados por la actividad agrícola; la contaminación de cauces por vuelco de efluentes sin tratamientos causado por la industria y el turismo, enmarcada en la deficiencia de la gestión del recurso hídrico a nivel administrativo y educativo. La falta de inversión para la mejora del sistema de conducción del agua y el sobre empadronamiento de derechos de agua.

El agua potable y limpia representa una cuestión de primera importancia, porque es indispensable para la vida humana y para sustentar los ecosistemas terrestres y acuáticos. Las fuentes de agua dulce abastecen a sectores sanitarios, agropecuarios e industriales. La provisión de agua permaneció relativamente constante durante mucho tiempo, pero ahora en muchos lugares la demanda supera a la oferta sostenible, con graves consecuencias a corto y largo término. Grandes ciudades que dependen de un importante nivel de almacenamiento de agua, sufren períodos de disminución del recurso, que en los momentos críticos no se administra siempre con una adecuada gobernanza y con imparcialidad. (Carta Encíclica LAUDATO SÍ, “Sobre el cuidado de la casa común” - Junio 2015 p. 25).

La Ley 7722 estipula como principal objetivo garantizar el recurso hídrico en los procesos mineros prohibiendo la utilización de sustancias químicas que señala. No se prohíbe la actividad, sino lo que se prohíbe es el uso de determinadas sustancias en esa actividad.

Ahora bien, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas exhorta a los Estados a que velen porque todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasi

judiciales y otros recursos apropiados. (2 de Octubre de 2014- Resolución A/HRC/Res/27/7).

Dentro de la misma lógica, la doctrina especializada en la materia observa que de un tiempo a esta parte nos hallamos ante el surgimiento de un nuevo bien jurídico colectivo: el ambiente. En la lucha en defensa del ambiente y la salud se imponen los mecanismos anticipatorios, de tutela temprana, precoz, a la luz de los principios de prevención y precaución de política ambiental. Para llevar adelante su cometido, el derecho ambiental necesita de herramientas jurídicas que son, en su mayoría, originadas en otros sectores del ordenamiento, a las que luego adecuará conforme a sus propios objetivos y finalidades. En ese caudal instrumental se cuentan, entre otras, la exigencia de evaluación de impacto ambiental, el ordenamiento territorial, el deber de información, las audiencias públicas y demás expresiones jurídicas que tienden a traducir las exigencias del principio de prevención al mundo de las normas. Como subproducto de esta creación, a su vez, aparecen los instrumentos autorizatorios y concesionales de neto cariz administrativo y, también, medidas represivas como las sanciones administrativas, herramientas que –aplicadas para prevenir conductas no deseables o reprimir las producidas –no son ni más ni menos que la expresión del “poder de policía” (Cfr. MOLINA, Magdalena, “El poder de policía ambiental: una manifestación del principio de prevención”, Rap, C.A.B.A., 2011, p. 113/115; con cita de LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría del Derecho Ambiental”, La Ley, C.A.B.A., 2008, p. 27 y de CAFERATTA, Néstor A., “Derecho a la salud y derecho ambiental”, LLC, 2006, p. 409).

En sintonía con tal criterio, ya se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacando la importancia del acceso al agua potable en una causa donde se detectaron niveles de arsénico que ponían en riesgo la salud de la población del partido de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires. Destacó que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, por lo que debe ser tutelado por los jueces (CSJN K.42.XLIX “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo”).

La protección del recurso hídrico se enmarca en un pilar del Derecho Ambiental como lo es el principio precautorio.

La aplicación del principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 41 de la Ley 25.675). La falta de certeza científica a que alude el principio no es sobre la relación jurídica, sino sobre el curso de eventos próximos a suceder y si éstos causarían un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo.( 1032. XLII CSJN 333-748 26/05/2010– “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica. –Recurso de Hecho”) (En igual sentido Principio 15 de la Declaración de Río de 1992).

La precaución tiene como efecto la inversión de la carga de la prueba: es quien genera el riesgo de daño grave e irreversible a la salud humana o al medio ambiente quien debe demostrar la inocuidad o seguridad de su actividad, o de la sustancia o producto que pone en el mercado. Sin dudas, un principio de prudencia.

Dicho lo que antecede, debo destacar que este principio no debe interpretarse como una constante a prohibir cuando hay una duda, no puede presentarse como un obstáculo al desarrollo del conocimiento sino por el contrario, debe ser el motor para el avance de la ciencia siguiendo el camino del desarrollo sustentable.

## **B) LA LEY 7722. MARCO LEGAL REGULATORIO. SU ANÁLISIS.**

### Debate de la ley.

Con fecha 20 de Junio del año 2007 el Presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, Dr. Andrés Omar Marín puso en conocimiento al Honorable Senado de la Provincia que en sesión de la fecha fue sancionado definitivamente el Proyecto de Ley, -que previamente había sido tratado en la Cámara Alta-, prohibiendo en el territorio de la Provincia de Mendoza, el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo. (AEV.82017/5 p.212).

En ocasión del tratamiento de la ley ante el recinto, el Senador Difonso dijo: "...El día jueves recibimos en la Comisión de Ambiente ampliada a miembros de distintos organismos, expresaron su parecer referido a estos seis proyectos que discutíamos para ser tratados hoy...". Asimismo, el Senador Camerucci dijo: "...De tal manera que mi pedido a mis pares, es que por lo menos tratemos el tema y demos nuestra opinión institucionalmente, sabiendo que el Sr. Gobernador va a acatar como corresponde en el sistema republicano que hoy rige nuestras vidas y el equilibrio de los diferentes intereses que tiene la sociedad en su conjunto" (AEV 82017 p.46).

En la efusiva discusión parlamentaria respecto del tratamiento de la Ley 7722 los diferentes sectores sociales y partidarios se vieron representados.

Por Decreto N° 1423 de fecha 21 de junio de 2007, el Poder Ejecutivo sancionó la Ley N° 7722. (AEV 82.017 p.316).

### El texto de la Ley 7722.

*Artículo 1° - A los efectos de garantizar debidamente los recursos naturales con especial énfasis en la tutela del recurso hídrico, se prohíbe en el territorio de la Provincia de Mendoza, el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.*

*Artículo 2° - Las empresas y/o personas jurídicas o físicas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley posean la titularidad de concesiones de yacimientos minerales metalíferos, o aquellas que industrialicen dichos minerales deben tramitar en el plazo de treinta (30) días el "informe de partida" que establece el Art. 24 del Decreto 2109/94, a efecto de cumplir con las exigencias de la presente Ley, bajo apercibimiento de cesar inmediatamente en su actividad hasta tanto adecuen todos sus procesos mineros y/o industriales.*

*Artículo 3° - Para los proyectos de minería metálica obtenidos 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.*

*Para dejar de lado las opiniones vertidas en los dictámenes sectoriales deberá fundarse expresamente las motivaciones que los justifican.*

*Artículo 4° - Establécese como autoridad de aplicación de la presente al Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, que reglamentará el establecimiento de un Seguro de Garantía Ambiental para cada emprendimiento y creará, dentro de su ámbito, la Policía Ambiental Minera que tendrá como función específica el control y seguimiento de cada uno de los emprendimientos mineros de la Provincia de Mendoza, debiendo informar todas las actividades desarrolladas semestralmente a las comisiones de Medio Ambiente de la Legislatura Provincial.*

*Asimismo en lo que refiere a la preservación y uso del agua el Departamento General de Irrigación deberá ejercer el control específico y seguimiento de cada uno de los emprendimientos mineros de la Provincia, en todas y cada una de sus etapas, cuando los mismos afecten las cuencas hídricas.*

*Artículo 5° - La autoridad de aplicación garantizará, en todo proceso de*

*Evaluación del proceso de impacto ambiental, la participación de los municipios de las cuencas hídricas y aquellas regiones que se manifiesten como tales, afectadas por el proyecto respectivo, debiendo respetarse las realidades productivas y sociales de cada uno de los mismos, cuyos dictámenes sectoriales serán de carácter necesarios.*

*Artículo 6° - La autoridad administrativa deberá identificar los daños ambientales que puedan existir y/o que se produzcan en el futuro con causa en la actividad minera, a efectos de exigir administrativamente la remediación del daño, o en su defecto requerir la misma según el procedimiento judicial que regula la Ley 25.675.*

*Artículo 7° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.*

*Juan Carlos Jaliff ; Analía V. Rodríguez ; Andrés Omar Marín ; Jorge A. Manzitti.*

Referencia del art. 2 de la ley 7722 : Dec. 2109/94.

## **TÍTULO IV**

### **DE LAS EVALUACIONES PERMANENTES**

#### **Art. 24 INFORME DE PARTIDA.**

*Las obras y actividades comprendidas en el Anexo I de la Ley 5961, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente reglamentación se encuentren concluidas o en proceso de conclusión y/o de ejecución, y cuando a criterio de la Autoridad de*

*Aplicación hayan devenido en riesgosa para el medio ambiente, deberán presentar en el plazo que en cada caso se establezca un Informe de Partida, con el objeto que las mismas sean corregidas o adaptadas de acuerdo a las posibilidades técnicas y conforme a los requerimientos que oportunamente se establezcan. En dicho Informe de Partida se establecerá:*

- 1) Localización con indicación de las jurisdicciones municipales comprendidas.*
- 2) Relación de todas las acciones inherentes a la actuación de que se trate, susceptibles de producir un impacto sobre el medio ambiente, mediante un examen detallado de su funcionamiento.*
- 3) Descripción de los tipos, cantidades y composición de los residuos, vertidos, emisiones o cualquier otro elemento derivado de la actuación que se incorporen al entorno, en especial, ruidos, vibraciones, olores, emisiones luminosas, emisiones de partículas, efluentes, etc.*
- 4) Estimación de los efectos que la obra o actividad ha producido sobre la población humana, la fauna, la flora, la vegetación, el suelo, la gea, el aire, el agua, el clima, el paisaje.*
- 5) Se indicarán las medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales negativos significativos, así, como los procedimientos de anti y descontaminación depuración y dispositivos genéricos de protección del medio ambiente. Dicho informe tendrá carácter de declaración jurada y deberá ser suscripto por profesional competente en la materia de que se trate.*

#### Análisis de la ley 7722.

Conforme bien lo señaló mi distinguido colega, el Dr. Alejandro Pérez Hualde, el constituyente de 1853/60 adoptó un sistema de poder que engloba a la Nación Argentina y a las “provincias que la componen” y que se refleja en la Constitución desde su Preámbulo hasta la distribución metodológica de tratamiento en su texto del Gobierno Federal (Título I) y de los gobiernos de provincia (Título II).

Esa decisión es la que motiva la primera de las divisiones del poder; pues un concepto técnico político indica que “un régimen federal es cuando una constitución divide el poder político entre un gobierno central y varios gobiernos locales dando a cada uno de ellos importantes funciones (XXI Encuentro de Profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional -Santa Fe 2014) .

Entre los poderes delegados de las Provincias a la Nación se encuentra la sanción del Código de Minería (art.75 inc.12 de la Constitución Nacional, en adelante CN), sin embargo las Provincias conservan el dominio originario de los recursos naturales (art. 124 CN) y en consecuencia la competencia para la reglamentación de su uso y disposición.

El artículo 124 de la Constitución Nacional, dotó a las provincias de instrumentos que le posibilitan crear respuestas integradoras como lo es la facultad de crear regiones, celebrar convenios internacionales, - donde las provincias de frontera, como lo es

Mendoza, tienen un amplio campo de desarrollo - y el reconocimiento del dominio originario de los recursos naturales.

Este reconocimiento ha tenido gran significación para el futuro de muchas de las provincias argentinas. La norma ha puesto en el escenario de las decisiones fundamentales a las provincias poseedoras de las riquezas minerales, en hidrocarburos, hidroeléctricas, etc. Ahora tienen la posibilidad de opinar y participar de las políticas implantadas en los sectores que las comprenden y les afectan. (Dr. Alejandro Pérez Hualde en XXI Encuentro...citado).

La Constitución de la Nación Argentina y siguiendo la línea reseñada, a partir de su reforma en el año 1994 también estableció una referencia específica en materia ambiental. En el art. 41 CN dispuso:

*“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”.*

En este marco nacional, corresponde y como lo determina el texto, - el cual me he permitido incorporar a los fines de facilitar la comprensión del razonamiento que expongo- cada provincia que compone nuestro territorio nacional puede incrementar, no así disminuir los presupuestos mínimos de protección respecto del medio ambiente.

En igual sentido, el Código de Minería reconoce dicha distribución de competencias en su artículo 233 al disponer que la actividad minera debe sujetarse a la normativa que se dicte como consecuencia de lo establecido en el artículo 41 de la CN.

Desde una interpretación sistemática y jerárquica, no encuentro contradicción entre el marco dado por los arts. 41 y 124 de la CN, que referencian y sustentan a las leyes de protección del medio ambiente, al Código de Minería y las leyes locales provinciales.

Por lo expuesto y bajo el principio de razonabilidad, no se plantea incompatibilidad entre las leyes nacionales y la consagración de principios tales como el precautorio, de prevención y sustentabilidad con el Código de Minería y las leyes locales, máxime a partir del pronunciamiento del Superior Tribunal Federal en la causa “Villivar”.

En el precedente, la Corte Federal dirimió la cuestión de la competencia provincial respecto de la ley minera de Chubut, postulando la facultad que tienen las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del



medio ambiente, la que supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada. (C.S.J.N., Fallos 330:1791, Sentencia del 17/04/2007) .

Es el Estado Provincial el garante del uso y disposición de los recursos que posee, en consecuencia, es el legislador mendocino, en uso de sus facultades y atribuciones, quien determinó las pautas por las cuales debía guiarse la actividad minera, respetando los presupuestos dados por el art. 41 de la CN y sancionando la Ley 7.722 el 20 de junio de 2007. Tendencia que fue precedida o a veces continuada por distintas provincias del territorio nacional, como Chubut (Ley 5001); La Rioja (Ley 8137); Río Negro (Ley 3981); Tucumán (Ley 7879) y Córdoba (Ley 9526).

Ahora bien, entiendo que la petición de inconstitucionalidad se ha centrado fundamentalmente en la prohibición establecida en el art. 1 de la ley que nos trae en trato respecto de la prohibición dispuesta - a los efectos de garantizar debidamente los recursos naturales con especial énfasis en la tutela del recurso hídrico – respecto de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.

Se ha manifestado que la prohibición en mención vulnera el Principio de igualdad (art. 7 de la Constitución Provincial (en adelante CP) y 16 de la CN.; como así también el Derecho a ejercer toda industria lícita (art.33 CP y art.14 CN); el Derecho de propiedad Privada (art.8 CP y 17 CN y los derechos adquiridos (art.29 CP).

En primer lugar la ley no hace distinciones o excepciones respecto de la actividad minera.

He afirmado que el principio de igualdad no tiene carácter absoluto, siendo la razonabilidad la pauta para ponderar la medida de dicha igualdad, por lo que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para esa discriminación sea razonable; en consecuencia las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por tales han de estimarse las que carecen de razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios (L.S 353-104), de allí que el principio de igualdad supone también el reconocimiento de diferencias si son razonables (13/05/2013-L.S. 410-100).

Evidentemente el criterio seguido por el legislador para hacer el distingo prohibiendo determinadas sustancias químicas es por el potencial daño que ellas representan. (vgr. “Veladero”- No acceso al agua de la población de Jachal e Iglesia por la rotura de un caño por el cual circulaba solución con cianuro- Setiembre 2015 - Provincia de San Juan).

En esta senda, cabe recordar que la Ley Nacional de Política Ambiental 25.675 establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1). Para tal objeto, se fijan como principios de la política ambiental (art. 4), entre otros, el principio de congruencia (conforme al cual los presupuestos mínimos ambientales prevalecen sobre toda otra legislación local que se le oponga), el principio de prevención (según el cual los problemas ambientales se deben atender en forma prioritaria e integrada), el

principio precautorio (de acuerdo con el cual cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente) y el principio de sustentabilidad (el cual indica que el desarrollo económico y el aprovechamiento de los recursos naturales debe realizarse a través de una gestión tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones futuras) (Voto al que adherí en autos N° 104.303 “Gualtallary SA c/Departamento General de Irrigación” 19/05/2014).

La tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Fallos 332: 663 CSJN).

Doy aquí por reproducido lo expresado bajo el título “Los conflictos sectoriales. El uso del agua. Su escasez. La dependencia de la agricultura”, reiterando la conclusión a la que arribara.

El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

La actividad minera, y aunque parezca una obviedad destacarlo, no se prohíbe, lo que se prohíbe es el uso de determinadas sustancias en la actividad. El derecho al ejercicio de una industria lícita está garantizado si la misma se desarrolla con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población, dentro del concepto de desarrollo sustentable y de responsabilidad social empresaria.

Así las cosas, entiendo que la referencia a la prohibición señalada en el texto de la Ley 7.722 en protección al recurso hídrico se encuentra dentro del ámbito discrecional del Poder Legislativo, ello resulta razonable, compatible y adecuado a los principios establecidos en la Constitución Nacional y a los textos internacionales a ella incorporados

Desde otro punto de vista y en cuanto a la disposición de derecho transitorio contemplada en el art. 2 de la ley en el que se hace referencia a aquellas empresas y/ o personas jurídicas o físicas que a la fecha de su entrada en vigencia posean la titularidad de concesiones de yacimientos minerales metalíferos, o aquellas que industrialicen dichos minerales deben tramitar en el plazo de treinta (30) días el "informe de partida" que establece el Art. 24 del Decreto 2109/94, a efecto de cumplir con las exigencias de la ley, bajo apercibimiento de cesar inmediatamente en su actividad hasta tanto adecuen todos sus procesos mineros y/ o industriales.

Como bien su texto lo resalta es una norma de adecuación .

La protección del ambiente constituye un compromiso que involucra a toda la sociedad (principio de participación), ello es así en tanto la propia naturaleza dinámica del Derecho Ambiental determina la necesidad de acompasar los constantes avances en la materia a través de constantes nuevas exigencias.

En un fallo de la Corte Federal del 14 de Mayo de 1887, esto es, en un fallo de 128 años a la fecha, y el que se enseña en nuestras Universidades, precisamente por su vigencia

se dijo: a) Por disposiciones administrativas no se acuerda a los demandantes ningún derecho irrevocable, pues se limitan a reglamentar su industria prescribiendo las condiciones higiénicas y, aún, suspendiendo el ejercicio cuando la salud pública lo requiera; b) No pueden invocar, los demandantes, ese permiso para alegar derechos adquiridos pues nadie puede tener derecho adquirido de comprometer la salud pública; c). La objeción que se opone a la ley y al decreto citados -ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles por afectar la propiedad y el ejercicio de una industria lícita- no tiene fundamento legal ya que, según la Carta Magna, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio y, según el Código Civil, la propiedad está sujeta a restricciones exigidas por el interés público o privado; por lo tanto la mencionada ley provincial no es contraria a la Constitución ni ataca al derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro. (Fallo de la Corte Suprema, “Los saladeristas Podestá, Bertram Anderson Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires, fallada el 14-5-1887”).

Ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna, tiene derechos adquiridos en todo cuanto se refiere al aspecto ambiental. (SCJM –Nº 80.295 caratulada: "Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes". LS346-023).

Evidentemente lo que estipula el art.2 de la ley es un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, esto es, que los titulares de las concesiones mineras en curso cumplan con la nueva legislación y los niveles de protección ambiental allí dispuestos.

El texto resulta razonable, compatible y adecuado a los principios establecidos en la Constitución Nacional y a los textos internacionales a ella incorporados.

A su vez, la ley exige que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para los proyectos de minería metálica obtenidos en las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización, 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. (art.3 Ley 7722).

En los autos nº 89.169, caratulados: “Departamento General de Irrigación c/Municipalidad de Godoy Cruz s/Conflicto de Competencia” esta Corte en pleno con diferente composición hizo especial referencia a la distinción entre la Evaluación de Impacto Ambiental y la Declaración de Impacto Ambiental.

La EIA es un procedimiento cuyo resultado final, la DIA es un acto administrativo que encierra complejidad y cuyo objeto es determinar, mediante un procedimiento específico, la viabilidad ambiental de un proyecto público o privado (Jordano Fraga, Jesús, “Obras públicas y medio ambiente. La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del T.S. en XI Congreso Ítalo Español de Profesores de Derecho Administrativo”, Barcelona, Ed. Cedecs, 1998, p. 415).

Para llegar a ese acto administrativo que encierra complejidad, se ha necesitado un conjunto de estudios de naturaleza técnica que permiten estimar los efectos que la

ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad causan sobre el medio ambiente. En este sentido, es un acto administrativo típico del derecho ambiental, pues éste “presenta un componente técnico cuya significación, progresivamente destacada por su importancia y complejidad, ha hecho de él un elemento central y característico; el elemento técnico ha dejado de ser un mero dato; por el contrario constituye, en muchos casos, la referencia fundamental del proceso y la decisión administrativa” (Esteve Pardo, José, “El componente técnico del derecho del medio ambiente. Limitaciones y posibilidades de los entes locales”, en Derecho del medio ambiente y administración local, obra colectiva coordinada por J. Esteve Pardo, Madrid, ed. Civitas y Diputación de Barcelona, 1996, p. 440).

En otros términos, normalmente, el procedimiento administrativo de evaluación culmina con la DIA, por lo que el ejercicio de la potestad de evaluación configura una autorización previa e instrumental del procedimiento sustantivo, de naturaleza discrecional y, por lo tanto, debidamente motivada, que a su vez se suma a otra autorización, dada por otro organismo, para la construcción de la obra.

La DIA determina, al sólo efecto ambiental, la conveniencia o no de realizarse el proyecto y, en caso afirmativo, fija las condiciones en que deben realizarse, las medidas correctoras que deben aplicarse y, además, las prescripciones pertinentes sobre el período de seguimiento de su adecuada puesta en práctica. Si esta idea se une a la de que el procedimiento de impacto “corre paralelo a un procedimiento de autorización o aprobación de la actividad, resulta que, en definitiva, puede conceptualizarse la DIA como una autorización previa, en la que se pretende coherencia procedimental con las demás autorizaciones con las que concurre”.

Hasta aquí, la DIA, se entiende como un acto administrativo, pero también puede constituir un acto preparatorio. El acto que con posterioridad a su emisión debe ser aprobado por otra autoridad no nace al mundo jurídico, aún estando firmado, mientras dicha aprobación no se produce; es decir no puede mientras tanto producir efectos jurídicos. Si dicho acto no aprobado es ejecutado a pesar de ello, los actos de ejecución son nulos (Gordillo, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 3, El acto administrativo, p. 22-23).

Dicho lo que antecede, la DIA conforme el art. 3 de la ley es un acto preparatorio que necesita de la ratificación legislativa para producir sus efectos jurídicos.

No es original el requerimiento ratificador solicitado en la ley. A lo largo de nuestro ordenamiento jurídico se requiere de procedimientos similares, como el caso de la Ley 8051 (Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo ) donde se solicita ratificación por ley respecto de la decisión del organismo de aplicación (art. 27); o la concesión de residuos patogénicos adjudicada por el Poder Ejecutivo y sujeta a ratificación legislativa posterior, esto es, por Dec. Provincial 1562/09 se produjo la adjudicación y la ratificación fue por Ley. 8126. Asimismo la Ley 5507 de concesión de servicios públicos distingue entre aquellos casos en los que se requiere la aprobación legislativa previa o posterior ratificación a la concesión (art. 10).

Sin duda, estando comprometido el ambiente y la salud de la población el procedimiento a seguir debe ser lo suficientemente riguroso, garantizando así el poder político en representación de la comunidad toda, los intereses sociales a resguardar.

Frente al tratamiento dado a los arts.1, 2 y 3 de la ley 7722 el análisis del resto de la legislación resulta inoficioso.

Por lo expuesto, el texto resulta razonable, compatible y adecuado a los principios establecidos en la Constitución Nacional y a los textos internacionales a ella incorporados.

### **C. CONCLUSION.**

La Ley N° 7722 ha sido dictada dentro de las competencias propias del legislador mendocino, bajo estándares de razonabilidad y como complementaria a las normas nacionales en materia minera.

Es el legislador local, en uso de las facultades y atribuciones, quien determinó las pautas por las cuales debía guiarse la actividad minera, respetando los presupuestos dados por el art. 41 de la Constitución Nacional y sancionando la Ley 7.722 el 20 de junio de 2007.

La prohibición establecida en la ley respecto del uso de determinadas sustancias en protección del recurso hídrico, no importa la prohibición de la actividad minera, por lo que no conculca derecho alguno, sino por el contrario, potencia el desarrollo de la misma en el marco de la protección del ambiente para las generaciones presentes y futuras.

El interés social siempre prevalecerá sobre los intereses económicos sectoriales.

El desarrollo de la actividad minera deberá darse dentro del marco del “desarrollo sostenible o sustentable” y de la “responsabilidad social empresaria”. En este marco deberán analizarse las modificaciones o reformas del ordenamiento jurídico que rija la materia, sustentadas en el diálogo, el consenso y el control social, político y judicial.

En definitiva, en primer lugar la protección humana y al ambiente, segundo los beneficios sociales de la actividad que se reflejen en la comunidad. En tercer lugar, la aceptación de la actividad por parte de la comunidad, cuarto el beneficio para el Estado y el interés general y por último la rentabilidad de la empresa por el emprendimiento.

Constituyendo el ambiente un bien colectivo supremo y el acceso al agua un derecho humano fundamental y condición previa para el ejercicio de otros derechos humanos es que la Ley Provincial N° 7.722 es constitucionalmente válida.

### **ASI VOTO.**

Sobre la misma cuestión el Dr. SALVINI, adhiere al voto que antecede.

**A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. JULIO R. GOMEZ, DIJO:**

El plenario de esta Corte, en que debo emitir mi voto, ha planteado como eje de examen y pronunciamiento el interrogante acerca de la constitucionalidad de la Ley 7722 de nuestra Provincia.

La ley de que se trata contiene dos reglas que, según entiendo, conforman su núcleo normativo duro y de consiguiente la cuestión principal sometida a análisis.

Una primera regla ha sido expuesta por el legislador en términos de prohibición y mediante su aplicación debe concluirse que se veda de modo absoluto "*el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo*" (art. 1). La norma transcripta, necesariamente, va dirigida a las autoridades públicas que tienen a su cargo la función de policía de la actividad minera e industrial y los sujetos que deben obedecer la restricción se conforman con el universo de gestores privados de las actividades que la ley describe (ver art. 2).

Una segunda disposición, contenida en el artículo 3º, determina que en 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*". Esto es, toda declaración de impacto ambiental será eficaz en los términos de la Ley 7722, en tanto haya sido objeto de una ley especial cuya naturaleza debe establecerse en orden a un test de constitucionalidad como el que propone este acuerdo.

Aquí es dable advertir que la cuestión a resolver se presenta en términos de conflicto enmarcado en un debate de jurisdicción constitucional, en que este Poder Judicial está llamado a intervenir declarando el derecho.

Un primer interrogante refiere al ejercicio de las competencias de la Legislatura Provincial en materias que, en principio, son susceptibles de regulación en el Código de Minería y, en consecuencia delegadas al Congreso.

Este Tribunal ha tenido oportunidad de sostener que ante un pasivo ambiental o aún ante la amenaza de su ocurrencia, resultan competentes en forma concurrente diversos organismos y agencias estatales a los fines de su prevención y/o reparación, según sea el caso y, especialmente, en razón de la materia, el sistema constitucional argentino (art. 41 C.N.) ha impuesto la necesaria coordinación de los tres planos del poder: nacional, provincial y municipal (L.S. 313-175; 406-293; 456-8 in re "Y.P.F. S.A.").

Vinculado a lo anterior, es cierto que el Código de Minería debe ser dictado por el Congreso de conformidad con la distribución establecida en el art. 75 inciso 12 de la C. N. y esa facultad ha sido ejercida por la Nación mediante la emisión del Código de minas. La precisa delegación de referencia no ha sido objeto de mayor debate constitucional, aunque el contenido de la materia delegada y algunas de sus consecuencias no siempre han sido ejercitadas en las relaciones entre la Nación y la Provincia de Mendoza de modo pacífico. Tal el problema del dominio sobre los recursos naturales (especialmente el petróleo y en menor medida el uranio) y los

derechos inherentes a su explotación y posterior distribución de las rentas producidas, todo lo que suele expresar a lo largo de la historia un difícil equilibrio.

La Provincia de Mendoza ha sostenido largamente sus derechos y competencias y el texto constitucional provincial ha expuesto su posición de modo explícito (art. 1 de la Constitución de Mendoza). Sin perjuicio de esto, no vislumbro dificultades en establecer claras delimitaciones entre la cuestión de los derechos provinciales sobre sus recursos naturales, su participación en las rentas que de ellos se obtienen y su actividad administrativa o judicial según resulte de la organización provincial del procedimiento minero en el otorgamiento de concesiones y similares derechos a los particulares, con respecto de los derechos subjetivos de naturaleza minera que regula la norma sustancial (Código Minero y demás leyes que forman su apéndice).

Lo sustancial minero, conforme el propio Congreso Nacional ha establecido en ejercicio de la función legislativa atribuida por el texto constitucional, es lo concerniente a "*los derechos, obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales*" (art. 1 Código de Minería adoptado por Ley 1919 y sus modificatorias). No obsta a esta afirmación normativa la incorporación de reglas ambientales (verbigracia el deber de presentar planes de restauración en las explotaciones de materiales nucleares y reglas contenidas en la Sección Segunda desde el art. 246, ordenamiento del Decreto N° 456/1997), de seguridad (tal la de comunicar los accidentes que se provoquen conforme el art. 240) u otras de naturaleza fiscal (previsión del art. 214).

Cuando el original pacto federal que contiene nuestra C.N. de 1853/1860 distribuyó las facultades de legislación entre la Nación y las Provincias, hizo silencio respecto de las cuestiones ambientales cuya incidencia en las necesidades de regulación y construcción autónoma por la ciencia jurídica aún no habían sido detectadas, entre otras razones por la menor incidencia de la actividad humana en la degradación de los recursos naturales y el desconocimiento del futuro poder de agresión del hombre sobre la naturaleza, en ese momento del devenir histórico.

Sin perspectiva alguna que permitiese suponer las transformaciones posteriores que implicaron el consumo de los bosques sin la contrapartida de renuevos, la generalizada emanación de gases que provoca cambios climáticos, el uso de los acuíferos como receptores de desechos contaminantes o venenosos (sólo por citar tres fenómenos tan alarmantes como visibles) el constituyente no pudo tener en miras la delegación expresa o la reserva explícita de facultades inherentes a una materia jurídica que actuase sobre el fenómeno.

De ese modo va de suyo que la cuestión se mantuvo incluida en parámetros de legislación y reglamentación propios de otras materias (derecho administrativo, penal, civil, minero, laboral, etc.). Las competencias legisferantes, en consecuencia, también quedaron subordinadas a la materia sobre la que debía operar: Si se trataba de normas de prevención no podía dudarse de la necesidad de establecerlas mediante el ejercicio de las atribuciones públicas reservadas en sus respectivos ámbitos a las Provincias, o a la Nación en cuanto a las que las trascendieran. Si se trataba de normas de reparación o de sanción punitiva era preciso acudir al derecho de fondo (civil, penal, contravencional). Todo ello, sin perjuicio del ejercicio de facultades concurrentes en

cuanto el tema sobre el que debía actuar fuese comprendido por la cláusula del bienestar (art. 107 anterior a la reforma de 1994).

Las propias previsiones de la Constitución Nacional reformada en 1994 y los marcos de convencionalidad que como consecuencia de la Constitución y los tratados fueron imponiéndose, promovieron un sistema de legislación propio de la materia ambiental.

Lo novedoso, en la distribución de competencias de legislación sobre protección ambiental que introduce la reforma constitucional, proviene de la calificación que establece su artículo 41: La Nación fija a través de normas los denominados "*presupuestos mínimos de protección*" y corresponde a las provincias la adopción de las leyes "*necesarias para complementarlas*".

Esto es, la distribución de competencias de legislación dentro de la materia obedece a una sistematización de facultades que operan de modo concurrente, a partir de un método constitucionalizado de complementación que respeta estándares debajo de los cuales la Provincia no debe fijar reglas. Ello encuentra su razón de ser en "*el derecho – asegurado a todos los habitantes – 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...*". (art. 41 de la C.N.).

El significado de la norma de presupuestos mínimos ha sido tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de modo reiterado, tanto para ponderar las competencias administrativas provinciales en la materia, como para reconocer los alcances de las facultades de legislación que la Constitución Nacional les garantiza.

En el voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Petracchi emitido en la causa "Villivar" se sostiene: "*La exigencia de la aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental establecido en los arts. 6 y 7 de la ley 4032 del Chubut antes del inicio de las actividades no contradice lo previsto por las leyes nacionales 24.585 y 25.675, dictadas con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional, según el cual 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*" (J.A. 23-4-08, V. 1015. XXXIX; RHE, 17/04/2007, T. 330, P. 1791).

No puede entenderse la complementación de un presupuesto mínimo, ni desde el contenido semántico de la norma constitucional, ni desde una mirada que penetre su axiología y finalidad, sin suponer la existencia de medios legales que progresen razonablemente sobre ese extremo inferior válido para el común general de la Nación, en la búsqueda de las decisiones jurídicas que mejor sirvan a la protección del derecho asegurado a un ambiente como el que describe el art. 41 de la Constitución Nacional.

La evaluación de los medios más idóneos para la protección del ambiente (agua, aire, paisaje, etc.) corresponden, por aplicación de tal norma, a la Legislatura Provincial. Tales medios normativos comprenden aspectos procedimentales y



sustanciales entre los que la prohibición de métodos o sustancias contraproducentes en lo ambiental pueden resultar herramientas y mecanismos necesarios para cumplimentar las finalidades del orden constitucional federal.

Por lo anterior, las reglas generales y abstractas que impiden en el ámbito de una provincia la utilización de sustancias degradantes del ambiente, en tanto se sustenten razonablemente en la realidad, se subsumen en la distribución de competencias legislativas que prevé el art. 41 de la C.N. De modo concordante, el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba en reciente fallo relativo a la misma problemática (sentencia del día 11.08.2015 en expte. n° 1798036 *in re* “Cemincor”), ha sostenido que la atribución de dictar los códigos sustantivos delegada al Poder Legislativo Federal no impide que las provincias ejerzan sobre esa materia el poder de policía de seguridad, moralidad y salubridad.

Ahora bien, la Convención Americana de Derechos Humanos profundiza interna e internacionalmente el deber de la Nación toda de respetar una serie de garantías individuales. Al haber incluido las convenciones de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, está vedado al Juez sostener el poder del Estado como noción fundante del sistema, sino que debe partir de las libertades públicas y derechos individuales reconocidos en el derecho positivo vigente (cfr. Gordillo, Agustín; “*Tratado de Derecho Administrativo*”; F.D.A., 10ª ed., C.A.B.A., 2014, T.II, p. 205).

Siguiendo tal método, se avizora claramente que un derecho indiscutible de todo ser humano, es el derecho a la vida y en particular a vivir dignamente, aunque lamentablemente no siempre respetado en la práctica. A partir de ello se advierte racionalmente que no es posible la vida de ninguna especie animal, incluido el ser humano, *animal racional* al decir de Aristóteles, sin las condiciones medioambientales que lo así permitan. La protección de estas últimas, en miras de la finalidad de supervivencia, han sido objeto de protección jurídica a nivel internacional desde fines del siglo pasado, de lo que dan cuenta los instrumentos jurídicos de tal índole mencionados en el dictamen del Procurador General al cual remito en honor a la brevedad.

Asimismo, resulta apreciable lo manifestado por el Superior Tribunal de Córdoba en el ya mencionado precedente (*in re* “Cemincor”), a cuyas palabras adhiero, cuando expresamente allí se dice: “*A partir de la realización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992, se declaró el derecho humano al ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo. Como señala Lorenzetti, el ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso*”.

Es de destacar, en referencia a este aspecto, que la relación naturaleza-humanidad existe desde que los seres humanos habitamos la Tierra. Los problemas ambientales existieron desde antiguo; ya los griegos y romanos fueron artífices de procesos de degradación de la naturaleza, deforestación, sobrepastoreo, etc. No obstante, es recién en el Siglo XX cuando la gravedad de los problemas ambientales impactan profundamente en la conciencia de las personas, o al menos en algunas de ellas, y es entonces cuando esta relación problemática, que denota una sociedad

insustentable, se asume como preocupante por los Estados (Arcocha, Carlos E. y Allende Rubino, Horacio L.; “*Tratado de Derecho Ambiental*”, Nova Tesis, Rosario, 2007, pp. 17/18).

Por ello, a la luz del reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente sano contenido en el art. 41 de nuestra C.N., es que éste debe necesariamente armonizarse con el derecho a ejercer toda industria lícita (art. 14 C.N.), ya que sabido es que no existen derechos absolutos en la Constitución Nacional (Fallos 304:319 y 1293; 312:318), por lo cual todo derecho debe ser compatibilizado con los demás enunciados en aquella como con los de la comunidad (Fallos 253:134; 304:1525, respectivamente).

A partir de lo anterior, se infiere que el derecho a ejercer toda industria requiere no sólo que ésta sea lícita, sino que además ella se adecue a las reglamentaciones legales y administrativas cuya aplicación conlleven a la armonización de su ejercicio con los derechos de las demás personas. Es que tal derecho, como cualquier otro, se encuentra sujeto a las reglamentaciones que las leyes establecen, claro está, sin que éstas puedan alterarlo (art. 28 C. N., art. 48 C. de Mendoza).

Ello así, orientado hacia el resguardo de los derechos definidos constitucionalmente, preciso es verificar que las leyes reglamentarias cumplan el principio de razonabilidad, tal como lo ha entendido nuestra Corte Federal años después de su sanción. Así, la razonabilidad se erige en garantía de que la reglamentación legislativa de los derechos fundamentales no los altera, es decir, funciona como garantía de regulación razonable, de modo tal que el Poder Legislativo sólo se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer aquellas disposiciones que sean razonables y convenientes (Fallos 142:81 *in re* “Manuel Cornú” del año 1924; Cianciardo, Juan; “*El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*”; Ed. Ábaco, C.A.B.A., 2004, p. 40).

En virtud de lo anterior, estimo necesario considerar que el silogismo a construir en este plenario debe imprescindiblemente sostenerse en un juicio de realidad que proyecte sus efectos sobre la norma cuya constitucionalidad se examina. Sin ese primer análisis cimentado en elementos de convicción no es posible un pronunciamiento alrededor de la razonabilidad de la ley que ha sido cuestionada por las accionantes y que resulta fundamental para escrutar su constitucionalidad.

La reflexión judicial acerca de tal aspecto es imprescindible para un justo pronunciamiento, en tanto toda decisión política del Estado que restringe el ejercicio de las garantías propias del comercio, producción e industria mediante el uso de instrumentos jurídicos, especialmente si se conforman de manera prohibitiva, debe sostenerse en fundamentos suficientes para adquirir justificación constitucional.

Un componente imprescindible de la razonabilidad normativa está dado por el principio de proporcionalidad que exige que el medio empleado por la ley se ajuste a la finalidad perseguida sin imponer sacrificios innecesariamente gravosos a aquellos a quienes la regla se dirige. Si bien, en principio, la Constitución confiere al legislador la función de establecer las proporciones asequibles a las finalidades perseguidas por la norma, ello no impide dentro del control de constitucionalidad que el juez revise concretamente si los medios adoptados quebrantan toda proporcionalidad, en concreto, en el caso que debe resolver.

Así, en materia de las denominadas medidas de seguridad regladas en el Código Penal, la Corte Federal ha dicho que *"toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales"* (G. 560. XL; RHE, "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa" -causa N° 1573, 05/09/2006, T. 329, P. 3680).

Ello así, entiendo necesario para determinar si los considerados *"factores de contaminación"* (sustancias) que prohíbe la Ley 7722 ponen en riesgo el ambiente, especialmente el recurso hídrico de la Provincia de Mendoza, examinar preliminarmente, al sólo efecto de resolver este plenario, la información pertinente que surge de la prueba rendida por los litigantes y la que sea de acceso público. Lo contrario importaría caer en la probabilidad de arribar a soluciones puramente dogmáticas con escaso ajuste al derecho.

Lo anterior presupone que el operador jurídico realice un previo juicio de adecuación o idoneidad, es decir, que el juez aquí debe controlar que la medida contenida en la ley tenga un fin y que tal medida sea adecuada a ese fin. A los efectos de la determinación del fin legislativo se considera que la norma a revisar debe poseer un fin que no esté prohibido constitucionalmente y que sea socialmente relevante. (Cfr. Cianciardo, Juan, op. Cit.).

En el conflicto jurídico traído a conocimiento de este Tribunal y que motiva este plenario, entiendo que la norma impugnada es adecuada al fin que se propone: Recuerdo que la misma enuncia textualmente su finalidad: *"A los efectos de garantizar debidamente los recursos naturales con especial énfasis en la tutela del recurso hídrico..."* y, ponderada dicha causa final, se presenta razonable el modo de conferirle andamiaje (causa eficiente).

Reitero, la norma se propone un fin y éste no sólo no está prohibido constitucionalmente, sino que tanto la Constitución Nacional (art. 41 y ccs.) como la Provincial (arts. 1, 186 y ccs.) lo tutelan expresamente y resulta indiscutible su relevancia humana y social, conforme se ha valorado más arriba. En esa orientación, el interrogante acerca de la subordinación lógica del método seleccionado por la ley (prohibición de uso de sustancias) para obtener el resultado perseguido (realización del principio protectorio) se muestra adecuado, por cuanto para determinar la adecuación de la ley al fin que se propone, ante la situación de riesgo ambiental tenida en miras por el legislador, debe considerarse la trascendencia vital del recurso que se protege, su valor insustituible y la posibilidad de degradación que es imprescindible evitar.

Ello implica necesariamente una verificación de proporcionalidad en la relación causa-fin. Es decir, puesto a controlar que la medida guarde una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, se debe ponderar, tal como ya expresé, la información existente en relación a las sustancias consideradas tóxicas por la ley en los procesos mineros metalíferos.

En relación a tal aspecto, por su especificidad técnica y jurídica en materia de protección y administración de las aguas provinciales (L.S. 311-202; 406-243; 451-104; 456-8, entre otros) resulta relevante el informe del Departamento General de

Irrigación (v. fs. 335/352), que da cuenta de que en el proceso industrial de extracción de minerales por lixiviación, la utilización de sustancias como el cianuro, mercurio y el ácido sulfúrico pueden ocasionar daños ambientales y al ser humano, en forma directa o indirecta. En similar sentido se expide el informe obrante a fs. 357/382, presentado por la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental. Asimismo, el informe técnico-científico del CONICET-CCT Mendoza, da cuenta de que si bien todas las actividades contaminantes son negativas a los fines de la preservación de la calidad del recurso hídrico, aquellas que se desarrollan en las partes altas de las cuencas son potencialmente más peligrosas, ya que en caso de producir contaminación sus efectos se trasladan aguas abajo, impactando sobre el resto de la cuenca y posee suma relevancia el volumen de agua utilizado para cada fin (v. fs. 266 del expte. n° 90.593 “Desarrollo de Prospectos...” acum. a esta causa).

A lo anterior debe agregarse la información pública concreta con que se dispone y que ha sido consignada en el citado fallo “Cemincor”, con cita de sus fuentes. Allí se mencionó expresamente: *“Los proyectos en el sector extractivo tienen un gran impacto en todos los ámbitos: a nivel mundial, en el cambio climático y la biodiversidad; a nivel de país, en la gobernabilidad y la gestión de los ingresos; y a nivel local, en el medio ambiente y las comunidades. A poco que se analice el tema se puede observar que existe consenso en la literatura respecto a que ninguna actividad industrial es tan agresiva al ambiente como la minería metalífera a cielo abierto. Se trata de actividades con huellas ambientales de relevancia durante muchos años...”*.

De los informes disponibles, entre los que he considerado especialmente válidos aquellos que he citado, que exponen los riesgos de utilización de procedimientos químicos de lixiviación mediante sustancias disolventes con potencialidad nociva, concluyo que la prohibición dispuesta por el Legislador es proporcionalmente adecuada con el fenómeno de degradación ambiental que la norma procura evitar, en consideración a la importancia cuantitativa de las áreas en que se desarrollan los proyectos mineros metalíferos a cielo abierto. Si lixiviar, conforme el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (ed. vigésima tercera) es tratar una sustancia compleja, como un mineral, con un disolvente adecuado para separar sus partes solubles de las insolubles, es evidente el riesgo de contacto entre los disolventes, cuya utilización la Ley 7722 impide, y la superficie por la que discurre el aire y el agua en movimiento.

Asimismo, vinculado a lo anterior y en lo relativo al principio de igualdad que se predica violado con las disposiciones de la Ley n° 7722, desde larga data se ha entendido que la igualdad de tratamiento ante la ley -no exenta de razonables distinciones, según jurisprudencia constante de nuestra Corte Federal- no admite que se diferencie privándose a algunos de aquello que se reconoce a los demás habitantes en circunstancias similares (Fallos: 311:394; 312:826, 1082; 318:1256, 1403; 320:196; 322: 2701; 324:286; 328:2829; L.S. 353-104; 410-100; 479:40).

Aquí cabe preguntarnos si existe alguna otra actividad semejante a la minera, especialmente la realizada a cielo abierto, que utilice en igual forma las sustancias tóxicas prohibidas por la norma en análisis. La respuesta negativa se impone con tan sólo tomar en cuenta esta información: *Las operaciones mineras que utilizan la tecnología de extracción con cianuro, llevan implícitos altos impactos ambientales, que en muchos casos pueden ser catalogados de desastre ambiental. El considerable, y muchas veces hasta dramático, impacto ambiental y social de este tipo de minería está*

*ampliamente documentado...En la extracción de uranio se utiliza un proceso que se denomina lixiviación con ácido sulfúrico, que requiere un consumo de 500 litros de agua por segundo, al entrar este en contacto con las vetas de mercurio, se libera gas Radón y otros derivados radiactivos. En la extracción de oro se utiliza el proceso de lixiviación con cianuro, que produce daños ambientales a largo y corto plazo, entre otras razones por los desechos de cianuro que se filtran y pueden acabar contaminando ríos subterráneos, en ocasiones incluso han envenenado afluentes cercanos. Dada la alta toxicidad y reactividad natural del cianuro, la contención de esta sustancia es una de las preocupaciones primordiales de las minas en las que se utiliza la extracción por lixiviación. Se han documentado los efectos perjudiciales del cianuro en los peces, la vida silvestre y los humanos. El cianuro es extremadamente tóxico para las plantas y los animales. Los derrames de cianuro pueden matar la vegetación e impactar la fotosíntesis y las capacidades reproductivas de las plantas. Las dosis letales para humanos son, en caso de que sean ingeridas, de 1 a 3 mg/kg del peso corporal, y de 100-300 ppm si son aspirados (Belotti, Mirta L.; “Minería a cielo abierto versus glaciares en alerta roja en Argentina”, trabajo publicado en el sitio web de la Universidad de Bologna: [http://amsacta.unibo.it/3085/1/Miner%C3%ADa\\_a\\_cielo\\_abierto.pdf](http://amsacta.unibo.it/3085/1/Miner%C3%ADa_a_cielo_abierto.pdf)).*

Asimismo, en orden a la igualdad, puede ocurrir, como se ha analizado más arriba, que la utilización de ciertas sustancias impacte de forma negativa en el ambiente y en las personas al ser utilizadas en una actividad industrial dada y, en cambio, no impacten de igual forma al ser utilizadas en una diversa categoría de actividad industrial. Tal es lo que sucede, por ejemplo, a partir de lo dispuesto en la Ley Nacional de Alcoholes n° 24.566, que en su art. 11 prohíbe la introducción, tenencia o depósito de alcohol metílico en los locales destinados a la elaboración, fraccionamiento, comercialización o distribución de cualquier producto destinado al consumo humano, lo que implica una prohibición clara en la industria vitivinícola, que en cambio no se advierte esté prohibida en la actividad minera. Así, podemos encontrar otros ejemplos de sustancias químicas prohibidas especialmente en diversas industrias que no son mineras y que sin embargo no están prohibidas en esta última actividad.

Por todo ello, se avizora como proporcional y adecuada la norma puesta en crisis, en cuanto a los medios que prevé, tales como la prohibición del uso de ciertas sustancias tóxicas.

Por lo expresado concluyo con la necesaria certeza que, al margen de la perfectibilidad a que está sometida como cualquier obra humana, la prohibición prevista en el primer artículo de la Ley N° 7722, resulta ajustada a los parámetros constitucionales en que debe enmarcarse toda norma destinada a la realización del principio protectorio inherente a la materia, por lo que mi respuesta a la pregunta del plenario es que, en el aspecto analizado, la norma es adecuada al orden constitucional.

Un segundo asunto que entiendo pertinente abordar es el de la necesidad de aprobación legislativa de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), que la Ley 7722 ha fijado en su preceptiva.

En relación a este punto, aquí conviene tener presente que la inconstitucionalidad de la ley no puede presumirse y debe el Poder Judicial, en la actuación destinada a controlar la constitucionalidad de la norma, esforzarse en su

modulación y fijación de alcances, de modo tal que, en tanto no resulte abiertamente confrontativa e irritante a la Constitución, pueda superar el examen de ese aspecto de la juridicidad reservado exclusivamente al Juez.

En tal sentido, no puede soslayarse el criterio interpretativo mantenido y reiterado en el tiempo por este Tribunal, según el cual la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, constituye una de las más delicadas funciones jurisdiccionales y debe ser considerada como la última *ratio* o decisión a adoptar, cuando la repugnancia constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad normativa inconciliable (L.S. 359-152; 386-167; 387-48; 430-239; 458-201, entre otros).

En lo concreto de esta norma, no existe a mi juicio dificultad en desentrañar el carácter de la denominada DIA dentro de la clasificación conceptual de los diversos actos que emanan de la voluntad del Estado. Se trata de una declaración de carácter administrativo que provoca efectos jurídicos en las relaciones entre la Administración y el Administrado. Responde, por ello, a la definición contenida en la Ley 3909 del acto administrativo (art. 28).

No podría asignarse a la DIA la definición de norma general y abstracta propia de una ley en sentido formal que emana de la Legislatura. De tal suerte cabría entender que se está ante una declaración propia de la esfera de actuación del Poder Ejecutivo dentro de las competencias que a éste le atribuye el art. 128 de la Constitución de Mendoza, por cuanto no responde a las características de los actos administrativos deferidos constitucionalmente a los demás Poderes del Estado.

Ello así, además de coincidir con la evaluación que en punto al asunto contiene el voto de mi distinguido colega Dr. Nanclares, encuentro necesario ponderar que la DIA constituye un acto administrativo complejo, cuya aprobación requiere actos técnicos de naturaleza preparatoria a que la Ley 7722 hace referencia. Se emite con la necesaria intervención del Poder Ejecutivo como órgano emisor, conforme las reglas de distribución de competencias contenidas en la Constitución de Mendoza y la posterior “ratificación” legislativa.

El art. 3 de la mencionada ley utiliza este verbo en su participio (“...la DIA debe ser *ratificada* por ley...”). Esto implica que la Legislatura asume en la norma una competencia de aprobación del acto administrativo emitido por el Poder Ejecutivo, que constituye, en los términos en que ha sido prevista por la Ley 7722, un recaudo de eficacia.

Siguiendo a Marienhoff, entiendo que en rigor técnico aquí estamos en presencia de una *aprobación* (v. art. 37 de Ley 3909), que es el acto administrativo que acepta como bueno un acto de otro órgano administrativo, otorgándole así eficacia jurídica, en cumplimiento de recaudos contenidos en una norma general que de ese modo asegura la realización de sus finalidades. Si bien este instituto comparte con la autorización el ser expresión del control preventivo, la aprobación se dicta *a posteriori* de la emanación del acto que se aprueba, pero antes de que el mismo adquiera eficacia. En tanto la autorización le confiere validez al acto que se emita en mérito a ella, la aprobación sólo le confiere eficacia al acto aprobado, el cual, de por sí, ya era válido. Por ello, la aprobación es meramente declarativa, es decir, no es

constitutiva: El acto que se aprueba es de por sí un acto válido desde que ha nacido conforme a los requisitos legales, y el acto que luego lo aprueba sólo le otorga eficacia. Aquí se produce una integración de voluntades: del órgano controlante y del órgano o personas controlados. (cfr. Marienhoff, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*; 5ª ed. act. y reimp., Abeledo Perrot, C.A.B.A., 2011, T.I, pp. 513 y ss.).

No caben dudas que en este caso, la Legislatura, al establecer ese recaudo de eficacia se ha reservado un control del acto en vistas a asegurar su legitimidad. Aún cuando el ropaje de su declaración sea el de una ley en sentido formal, la “ratificación” o “no ratificación” no cambia su substancia de intervención aprobatoria de un acto administrativo, en donde el Órgano que interviene en la etapa posterior de aprobación, aquí la Legislatura Provincial, necesariamente debe adecuarse en su actuación a las exigencias de control propias del acto que confirma. Entonces, se estará, necesariamente, ante un acto revisable desde la perspectiva de las competencias constitucionales deferidas a este Poder Judicial en la materia administrativa.

Así entendida la cuestión y en orden a la necesaria proporcionalidad que debe cumplimentar la norma, en cuanto a su modo y fin, no puede soslayarse que se está ante decisiones que la Provincia adopta en temas de enorme trascendencia por la hondura de los valores acerca de los que debe resolverse y su proyección con sentido histórico: Es necesario pensar que se corre el riesgo de afectar la matriz productiva y la preservación del recurso hídrico en medio de acechanzas a la biodiversidad, sólo por citar algunos de los aspectos involucrados.

Ello así la reserva que la Legislatura dispone al exigir su intervención en el contralor del acto administrativo, no aparece impropia de su potestad de control, enmarcada en las reglas de gobierno de una sociedad republicana, que exige la recíproca actividad de fiscalización entre los Poderes.

Del mismo modo que se ha asignado constitucionalmente al Poder Ejecutivo la atribución de controlar mediante el veto las leyes que emite el Legislativo, en asuntos de evidente trascendencia, como el que regula la Ley 7722, no resulta contrario al sistema constitucional conferir un punto de control preventivo a la Legislatura en el proceso de aprobación de la DIA, como recaudo de eficacia de la declaración de que se trata. Se está ante una etapa más en la formación de la voluntad del Estado, que exige especial ponderación de juridicidad y conveniencia, por las proyecciones futuras de las decisiones que se adoptan.

Por lo anteriormente explicitado, el control legislativo -y su consiguiente pronunciamiento-, no puede presumirse arbitrario y siempre será revisable por este Poder Judicial.

En esa misma dirección y como *obiter dictum*, debo recordar que la Constitución de Mendoza ha encomendado a la Legislatura, en su artículo 194, el ejercicio de controles específicos respecto de las concesiones de agua según haya o no aforo de los ríos. Pues bien, si resulta de la distribución constitucional de potestades entre los Poderes que debe la Legislatura actuar sobre las concesiones de agua, cuánto más se adecua a la Constitución una regla que está dirigida a asegurar su intervención, cuando de lo que se trata es de preservar la calidad de ese bien insustituible para su aprovechamiento integral por parte de las personas que deben acceder a él.

Atento a las razones expuestas, concluyo que la regla del art. 3° se ajusta a la distribución propia del régimen de división de Poderes propio del sistema republicano.

Por todo ello entiendo que la Ley N° 7722 de la Provincia de Mendoza no resulta inconstitucional.

ASÍ VOTO.

**A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. OMAR PALERMO, DIJO:**

Diversas razones me convencen de que la pregunta que convoca el presente plenario debe responderse de manera afirmativa. En consecuencia, a mi modo de ver, la Ley provincial 7.722 resulta constitucional.

Cabe aclarar que, en consideración al contenido de los votos de los colegas que me han precedido, a los que adhiero en cuanto su conclusión, mi opinión se limitará al tratamiento de dos cuestiones que entiendo fundamentales para la resolución del caso. Por un lado, como considero que la solución por la que opta la Ley 7.722, de algún modo está vinculada con la aplicación del denominado principio de precaución que rige en materia ambiental, entiendo que una cuestión a determinar es si esta opción legislativa debe ser considerada o no como una alternativa conforme a Derecho. Por otro lado, según creo, la constitucionalidad de la norma cuestionada debe analizarse en referencia al sentido y alcance de las cláusulas constitucionales y convencionales puestas en juego, como así también conforme al contenido y límites del control de constitucionalidad. Paso a explicarlo.

**1.- Principio de precaución frente al conflicto ambiental de la actividad minera.**

El debate que subyace a la problemática que aquí se plantea intenta superar un conflicto altamente complejo que involucra a varios sectores sociales. Como se sabe, en los extremos de esta discusión aparece lo que algunos describen como una antinomia entre la «permisión de la actividad minería» y la «preservación del recurso hídrico». Pues bien, si esta descripción es correcta, entiendo que la Ley 7.722 optó por resolver esta alternativa sobre la base de un principio fundamental del Derecho ambiental: el «principio de precaución». Mediante este principio se pretende encontrar una máxima que ofrezca seguridad y control de riesgos en aquellas actividades que generan peligros y cuyas consecuencias son, todavía, científicamente desconocidas. En otras palabras, se recurre a este principio a fin de garantizar la seguridad donde domina la incertidumbre.

Es común advertir cómo, actualmente ciertos espacios, que hasta tiempos no demasiado lejanos estaban sujetos a procesos y a ritmos impuestos por la naturaleza, han cedido ese ámbito a la irresistible expansión de la técnica. Así, por ejemplo, nuestros alimentos ya no son en su mayoría productos de la naturaleza sino productos de una industria alimenticia cada vez más tecnificada, hasta el punto que puede incidir en la propia naturaleza modificándola: piénsese en las frutas tropicales que incorporan genes procedentes de peces que habitan océanos glaciares y que, por su resistencia al frío,



pueden cultivarse en latitudes que hasta ahora eran inimaginables. Lo mismo ocurre en el ámbito de la salud, en el que hasta hace no muchos años, peligros naturales como pestes, infecciones, hambrunas, etc., habían mostrado efectos devastadores y que hoy se han podido superar gracias a la tecnología.

Lo que ocurre es que esta tecnología alimenticia, farmacológica, energética, comunicacional, etc., no es del todo inocua. Por el contrario, a la vez que superan los peligros y limitaciones que tienen origen en procesos naturales, dicha tecnología genera también sus propios riesgos. Sin embargo, la diferencia fundamental que existe entre los peligros de naturaleza y los riesgos tecnológicos es que, mientras los primeros no son disponibles por el ser humano, es decir, el hombre no tiene sobre la naturaleza y sus peligros ningún poder de decisión, los segundos sí obedecen a decisiones invariablemente humanas. En efecto, la decisión sobre si se debe desarrollar o no determinada investigación para producir esa tecnología, o si se debe autorizar, o si se debe comercializar; la decisión sobre los controles a los que se sujeta su uso; sobre la información que de ella se ofrece, etc., pone en evidencia que el riesgo proveniente del desarrollo tecnológico se debe fundamentalmente a acciones y decisiones humanas y por ello, no pueden quedar al margen de la atención del Derecho.

Asimismo, la intervención del Derecho frente a estas decisiones arriesgadas en el campo de la tecnología se justifica, todavía, si se tiene en cuenta que las consecuencias lesivas de esa toma de decisiones no necesariamente afectan a quienes las toman, pues la divergencia se da no sólo entre quienes crean el riesgo y quienes resultan afectados por el mismo, sino que el impacto de estos riesgos está espacial y temporalmente abierto, de modo que pueden manifestarse en forma duradera o diferido en el tiempo y distante del lugar en el que han sido generados. Por esta razón, está claro que el Derecho no puede desentenderse de estos avances: la expansión de la técnica y con ella, la ampliación de los espacios de decisiones humanas sobre la creación de riesgos tecnológicos conlleva, necesariamente, a la expansión del Derecho.

Ahora bien, junto a las características que se acaban de mencionar de los riesgos tecnológicos, se advierten otros rasgos no menos relevantes. Por un lado, las posibles consecuencias dañosas que generan estos riesgos aparecen como una consecuencia indeseada, no buscada, que acompaña como «efecto secundario» a actividades encaminadas al logro de otros objetivos, estimados beneficiosos y, por tanto, en su mayoría considerados como riesgos socialmente admitidos. Por otro lado, estas actividades arriesgadas se desarrollan en condiciones de gran complejidad, de modo masivo, anónimo, con una multiplicidad de agentes intervinientes, con consecuencias lesivas indeseadas producidas de modo imprevisto, pues cuando se emprende la actividad existe un alto grado de incertidumbre o un gran desconocimiento sobre los eventuales efectos de la misma, especialmente a mediano y largo plazo.

Pues entonces, el problema no es sólo que en el ámbito de la ciencia se desconozcan los efectos lesivos de determinada actividad sino que, además, el Derecho deba decidir sobre la prohibición o no de dicha actividad o sobre su permisión bajo determinadas condiciones, en ámbitos dominados por el desconocimiento científico. En efecto, el Derecho debe decidir aquí y ahora en situaciones de debate científico, de incerteza científica que posiblemente sólo se pueda superar después de varios años de investigación. Si esto fuera así, ¿cómo debería el Derecho decidir en la incerteza? Este es el ámbito en que empieza a tomar fuerza el principio de precaución.

## **2. El principio de precaución: una consecuencia de la aversión al riesgo propio de las sociedades postindustriales.**

Lo precedentemente expuesto conduce a la siguiente paradoja: el desarrollo tecnológico, que en general está pensado para la consecución del progreso y para la obtención de una mayor sensación de seguridad, trae consigo, no sólo aquello que pretende conseguir, sino también nuevas fuentes de riesgos, de enorme potencial y que, en buena medida, no son conocidos. Es decir, mientras más desarrollada tecnológicamente esté una determinada sociedad, mayor será la complejidad alcanzada y mayor también será la incertidumbre sobre los efectos lesivos que ese desarrollo tecnológico puede generar. En consecuencia, la demanda de seguridad también es mayor, a tal punto que aparece en la configuración social de las sociedades altamente tecnificadas lo que se denomina como «aversión al riesgo» y el aprecio a la necesidad subjetiva de mayor seguridad. Esta demanda específica de seguridad se canaliza a través de las políticas legislativas sobre gestión de riesgos entre cuyos instrumentos se encuentra el principio de precaución.

Como se sabe, hasta la primera mitad del siglo XX la sociedad se caracterizó por admitir y tolerar los incipientes riesgos de la industrialización, actitud que se plasmó, en el ámbito de la gestión de riesgos, en la aparición del concepto de «riesgo permitido». Por el contrario, a partir de la segunda mitad del siglo XX domina la aversión al riesgo y la mínima tolerancia a aceptar efectos dañosos derivados del riesgo tecnológico propio de la sociedad postindustrial. Pues bien, esto tiene como consecuencia una excesiva valoración de la seguridad frente a la libertad de acción.

En ese contexto aparece el principio de precaución de algún modo como el reverso del «riesgo permitido». Mediante este principio se pretende encontrar una máxima que ofrezca seguridad y control de riesgos en aquellas actividades que generan peligros cuyas consecuencias son todavía científicamente desconocidas. En efecto, así como frente a los peligros conocidos que la sociedad decide no tolerar se recurre a la figura del riesgo jurídicamente desaprobado, en el ámbito de los riesgos científicamente desconocidos se recurre al principio de precaución que garantice seguridad donde domina la incertidumbre. En este orden, para un sector dominante de la doctrina el principio de precaución consiste en no esperar con contar con la prueba determinante de la relación causal con el daño potencial, cuando se cuenta con elementos serios que inducen a pensar que una sustancia o una actividad cualquiera podrían tener consecuencias dañinas e irreversibles para la salud o para el medio ambiente y, por lo tanto, no son sostenibles.

Sin embargo, cabe aclarar que el principio de precaución no se aplica a cualquier situación de riesgo, sino sólo donde existe un contexto de incertidumbre científica y los daños eventuales pueden ser graves e irreparables para bienes de máxima importancia como la salud, la vida y los recursos naturales. Esa incertidumbre no es absoluta, sino que supone que se han detectado aspectos que tornan potencialmente peligrosa a la actividad, aunque se desconoce la dimensión real de ese riesgo. A su vez, las medidas de precaución deben ser proporcionales a los costes que se pretende evitar, teniendo en cuenta la tecnología disponible. En la medida en que el principio de precaución pretende tener incidencia en un momento que está temporalmente muy alejado de la afectación del bien que intenta proteger, supone la encarnación del paradigma de la máxima anticipación posible. Así, en una sociedad que tiene aversión por el riesgo, el recurso al

principio de precaución aparece como un «contraproyecto normativo» frente a la denominada sociedad del riesgo.

En este sentido, está claro que no hay razones ontológicas para oponerse a la incidencia del principio de precaución en el ámbito de la regulación de actividad minera. Su influencia dependerá del estadio de desarrollo en el que se encuentre la sociedad en la que el principio pretenda ser aplicado. Así, una sociedad saturada de tecnología sentirá aversión por el riesgo tecnológico y, en consecuencia, tenderá a aceptar solamente productos cuya inocuidad esté garantizada. En el mejor de los casos, sólo aceptará aquellos riesgos que sea necesario tolerar para no paralizar el desarrollo tecnológico y nada más. En cambio, en una sociedad necesitada de tecnología e industrialización el principio de precaución tendrá un ámbito de operatividad mucho más reducido, pues la idea que subyace a este principio puede volverse disfuncional a su necesidad de desarrollo.

De este modo, si se vincula lo anterior con la cuestión a decidir, no puede pasar desapercibido que el desarrollo de la actividad minera en la Argentina a partir de los años 90 ha estado marcado por fuertes políticas de promoción que han tenido como resultado un gran crecimiento de la actividad. Frente a este panorama, se han generado espacios de confrontación al avance de la minería -sobre todo la metalífera, particularmente de sectores ambientalistas, sin ignorar que las resistencias también provienen de otros sectores económicos que se disputan el acceso a los recursos naturales. Sin embargo, en lo que aquí es objeto de interés, el debate público instalado resalta el riesgo ambiental de la minería, en tanto se trata de una actividad extractiva de alto impacto, que presupone la afectación del medio ambiente durante su desarrollo y presenta, además, una potencialidad dañosa de alta envergadura en caso de accidente.

Ahora, la potencialidad lesiva y el riesgo eventual de la actividad minera no son menos ciertos que los beneficios que acarrea. En consecuencia, resulta fundamental la determinación del rol que debe cumplir el Estado -en general- y el Derecho -en particular-, como instrumento de la política, para determinar un equilibrio que permita un marco de sustentabilidad, sin perjudicar el resto de los intereses sociales implicados. Pues bien, en ese contexto es que la Ley 7.722, como parte del régimen de tutela ambiental y en consonancia con normas nacionales y locales complementarias que determinan presupuestos mínimos de protección, constituye una respuesta posible a la problemática planteada: la decisión de política ambiental de resguardo de la sustentabilidad del medio ambiente provincial. Para esto, entiendo que dicha normativa ha tenido en cuenta la realidad provincial, particularmente la escasez del recurso hídrico en el territorio de Mendoza y su necesidad para el desarrollo de su economía, con el balance adecuado de los intereses enfrentados y los argumentos que los respaldan.

En efecto, más allá del análisis y de los distintos enfoques que se puedan realizar sobre el sentido y objeto de la misma, lo cierto es que el art. 1 de la Ley 7.722 consagra el principio de prohibición de utilización de ciertas sustancias químicas y tóxicas en el territorio mendocino, esto a fin de garantizar el resguardo de los recursos naturales provinciales pero, especialmente, el recurso hídrico. Esta decisión, orientada a la protección del medio ambiente y del agua en particular, de ningún modo puede interpretarse como una discriminación injustificada hacia el sector que ejerce la actividad minera afectando los derechos de propiedad, igualdad e industria lícita. Dicho de otro modo, en la ponderación de los distintos intereses en conflicto y sobre la base

del principio de precaución, ante la incerteza científica de los eventuales daños que la actividad minera puede generar para el futuro del agua de todos los mendocinos, la ley ha optado, con el apoyo de todos los partidos políticos con representación en la legislatura, por preservar el medio ambiente de un modo sustentable.

Pues bien, sobre la base de lo expuesto, no es posible atender los cuestionamientos a través de los cuales se pretende presentar como discriminatorio el contenido de la norma en cuestión, bajo la aparente tesis de que centra sus preceptos en una actividad concreta y que, además, no es la única en la que se utilizan tales procedimientos y/o sustancias prohibidas. En efecto, este planteamiento no puede prosperar en razón de que el legislador ha centrado su atención, precisamente, en una actividad que, aunque pueda utilizar los mismos procedimientos y/o sustancias, no presenta iguales niveles de riesgos. Por el contrario, dicha actividad se caracteriza y distingue, entre muchas otras, por su intrínseca peligrosidad, a la vez que importa una concentración y manejo de volúmenes de material minero y de procesos químicos muy superiores en todos los órdenes relativos a la gestión de yacimientos (ver, en este sentido, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, fallo del 11 de agosto de 2015, “Cemincor y Otra c/ Superior Gobierno de la Provincia – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”).

En este orden corresponde tener presente que la Corte Federal sostiene de manera constante y reiterada que *«la garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable»* y que *«[...] el grado de acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por otros poderes, constituyen puntos sobre los cuales no cabe al Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de las facultades propias de aquellos no se constate irrazonable, inicuo o arbitrario»* (Fallos 315:839; 329:5567). Dicho en breves palabras: la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias.

Dicho a modo de resumen, el principio de precaución se constituye como un principio deliberativo sobre el concepto de riesgo para cada sociedad. Esto debido a que la evaluación científica no puede proporcionar total certidumbre. Recordemos que el conocimiento científico como tal es limitado, en tanto no puede dar cuenta de todos los aspectos sociales que se entrecruzan en torno a un conflicto. A la luz de este análisis, para poder definir políticas públicas es esencial la participación para aumentar la legitimidad de las decisiones.

### **3.- El derecho humano al agua en la esfera internacional.**

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 también a la importancia que tiene el agua como derecho humano, cuestión que no puede dejar de tenerse en cuenta al momento de la ponderación de los intereses en conflicto. En este sentido, no se puede soslayar que en el mundo más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, constituyéndose en la principal causa de contaminación del agua, así como de las enfermedades y muertes relacionadas con el

recurso hídrico. De este modo, el continuo deterioro de estos últimos y su distribución desigual agravan, de manera continua e incesante, la pobreza ya existente (ver sobre el tema, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la O.N.U., Observación General N° 15, «Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua: artículos 11 y 12 del Pacto», HRI/GEN/1/Rev.9 -Vol. I-).

En este orden de cosas, si bien la Ley 7.722 no limita su ámbito de protección sólo al recurso hídrico, pues alcanza al ambiente en un sentido amplio, por la especial importancia que el agua tiene en nuestra provincia, constituye un instrumento legal de protección del recurso hídrico. Del mismo modo, el «derecho al agua» encuentra amparo en el ámbito constitucional, así como reconocimiento y protección internacionalmente. En efecto, múltiples tratados, declaraciones y otros instrumentos reconocen de manera expresa el derecho de acceso de toda persona al agua. Así, lo hacen, sólo por mencionar algunos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 (art. 14 2); el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5); la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 27 3); y, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 28).

De igual manera, organismos expertos en la materia han considerado la íntima relación que existe entre el derecho al agua y otros derechos humanos básicos, amparados por el ordenamiento jurídico internacional, tales como el derecho a la vida, a una vivienda adecuada, a la educación, a la alimentación, a la salud, al trabajo y a la vida cultural. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, considera que el derecho al agua forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, al igual que los derechos a disponer de alimentación, de una vivienda y de vestido adecuados, como así también lo considera estrechamente ligado al derecho a la salud y a una vivienda y alimentación adecuadas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la O.N.U., op. cit.). A su vez, en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO se relaciona expresamente el derecho de acceso adecuado a la alimentación y agua al derecho a la salud (art. 14) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconoce la vinculación entre el derecho de acceder a servicios públicos básicos –y el agua potable evidente resulta uno de ellos- y el derecho a un medio ambiente sano (art. 11.1). Finalmente, resulta destacable la mención del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en cuanto entendió que el derecho de la protección contra la privación de la vida también supone para los Estados el deber de garantizar el acceso a los medios de supervivencia, exigiendo la adopción de medidas positivas destinadas a reducir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, eliminar la malnutrición y las epidemias (Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., Observación General N° 6, «Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida», U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 -1982-).

En síntesis, del cotejo de las disposiciones internacionales referidas se advierte el establecimiento de responsabilidades concretas por parte de los Estados en términos de protección del derecho de sus habitantes y en el énfasis puesto en la importancia de la tutela efectiva de la prerrogativa de todos los habitantes de acceder y disponer de agua

en forma «suficiente», «salubre», «aceptable», «accesible» y «asequible» tanto para el uso personal como doméstico.

En suma, que el legislador mendocino haya expresado a través de la Ley 7.722 su «aversión al riesgo de afectación del recurso hídrico» y, consecuentemente, prohibido la actividad minera que podría ponerlo en peligro, no constituye sino una forma de adecuación de las prácticas institucionales y legales en materia de derecho al agua en tanto derecho que permite gozar de otros derechos amparados por la normativa internacional. De esta manera, a mi modo de ver, la Ley 7.722 no hace más que cumplir con las responsabilidades que pesan sobre los Estados en esta materia, tomando en cuenta la real dimensión que el Derecho internacional ha reconocido en el derecho al agua.

#### **4.- Sobre el contenido y los límites del control de constitucionalidad y su concreta aplicación a la cuestión que convoca al presente plenario.**

En último orden, entiendo que a la conclusión alcanzada precedentemente también es posible llegar el *sub lite* si se analiza desde el contenido y los límites del control de constitucionalidad a los efectos de determinar el margen de validación de la norma impugnada.

De manera preliminar hay que destacar que, como se sabe, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición es un acto de gravedad institucional que configura un remedio extremo al que el juzgador sólo debe acudir como *última ratio*, cuando no existe otra alternativa posible. Es en este sentido, que podría admitirse en general como válida la afirmación según la cual, si la disposición que se cuestiona admite más de una interpretación, esto es, una que la torna inconstitucional y otra que la adecua al ordenamiento constitucional, se debe estar a favor de esta última. Dicho de otro modo, la declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta la última alternativa que debe tomar el juzgador al momento de resolver el caso y, sólo cuando la confrontación de la norma cuestionada con el ordenamiento constitucional sea notablemente ostensible, de tal manera que se configure un grave perjuicio para el orden institucional o los derechos constitucionales o convencionales de los interesados. Cabe recordar que este criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia y la Corte Federal en numerosas ocasiones (así, por ejemplo, L.S. 224-119; 276-20; C.S.J.N., Fallos: 249:51; 288:325; 306:1597; 331:2068; 333:447).

Este sentido de precaución y prudencia en relación al ejercicio del control de las leyes, ha sido puesto de relevancia por autores como Habermas y Luhmann y sus conclusiones son extensibles tanto a los sistemas que tienen un control de constitucionalidad difuso como concentrado.

Así, para Habermas, el control de constitucionalidad de las leyes pone en peligro la división de poderes al obligarse al juez del control a ocuparse de programas finales, de directivas políticas orientadas al futuro, asumiendo así competencias legislativas para las que carecen de legitimidad democrática. Pero además, advierte el autor, se corre el riesgo de transformar las constituciones en un orden de valores en lugar de considerárselas como un sistema de reglas estructuradas de acuerdo a principios, por lo que la instancia de control se puede convertir en un ámbito autoritario que ya no se ocupa de identificar normas obligatorias sino que asume la tarea de optimizar todos los

valores, sin contradecir ninguno. Advertidos estos grandes riesgos sobre el control de las leyes, señala Habermas entonces que la existencia de este último sólo puede justificarse si se lo concibe como un «autocontrol» del legislador delegado en el tribunal, lo que exigiría una designación parlamentaria de los magistrados, la declarada adopción de una perspectiva de análisis propia de un legislador y la renuncia del tribunal a considerarse poseedor de una racionalidad superior a la de aquél. A su vez, el control de constitucionalidad debería limitarse estrictamente a asegurar que se respetan los presupuestos comunicacionales y los condicionamientos procedimentales del proceder legislativo, tanto en el ámbito parlamentario como en el de la opinión pública, sin que pueda aportar valores y limitándose las aportaciones de principios a aquellos inherentes al procedimiento democrático.

En el mismo sentido, para Luhmann, el control de las leyes es la expresión del «acoplamiento estructural» que, a través de las constituciones modernas, se lleva a cabo entre el sistema político y el jurídico. Así, la legitimidad del control de la constitucionalidad de las leyes se basa en que quienes ejercen tal control sean capaces de mantener esa articulación sin desdibujar los límites entre ambos sistemas; eso implica que no deben salir del ámbito de los programas condicionales, de forma que cuando el control de constitucionalidad les lleve a considerar programas finales, éstos sólo han de verse desde la perspectiva de cuáles sean las condiciones que deben darse para que tal programa final pueda aplicarse, debiendo dejar fuera de consideración toda reflexión sobre su oportunidad, coste, proporcionalidad o utilidad. Es entonces, sólo dentro de estos límites, que puede decirse que la decisión sobre la constitucionalidad o no de una ley es una decisión jurídica. Finalmente, advierte Luhmann, que es habitual que a través del control de constitucionalidad de las leyes, quienes lo ejercen, se involucren en el desarrollo de directrices políticas, viéndose a sí mismos como agentes controladores de la ponderación de valores, con intervenciones arbitrarias vinculadas a valoraciones sociales consideradas plausibles, desdibujando la delimitación entre los sistemas jurídico y político (Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*. Ed. Suhrkamp. 1994, págs. 284 y ss. y 538 y ss. y Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Ed. Suhrkamp, 1995, págs. 229 y ss., 468 y ss. y 557 y ss.; ambos citados por Díez Ripollés, José L., «Presupuestos para un modelo racional de legislación penal», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, pág. 27).

En suma, que el control de constitucionalidad de las leyes tenga por finalidad la defensa de la supremacía de las constituciones nacional y provincial, no puede colocar al Poder Judicial por encima de los demás poderes del Estado provincial en interferencia de órbitas privativas a la función de cada uno de aquéllos (al respecto, puede verse el voto del Dr. Zaffaroni en el pronunciamiento de la C.S.J.N., “Rizzo”, fallo del 18 de junio de 2013).

Según entiendo, la provincia de Mendoza al momento de sancionar la Ley 7.722, en el marco de las facultades conferidas para la protección de sus recursos naturales y, en especial, el hídrico, ha decidido establecer en el territorio provincial «presupuestos mínimos de protección del medio ambiente» -en el caso particular, vinculado con la explotación de la actividad minera- conforme dispone el art. 41 de la C.N. Esta facultad de regulación por parte de las provincias ha sido reconocida por la Corte Federal de manera tal que las regulaciones provinciales resultan «complementarias» de las nacionales (C.S.J.N., fallo del 17 de abril de 2007, “Villivar”, voto de los Dres. Fayt, Lorenzetti y Petracchi, Fallos, 330:1791).

De este modo, todas aquellas normas de protección del medio ambiente «integradas» dan lugar al denominado paradigma del «Estado ecológico de Derecho» por lo que, si una regulación provincial expande el contenido tuitivo ambiental por encima de las normas nacionales, no puede existir reproche en su validez, en razón de que no existe contradicción alguna entre los distintos órdenes sino complementariedad.

Pues bien, lo precedentemente expuesto permite alcanzar una primera conclusión provisional: la Ley 7.722 se enmarca dentro del ejercicio de las potestades constitucionales del legislador provincial, en orden a una tendencia de regulación que prohíbe el uso de ciertas sustancias y/o procedimientos para la actividad minera. Esta corriente fue iniciada por otras provincias de nuestro país, como ejemplo, Chubut, La Rioja, Tucumán, La Pampa, Córdoba, entre otras. Por lo tanto, no puede cuestionarse el requisito de aprobación por parte de la Legislatura provincial de la declaración de impacto ambiental para los proyectos de minería metálica obtenidos por cualquier método extractivo -determinada por el art. 3 de la Ley 7722- ya que dicha ratificación no afecta la naturaleza administrativa del acto, sino que sólo busca otorgarle eficacia y consenso en un territorio que ha decidido no asumir los eventuales riesgos que la actividad minera, en ciertas circunstancias -vinculadas con la utilización de determinadas sustancias o la realización de ciertos procedimientos-, puede ocasionar al recurso hídrico.

Ahora bien, aclarado el carácter excepcional que tiene la declaración de inconstitucionalidad de una norma como así también la facultad que ostentan las provincias para legislar en materia de protección ambiental elevando -si así lo consideran- el estándar de tutela establecido por normas nacionales, entiendo que puede brindarse otro argumento de notable gravitación que excluye el reproche de inconstitucionalidad de la normativa impugnada: las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por otros poderes del Estado no son susceptibles de revisión y revocación a través del control de constitucionalidad de las leyes salvo cuando la confrontación con el orden constitucional aparece de manera notoriamente ostensible afectando el orden institucional o derechos fundamentales. Esto se refuerza si, como en el *sub lite*, se considera que la Ley 7.722, ha sido el resultado de la votación de importante consenso de todos los sectores políticos representados en el Poder Legislativo provincial.

Dicho de otro modo, la decisión de una sociedad que determina, a través de sus representantes parlamentarios, entenderse a sí misma con un desarrollo de la actividad minera que no utiliza determinadas sustancias y/o procedimientos no puede cuestionarse por inconstitucional si no existe acreditada una afectación notoria de derechos fundamentales. En otras palabras, cada sociedad define, decide y gestiona el modelo que considera más conveniente para el desarrollo productivo, con sus conveniencias y desventajas en términos de crecimiento e impacto ambiental que el mismo importa. En consecuencia, aquella definición constituye una cuestión política que no puede reducirse al análisis puramente jurídico y que, para su reversión, es necesaria una actividad de política pública que desarticule la polarización existente entre los sectores en pugna desde un ámbito externo al estrictamente jurisdiccional.

Si bien algún sector podría cuestionar -y de hecho en el *sub lite* así ocurre- que la Ley 7.722 es impugnada por su técnica legislativa, por su eficacia y/o eficiencia para articular los distintos intereses de los sectores sociales implicados e, incluso, desde un



punto de vista político, por el costo que acarrea llevar adelante determinado modelo de desarrollo; según creo, aquéllos no resultan argumentos suficientes para poner en tela de juicio su constitucionalidad. Una norma que es resultado de una adecuada participación ciudadana, en la que la decisión en relación a la regulación que realiza ha ponderado los distintos intereses de diversos sectores, la realidad social sobre la que incidirá, con una clara definición de los objetivos a perseguir, los medios disponibles y las posibles consecuencias de aquella decisión legislativa y, además, en la que no se advierten notorias contradicciones con el resto del ordenamiento jurídico, resulta una herramienta normativa racional -desde el punto de vista ético, teleológico, pragmático y lógico formal- que supera ampliamente el test de constitucionalidad.

En definitiva, considero que la ley impugnada constituye un claro ejercicio de las facultades constitucionales provinciales en torno a la programación de las acciones a seguir respecto de un modelo social que se desea alcanzar para el desarrollo de la minería. En consecuencia, la prohibición establecida por la norma en cuestión no violenta ningún principio constitucional, resultando proporcional y adecuada a los fines de tutela ambiental que persigue. Según creo, la prohibición del art. 1 de la ley 7722, mayoritariamente votada por la Legislatura de Mendoza, se encuentra en consonancia con el principio de precaución que rige en el Derecho ambiental, constituyendo una alternativa lícita de regulación del conflicto minero-ambiental.

ASÍ VOTO.

**A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE, DIJO:**

Coincido con el voto de mi colega Jorge Horacio Nanclares con los relevantes aportes, que también comparto, de los Dres. Julio Gómez y Omar Palermo.

A fin de establecer con precisión el alcance que a este Poder Judicial le cabe en su intervención excepcional cuando se trata de las políticas de Estado, como en este caso, es conveniente insistir en que no es nuestro rol institucional el determinar cuál era la mejor -o la más conveniente- solución política para el tema del futuro de la minería en Mendoza; o si era conveniente efectuar excepciones territoriales o sectoriales.

Es, precisamente, a los poderes políticos de vínculo más directo con la determinación democrática popular, más periódica también, a los que corresponde la construcción de esas políticas de Estado que producen consecuencias profundas en la vida de los mendocinos. Y ellos se han pronunciado con un grado de coincidencia pocas veces alcanzado en nuestra actividad política cotidiana en tanto y en cuanto la Ley 7722, atacada de inconstitucionalidad, contó con un destacado apoyo de los legisladores y la promulgación del Ejecutivo, todo ello sobre un amplio debate público de los sectores involucrados.

Ese nivel de consensos no impide, ni limita -en modo alguno-, la facultad de este Poder Judicial de pronunciarse con toda precisión sobre la adecuación constitucional de la norma cuestionada, y debe hacerlo con prudencia desde su legitimación política institucional que, no por indirecta respecto del voto popular es menos democrática, pues

-por el contrario- es el propio sistema democrático republicano el que necesita de la actuación revisora de este órgano jurisdiccional en tanto y en cuanto se trata del Estado de Derecho en su más elemental consideración y garantía. Esta intervención asegura la presencia efectiva de los límites del poder, que rigen aún para los supuestos de alto consenso que pueda presentar el poder político.

Nuestra Constitución habilita el derecho al planteo efectuado por las empresas mineras que han acudido ante estos estrados a requerir nuestro pronunciamiento porque necesitan de la seguridad jurídica que sus negocios exigen a la hora de efectuar las inversiones notables que su actividad económica impone.

Considero que los votos de mis colegas Jorge Nanclares, Julio Gómez y Omar Palermo se han explayado lo suficiente en cuanto a los aspectos vinculados a la habilitación constitucional y a la posibilidad legítima del Estado mendocino de determinar los límites a la actividad minera en los puntos donde es posible su interferencia evidente con la protección del ambiente sano y -especialmente- de la calidad del agua en nuestro desierto. No creo necesario sumar otros conceptos a los ya expresados.

También coincido en que no se ha logrado demostrar un tratamiento desigual o injusto respecto de otros sectores industriales sobre los cuáles la provincia ejerce su control efectivo.

Como contribución a los argumentos ya expuestos, y siempre en el aspecto constitucional institucional, considero conveniente agregar algunas reflexiones sobre el instrumento de control que la Ley atacada ha introducido en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental cuando se trata de la actividad minera objeto de ella y del cuestionamiento de las empresas afectadas.

La Ley 7722 introduce un nuevo mecanismo de control del Poder Legislativo sobre el procedimiento de Evaluación que la Ley coloca a cargo del poder administrador competente ante cualquier emprendimiento que tenga potencial para afectar al ambiente sano al que nosotros y nuestros descendientes tienen derecho de fuente constitucional directa y expresa (art. 41 CN).

Como punto de partida es necesario destacar que está fuera de toda duda que el constituyente mendocino, no sólo de 1916 sino ya desde 1895 (ver Egües, Carlos Alberto, Historia constitucional de Mendoza. Los procesos de Reforma, EDIUNC, Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2008, p. 37), ha resuelto atribuir a la Legislatura, en materia de control, facultades más amplias que las que atribuye la Constitución Nacional al Congreso de la Nación. En este orden es posible mencionar el caso de la facultad expresa que tiene la Legislatura, en el marco de la ley, de crear cargos en la administración que requieran la aprobación por el Senado de la designación que realice el Poder Ejecutivo de sus directivos (art. 83 CPM), como ha ocurrido con los directores del Ente Provincial Regulador de la Electricidad, del Ente Provincial del Agua y el Saneamiento (EPAS), etc.

Los poderes políticos de la provincia de Mendoza tienen la facultad de elaborar en conjunto mecanismos de control concurrentes en los ámbitos que consideren conveniente; y así lo han hecho en el terreno de los controles de servicios públicos del agua (Ley 6044) y de la electricidad (Ley 6497).

Es en ese contexto propio del régimen constitucional y legal institucional de nuestra provincia donde se presenta la exigencia de una “*ratificación*” de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) por parte del legislador, a fin de completar el acto complejo que muy bien ha definido el Dr. Gómez en su voto.

En el caso de esta “*ratificación*” por la Legislatura, cuya naturaleza es la de una “*aprobación*” –y más allá de su denominación formal de “*ley*”-, nos encontramos ante el ejercicio de una función materialmente administrativa, aunque de efectos generales –según cual fuera el alcance del proyecto evaluado-, que ejercerá conforme a la normativa que rige esa función en materia de requerimientos respecto de su voluntad previa y en el ejercicio de la función, así como en su objeto, competencia, forma, motivación, etc... Todos aspectos revisables judicialmente por este Poder Judicial como se ha dejado sentado.

La naturaleza especial del objeto que constituye la materia objeto del control –una forma específica de realización de la actividad minera-, con la especificidad que atribuye el art. 41 CN en materia de protección del ambiente sano para nosotros y para las generaciones futuras, donde se deja expresamente a salvo la facultad de las provincias en esa materia, y la que aporta el tratamiento –también específico en grado superlativo- de protección de las aguas en nuestra Constitución provincial, donde atribuye también facultades de control a la Legislatura sobre la autoridad constitucional en materia de concesiones de aguas (art. 194 CP), constituyen suficiente respaldo a la decisión que la Ley 7722 –sancionada por la misma Legislatura y promulgada por el Poder Ejecutivo- ha incluido en su texto respecto de la “*ratificación*” de la DIA.

La ampliación cuantitativa y cualitativa de la estructura de control mediante la introducción de la “*ratificación*” legislativa por la Ley 7722 no es un mecanismo irrazonable ni reñido con la filosofía de protección de nuestra Constitución Nacional –en materia de ambiente sano- ni de nuestra Constitución provincial –en materia de aguas y de sus fuentes-.

Finalmente, no sería leal omitir alguna ponderación de los hechos que en estos mismos días nos ha puesto en evidencia la información pública sobre el derramamiento de aguas contaminadas que habría ocurrido en el emprendimiento “*Mariana*”, en Minas Gerais, Brasil, y de “*Veladero*” en nuestra vecina provincia de San Juan –en el Río Jáchal-. Sobre este último se conocen informes oficiales de las autoridades de control y de la empresa minera y actúan los respectivos tribunales competentes. Más allá de cualquier atribución de responsabilidad, aún en el supuesto de que no la hubiera en modo alguno, los hechos –de por sí solos- constituyen una severa advertencia y una habilitación sobre los niveles de seguridad que cada provincia puede legítimamente adoptar cuando se trata de su territorio y de sus responsabilidades políticas frente a su pueblo y a su futuro.

Sin perjuicio de que la cuestión podría admitir otros análisis desde el punto de vista del juego constitucional de poderes, que no se agotan en el planteo formulado por las empresas mineras actoras, lo cierto es que las reclamantes no han logrado demostrar la inconstitucionalidad del recaudo de protección adoptado por la ley y que es plenamente coherente con los ya contenidos en la misma Constitución provincial tomada como base para los cuestionamientos de constitucionalidad que son rechazados.

Por todo lo expuesto, voto por la constitucionalidad de los artículos de la Ley 7722 que han sido cuestionados.

ASI VOTO.

**A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:**

**Ley N° 7722: fortalecimiento y confianza institucional; ambiente, desarrollo y futuro de Mendoza.**

Al interrogante propuesto que nos convoca el presente plenario, acerca de si es constitucional o no la Ley N° 7722, adelanto que - a mi juicio - debe responderse declarando la constitucionalidad de la misma, a excepción del primer párrafo del art. 3.

Antes de ingresar en lo particular del análisis, la constitucionalidad o no de la Ley 7722; quiero expresar que entorno a esta ley, el bien jurídico tutelado es el ambiente, patrimonio común de la sociedad global.

Ello implica abordar una temática que es compleja, sistémica e interdisciplinaria y de inmensa trascendencia institucional, política, económica, social y cultural.

Por tanto, mi primer objetivo es intentar expresar mi posición de una manera clara y sencilla, y de accesible comprensión por todo habitante - ciudadano- justiciable, aún advirtiendo que desarrollaré capítulos de abordaje técnico-jurídicos complejos que no pueden ser obviados.

Tres son los lineamientos principales que guían mi decisión, por cuanto nos encontramos con una problemática que contiene y genera múltiples y diversas aristas, interpretaciones y argumentaciones jurídicas.

En primer lugar, la naturaleza del cuestionamiento del presente plenario, es decir, la constitucionalidad o no de la Ley 7722 cuyo alcance central se encuentra en el cuidado de los recursos naturales, en especial, el recurso hídrico, en el desarrollo de proyectos o procesos metalíferos; lo que me remite a realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad; ya que se encuentran involucrados derechos de raigambre constitucional, tal es el caso de la preservación del ambiente y el ejercicio de toda industria lícita.

El ambiente involucra derechos fundamentales que el Estado debe proteger. Es una dimensión esencial del ser humano, por lo cual debe dársele la tutela de mayor jerarquía normativa como es la de derechos humanos, de cuyos caracteres participa. Pero también debe encontrarse un equilibrio entre las necesidades del crecimiento económico, la equidad social y la sostenibilidad ambiental.

En segundo lugar, la aplicación de los principios de prevención y precautorio que rodean la solución propuesta. Éstos, en cualquier nivel de decisión que implique políticas medioambientales, tienen por objeto actuar en función de propiciar y fortalecer

la responsabilidad intergeneracional y la sustentabilidad, esto es, lograr un equilibrio entre la protección del medio ambiente, el progreso económico y el desarrollo social, sin comprometer el desarrollo de las generaciones futuras.

En tercer lugar, la garantía del principio republicano de gobierno como uno de los valores constitucionales que guían nuestro ordenamiento jurídico. Ello importa la base de nuestro sistema democrático, y por tanto de nuestro Estado de Derecho.

Fijada la dimensión del análisis, el desarrollo de mi voto se encuentra dividido en dos grandes partes, una primera de contenido descriptivo de la temática necesaria por la trascendencia del tema a resolver y en la segunda parte el análisis específico de la Ley 7722, con especial referencia a los artículos primero y tercero de la norma.

## **I.-Control de constitucionalidad y convencionalidad.**

La Constitución determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas y principios provenientes del Derecho Internacional, en especial, en materia de Derechos Humanos.

Por ello, y para el presente caso entiendo que “...es en la Constitución el espacio del derecho vigente donde deben generarse aquellas definiciones genéricas y específicas constitutivas de la teoría de la interpretación o argumentación jurídica que se prescribirá o aconsejará a los juristas que operarán ese particular sistema jurídico. En el derecho constitucional se define medularmente las características centrales de la teoría de la interpretación o argumentación jurídica vigente para ese sistema jurídico, (...)” (Vigo, Rodolfo, “Argumentación constitucional”, Ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Cancún, México, Mayo 2008, versión electrónica. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)).

Es al Poder Judicial a quién se le ha revestido la facultad de intérprete y custodia de la Constitución, y ello conlleva a todo juez a realizar un estricto control de constitucionalidad. En tal sentido, y parafraseando a Sánchez Viamonte, citado por la Corte Federal: “...no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional...” (CSJN, considerando 9, R. 401, XLIII, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia de fecha 27/11/2012).

Sin perjuicio de ello, a partir del fallo “Ekmedjian v. Sofovich” (CSJN, Fallos:315:1492), nuestro Máximo Tribunal comenzó a delinear una nueva ruta interpretativa, tomar como guía, en especial en materia de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Así expresó: “Que la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En este fallo, además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.

Cabe recordar que fue el 27 de marzo de 1984, con la entrada en vigencia de la ley 23.054 que la Argentina reconoció –en su art. 2– la competencia de la Comisión por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).

Con posterioridad, la Reforma de la Constitución de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos, con la incorporación, en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, de tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos otorgándoles rango -jerarquía constitucional. Así nace lo que los doctrinarios han denominado el “bloque de constitucionalidad federal”.

Si bien, nuestro ordenamiento jurídico permitía la incorporación de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, es con la reforma de 1994 que se estableció una jerarquía hasta entonces impensada respecto de las citadas normas.

Ello derivó en el control explícito de convencionalidad, entendido como el acto de control que efectúa el juez en cuanto a la conformidad de la norma interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Encuentra su sentido en la garantía de efectiva vigencia de los derechos, y donde confluyen el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Es a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (sentencia 26/09/2006), que se incorporó —como doctrina de la CIDH—, “...*El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.....La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...*” (párrafo 123 y 124; en análogo sentido *Caso La Cantuta Vs. Perú*, párrafo 173, Sent. del 29/11/2006; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, párrafo 78, Sent. del 20/11/2007, *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García*, Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140).

Dos meses después, en la sentencia dictada en *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (sentencia 24/11/2006), la CIDH formuló algunas especificaciones diciendo que "*cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana*" (párrafo 128). Este fallo reclama que el juez debe realizar y ejercer el control de constitucionalidad, pero también debe practicar el de convencionalidad.

Esta doctrina ha sido reiterada en diversas oportunidades por el Tribunal Internacional. En el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia del 12 de Agosto de 2008, la CIDH ha enfatizado que "...*la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos...*" (párr. 180). También, en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* de 2011. En ella, los jueces interamericanos formularon la obligación del control de convencionalidad. "...*Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*" (CIDH, *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C n° 238, párr. 93).

Cabe aclarar que dicho "control de convencionalidad" implica que es "*obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que "defina" o "imponga" los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.*" (Ferrer Mac- Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", publicado en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.). *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, UNAM-IIIJ. México, 2011, p. 343. También versión electrónica (recuperado) <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha admitido que la jurisprudencia de la CIDH debe servir de guía para la interpretación de la Convención Americana de

Derechos Humanos (Fallos 318:514 “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93” del 07/04/1995 considerando 11º”) y desde esta perspectiva ha previsto el “control de convencionalidad” expresamente en el fallo “Mazzeo”. En dicho precedente, el Máximo Tribunal indicó que *"la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)"* que importa *"una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"* (C.S.J.N., M. 2333. XLII, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, considerando 20, 13 de julio de 2007).

Posteriormente, en el fallo “Videla”, el Tribunal Supremo Nacional remarcó *“Que, cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21).”* (CSJN, fallo Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo, 31/08/2010, considerando 8) .

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado el deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos y el resto de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Argentina que tienen jerarquía constitucional.

Dicho esto, a la Ley N° 7722 en examen, le efectuaré un control de constitucionalidad y convencionalidad.

## **II.- El bien jurídico a tutelar: "el derecho a un ambiente sano como Derecho Humano".**

Partiendo de la premisa de que la globalización ha intensificado y puesto en evidencia los problemas sobre el ambiente, también se evidencia que dicha problemática va más allá de los derechos de las comunidades e intereses particulares, para colocarnos frente a problemas mundiales o planetarios.

A tal fin quiero mencionar las vinculaciones de la tutela ambiental con el sistema constitucional y convencional argentino.



El maestro Germán Bidart Campos, siempre nos enseñó que podíamos hablar de tres generaciones de derechos, los que se corresponden con etapas históricas- políticas y sociales de nuestro país.

Así tenemos “*una primera generación de derechos, constituida por los clásicos derechos civiles y políticos, la segunda por los derechos sociales y económicos, y la tercera generación, por una serie innominada, como el derecho a la paz, al desarrollo, a la no- contaminación del ambiente.*” (Bidart Campos, Germán, “Principios constitucionales del derecho ambiental”, en su obra “Constitución y Derechos Humanos”, edit. Ediar, 1991, pág. 279).

La Organización de Naciones Unidas, partiendo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10/12/1948) ha definido a los derechos humanos de primera generación como aquéllos derechos civiles y políticos vinculados principalmente con el derecho de Libertad. Esto ha sido correspondido con una actitud y comportamiento del Estado frente a ellos de inhibición o no injerencia en la vida privada. Posteriormente, con el surgimiento y desarrollo del Estado Social o Estado de Bienestar, se reconocen los derechos de segunda generación los cuales son los derechos económicos, sociales y culturales, vinculados al principio de igualdad. La doctrina de los años 80, precisó los derechos de tercera generación, como el derecho a la paz, a la autodeterminación de los pueblos, a la calidad de vida (entre ellos el ambiente), a la no manipulación genética, entre otros; siendo el principio rector la solidaridad.

Finalmente, cabe resaltar que a fines del siglo XX y principios del siglo XXI, con la revolución tecnológica y su consecuente aparición de la denominada Sociedad del Conocimiento, algunos autores (ver Bustamante Donas, Javier, “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación, Organización de los Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Revista 1, set -dic. 2001, versión electrónica recuperado: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>) indicaron la necesidad de la creación de una nueva generación de derechos humanos relacionados directamente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) y su incidencia en la vida de las personas.

Nuestra Constitución de 1853/60, con un espíritu principalmente de protección de derechos individuales, en eje a la libertad, la legitimidad, se identifica con la legalidad y se sacraliza en su aspecto procedimental. La consagración del derecho a un medio ambiente sano en esta etapa no se encuentra regulado específicamente sino que se hallaba incluido dentro de los derechos no enumerados o implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional.

Su explicación se encuentra en tanto la relación del hombre y el medio ambiente no se encontraba amenazada, no existía una preocupación por el ambiente hasta tanto no hubo una necesidad inmediata, tangible y preocupante.

Los constituyentes de 1853 se encontraban embebidos de una tradición histórica-cultural mundial donde la relación de las personas formaban parte inseparable de la naturaleza, reverenciando la fuerza creadora de la vida y los ciclos que dan sustento y vida a los humanos. “*Las personas tomaban lo necesario para su sustento y lo hacían con una escala e intensidad que no alcanzaba a amenazar el sostenimiento de los ciclos de vida y de materia/energía en nuestro planeta*” (Quiroga Martínez, Rayén, Naturaleza,

A nivel internacional también ocurrió lo mismo, en una primera etapa, los instrumentos internacionales de derechos humanos contenían al medio ambiente en forma implícita.

En el año 1972, a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente que se llevó a cabo en Estocolmo, los países comenzaron a tener mayor conciencia de la importancia de la protección del ambiente. Tan es así, que declaró el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar y el deber de protegerlo y mejorarlo.

Expresamente la Declaración de Estocolmo (1972) proclamó *“El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente... Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”* (Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, junio de 1972, recuperado: [www.pnuma.org](http://www.pnuma.org)).

El Principio 1 de la Declaración de Estocolmo estableció los fundamentos para vincular los derechos humanos con la protección del medio ambiente, al señalar que: *“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar [...]”*.

A partir de este hecho histórico mundial, los instrumentos y decisiones legales internacionales entienden a la protección del medio ambiente como una condición previa para el disfrute de una serie de derechos humanos que gozan de garantía internacional.

Es en base a las pautas de cooperación y solidaridad que toman esplendor los derechos de tercera generación, como emergentes del desarrollo desmedido e ilimitado de la sociedad capitalista e industrial. Así, las pretensiones de usuarios y consumidores, el medio ambiente, la calidad de vida, la preservación del patrimonio cultural e histórico de la humanidad, los derechos de las comunidades originarias, las manipulaciones genéticas, entre otros, son valores y derechos amenazados; los que encuentran protección a través de la regulación normativa, en especial, en nuestro país, con la Reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

En cuanto a la incorporación del derecho a un medio ambiente adecuado, el proceso constituyente en las Provincias Argentinas ha sido diverso. Mientras nuestra Constitución Provincial, que data de 1916, no contiene el derecho al ambiente de manera expresa, sino principalmente, por nuestra tradición y características geográficas, tiene una especial regulación el régimen de aguas (ver sección sexta, capítulo único Constitución Provincial), aparece una referencia al derecho a la salud dentro de las atribuciones municipales, poniendo a cargo de estas entidades la materia de salubridad (artículo 200 inc. 3 Constitución Provincial.).

En las constituciones provinciales más progresistas o de recientes reformas se encuentran incluido expresamente la protección al medio ambiente, los recursos naturales y su deber de preservación. Así por ejemplo, en la Constitución de Córdoba (art.11, 66 y 68); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Artículo 26); Constitución de Corrientes (art. 49 -57); Constitución de Entre Ríos ( art. 22, 83 y 84); Constitución de Tierra del Fuego (art. 25, 54-56 y 87); Constitución de Jujuy (art. 22); Constitución de La Pampa (art. 18); Constitución de La Rioja (art. 68); Constitución de Tucumán (art. 41); Constitución del Chaco (art, 39); Constitución de San Luis (art. 47); Constitución de San Juan (art. 58).

En síntesis, nos encontramos frente al deber de garantizar un medio ambiente sano, saludable o adecuado como derecho humano de tercera generación.

Nuestra Constitución Nacional no solamente garantiza el derecho a un ambiente sano, sino que lo amplía al deber de conservarlo por tratarse del patrimonio común de las generaciones presentes y futuras, a las que no se les puede de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales.

**Esto nos obliga a todos los ciudadanos-habitantes, pero en especial a los poderes públicos, y en mi caso, por la función que me ha sido asignada; a proteger el medio ambiente, lograr la utilización de los recursos naturales renovables desde el desarrollo sustentable y la prevención de daños al ambiente, minimizando el impacto de las actividades humanas. Este es mi eje rector para el análisis y decisión respecto a la constitucionalidad o no de la Ley 7722.**

### **III.- Audiencia Pública.**

Antes de adentrarme en el análisis concreto de la ley en particular, no quiero dejar de mencionar la importancia que, a mi entender, revestía el haber propiciado una audiencia pública entorno a la Ley 7722.

No sólo porque he sido un promotor de esta herramienta procesal, en el ámbito del Superior Tribunal de Mendoza, sino que además estoy convencido de las ventajas que poseía la misma para el tratamiento de este caso en particular.

Cuando tuve la posibilidad de intervenir, en ese momento como Presidente de la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia, en una de las primeras causas que contenía la interposición de la acción de inconstitucionalidad de la Ley 7722 (expediente n° 90.603, caratulado “Cognito Limited y otros c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad”, a fs. 942), solicité que la resolución de la misma fuera mediante “*Tribunal en Pleno, debiendo tenerse presente lo dispuesto por Acordada N° 25325*”. La Acordada N° 25325 (5/11/2013), dispone que en aquellas causas que posean trascendencia institucional o que excedan en cuanto a la decisión jurisdiccional el interés individual de las partes intervinientes en el proceso, se convoque a Audiencia de carácter Público. Es decir, desde esta perspectiva, la Corte Provincial se reserva su actuación para casos que, institucionalmente, más allá de lo estrictamente procesal, representan una relevancia tal que su pronunciamiento establecerá una guía fundamental para esa controversia y futuras que se planteen al respecto.

La actividad judicial alcanza su máximo esplendor en la publicidad de los actos procesales, a través de audiencias públicas. No sólo las partes interesadas ingresan al debate y al control recíproco sino que la sociedad ingresa al control de estos actos, logrando una mejor calidad y legitimidad de la decisión judicial.

Entiendo que entorno a la Ley 7722 se encuentran en conflicto de bienes, intereses y valores colectivos, es decir, los recursos naturales, el ambiente, la sustentabilidad, el desarrollo económico, la actividad minera, entre otros. Esto provoca que los debates, discusiones y abordajes tengan un gran impacto en lo institucional, político, social, económico y cultural; con repercusiones no solo a nivel provincial, sino regional, nacional e internacional.

Instrumentar y realizar la audiencia pública implicaba que se apostaba al funcionamiento de una herramienta de intermediación judicial, pero fundamentalmente se tenía la oportunidad de garantizar uno de los principios procesales que la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional han consolidado. Esto es, fortalecer la participación ciudadana en la toma de decisiones de política ambiental.

Como mencioné anteriormente la Declaración de Estocolmo (1972) sentó las bases del abordaje del medio ambiente desde la perspectiva de los derechos humanos; y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992), avanza un escalón más y establece un vínculo entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente principalmente en cuanto a los procedimientos, cuando señala en el Principio 10 que el acceso a la información, la participación pública y el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, incluyendo la reparación, se deben garantizar porque *“el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”*.

Esta perspectiva instrumentalista, adoptada en textos ambientales, incide en la mejora para la toma de decisiones en dicha materia. Es decir, tres son los ejes rectores procesales que toda política ambiental y sus respectivas garantías deben procurar: (i) acceso a la información, (ii) participación pública y (iii) acceso efectivo a procedimientos judiciales y administrativos.

(i) La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en el año 2001 aprobó por primera vez una resolución sobre derechos humanos y medio ambiente. La misma destaca la importancia del vínculo que “pudiera existir” entre el medio ambiente y los derechos humanos. (Derechos Humanos y Medio Ambiente. Resolución adoptada en la tercera sesión plenaria, 5 de junio de 2001, OEA/ SerieG, AG/RES.1219 (XXXI-O/01). En otra resolución (AG/RES 1819), aprobada durante la misma sesión, la Asamblea General describe a los derechos humanos como un mecanismo para incrementar la protección del medio ambiente, promoviendo la difusión más efectiva de la información sobre la problemática y la participación activa de los grupos sociales afectados.

Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) y la CIDH abordaron el tema del derecho a la información sobre cuestiones ambientales en el caso *Claude Reyes vs. Chile*. (Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151). En la sentencia del año 2006, se determinó que había violación al derecho de información y el

derecho a los recursos judiciales. La CIDH citó una serie de documentos, incluyendo no sólo Declaraciones de la OEA sobre gobernanza de la democracia y su propia jurisprudencia, sino también el Principio N° 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, resoluciones del Consejo de Europa y de la Convención Aarhus sobre información, participación pública y acceso a la justicia (Shelton, Dinah, Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos, [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl), p. 124).

(ii) El artículo 23 de la Convención Americana, que establece que todo ciudadano tendrá derecho “*de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos*” y tendrá derecho, además, tanto de recibir como de divulgar información (artículo 13).

Más específicamente la CoIDH recomendó al Estado de Ecuador implementar medidas para garantizar que todas las personas tengan derecho a participar, individual y colectivamente, en la formulación de las decisiones que afectan directamente a su entorno (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1. 24 abril 1997); y lo reitera nuevamente en el año 2004, en el caso Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, (Informe N° 40/04, Caso 12.053 (Fondo), 12 de octubre, párr. 142).

En el caso Saramaka (CIDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172), la CIDH va más allá, al determinar que los proyectos de gran escala sobre desarrollo o inversiones que pudieran tener un impacto importante en los territorios indígenas y tribales, requieren no sólo consulta, sino también consentimiento previo, libre e informado obtenido conforme con las costumbres y tradiciones de los pueblos (párr. 134).

(iii) Por último, el derecho al acceso a recursos judiciales o administrativos es considerado la garantía fundamental de los derechos tanto en la legislación nacional como internacional. Conforme el artículo 25 de la Convención Americana las personas deben tener acceso a recursos judiciales para reivindicar el derecho a la vida, a la integridad física y a vivir en un ambiente seguro, especialmente si dichos derechos están expresamente protegidos por la constitución de un Estado (ver capítulo III Derecho al recurso judicial y la administración de justicia en el Ecuador. Informe sobre Ecuador. Recomendaciones. OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1. 24 abril 1997). “*Un recurso es efectivo cuando es capaz de lograr el resultado para el cual fue creado*”. (CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, párr. 63-64).

La Ley General del Ambiente, Ley 25675, ha recogido estos tres pilares de la política ambiental: (i) la proporción y acceso a la información ambiental, artículos 16 - 18; (ii) derecho de las personas a ser consultadas y a opinar e instrumentar los procedimientos de consulta y participación, artículos 2 inc. c), 19 al 21; (iii) tutela judicial efectiva, artículo 30 y 32 de la mencionada normativa.

Nuestra ley provincial del ambiente, Ley 5961, determina en el artículo 3 inc. d) y en el título VI, Educación, Difusión y concientización de la cultura de preservación del medio ambiente mendocino, los principios de información y participación ciudadana.

Específicamente respecto al tratamiento de la Ley 7722, comparto la consideración realizada por mi colega, el Sr. Ministro Dr. Jorge Nanclares, en cuanto a que nos toca resolver es una *“cuestión pública que la política no resolvió, lo que debió ser una legislación producto del consenso y del diálogo social...”*.

Fundo mi consideración en que la audiencia en el ámbito de este tribunal hubiera generado un diálogo institucional y social de gran aporte para el debate.

Asimismo se observa que el tratamiento legislativo tuvo como principal característica su brevedad en el tiempo y la urgencia del mismo.

Esta apreciación fue señalada en el debate parlamentario de la Cámara Alta, *“Realmente creo que en una semana, sin el convencimiento total, hoy le quieren dar tratamiento y el problema de fondo va a seguir estando”* (senador Guerra (BPJFPV) Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág.311); *“...y que nos dediquemos verdaderamente a tratar el tema al que estamos convocados, porque hay gente que está esperando desesperadamente la definición que se va a tomar en el día de hoy”* (senador Saenz (UCR), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 312); *“los temas hay que tratarlos, no hay que eludirlos, hay que enfrentarlos y seguramente mi posición no va a ser compartida por muchos de los aquí presentes y que tienen derecho a expresarse; pero les pido que me escuchen...”* (senador Ahumada (BPJFPV) Diario de sesiones, 19 de junio de 2007 pág. 312); *“Todos sabemos que ésta no es la solución definitiva, pero por favor, seamos claros, tenemos la responsabilidad todos, pero si no ponemos hoy en un paréntesis esta discusión, creo que vamos a estar en un problema sin salida. No son problemas fáciles de resolver, hasta tenemos problemas internacionales por el medio ambiente. De tal manera que no le tengamos miedo a la discusión pero hagamos una discusión con altura... Y para esto necesitamos tiempo, y para tener tiempo, la gente de nuestra Provincia tiene que estar tranquila que vamos a resolver con responsabilidad y fundamentalmente con participación”* (senador Camerucci (UCR), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007 pág. 318); *“y por eso, como necesitamos más discusión, y necesitamos un plan ambiental minero con las características de los lugares dónde se tiene que desarrollar la minería sin afectar a otros, es que creo que esta ley hoy no debe ser tratada”* (senador Amstutz (BPJFPV), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 320); *“esto amerita un trabajo pormenorizado porque no podemos resolver esta situación de la noche a la mañana y tenemos que ser responsables tanto por la vida de nuestros hijos como de las generaciones futuras a las cuales les tenemos que entregar un ambiente sano, como establece el artículo 41 de nuestra Constitución Nacional, donde tenemos que establecer y regular las normas provinciales con coherencia, con responsabilidad”* (senador Gomez (BPJFPV) Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 322).

La H. Cámara de Senadores dio media sanción al proyecto legislativo el 19 de junio de 2007, con tratamiento sobre tablas del Expte N° 50031 y; un día después, la H. Cámara de Diputados (en la sesión del 20 de junio de 2007), dio estado parlamentario al Expte n° 45814, venido con media sanción de Senadores, con tratamiento sobre tablas, para finalmente dar sanción a la Ley N° 7722. Por Decreto n°1.423 (21/06/2007) el Gobernador de la Provincia (Ing. Julio César Cleto Cobos) promulga la Ley N° 7722; la que es publicada finalmente en el Boletín Oficial, un día después, el 22 de junio de 2007.

**En conclusión, ante los escasos canales de participación amplia, igualitaria, sistemática de la ciudadanía y de todos los sectores involucrados y el brevísimo tratamiento legislativo de la ley 7722; la audiencia pública en el ámbito del Superior Tribunal de Mendoza, hubiera implicado la intervención directa de la ciudadanía en un tema de relevancia como el ambiental, que trasciende los intereses sectoriales, y que requiere de un debate integral.**

**Es haber puesto en acción el principio republicano de gobierno, donde todas las voces manifestaran sus posiciones, generando un hecho histórico, con un gran acervo para la Provincia de Mendoza.**

**Es decir, perdimos la oportunidad de contar con un debate pluralista, cuyas opiniones, fundamentos, manifestaciones y efectos pasaran a pertenecer al patrimonio democrático de la comunidad mendocina, tanto para el tema que hoy se debate en este expediente como para futuras controversias sobre la preservación del medio ambiente en la Provincia.**

#### **IV.-Normativa constitucional, presupuestos mínimos y normas complementarias.**

Mis colegas precedentemente se han referido de manera incuestionable al respecto, por lo cual remito al desarrollo efectuado por mis colegas Dr. Jorge Nanclares y Dr. Julio Gómez.

Solo en forma sintética, cabe recordar que la distribución de competencias, que determina nuestro artículo 41 de la Carta Magna Nacional, respecto al cual corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para completarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Es decir, que a partir de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación del art. 41 de la Constitución Nacional (en adelante CN.), nuestro país se tipifica como Estado ecológico de derecho (ver Quiroga Lavié, H., "El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional, La ley , 16/4/1996, p.1 ).

A nivel nacional existe un importante desarrollo legislativo en materia de protección ambiental. La Ley 25675, comúnmente denominada Ley General del Ambiente, desarrolla el régimen ambiental para toda actividad, incluida la minera, que en forma significativa sea susceptible de degradar el ambiente o la calidad de vida de la población. La Ley 25.612 que regula la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio, que sean generados en todo el territorio nacional, y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios, la Ley 25.688 que establece el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, la que consagra los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, la Ley 25.831 sobre Régimen de libre acceso a la Información Pública Ambiental, la Ley 25.916 que regula la gestión de residuos domiciliarios, la Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, la Ley 26.562 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades

de Quema en todo el Territorio Nacional y la Ley N° 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

En Mendoza, la Constitución Provincial también posee en su art. 1 (reformado según Ley N° 5557), expreso reconocimiento respecto de esta materia, al prever que en la explotación de las fuentes de energía se debe aplicar el principio de desarrollo sustentable. Con el dictado de la Ley 5961, se fijó las instituciones básicas de la política ambiental provincial; reglamentada por los Decretos Nros. 2109/94, 8020/06, 170/08 (específico para actividades petroleras), 809/13, entre otras normas vigentes.

#### **V.-Aclaración preliminar respecto a los dos artículos en los que me detendré el análisis (artículo primero y tercero de la Ley 7722).**

Me detendré especialmente en el análisis del artículo primero y tercero, primera parte, por cuanto entiendo que allí se encuentran las acciones que dan sentido y esencia a la ley 7722.

En los dos artículos mencionados aparecen las acciones de prohibir y ratificar.

Desde una interpretación integral y sistémica de la norma se advierte que las mismas han sido prescriptas o se encuentran justificadas a partir del que el legislador ha tomado una premisa para el dictado de la ley: la debilidad, ineficiencia y/o ineficacia del Estado respecto a los controles en la actividad minera.

Esto tiene su fundamento en el análisis del Diario de Sesiones N°8, Periodo ordinario, de la H. Cámara de Senadores: “...*los miembros del CRICYT expresaron que los órganos de control del Estado **no están preparados para controlar la actividad minera**; la Sociedad Rural del Valle de Uco expresó que la conclusión de un seminario realizado en el Concejo Deliberante de San Carlos fue de que **no hay elementos para ejercer los controles**; expresaron los autoconvocados de San Carlos que estaban preocupados por incumplimiento de leyes... y que **no confiaban en los controles**; habían legisladores hoy presentes que también expresaron la preocupación por el uso de distintas sustancias, que podían comprometer los recursos naturales, específicamente el hídrico, ....no es una cuestión de ahora... en el año 2004 el Concejo Deliberante de San Carlos emitió una ordenanza planteando **la preocupación por este tipo de explotación sin control del Estado y sin el cumplimiento de las leyes**” (exposición del Senador Difonso (PD), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 307); “*Cuando se dice de la agricultura (...) conociendo los controles nacionales y provinciales que tiene en este momento el uso de plaguicidas y fertilizantes en Mendoza, que es ejemplo en el país. Controlados nacionalmente por el SENASA, por el INTA por el ISCAMEN, nos dicen cuándo tenemos que poner el fertilizante, el plaguicida, la cantidad y cómo. Y nos dicen también qué tenemos que hacer con los envases. No es lo mismo lo que pasa en la agricultura con estas sustancias que sí son tóxicas cuando se mal utilizan, es cierto, cuando no hay un control adecuado de estas sustancias. Pero lo cierto es que hasta hoy nadie ha dudado de los controles que tiene esta provincia. Y si estamos dudando de los **controles que tiene esta provincia en el tema petróleo ....**” (exposición del Senador Camerucci (UCR), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág.317-318); “*Entonces, aquí aparecen prohibiciones, y existen problemas que se mencionaron como es el de los controles, nos enorgullecemos los mendocinos que en nuestra agricultura aparezcan elementos contaminantes tóxicos, nos enorgullecemos porque hay controles; por qué para la***



*minería si hay el mismo poder de policía y las mismas tecnologías para los controles, por qué motivos para unos puede haber la garantía de los controles y para la otra hay que prohibirla porque no se puede instrumentar los controles. Por qué motivos para uno se puede ser policías y para otros no, **acá hay un problema que no es de ley sino de controles, y la responsabilidad del control es del Ejecutivo Provincial....**y hasta tanto exista el plan ambiental minero y hasta tanto exista la responsabilidad en la policía de control, no quiero que se apruebe nada”* (exposición del Senador Amtutz (BFPVJ), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 319);” *...lo que discrepo, ... **es que no es el momento de aprobar esta ley para hacer más productiva la discusión con la tranquilidad de no tener a la gente movilizada por la preocupación que los controles hacia la minería despierta;** y como hizo mención a los controles de la agricultura que yo intenté visitar muy rápidamente, tengo que decirle que es totalmente distinto controlar, me refería a los controles, la cantidad, la oportunidad en el tiempo los tiempos anteriores a la cosecha, etcétera y controlado por organismos nacionales o provinciales. En el hierro, porque de esa minería no estamos en contra, hay que ser claros y tampoco de la extracción del cemento porque esto sería ridículo, muy claramente estamos expresando si a la minería no contaminante. En el caso que el nombró del oro, no se puede comparar con los elementos tóxicos que bien usados, en las condiciones adecuadas usa la agricultura a la cantidad de hectómetros que se necesitan de agua para lavar tonelada de piedra, con cianuro, para extraer oro...**No existen controles adecuados en esta actividad.** Tenemos en la Justicia más de cinco casos en donde tenemos problemas judiciales porque los controles sobre la extracción están en duda. Los controles en la agricultura, dije solo un ejemplo; **tenemos que lograr que los controles en esta actividad, como es la minería, también tengan el nivel de excelencia como lo tienen en la agricultura”** (exposición del Senador Camerucci (UCR), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 321-322).*

*“La Provincia de Mendoza necesita transformarse, desarrollar otras actividades y no ser netamente agro dependiente; y **la agricultura puede convivir tranquilamente con los controles correspondientes, exhaustivos del Estado, con la minería.** Hay que priorizar el cuidado, porque la mala utilización del cianuro, y esto es la realidad y la verdad, ha causado en muchos lugares del mundo por falta de control del Estado, deterioros gravísimos al medioambiente y a la salud de las personas. (Exposición del Senador Gómez (BPJFPV), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 323).*

*“Hasta que no se pusieron los controles, cosa que celebro, porque tendría que ser así en la minería, dejamos de tener algunas especies en el Carrizal, estoy hablando de 15 o 20 años atrás, obviamente por el mal uso de algunos pesticidas e insecticidas en la zona agrícola. **Espero que estos controles se den en el ámbito de la minería, porque así se necesita...El tratamiento serio, el control por parte del Estado, es lo que deberíamos debatir,** no la sistemática prohibición de todos y cada uno de los emprendimientos de nuestra Provincia, de lo contrario seguiremos siendo el “granero del mundo” y nada más”* Exposición del Senador Bermejillo (BPJFPV), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 328-329) (los resaltados me pertenecen).

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 (en adelante DIA).

En el artículo primero, el legislador optó por una medida directa, la prohibición del uso de sustancias químicas consideradas tóxicas, en consecuencia, peligrosas para el medio ambiente (recursos naturales y en especial, recursos hídricos); y en el artículo tercero, primera parte, el legislador determinó que la Declaración de Impacto Ambiental, debía tener ratificación legislativa. Siendo la DIA el último eslabón de la evaluación de impacto ambiental (en adelante EIA), y ésta la técnica de protección del medio ambiente más característica, se concluye que ambas son instrumentos de carácter preventivo. Las mismas tratan de medir los efectos que sobre el medio ambiente provocan la ejecución de ciertas obras o instalaciones, la cual el legislador le ha impuesto un mecanismo de regulación más estricto para su otorgamiento y/o aprobación.

## **VI.-La prohibición del uso de sustancias químicas, establecida en el artículo 1 de la Ley 7722**

### **1.- La disposición del legislador.**

*Ley 7722. “Artículo 1° - A los efectos de garantizar debidamente los recursos naturales con especial énfasis en la tutela del recurso hídrico, se prohíbe en el territorio de la Provincia de Mendoza, el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.”*

(i).- Breve descripción de las notas tipificantes que caracterizan el presente artículo.

Una primera lectura del artículo nos muestra que el propósito y voluntad del legislador ha sido:

- 1.- garantizar los recursos naturales, en especial, el recurso hídrico.
- 2.- la medida de garantía empleada es la prohibición.
- 3.- dicha prohibición alcanza al uso de sustancias químicas: cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares.
- 4.- para la actividad minera metalífera: en procesos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.
- 5.- el alcance geográfico, es la Provincia de Mendoza.

## **2.-"Sustancias químicas prohibidas". La acción de prohibir como medida de protección.**

El legislador, como medida de garantía preventiva del ambiente, en especial, los recursos naturales y el recurso hídrico, eligió la acción de prohibir *-se prohíbe -*, y lo hace de carácter “absoluto”, para el uso, en ciertos procesos mineros metalíferos, de tres sustancias definidas, cianuro, mercurio y ácido sulfúrico. Y luego, con una técnica legislativa, amplia e imprecisa, indica “*otras sustancias tóxicas similares*”.

Respecto a las tres sustancias químicas descriptas explícitamente, descarto adentrarme en una análisis respecto a la conveniencia o no del uso de las mencionadas sustancias vedadas por la ley, advirtiendo que no hace a mi función la de valorar (positiva o negativamente) el riesgo o potencial peligro que ellas implica. Es el legislador, el que optó por la prohibición directa de sustancias químicas tóxicas como técnica de protección del medio ambiente. Es el que determinó que ciertas sustancias son tóxicas, por tanto, las prohíbe. Ello surge al indicar “*y otras sustancias tóxicas similares*”.

La interpretación del artículo indica que la toxicidad de dichas sustancias, ponen en peligro o riesgo los recursos naturales, con especial énfasis, el recurso hídrico y lo aplica a procesos de la actividad minera metalífera.

## **3.-Extensión de la prohibición del uso de las sustancias químicas del artículo 1 a todas las actividades que la utilicen y que pongan en riesgo los recursos naturales, en especial el hídrico, y la salud de la población.**

*“Alcanzar y mantener la calidad de vida humana es el objetivo fundamental de la normativa ambiental”* (Flah, L.R, y Samyevsky, M., La regulación procesal en el derecho ambiental americano, La Ley 1993-E, 935).

Por ello, mi función no me permite tener un rol pasivo respecto a la misma, sino una actuación firme y efectiva a fin de garantizar la tutela preventiva, precoz, temprana, dinámica del derecho involucrado.

El legislador determinó que sustancias son tóxicas. Si se consulta, por ejemplo bibliografía especializada, como la Guía de Respuesta a Emergencias 2008 (GRE 2008) desarrollada conjuntamente por el Departamento de Transporte de Canadá (TC), el Departamento de Transporte de los Estados Unidos (DOT), la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de México (SCT), y la cooperación del Centro de Información Química para Emergencias (CIQUIME) de Argentina, encuentra que las tres sustancias definidas por el legislador se hallan identificadas como sustancias químicas tóxicas. Además el CIQUIME ha desarrollado un listado de mercancías peligrosas, en las que describe el número de identificación ONU, el número de guía y le agrega el correspondiente código de clase de riesgo de materiales peligrosos. La clase 6 y la subdivisión 1 (6.1) corresponde a sustancias tóxicas.

Las sustancias determinadas por el legislador, tal como el cianuro con número de identificación 3414 y el número de guía 157 (correspondiente a sustancias tóxicas y/ o corrosivas - no combustibles/ susceptibles al agua) le corresponde la clase de riesgo 6.1; el mercurio con número de identificación 2809, número de guía 172 (Galio y

Mercurio), le corresponde la clase de riesgo 6.1; y el ácido sulfúrico, con n° de identificación 1830; número de guía 137 (sustancias reactivas), le corresponde la clase de riesgo 8 (sustancias corrosivas) y 6.1; conforme se encuentran consignadas en ese documento. (Para mayor detalle y consulta, Guía de respuesta para caso de emergencia 2008, pág. 289; pág. 319; pág. 249, respectivamente y CIQUIME Argentina, listado de mercancías peligrosas por orden alfabético, pág. 99, 110, 136).

Sin perjuicio de advertir que las sustancias descritas por el legislador se encuentran identificadas en la guía de actuación para aquellos operadores de emergencia que pueden asistir al lugar de un incidente de transporte de materiales peligrosos; también se hallan presentes en el anexo 1 de la Ley 24051 (B.O. 17/01/1992) comúnmente denominada “Ley de residuos peligrosos”, a la que Mendoza ha adherido por Ley 5917 (B.O. 19/11/92): Y7 Desechos que contengan cianuros; Y33 Cianuros inorgánicos; Y38 Cianuros orgánicos, Y29 Mercurio, compuestos de mercurio; lo cual confirma que las mismas se encuentran identificadas como sustancias “tóxicas”. Cabe aclarar que el documento emitido por el CIQUIME cuando determina la clase 6.1 de riesgo de materiales peligrosos, lo denomina “sustancias tóxicas” y aclara la siguiente leyenda: “*las palabras “veneno” o “venenoso” son sinónimos con la palabra “tóxico”*”. (Guía de respuesta para caso de emergencia 2008, pág. 13).

Hubiera sido deseable que el legislador identificara con precisión y determinación las “*otras sustancias tóxicas*” que él mismo refiere, ya que son cuantiosas las sustancias químicas tóxicas que encontramos; recurriendo a informes técnicos, científicos, protocolos o guías de determinación como el ya citado precedentemente, toda información disponible para el legislador.

Es decir, el legislador ha dejado un enorme interrogante, respecto a: - la determinación de sustancias tóxicas, ya que la definió con una amplia vaguedad terminológica que encuentra una inmensidad de posibilidades existentes para su especificación, por ejemplo el xantato, el ácido clorhídrico, ácido fluorídrico, ácido fosfórico, sulfato de aluminio, entre miles de sustancias químicas; y – en cuanto a quién es el responsable de determinarlas. Es decir, quién tiene la facultad discrecional y la responsabilidad para determinar qué y cuál sustancia tóxica es similar. En definitiva, con el párrafo “*otras sustancias tóxicas similares*” no se encuentran tipificadas las mismas, por tanto es indefinible e indeterminable.

**A lo que concluyo que la prohibición es al uso de las sustancias químicas tóxicas: cianuro, mercurio y ácido sulfúrico. Esta medida restrictiva, de prohibición, dispuesta por el legislador para los procesos mineros metalíferos, debe ser extendida a todas las actividades que la utilicen; porque si sólo tomáramos la restricción para la actividad minera sería discriminatoria y por tanto inconstitucional.**

**En consecuencia, dado que la expresión “*otras sustancias tóxicas similares*” es vaga, incierta, imprecisa, debe tomarse como “tóxicas”, y por tanto peligrosas, las tres sustancias explícitamente determinadas por el legislador. Ello hasta tanto se dicte o no otra ley que determine con precisión y exactitud técnica y terminológica la frase general utilizada. De no interpretarse de esta manera el artículo primero ostenta el carácter de inconstitucionalidad.**

#### **4.-PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y PRECAUTORIO. El Derecho al ambiente, satisfacción de las generaciones futuras, desarrollo sostenible y derecho a la salud.**

Desde la década del '70, la comunidad internacional ha tomado conciencia de que el desarrollo económico provoca deterioro en los recursos naturales y que éstos no son ilimitados sino que son finitos. Surge, paralelamente la demanda generalizada y creciente de bienes ambientales.

La protección y la tutela ambiental constituyen un problema prioritario y ocupa un lugar cada vez más importante dentro de la agenda política nacional e internacional. Ello ha sido reflejado en los distintos instrumentos internacionales, en especial, las Conferencias de Estocolmo (1972) y Río de Janeiro (1992).

En primer lugar, la preocupación del medio ambiente no es una opción que se pueda dejar o descartar. Su protección implica garantizar el goce de los demás derechos humanos, y esto genera una fuerza sustancial y vital para impulsar todas las medidas conducentes a su cumplimiento.

La puesta en marcha de innumerables políticas ambientales a nivel internacional, regional y nacional, junto con la consolidación de valores ecológicos – ambientales, ha redefinido la relación entre el hombre y su entorno

Esto ha implicado redefinir la relación jurídica entre el hombre- el entorno y el derecho. En especial, ha sido necesario introducir importantes cambios en numerosas instituciones jurídicas, una de ellas, la incorporación del artículo 41 de nuestra Carta Magna, en la Reforma Constitucional de 1994, por el que se introduce la protección del medio ambiente al acervo de los bienes constitucionales.

*“La recepción en las Constituciones de los valores medioambientales introduce un elemento dinámico, un factor de cambio y transformación social, que abre la posibilidad a nuevas lecturas de los derechos tradicionales”.*(Fernández Rodríguez, T. R., “El medio ambiente en la Constitución española”, en Documentación Administrativa, nº 190, 1981, p. 344)

Por tanto, cuando el derecho sobre el medio ambiente ha sido consagrado como garantía constitucional, se impone su reconocimiento y protección por encima de cualquier otra disposición.

Asimismo, en materia de derechos humanos, *“los Estados deben asegurar el cumplimiento de la obligación internacional y, por tanto, deben respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos convencionales internacionales. Aquí aparece la obligación de asegurar que se cumpla efectivamente, dentro de la jurisdicción interna, con la obligación de control de la convencionalidad que recae primordialmente sobre los jueces nacionales”* (“El control de convencionalidad: análisis en Derecho comparado”, Revista Direito GV, Sao Paulo 9, JUL-DEZ 2013, p. 726)

En segundo lugar, cabe indicar que el derecho ambiental tiene principios propios, consagrados especialmente en el artículo 41 de nuestra Constitución Nacional y en los artículos 4 y 5 de la Ley General del Ambiente (Ley 25.675). Ellos son: el principio de congruencia, preventivo, precautorio, de sustentabilidad, de equidad intergeneracional,

de subsidiariedad, de cooperación, de responsabilidad, de progresividad y de solidaridad. Los principios son el verdadero sostén de la política ambiental, procuran y fortalecen su garantía y cumplimiento.

Me detendré específicamente sobre dos principios de la política ambiental, el preventivo y el precautorio, que si bien han sido desarrollados de manera precisa por mi colega, el Dr. Palermo, me adentraré en los mismos como guías rectoras para fundar mi posición y decisión.

Al respecto el Dr. Ricardo Lorenzetti ha expuesto que, al interpretarse la norma, aquellos intereses signados por la individualidad deben ser coordinados de manera tal que se orienten hacia la preservación del interés colectivo. (Lorenzetti, R. L., “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, La ley, 1998-A, 1024.)

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el paradigmático fallo “Beatriz Mendoza” (CSJN, fallo 326:2316, 20/06/2006), indicó que el ambiente es un bien colectivo, que pertenece a la esfera social y transindividual, por tanto es esencial el deber de preservar.

El Tratado de Asunción,(26/3/1991), en su preámbulo impone la preservación del medio Ambiente y la Declaración de Río sobre desarrollo sostenible proclama el compromiso internacional de adoptar el principio preventivo (principio 4) y precautorio (principio 15) en materia ambiental.

Recientemente, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CC y C), Ley 26994, ha establecido una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Esto se visualiza en varias temáticas como persona humana, sus derechos fundamentales y los derechos de incidencia colectiva.

Al decir de la Dra Aída Kemelmajer, *“ningún artículo debe interpretarse en forma aislada. El Código es un sistema de normas y es muy importante el Título Preliminar, que dispone que todas las normas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos; por lo tanto, ningún artículo puede restringir derechos humanos y constitucionales”*. (“Jornadas de Derecho Constitucional de Familia. Reforma del Código Civil y Comercial”, Instituto de Derecho de Familia y Niñez, Colegio de Abogados de Viedma, 16 y 17 de octubre de 2014)

El artículo 240 del CC y C, establece los límites al ejercicio de los derechos individuales los que deben ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, *“... no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”*.

Asimismo, con la introducción del artículo 1710 del CC y C, deber de prevención del daño, queda instituido el principio de prevención, fortaleciendo la defensa del ambiente. Desde esta perspectiva, la prevención integra la responsabilidad como función esencial y autónoma.

Es decir, la nueva codificación civil introduce la materia ambiental y el principio de sustentabilidad y de equidad intergeneracional

Tanto en la doctrina nacional como la comparada, en materia ambiental, tiene como núcleo la prevención, ya que el daño ambiental es expansivo, multiplicador, irreversible y permanente.

El paradigma ambiental o ecológico, que muchos doctrinarios mencionan, requiere de una participación activa del juez respecto a la prevención del daño ambiental. La tutela anticipatoria en materia ambiental justifica soluciones expeditivas.

En el fallo, ya mencionado, “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*” (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo, M1569 (2004) XL), la C.S.J.N inicia un importantísimo protagonismo haciendo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32 ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general.

La Corte ratifica que “*la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlativo que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un ciudadano causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo, la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales*”.

Por tanto, el contenido de la norma no debe ser limitado a una mera obligación de conservar o preservar el medio ambiente sino a propulsar un papel activo, esto es, una obligación de hacer. Es decir, en este caso, una restricción es válida sólo cuando hay un motivo u objetivo que la justifique, siempre que tenga por finalidad la satisfacción del bien común o bienestar general.

Y aquí coincido nuevamente con mi estimado colega Dr. Jorge Nanclares en cuanto a que “*en la lucha en defensa del ambiente y la salud se imponen mecanismos anticipatorios de tutela temprana, precoz, a la luz de los principios de prevención y precaución de política ambiental*”.

En consecuencia, atento que las sustancias químicas tóxicas, su peligrosidad es immanente no sólo en el uso que le da la actividad minera metalífera como ha dispuesto el legislador, sino en todas aquellas actividades en la que se utilicen; a los efectos de prevenir consecuencias negativas sobre el medio ambiente, la seguridad y salud de las personas, y conforme las razones de orden público ambiental de índole preventiva es que considero que el uso del cianuro, mercurio y ácido sulfúrico debe ser prohibido en todas las actividades e industrias que operan en el territorio de la Provincia de Mendoza. Esto es, petroquímicas, industria de alimentos, farmacéutica, metalúrgica, plástica, vitivinícola, etc.; entre otras.

La medida debe alcanzar a las tres sustancias químicas determinadas explícitamente: cianuro, mercurio y ácido sulfúrico; debido a que “otras sustancias tóxicas similares” tiene un alcance indefinido, por lo tanto infinito también.

El fundamento central se encuentra en que todos los ámbitos y actividades en que se desarrolla la vida de las personas cuenten con las características de un desarrollo de calidad, sustentable y sostenible, acorde a los objetivos que la cláusula constitucional prescribe.

En este sentido, el Principio 15 de la Declaración de Río establece *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*

**Es decir, la aplicación de los principios de prevención y precautorio rodean la extensión de la medida de garantía determinada en el artículo 1 de la Ley 7722. Es en base al principio de preservación del medio ambiente que las medidas adoptadas no pueden restringirse a una mera tutela nominal, sino que detectado el riesgo o el peligro ambiental, dada la toxicidad que emana el uso de las sustancias químicas, cianuro, mercurio y ácido sulfúrico, conforme lo ha estipulado el legislador, la medida tiene que ser extendida con el objeto de prevenir daños potencialmente colectivos, que la sociedad no puede correr el riesgo que acontezcan si jurídicamente son y pueden ser evitados.**

En particular, si nos referimos a nuestra Provincia, la problemática de la asignación y cuidado de los recursos, en especial el hídrico, vinculado con las características propias de esta zona árida, es complejo y vital. Lo que necesariamente implica tomar medidas de control riguroso y estricto.

Cabe recordar que nuestra propia historia ha sido signada por el agua y su escasez. Desde los orígenes, los huarpeos pobladores originarios de estas tierras, se desarrollaron aprovechando la riqueza de las Lagunas de Guanacache. Es a través del aprovechamiento del agua, que *“se ha desarrollado oasis de riego que representan tan sólo el 3% de la superficie de Mendoza. En estas áreas, el 98.5% de la población práctica sus actividades, conformando núcleos agro-urbano-industriales. El resto del territorio provincial, aproximadamente el 97% de la superficie, es una zona de planicies y cordones montañosos donde habita el 1.5% de la población”* (Therburg, A; Fasciolo, G; Comellas, E; Zuloaga, J. y Gudiño, M.E., Marco estratégico para la provincia de Mendoza. Diagnóstico físico – ambiental, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2004: 5-9).

En este punto coincido también con mi colega, Dr. Jorge Nanclares, en que la protección del recurso hídrico se enmarca en un pilar del Derecho ambiental como lo es el principio precautorio.

Hoy, la tutela jurisdiccional efectiva, exige una nueva mirada del *“iura novit curia”*, en función del rol que compete al juez en la protección jurisdiccional de todos los derechos, en especial, y en este caso, el del ambiente, el agua y la salud de la población.

**En conclusión, de conformidad a lo estipulado en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. I y XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 1 inc. 2 y art.12 del Pacto**



**Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, lo dispuesto en el artículo 41, 75 inc. 19 y 23 de la Constitución Nacional; art. 2 inc. a) y g), art. 4, 5 y 32 de la Ley General del Ambiente (Ley 25675); art. 1, 3 inc. f), 4 inc. d), y 17 de la Ley 5961; las pautas para la resolución del sub examine, deben ser las siguientes:**

- a) Declarar la constitucionalidad del artículo primero de la Ley 7722, conforme el alcance determinado precedentemente. Es decir, la medida de prohibición realizada por el legislador corresponde al uso de las sustancias químicas tóxicas de cianuro, mercurio y ácido sulfúrico.**
- b) Extender la prohibición del uso de las tres sustancias químicas mencionadas en el apartado anterior, a todas las actividades que las utilicen, en el territorio de la Provincia de Mendoza. Ello hasta tanto se acredite que las mismas no son contaminantes para el medio ambiente, los recursos naturales, en especial el recurso hídrico; y que no afectan la salud y calidad de vida de los habitantes de la Provincia de Mendoza y/ o se establezcan rangos de valores límites permisibles que no afecten la calidad de vida de la población.**
- c) Comunicar la presente medida a la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial, Gobierno de la Provincia de Mendoza, al Departamento General de Irrigación y a cada uno de los Municipios de la Provincia a fin de que ejecuten la medida prevista en el dispositivo anterior.**
- d) Determinar que las autoridades mencionadas en el inciso anterior y el Fiscal de Estado de la Provincia deberán velar por el cumplimiento de lo dispuesto precedentemente.**

## **VII.-Relativo al artículo segundo.**

En honor a la brevedad y por coincidir en su opinión, me remito al tratamiento claro y preciso que respecto a este artículo diera mi estimado colega, Dr. Jorge Nanclares, concluyendo, que *“lo que estipula el art. 2 de la ley es un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, esto es, que los titulares de las concesiones mineras en curso cumplan con la nueva legislación y los niveles de protección ambiental allí dispuestos”*.

## **VIII.-Relativo al artículo tercero, la Declaración de Impacto ambiental y su ratificación legislativa, principio republicano de gobierno, división de poderes.**

### **1.- El artículo 3 de la Ley 7722.**

Su redacción textual indica: *“Artículo 3°- Para los proyectos de minería metalífera obtenidos 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. Para dejar de lado las opiniones vertidas en los dictámenes sectoriales deberá fundarse expresamente las motivaciones que los justifican.”*

## **2.- Política ambiental.**

Con la creación en el año 1989 del Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda (se sanciona la Ley N° 5.487, modificatoria del art. 1° de la ley 3.489, que crea, entre otros, al Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda, en su art. 5° atribuye al mismo: *“... la competencia para elaborar una política destinada a crear las condiciones para prevenir, proteger y conservar la naturaleza y el hábitat humano, como también el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y la defensa contra los desastres”*. Es decir, que, sienta los principios que van a regir política ambiental en nuestra Provincia. Por su parte, en el año 2014, la Ley N° 8.637 en su art. 1 crea el Ministerio de Tierras, Ambiente y Recursos Naturales, cuyas atribuciones se encuentran fijadas en el art. 27: el inc. d) le otorga la facultad de ejecutar y controlar el cumplimiento de las normas de impacto ambiental, y el inc. q) controlar el cumplimiento de las normas ambientales en las actividades petroleras, mineras y todas aquellas vinculadas a la utilización de recursos naturales), la Provincia de Mendoza asumió la responsabilidad política de preservar el ambiente de los mendocinos en forma global y sistemática. La coordinación administrativa y la centralización de las principales funciones ejecutivas en la materia son su principal característica, fortalecida en lo político por la integración del área ambiental en el Gabinete del Poder Ejecutivo.

Así, entonces, en el ejercicio de sus facultades de poder de policía en política ambiental, la legislatura provincial, dictó en el año 1992 la Ley N° 5.961 sobre Preservación del Ambiente, disponiendo en su art. 1 que el objeto de la misma es la preservación del ambiente en todo el territorio de la Provincia de Mendoza, a los fines de resguardar el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público.

Al dictarse el Decreto N° 2.109/94, se fija entre sus considerandos, *“que el poder de policía ambiental alcanza con la ley 5961 su pleno ejercicio, instaurando en nuestro ordenamiento institucional la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) como el procedimiento destinado a identificar e interpretar así como prevenir, las consecuencias o los efectos que acciones o proyectos que puedan causar el equilibrio ecológico...”*.

El Decreto N° 820/06 indica expresamente que se procura compatibilizar la aplicación del procedimiento de impacto ambiental aplicado en la Provincia de Mendoza, y sujeto a las normas de presupuestos mínimos, con las normas sancionadas por el Código de Minería de la Nación en el título complementario sobre la protección ambiental para la actividad minera. Así regula en su articulado lo relativo al Informe de Impacto Ambiental en materia minera (art. 3); los requisitos que debe cumplir la declaración de Impacto Ambiental (DIA), el procedimiento para su declaración (art. 6) y lo relativo a su emisión (art. 22 *“Concluida la evaluación por parte de la Autoridad Ambiental Minera, se emitirá la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A.) en la que se podrá: a) Autorizar la realización del proyecto en los términos señalados en el Informe de Impacto Ambiental (IIA) presentado. b) Autorizar la realización del proyecto pero condicionado al cumplimiento de las*

*instrucciones modificatorias sobre el mismo que señale la Autoridad Ambiental Minera. c) Rechazar el Informe cuando lo estimara insuficiente, en cuyo caso deberá emplazar al interesado a presentarlo nueva-mente, salvando las omisiones o rectificando los errores, en un plazo de treinta (30) días hábiles conforme lo establece el Artículo 255 del Código de Minería de la Nación”, y 23 a 26); lo relativo a la Autoridad Minera Ambiental (art. 28 *En cumplimiento con lo dispuesto por el Artículo 250° del Código de Minería de la Nación ratifíquese como Autoridad Ambiental Minera de las normas sobre protección ambiental de la actividad minera en forma conjunta al Director de Minería e Hidrocarburos o del organismo que reemplace a esa Dirección y el Director de Saneamiento y Control Ambiental conforme con lo establecido en el Artículo 17° del Decreto Acuerdo N° 1.939/96*) mientras que el 29 le otorga la facultad de información y asesoramiento. El art. 33 faculta a la Autoridad Ambiental Minera a realizar inspecciones rutinarias o de oficio a fin de verificar el estado de situación y a efectuar recomendaciones específicas en materia de saneamiento y control de riesgo ambiental. Además emplazará a las empresas a la realización de los estudios de impacto ambiental correspondientes como a la ejecución de los planes de saneamiento, bajo apercibimiento de las sanciones previstas. El art. 36 determina que todo lo actuado y que se actúe en materia de control ambiental de las actividades mineras, será informado permanentemente al Ministerio de Economía de la Provincia y al Ministerio de Ambiente y Obras Públicas por medio de la Autoridad Ambiental Minera; el art. 34 crea la Red de Vigilancia Ambiental (para facilitar la tarea encomendada a la Autoridad Ambiental Minera), y estará integrada por Inspectores propios de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental; Inspectores y guarda parques de la Dirección de Recursos Naturales Renovables; Inspectores de la Dirección de Minería e Hidrocarburos u organismo que la reemplace; Superficiaarios debidamente acreditados ante esta última Dirección, sobre los proyectos que se sitúen dentro de sus propiedades.*

El Decreto 170/08 remite en cuanto al Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental a lo estipulado en los Artículos 29, 30 y concordantes de la Ley N° 5.961 (art. 12) y el art. 13 dispone que *“obtenida la Declaración de Impacto Ambiental, la empresa deberá presentar ante la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental para cada proyecto...”*.

Vale decir, que toda la normativa, de la cual Mendoza ha sido pionera en materia ambiental, sigue poniendo en cabeza del Poder Ejecutivo, o de sus organismos, el control y el ejercicio de la policía ambiental.

Por su parte el Decreto N° 809/13 sustituye el texto del Artículo 5° "Identificación y Valoración de los Efectos" del Decreto N° 2.109/94, contenido que deberá ser incluido en la Manifestación General de Impacto Ambiental que se presente ante la autoridad de aplicación.

La Resolución N° 589/14 aprueba la modalidad de Adecuación de Infraestructura como metodología de trabajo a implementar para la evaluación de impacto ambiental de las obras no contempladas en el Decreto N° 170/08 y en la Resolución N° 25/04 de la Secretaría de Energía de la Nación.

Ahora bien, la Ley N° 7.722, sobre Recursos Naturales y Minería, ha sido dictada en ejercicio del poder de policía provincial en materia ambiental y minera. En su art. 3 determina que *“para los proyectos de minería metalífera, obtenidas las fases de cateo, prospección, exploración, explotación o industrialización, la DIA debe ser ratificada por ley...”*.

Es decir que mientras en el régimen general medioambiental (Ley N° 5.961 y Decreto Reglamentario N° 2.109/94) así como el Decreto N° 820/06 (sobre Impacto Ambiental), la DIA es elaborada por la Administración a través del órgano competente, para el caso específico de la minería metalífera, conforme art. 3 de la Ley N° 7.722, el ciclo de conformación de este instrumento se configuraría recién con la ratificación legislativa, lo que tornaría a la misma en un acto complejo con la participación del Poder Ejecutivo (en su faz administrativa manifestado a través de un acto administrativo) y del Poder Legislativo (a través de la ratificación mediante una ley en sentido formal pero con efectos particulares para el caso concreto). Tal es la posición en la que coinciden mis estimados colegas Dres. Jorge Nanclares, Julio Gómez y Alejandro Perez Hualde.

Pero esta previsión legislativa que impone la obligación mencionada trae aparejada dudas sobre su constitucionalidad, toda vez que la naturaleza de la misma y sus efectos se circunscribirían a la órbita de la función administrativa del Poder Ejecutivo “lato sensu” (y sus órganos y organismos), que conforme al art. 128 inc. 1 de la Constitución Provincial tiene asignada; y en virtud de la vigencia del principio republicano de gobierno consagrado en el art. 1 de la Carta Magna Nacional, toda vez que la actividad policial ambiental es propia del ejercicio de la función administrativa por parte de ese órgano del poder, reafirmado en la especialidad que el mismo ostenta.

### **3.- Breve referencia a la aplicación analógica de los artículos 194 y 195 de la Constitución Provincial.**

Respecto a la ratificación de la DIA por parte de la Legislatura, mis estimados colegas Dres. Julio Gómez y Alejandro Pérez Hualde, refieren a que la Constitución Provincial encomienda a la Legislatura en su artículo 194, *“el ejercicio de controles específicos respecto de aguas según haya o no aforos de los ríos; y por tanto, si resulta de la distribución constitucional de potestades entre los poderes que debe la Legislatura actuar sobre las concesiones de agua, cuánto más se adecua a la Constitución una regla que está dirigida a asegurar su intervención, cuando de lo que se trata es de preservar la calidad de ese bien insustituible”*, *“... constituyen suficiente respaldo a la decisión que la Ley 7722 – sancionada por la misma Legislatura y promulgada por el Poder Ejecutivo – ha incluido en su texto respecto de la ratificación de la DIA”*.

También posturas doctrinarias indican que no resulta extraño a la tradición jurídica de Mendoza porque actos administrativos, de trascendencia pública, son reservados a la autoridad legislativa, como lo prescribe el art. 194 de la Constitución Provincial. (Pinto, Mauricio, *“Comentario a las recientes normas ambientales mendocinas”*, Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis, 2008,p. 8)

Sin embargo, a mi juicio ello no puede ser tomado como referencia válida, analógica, similar o supletoria; toda vez que dicha estipulación constitucional es específica y determinante para el caso de concesión de aguas, previo y / o después de realizado los aforos de ríos y afluentes.

Mendoza ha tenido como objeto especial de regulación en toda su historia institucional al recurso hídrico. El agua es un recurso escasísimo, que tuvo su previsión constitucional de salvaguarda y regulación en la distribución por parte del constituyente. Es así que el mismo entendió que el recurso hídrico debía ser resguardado de manera especial, esto es, por ley especial. *“Las razones de elevar a rango constitucional el principio de concesión legal que caracteriza a la legislación mendocina, aunque diversas, son al menos de un doble orden. La primera de ellas obedece, en el contexto liberal de la época, fundamentalmente a la necesidad de mantener el status quo vigente, afianzando la cláusula sin perjuicio de terceros y asegurando los derechos adquiridos con anterioridad al establecimiento de este requisito que, en la práctica se transformó en una herramienta para dificultar el otorgamiento de nuevas concesiones que pudieran ir en detrimento de los concesionarios preexistentes y sus propiedades. La segunda de las razones apuntaba a poner un freno a los abusos y excesos en que incurrieron los sucesivos gobiernos de turno a través del otorgamiento de concesiones prebendarias por parte de la autoridad administrativa”*. (Martín, Liber, Derecho de Aguas, Abeledo Perrot-UNC, Bs. As, 2010, p.151-152).

Con el artículo 194 y 195 de la Constitución Provincial, el constituyente elevó a rango constitucional el principio de concesión legal del uso del agua. Es decir, la concesión del uso del agua será otorgada por la Legislatura Provincial a través de una ley formal, y juntamente establece las mayorías especiales para la aprobación legislativa. Además del sistema de concesión del uso de agua, la Constitución establece que la Legislatura tiene facultad de extender las zonas cultivables, y le indica una serie de requisitos a cumplir y un sistema de mayorías para la toma de decisión.

Pero esto no implica que pueda ser trasladado o extendido a la actividad minera.

El hecho de que otras normas jurídicas prevean procedimientos que concluyen con la ratificación legislativa no puede ser trasladado directamente al caso en análisis, toda vez que leyes tales como la Ley N° 5.507 (Concesión de Obras Públicas), la Ley N° 8051 (Ley de ordenamiento territorial y uso del suelo) que indicara mi colega, Dr. Jorge Nanclares; poseen diferentes objetos y como tal se ha considerado necesaria la misma para actividades estatales que resultan de naturaleza dispositiva del patrimonio provincial, lo que no ocurre con el procedimiento de emisión de la DIA en materia minera, el cual a pesar de su trascendencia no tienen estos efectos. La Ley N° 5.507 requiere: aprobación legislativa previa para la concesión: a) cuando sea necesario la declaración de utilidad pública de bienes muebles o inmuebles, requeridos para la realización de la obra o la prestación del servicio. b) cuando se realicen actos de disposición de bienes que afecten el patrimonio de Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado; Energía Mendoza Sociedad del Estado; y Dirección Provincial de Vialidad. c) cuando se requiera contraer empréstitos públicos o el estado deba garantizar el crédito al concesionario. Se requerirá la ratificación legislativa del contrato en los siguientes casos: d) cuando se trate de una concesión de obras y servicios públicos existentes. e) cuando se trate de una concesión subvencionada. f) cuando se establezcan monopolios. g) cuando el término de la concesión sea mayor de 20 años).

Los proyectos y/ o actividades mineras deberán cumplir con lo dispuesto en la norma constitucional (art. 194 y 195 C. P.), cuando refieran al uso del agua o a los regadíos agrícolas. Sin embargo, so pretexto de estos artículos no se puede justificar la

facultad ratificatoria dispuesta en el art. 3 (primer párrafo) de la Ley 7722. Ergo, el mismo es inconstitucional.

Aún que se invocara la “denominada teoría de los poderes implícitos no puede justificar un desconocimiento de que el principio que sostiene el diseño institucional de la república es que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido expresamente conferidas, pues si de un poder expreso pudiera implicarse otro de análoga consistencia se destruyen los límites de la concesión y no tardaría en echarse por tierra-todo el aludido equilibrio de la Constitución (Fallos:318:1967)”. (CSJN, fallo F. 100. XXXV. Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, considerando 9).

#### **4.- La Evaluación de Impacto Ambiental como institución jurídica (EIA) y la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) como acto administrativo. Encuadre normativo nacional y provincial.**

##### **a.- La Evaluación de Impacto Ambiental.**

Si bien al respecto ya se ha explayado mi colega Dr. Jorge Nanclares, quiero realizar una breve mención respecto a este instituto.

La evaluación de impacto ambiental encuentra su origen conceptual e instrumental en la legislación norteamericana. Cabe recordar que hasta los años 70, la preocupación por medir y evaluar los efectos ambientales de ciertas actividades productivas no se encontraba en agenda de ningún Estado. Como ya mencionara, el medio ambiente se tenía como un tema de interés minoritario.

La toma de conciencia de los efectos degradantes que producen ciertas actividades llevó a que el Congreso de EE.UU. dictara, en 1969, la National Environmental Policy Act, usualmente conocida con la sigla NEPA. Dicha norma fijó en su art. 102 la obligación de que las acciones federales puedan suponer una afección significativa sobre el medioambiente sean consideradas en un Environmental Impact Statement (EIA) que prevenga las repercusiones de las mismas en el medio.

Sin embargo, a pesar de que en 1972 la Conferencia de Estocolmo marcó un hito en la sensibilización ambiental de la sociedad a nivel mundial, Europa recién en 1985 “adoptó la resolución (Directiva 337/85) de aplicación obligatoria por parte de los países miembros de la entonces Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea), obligándolos a adoptar procedimientos formales de EIA como criterio de decisión para una serie de obras consideradas como capaces de causar significativa degradación ambiental. Francia sin embargo, ya se había anticipado, y fue el primer país de Europa en adoptar la evaluación de impacto ambiental, a través de una ley de 1976. En verdad, fue el único país en legislar sobre la EIA, antes de la directiva europea” (Sánchez, Luis Enrique, Evaluación de Impacto Ambiental, Departamento de Engenharia de Minas Escola Politécnica da Universidad de São Paulo, versión electrónica: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd29/enriquesanchez.pdf>)

Es con la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 que se consolida la introducción de EIA como instrumento preceptivo de gestión ambiental. El Principio 17 determina que “Deberá emprenderse una evaluación del

*impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que este sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”* (<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>)

La bibliografía especializada respecto a la Evaluación de Impacto Ambiental coincide en que es uno de los principales instrumentos preventivos para la gestión del medio ambiente.

Adoptaremos una primera definición de Evaluación de Impacto Ambiental como “el proceso de identificar las consecuencias futuras de una acción presente o propuesta” (definición adoptada por la International Association for Impact Assessment, IAIA; Impact assessment, simply defined, is the process of identifying the future consequences of a current or proposed action., versión electrónica: <http://www.iaia.org/about/> )

Para finalmente, indicar que **la EIA es una herramienta o procedimiento de naturaleza esencialmente preventiva y “cognoscitiva”** (Falbo, Aníbal José, La Corte provincial y el debido procedimiento administrativo ambiental, nota a fallo de la SCJ de la Provincia de Bs. As., in re “Rodoni, Juan P. y ots.v. Municipalidad de Bahía Blanca, sentencia del 3/3/10, en Revista del Derecho Ambiental, n°23, julio /setiembre 2010, Abeledo Perrot, p.195); utilizada, probada y validada a nivel mundial e incorporada a nuestra legislación tanto nacional como provincial. La EIA es el instrumento que ejecuta el deber de no dañar el ambiente impuesto por el art. 41 de nuestra Constitución Nacional. Asimismo, se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, a nivel nacional, en la Ley General del Ambiente (Ley 25675) art. 11 y a nivel provincial, Ley 5961, art. 26 y 27.

Habiendo definido el concepto y alcance de la Evaluación de Impacto ambiental, surge definir la naturaleza y característica de la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA).

#### **b.- Regulación de la Declaración de Impacto Ambiental en las provincias argentinas. Legislación comparada.**

La Provincia de Buenos Aires, por medio de la Ley N° 11.723 Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales exige la Declaración de Impacto Ambiental (Artículo 10º: Todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una Declaración de Impacto Ambiental, expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada en el anexo II de la presente ley. ), estableciendo que la misma constituye un acto administrativo de la autoridad ambiental, conforme el art. 20 de la citada norma.

La Provincia de Santa Cruz, en la Ley N° 2.658 determina que “a fin de emitir la Declaración de Impacto Ambiental, la autoridad de aplicación (Subsecretaría de Medio Ambiente dependiente del Ministerio de Economía y Obras Públicas, art. 6) considerará además de lo manifestado en el Estudio Técnico de Impacto Ambiental y en el proceso de participación ciudadana la adecuación del proyecto a... (art. 16), dándole el carácter de acto administrativo, conforme las prescripciones del art. 18.( Art. 18 Ley N° 2.658: “La Declaración de Impacto Ambiental constituye un acto administrativo de la autoridad de aplicación...”)

La Provincia de San Juan, regula la DIA y determina la autoridad de aplicación en el art. 2 de la Ley N° 6.571 “De la evaluación de impacto ambiental” que reza: *“Todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una declaración de impacto ambiental (DIA) expedida por la Subsecretaría de Política Ambiental, quien será Autoridad Ambiental de Aplicación de la presente Ley”*.

La Provincia de Formosa, regula la EIA y determina la autoridad de aplicación en el cap. II –Métodos de Prevención- de la Ley 1060 (1993), “*art. 28 (modificado por Ley n° 1552/10) Es obligatorio realizar el Estudio de Impacto Ambiental previo en todos los proyectos que se mencionan a continuación, sin perjuicio de otros que pudiera determinar la Autoridad de aplicación en el futuro: .....art. 30; la autoridad de aplicación correspondiente deberá exigir y aprobar el estudio de factibilidad ambiental... art. 31: El estudio de factibilidad será reglado por la autoridad de aplicación provincial.*”

De los textos normativos provinciales respecto al régimen de evaluación de impacto ambiental, y específicamente respecto a la DIA, se concluye que ninguno expresa el requisito de ratificación legislativa y todos coinciden en que la autoridad competente emitirá la resolución pertinente autorizando el estudio de impacto ambiental, o autorizándolo con condiciones o sujeciones a cumplir o rechazando la autorización. [ver normativa de Provincia de Buenos Aires (Ley 11723), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 123), Córdoba (Ley 7343 y Decreto Reglamentario 2131/00), Chaco (Ley 3964), Corrientes (Ley 5067), Chubut (Ley 5439), Misiones(Ley 3079), Formosa (Ley 1060), Tucumán (Ley 6523 y su decreto reglamentario 2204), Santiago del Estero(Ley 6321), Santa Fe (Ley 11717 y Decreto 101/03), La Pampa (Ley 1914), Río Negro (Ley 3266), Salta (Ley 7070), Neuquén (Ley 1875)].

### **c.- Regulación de la Declaración de Impacto Ambiental en Mendoza**

La Ley 5961 (1992) determina en su artículo 27 que *“Todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, **deberán obtener una Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A.), expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o por las Municipalidades de la Provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley, según la categorización de los proyectos que establezca la reglamentación y de conformidad con el anexo I, que forma parte de la presente”***. (el remarcado me pertenece)

Asimismo, el Decreto Reglamentario N° 2.109/94 (art. 20), como el Decreto N° 820/06 (sobre E.I.A. para la actividad minera), la DIA es elaborada por la Administración a través del órgano competente.

La normativa provincial vigente me lleva a concluir que el procedimiento de evaluación de impacto ambiental es decidido por un acto administrativo, denominado DIA, emitido por la autoridad administrativa competente.

### **d. Naturaleza jurídica de la DIA.**



Respecto a la naturaleza jurídica de la DIA, ya se han expresado en profundidad mis colegas Dres. Jorge Nanclares y Julio Gómez.

Sin embargo, en mi opinión, la DIA es un acto administrativo que pone fin al proceso de evaluación de impacto ambiental. Es un acto típico del derecho ambiental, cuya naturaleza es la autorización. Dicha autorización debe contener necesariamente una decisión motivada y ser susceptible de la vía recursiva administrativa y judicial, conforme al derecho humano fundamental de una efectiva tutela judicial (art. 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

## 5.- Estado de Derecho. Principio republicano de gobierno, fortalecimiento de las instituciones.

Lo primero que quiero recalcar e insistir es en la necesidad de valorar el Estado de Derecho, como marco central en el ordenamiento de nuestra vida social. Entendiendo que el respeto de todos por el orden jurídico, acorde a nuestra ley fundamental, contribuirá al desarrollo de una sociedad pluralista garante de la paz social.

La Constitución Nacional, en su art. 1 adopta el sistema republicano como forma de gobierno, siendo uno de los caracteres más sobresalientes, el de la división de poderes. Ello abrevia en la tríada clásica elaborada por Montesquieu (Montesquieu, “El Espíritu de las leyes”, Tratado de Nicolás Estevanez. El Ateneo. Bs. As. 1951), quien funda su concepción en dos postulados básicos: por un lado que cada una de las funciones del estado, legislativa, ejecutiva y judicial, deben estar en manos de diferentes titulares; y por otra que esos poderes se deben vincular recíprocamente a través de diferentes sistemas de controles recíprocos.

*“En una democracia constitucional, a cada uno de los tres órganos que componen el gobierno le corresponde una determinada esfera de competencia, compuesta por un abanico de facultades relativas a su propia función a las que se agregan otras con la finalidad de controlar a los otros poderes y así recíprocamente. Esta formulación se desprende del principio de separación de poderes, elemento básico del Estado de Derecho, adoptado por la Constitución Argentina”* (Sabsay Daniel Alberto, en Gentile, Jorge H. (compilador), El Poder Legislativo, KAS, Uruguay, 2008, p. 945)

La formulación más extendida de la teoría de la división o separación de poderes corresponde a Montesquieu, quien expresa, *“...Hay en cada estado tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de los asuntos que dependen el derecho de gentes y el Poder Judicial de los que dependen del derecho civil”*. Por el Poder Legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste Poder Judicial, y al otro simplemente Poder Ejecutivo del estado” (Montesquieu, El Espíritu de las Leyes, Madrid. 1980. p. 150.).

Karl Lowenstein, por su parte, considera que lo que erróneamente se suele designar como división de poderes es en realidad distribución de determinadas

funciones estatales a diferentes órganos del Estado. (Lowenstein Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona. Segunda Edición Castellana Ampliada, traducida por Alfredo Gallego Anabitarte. Ed. Ariel. 1979. p. 55.) Lowenstein reemplazó el concepto de separación de poderes por el de “control”. Este control se realiza mediante diversas técnicas institucionales y de procedimiento, en general avaladas constitucionalmente, que limitan y controlan los órganos del poder en el ejercicio de las funciones que tienen asignadas (Lowenstein, Karl, op. Cit., p. 253)

Las fuentes inspiradoras del constitucionalismo liberal que impregnó a las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, incluida la nuestra, estuvo dado por una especie de globalización de las ideas políticas, principalmente la separación de poderes, la libertad y la igualdad en derechos.

a) la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, de 1776, precursora e inmediato antecedente de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América y de la Constitución misma de este país. En su sección 5 prescribía: *“los poderes legislativo y ejecutivo deben estar separados y ser distintos del judicial”*;

b) la Revolución francesa con su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, que adquirió pronto prestigio e influencia decisiva en el mundo occidental, dispone en su artículo 16: *“toda sociedad en que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”*.

Así, la Constitución de Estados Unidos, fuente inspiradora de nuestra Carta Magna, pregona un sistema federal por medio de la división de poderes entre el gobierno nacional y los gobiernos estatales. Se instituye también un gobierno nacional equilibrado, separando los poderes entre tres ramas independientes: la ejecutiva, la legislativa y la judicial.

Recientemente, la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 11 de setiembre de 2001, en forma más completa dispone en su artículo 3 que, entre otros, son elementos esenciales de la democracia representativa *“la separación e independencia de los poderes públicos”*.

Asimismo, el sistema interamericano de derechos humanos destaca fundamentalmente el valor e importancia de los derechos políticos y cómo son esenciales en la democracia representativa que es considerada por los Estados americanos como un elemento fundamental del Sistema y como la base de la autoridad del Gobierno.

*“La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un “principio” reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23) que son aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.*

*De acuerdo con lo anterior, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, la democracia representativa es determinante porque no es posible lograr esa protección sino dentro de ese contexto. En efecto, los derechos humanos tal como están contemplados en la Declaración y la Convención americanas, no son comprensibles sino en un Estado democrático, que implica, por definición, la existencia de un estado de derecho. Es posible que en un Estado totalitario se consagren varios de los derechos individuales contemplados en los pactos internacionales. Pero es el estado de derecho el que pone un límite al poder de las autoridades y representa una garantía del respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales, límite y garantía que no existen en el Estado totalitario.”* (Nieto Navia, Rafael, El Estado Democrático en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 135-136)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que el “*el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana dispone que [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; [...] y la separación e independencia de los poderes públicos*”. (CIDH, caso Quintana Coello y otros vs Ecuador, sentencia 23/8/2013, considerando 179)

Por tanto, el principio republicano de gobierno es el que orienta todo el ordenamiento jurídico. Según Paulo M. Cruz, es el “**principio de los principios**” (CRUZ, Paulo Márcio. (2005). Fundamentos del derecho constitucional. 2. ed. (año 2003), 3. tir. Curitiba: Juruá.). Es el que matiza los demás valores jurídicos en nuestro ordenamiento constitucional.

Ahora bien, si bien es cierto que en el sistema de la república democrática, la separación de poderes fue dispuesta para controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas; la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido también otras finalidades del mismo, habiendo expresado que “...*la doctrina de la división de los de los poderes o de la separación de las funciones, especialmente en nuestras sociedades modernas, halla su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones en órganos, cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquéllas, es prenda de mejor acierto de sus proyectos y realizaciones*” (CSJN, C.M. del C.B. de c/Estado Nacional Min. de Acción Salud y Acción Social”, Fallos: 310:120. 1987)

Es decir que en el criterio del Alto Tribunal la división de poderes no responde solo a la tradicional concepción montesquiana, sino también a la necesaria especialización que deben tener los órganos del poder para lograr la óptima gestión de los intereses públicos (La Constitución Nacional se enrola en esta tendencia al establecer las competencias de cada órgano de gobierno.: Poder legislativo art. 75; Ejecutivo art. 99 y Judicial arts. 116, 117. Loñ, Félix. Enfoque sistémico de la División de Poderes después de la Reforma constitucional de 1994, LL 1998-B-1115)

En este esquema tripartito de ejercicio del poder estatal, con las finalidades precitadas, entiende Miguel S. Marienhoff, que existe una “zona de reserva de la administración” por oposición a la “reserva de ley” y a la “reserva de justicia”, derivando la conclusión lógicamente, del siguiente razonamiento: “*así como el Poder Ejecutivo no puede invadir con su accionar la esfera propia y exclusiva del Legislador,*

*éste tampoco puede invadir -so pena de inconstitucionalidad-, la esfera propia y exclusiva del Ejecutivo. Cada Poder sólo puede actuar válidamente en la esfera de su respectiva competencia establecida por la Constitución. La “reserva de la administración” es un obvio corolario del principio de separación de los poderes o división constitucional de las funciones estatales, que aparejan la adjudicación de competencias propias y exclusivas a cada uno de los tres órganos esenciales integrantes del gobierno... ”. (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo, Edit. Abeledo Perrot, T I. p. 250.)*

El constituyente es el que efectuó el diseño de distribución de competencias, y cuando la ley y no la Constitución establecen exigencias que no han sido especificadas por el legislador originario, tales prácticas legislativas alteran el principio de división de poderes establecidos por la Carta Magna y transgreden la regla “...*sus preceptos no pueden ser alterados por leyes reglamentarias*”.

Nuestra Constitución establece un reparto de competencias y los respectivos medios de control que garanticen una relación de equilibrio entre las distintas funciones.

Ya en 1922, la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que “*La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto ni el Legislativo ni ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas. Cualquiera otra doctrina es incompatible con la Constitución, que es la única voluntad popular expresada en dicha forma.*” (C.S.J.J, N, in re “Horta, José c/Harguindeguy, Ernesto “- 21/8/1922 - Fallos: 136:170)

Específicamente en cuanto al artículo 3 de la Ley 7722, cualquiera haya sido la técnica legislativa elegida, no es posible generar atribuciones más extensas que las que el pueblo, a través del constituyente, le ha confiado a la Legislatura, ni puede disminuir las restricciones que le ha impuesto la misma Constitución.

En este marco, deviene como lógica conclusión que la materia abarcada por el procedimiento de impacto ambiental así como su conclusión en la Declaración de Impacto Ambiental, tanto por ser materia estrictamente administrativa (art. 128 inc. 1 Constitución de Mendoza), como por la especialización de los órganos que componen la administración provincial competentes en la materia (vg., Ministerio de Tierras, Ambiente y Recursos Naturales actual Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial) esté reservado con exclusividad a la decisión de los mismos, con exclusión de la pretendida intervención del órgano legislativo (vía “ratificación” prevista en el art. 3 de la Ley N° 7.722), ya que en caso contrario se estaría invadiendo la órbita constitucional expresamente asignada al Poder Ejecutivo Provincial.

Al respecto, no puede existir discusión alguna sobre la atribución constitucional del Poder Legislativo de reglamentar, en ejercicio del poder de policía concurrente con

la Nación, lo referido a la materia ambiental en la Provincia de Mendoza lo que de hecho ha materializado a través del dictado de diversas normativas (vg.: Ley N° 5.961, Ley N° 7.722, entre otras), y en tanto las limitaciones legales se verifiquen como razonables y no vulneren derechos individuales de las personas.

Se verifica aquí, en el caso concreto, una evidente diferenciación entre los conceptos de “Poder de Policía” y “Policía Administrativa”, entendiéndose al poder de policía como *“parte de la función legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a ese fin los derechos individuales, reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución extendiéndose hasta donde la promoción del bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los límites constitucionales (arts. 19 y 28 CN)”* (Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, 1994. p. 32.) .Como tal, procede por normas generales, abstractas, impersonales y objetivas.

El poder de policía es la función legislativa en virtud de la cual se limita los derechos consagrados en la Constitución Nacional; pero no toda limitación de derechos queda comprendida en el concepto de poder de policía. Lo que delimita el concepto de poder de policía es la noción de interés público. Éstas, son limitaciones tendientes a armonizar el interés del particular con el interés general.

En nuestro país, la jurisprudencia ha variado sensiblemente: en 1869 y 1887, en sendos fallos, acepta sin vacilaciones el criterio restringido, para dar un claro vuelco en 1922 y reeceptar el criterio amplio argumentando que *“...el estado no debe solo atender la moralidad, salubridad y seguridad públicas, sino que también tiene el deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país...”* (CSJN, “Ercolano v. Lanteri de Renshaw”, 28 de abril de 1922, Fallos 136:170), al ratificar la validez de la Ley 11.157.

En posteriores fallos, la Corte Nacional ha sustentado este criterio, pero concediendo cada vez más amplitud al objeto, lo que en la práctica se traduce en un avance progresivo del poder del estado sobre los derechos y garantías constitucionales de los habitantes, que ven con preocupación este proceso.

Todo lo expuesto nos conduce a un replanteo del concepto de ley y del principio de división de poderes, como también del sistema de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado. En este sentido, conforme la Opinión Consultiva N° 6/86 del 09/05/1986 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e interpretando el término ley del art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. (Considerando 27, que se reafirma en el Considerando 35). Por unanimidad, entonces, la Corte Internacional considera que la palabra “leyes” en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

*“Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativa..., siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante....”* (considerando 26 de la Opinión Consultiva 6/86). La exigencia legislativa de

“ratificación” es válida si media habilitación constitucional para ello, hipótesis que no se da en nuestro ordenamiento constitucional provincial para el caso en análisis.

Ahora bien, la **función administrativa sólo ejecuta el poder de policía**. Por su parte la policía (La palabra original francesa es pólíce. En inglés fue traducida como polity (en la primera traducción de 1759-1760). Luego el término habría sido utilizado en el derecho inglés y proyectado su influencia a los Estados Unidos. Legarre. Santiago, Poder de policía y moralidad. Buenos Aires. Ed. Abaco. 2004. 1992) es la función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, salubridad y moralidad públicas, y de la economía pública en cuanto afecta directamente a la primera, función ésta condicionada por la legislación.

Es una función administrativa y como tal comprende diversas especies de actividad estatal. Su contenido es heterogéneo, elástico y dinámico. Se expresa, ya sea a través de actos administrativos (como autorizaciones y aplicación de sanciones, certificación de hechos jurídicamente relevantes e inscripciones meramente declarativas o constitutivas), simples actos (dictámenes de técnicos y profesionales), hechos administrativos (actuación material), inclusive mediante normas abstractas, obligatorias y generales (como reglamentos autónomos, en algún caso, reglamentos de ejecución cuando esa potestad fue asignada por ley).

La actividad policial se realiza siempre a través de actos administrativos que limitan la actividad individual. Las autoridades en ejercicio de la policía administrativa está investida de potestades: directivas (emisión de instrucciones de los órganos superiores a los inferiores), sancionadoras (investigación de conductas infractoras y aplicación de sanciones), potestad reglamentaria conferida por el texto legal.

**Así, en el tema que nos ocupa, no caben dudas de que el procedimiento de estudio de impacto ambiental así como la conclusión del mismo mediante la emisión de la correspondiente DIA, es sustancialmente, materia administrativa constitucionalmente instituida en cabeza del Poder Ejecutivo y/u órganos u organismos predispuestos al efecto, perfeccionable a través de la forma normal de manifestación de la policía ambiental (acto administrativo), lo que tiene su fundamento no solo en los argumentos esbozados precedentemente, sino en el andamiaje general establecido en las diferentes normativas que la provincia de Mendoza tiene emitidas en materia medio ambiental.**

*“Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar "la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes" (Fallos: 210:1095) y "la excedencia de las atribuciones" en la que éstos puedan incurrir (Fallos: 254:43).”* (CSJN, fallo F. 100. XXXV. Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, considerando 5, primera parte).

Siendo así, y en base al principio republicano de gobierno, es curioso que el art. 3 de la Ley N° 7.722 determine que *“para los proyectos de minería metalífera, obtenidas las fases de cateo, prospección, exploración, explotación o industrialización, la DIA debe ser ratificada por ley...”*. El cuestionamiento surge respecto de la necesidad de que la DIA sea ratificada por ley.

Debe tenerse presente, que la Ley N° 5691 determina en su art. 27, lo ya reiterado varias veces, en cuanto a la DIA: *“Todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una declaración de impacto ambiental (DIA), expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, urbanismo y vivienda o por las municipalidades de la provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley, según la categorización de los proyectos que establezca la reglamentación y de conformidad con el anexo I, que forma parte de la presente ley.”*

La Ley N° 5.691 requiere que la misma sea expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o por las municipalidades de la provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley; vale decir, que no requiere para su aprobación, la intervención del Poder Legislativo provincial.

Ahora bien, la norma incluida en el art. 3 de la Ley N° 7.722, supera ampliamente las facultades constitucionales otorgadas a la Honorable Legislatura Provincial, y no resulta encuadrable ni siquiera en la previsión del art. 99 inc. 22 Constitución Provincial, toda vez que la misma expresamente condiciona la posibilidad de intervención legislativa a que las cuestiones tratadas, por su naturaleza no estén previamente sometida a otros poderes provinciales o nacionales.

La administración general de la Provincia es una facultad propia del Poder Ejecutivo (art. 128 inc. 1) y el dictado de los actos mediante los cuales ella se ejerce es una facultad propia y exclusiva del mismo.

Solo podría admitirse el llamado veto legislativo, en este caso la posterior ratificación del DIA, en aquellas materias propias del Poder Legislativo que han sido delegadas al Poder Ejecutivo, no en las que pertenecen a su zona de reserva. Ya mencioné anteriormente entre lo que se entiende como zona de reserva de la ley y zona de la administración.

En nuestro caso de análisis, proyectos de minería metálica obtenidos en sus diferentes fases, no es materia propia del Poder Legislativo, sino que hace a la gestión de la administración propia del Poder Ejecutivo, conforme las facultades otorgadas por nuestra Constitución Provincial, art. 128, inc. 1.

*“El veto legislativo es un mecanismo por el cual el Congreso, al delegar sus facultades legislativas o presupuestarias, retiene poder para efectuar una última decisión sobre el tema en cuestión, mediante el veto de la decisión efectuada por el órgano al cual se le ha efectuado la delegación. Esta institución nace a principios de la década de 1930, en la Presidencia de Hoover, con la delegación que el Congreso le otorga para efectuar una reestructuración administrativa, como un esfuerzo para reconciliar dos necesidades conflictivas: el poder ejecutivo deseando aumentar su poder discrecional, y la Legislatura insistiendo en un mecanismo de control que no implicara la sanción de una ley. Pero no alcanzará su configuración e importancia definitiva como instrumento político, hasta el año 1939 durante la presidencia de Roosevelt, cuando se sancionó la Reorganization Act. De este modo, se mantuvo un cierto equilibrio entre la necesidad de obtener delegaciones amplias y la sujeción de las mismas al control establecido por el Congreso. El fenómeno alcanzó su punto culminante durante la presidencia de Nixon, con su claro enfrentamiento con el*

*Congreso dominado por los Demócratas; sería en esta época donde se sancionarían más leyes conteniendo este instrumento, resultando sintomático el caso de la War Powers Act. Esta etapa de gobierno dividido, caracterizado por la disputa de las prerrogativas entre Ejecutivo y Legislatura, va a ser el escenario de la confrontación decidida en el caso Chadha”* (Santiago, Alfonso, coautor con el Dr Thury, Valentín, Tratado de la Delegación Legislativa, Editorial Abaco, Bs. As, 2002, cap.1; ver más ampliamente en Valentín Thury Cornejo: Juez y división de poderes hoy, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, págs. 339-344)

Insisto, la exigencia de la ratificación posterior significa, por tanto, la intromisión indebida del Poder Legislativo en la zona de reserva propia del Poder Ejecutivo. Ello conduce a la violación de nuestro sistema republicano de gobierno, al arrogarse la Legislatura facultades que no le son atribuidas por el sistema jurídico constitucional.

*“...De dicho balance surge que los jueces no pueden opinar sobre el modo en que se ejercitan las facultades de otro poderes, pero deben establecer sus límites. Ello es así porque la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 316:2940 y sus citas)”*. (CSJN, Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional Congreso de la Nación - Cámara de Diputados s/ incorporación a la Cámara de Diputados, 13/07/2007, considerando 5°)

Al juez le corresponde el Alto Magisterio Constitucional, en primera y primordial medida, que se manifiesta en la función de interpretar y aplicar la Constitución. En el artículo 3 de la ley además de la finalidad de la tutela ambiental en materia minera se encuentra el respeto a los aspectos fundamentales de la organización política del Estado y de su correlativo orden jurídico plasmado en nuestra Carta Magna fundamental.

Nuestros constituyentes originarios diseñaron en el artículo primero, la organización del poder, la forma de Estado y la forma de Gobierno. En ese diseño institucional se encuentra el principio republicano, a través de la división de poderes, sin el cual no se puede hablar de Estado de Derecho. Es decir, que el principio republicano ocupa el lugar más estratégico del ordenamiento constitucional.

Es a partir de la organización del Estado, que se puede garantizar los derechos y deberes de los ciudadanos, su sistema político y la relación gobernantes- gobernados.

La intervención legislativa (ratificación) importa la emisión de una norma legal formal pero no sustancial, toda vez que legisla para un caso concreto (cuando la ley en sentido material importa la emisión de normas generales, abstractas, impersonales y objetivas). Ello, de conformidad con la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana N° 6/86.

Por último, es diversa, compleja y múltiple la normativa tanto nacional como provincial, que en distintos ámbitos, no sólo mineros, como puede ser el hídrico, energético, hidrocarburos, bosques, entre otros, que se encuentra determinado el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. En ningún ordenamiento, salvo en la Ley 7722 de Mendoza, se encuentra prevista la ratificación de la DIA por las Legislaturas Provinciales o Parlamento Nacional.



**Por tanto, es a partir del diseño constitucional del Estado de Derecho, que es inconstitucional el requisito de ratificación de la Declaración de Impacto Ambiental para los proyectos de minería metálica obtenidos de las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización. El legislador se ha arrogado de una facultad exorbitante, extendiéndose sobre la zona de reserva propia de la administración (PE); no prevista en la magna constitucional. Es decir, el legislador se arroga una facultad no propia de su competencia y se reserva la decisión final discrecional de ratificar o no la DIA emitida por órgano y/ o autoridad competente.**

En este sentido, quiero tomar unas palabras del Procurador Sebastián Soler en el fallo conocido como “Cine Callao” (fallos: 247:121, 22/06/60), *“Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. (...)”*.

## **6. Necesidad de mecanismos de control social.**

La Legislatura Provincial se invistió de la facultad de último control del proceso de Evaluación de Impacto ambiental, a través de la ratificación (o no) de la Declaración de Impacto ambiental, lo que además implica subestimar los controles que el Poder Ejecutivo, a través de las autoridades competentes, realiza.

Al inicio del análisis de los dos artículos controvertidos que he señalado, indiqué, con remisión al Diario de sesiones, que hay un prejuizamiento por parte de los legisladores respecto a calificar los controles que el Estado realiza, conforme la autoridad competente, en materia minera.

Así del debate parlamentario surge, entre otros, *“No existen controles adecuados en esta actividad. Tenemos en la Justicia más de cinco casos en donde tenemos problemas judiciales porque los controles sobre la extracción están en duda. Los controles en la agricultura, dije solo un ejemplo; tenemos que lograr que los controles en esta actividad, como es la minería, también tengan el nivel de excelencia como lo tienen en la agricultura”* (exposición del Senador Camerucci (UCR), Diario de sesiones, 19 de junio de 2007, pág. 322)

Si el legislador entendía que debía reforzar o fortalecer los controles que realiza el Ejecutivo respecto a la actividad minera, podría haber previsto por ejemplo una forma de control descentralizada, a través de agencias gubernamentales, defensorías ambientales o entes reguladores. Estos surgen de la creación legislativa, la cual les da competencia y establece una estructura de administración. Este sistema asegura el principio republicano de gobierno, el respeto de la división de poderes y una mejor administración de los recursos y su consecuente control.

También pudo concebir una estructura como la Agencia Europea del Medio Ambiente, la que desempeña un papel fundamental a la hora de recabar la información y

la que se creó con el fin de fomentar el desarrollo sostenible a través del suministro de datos pertinentes y oportunos a los responsables políticos y a la ciudadanía en general. “*Esta agencia reúne a 660 organizaciones de defensa del medio ambiente en todo el continente*” (Comisión Europea, Por un futuro más verde. La Unión Europea y el medio Ambiente. Serie Europa en movimiento. Luxemburgo, 2002, p. 24). Es decir, se pasó de una estructura fijada sólo en un mero control legal- procesal de las acciones respecto al medio ambiente a dotar de un sistema poderoso que permite a los ciudadanos europeos ser más exigentes con sus líderes, con un proceso amplio de participación y consulta.

Asimismo, las modernas administraciones y legislaciones en materia ambiental han dispuesto “instituciones de balance”, esto es herramientas de gestión que facilitan el control de las actividades eco-responsables desarrolladas por las empresas, midiendo cuantitativa y cualitativamente su actuación. Estas herramientas de gestión y control de actividades ambientales evidencian los esfuerzos por conciliar el logro de objetivos económicos, sociales y ambientales (sustentabilidad), en aras de conceptos más amplios que favorecen el desarrollo sostenible.

También otra opción le cabía al legislador, tal como lo manifestara mi colega, Sr. Ministro Dr. Jorge Nanclares, “*la creación del fuero minero, reforzará oportunamente la función de control en la génesis de los desarrollos mineros*”.

En síntesis, los modelos de control más modernos en materia ambiental no se circunscriben solamente y estrictamente a la norma, a la legalidad y al procedimiento, sino que además incorporan el control social, la participación ciudadana, e instrumentan herramientas ambientales, como el *balance* social, que ofrecen resultados positivos para la sociedad, la economía y el ambiente; y así poder contribuir una mejor calidad de vida de los ciudadanos.

**Por todo ello, y en mi opinión, no puede quedar el control final de la actividad minera en la ratificación legislativa. Ello no garantiza ni mayor ni mejor control. Para evitar el deterioro social que generan las dicotomías extremas ambientalismo vs actividad minera, la alternativa es la construcción de formas e instancias estables de concertación, en las que sea posible la participación permanente de los diferentes actores o sectores involucrados, en instancias de diálogo, de saberes y conocimientos técnicos y científicos, en el despliegue de responsabilidad social ambiental y empresaria, en el respeto a las instituciones y sus competencias, y la confianza social en ellas tendiendo a lograr una convivencia y democrática.**

## **7.- Técnica legislativa. Inseguridad jurídica, ratificación sin tiempos ni mayorías.**

La técnica legislativa utilizada en la primera parte del artículo 3, no ha sido la más propicia. Además del cuestionamiento constitucional respecto al instituto de ratificación, el articulado no determina ni el procedimiento, ni tiempos para su tratamiento, ni el sistema de mayorías parlamentarias a aplicar.

Al no fijar plazos para que cada una de las Cámaras trate la DIA emitida por autoridad competente, deja un vacío normativo que genera múltiples opciones de

interpretación; además de imprevisibilidad y no certeza respecto a su aplicación ¿que pasará con la DIA aprobada o rechazada por autoridad competente si la Legislatura deja transcurrir el tiempo sin darle tratamiento? Más allá de la interpretación que se opte, esto genera inseguridad jurídica haciendo arbitrario e imprevisible el procedimiento.

Hay que recordar y resaltar que todo el procedimiento de tratamiento legislativo de la Ley 7722 fue realizado en un tiempo sumamente breve; tal como lo expresé anteriormente en mi apartado III.

**Lo expuesto me lleva a concluir que el legislador no se dio el tiempo razonable para determinar una correcta y precisa técnica legislativa respecto a todos los aspectos precedentemente abordados, imponiéndose en mi criterio la inconstitucionalidad del artículo 3 en su primer párrafo.**

#### **8.- Conclusión respecto al artículo 3 de la Ley 7722.**

Por último comparto lo dicho por el Máximo Tribunal Nacional “*Tampoco deja de ver esta Corte la gravedad que tiene la declaración de inconstitucionalidad de una ley, de cualquier ley (Fallos: 300:241, 1057; 302:457, 484 y 1149, entre muchos otros). Sin embargo -ya lo decía el juez Hughes: además de que sería imposible defender la primacía de la Constitución sin la facultad de invalidar las leyes que se le opongan, el no ejercicio de dicha facultad deberá considerarse como una abdicación indigna. En virtud de tales consideraciones, el Tribunal tiene la más alta autoridad para, en defensa de la Constitución, no sólo buscar el derecho aplicable sino también expresarlo.*” (C.S.J.N., Bazterrica Gustavo Mario s/ tenencia estupefaciente, voto del Dr. Enrique S. Pettracchi, considerando 26, 18/8/2008)

Por todo lo expuesto, quiero dejar aclarado que mi opinión comporta la comprobación de que la norma ha sido dictada en ejercicio indebido de la competencia otorgada, por la Constitución Provincial, a la Legislatura provincial.

Mientras la Legislatura Provincial no se halle investida de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para disponer y ejercer “la ratificación” establecida en el artículo 3 de la Ley 7722, la inconstitucionalidad de la norma impera, ya que se encuentra en franca violación de la garantía al principio republicano de gobierno establecido en el artículo 1 de la Constitución Nacional y artículo 1 y 12 de la Constitución Provincial.

Ya hemos expresado reiteradamente que la temática que nos adentra el análisis es de inmensa trascendencia institucional, económica, política, social y cultural, con complejos y diversos efectos, lo que me lleva a decidir en pos de garantizar la forma democrática y republicana alcanzada y afianzada en nuestro país.

**Que por todas las razones expuestas en examen, el legislador en el art. 3 de la ley 7722 conculca el art. 1 de la Constitución Nacional y art. 1 y 12 de la Constitución Provincial, en la medida en que invade la esfera de la zona de reserva de la administración, siendo una facultad de la autoridad ejecutiva. Y por ello**

**estimo que debe declararse la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 3 de la Ley 7722.**

**IX.- RESPUESTA AL PLENARIO:**

**Finalmente, habiendo concluido el análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 7722, en tanto son los que contienen la esencia de la ley, corresponde “declarar la constitucionalidad” de la misma, con excepción del artículo 3 primer párrafo.**

**ASI VOTO.**

**A LA CUESTION OBJETO DE LA CONVOCATORIA, EL DR. PEDRO LLORENTE, DIJO:**

En el plenario se nos plantea dictaminar la constitucionalidad o no de la Ley N° 7722 en tanto y en cuanto hace referencia específica a un procedimiento a seguir tal cual fuera un paso administrativo previo a una explotación minera metalífera y en donde específicamente se hace referencia a la prohibición del uso de determinados elementos que son lesivos para el hombre en cuanto exista un mal uso de ellos, y por supuesto, pueden producir una degradación ambiental severa.

Sin ninguna duda el voto del Dr. Jorge Nanclares reproduce en forma sistemática y ajustada a derecho cada uno de los contrapuntos que se plantean en la redacción de la ley, en los sistemas procedimentales y por último los antecedentes que existen, cuya validez e importancia me inclinan a sostener el mismo voto con algunas apreciaciones de mi parte que considero importantes por la trascendencia que puede emanar de la presente sentencia.

Parto de la base de interpretar que no existe un condicionamiento que haga inviable a la actividad minera en la redacción del legislador. Es más, este es uno de los casos en donde la jerarquía política que emana del contenido de la ley está ejemplarizando a la sociedad en la custodia de elementos que son vitales.

No existe una contradicción entre la ley y la actividad minera, sí existe una complementariedad que no sólo hace a los límites del ejercicio de cualquier actividad amparada por la Constitución Nacional (art. 14) respecto de los límites que tienen todas las libertades.

Digo que es una decisión política trascendente porque el Legislador utilizando el principio de la racionalidad normativa (proporcionalidad entre el medio utilizado y la finalidad a obtener) prohíbe la utilización de elementos contaminantes en la explotación minera metalífera buscando la preservación ambiental como un fin inicial sustancial para la vida humana, principio también sustentado por la Constitución Nacional en su artículo 41.

La sociedad mendocina ha venido discutiendo reiterada y constantemente sobre estos procesos de lixiviación que han tenido en la práctica varios accidentes enunciados por

los medios de comunicación nacionales e internacionales que llevaron a la contaminación de acuíferos indispensables y necesarios para la vida humana.

La representación legislativa, con su voto mayoritario ha querido expresar el fin de estos métodos y se hace necesario que aparezcan nuevas tecnologías que sin alterar el sistema ambiental permitan obtener recursos que también son importantes para la vida humana. La tecnología deber ser compatible con el bienestar de la sociedad toda.

Sintetizo diciendo que el Legislador prefirió utilizar métodos preventivos, cautos y precautorios en vez de avalar un sistema de “riesgo controlado”, teoría que se utiliza en muchos países mineros, con un altísimo control por parte del poder de policía estatal, pero que sin embargo, no han evitado accidentes ambientales.

Por otra parte, la Provincia de Mendoza, ha sabido generar un régimen legal de aguas pionero en nuestra Nación, y de altísimo nivel jurídico, amparada por la Constitución Provincial y una experiencia práctica de décadas para permitir supervivir en el desierto. Este bien sustancial para la vida es otro elemento que el legislador puso en prioridad en la redacción de esta Ley.

Nuestra historia nos marca que el crecimiento y el desarrollo económico de Mendoza, dependen, en gran medida, del cuidado de nuestra agua. Sin este elemento esencial, no podremos preservar la calidad de vida de nuestras futuras generaciones. En este sentido no podemos asegurar que la actividad minera metalífera vaya a producir daños ambientales, pero tampoco podemos avalar la utilización de sustancias que ponen en riesgo la preservación y el cuidado de nuestro elemento esencial. Mendoza es una provincia ejemplar y pujante de nuestro país, y esto es sin duda consecuencia directa del desarrollo de nuestra industria vitivinícola y agrícola, actividades que requieren del uso responsable y eficaz del agua.

Es entonces, que la competencia nacional en la actividad minera (facultad delegada) no se contrapone con la competencia ambiental provincial (facultad no delegada, pero si reconocida por la Constitución Nacional- Reforma de 1994) sino que son absolutamente complementarias para el caso en cuestión.

Por ello, no encuentro contradicción sustancial que amerite una declaración de inconstitucionalidad.

La normativa número 7722 en todos sus artículos es plenamente constitucional.

Así voto.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar el fallo plenario que a continuación se inserta:

### **SENTENCIA:**

Mendoza, 16 de diciembre de 2015.

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

**RESUELVE:**

1.-VOTO MAYORITARIO: Declarar la validez constitucional de la Ley 7722.

2.-VOTO DISIDENCIA PARCIAL: Declarar la validez constitucional de la Ley 7722, con la sola excepción del art. 3, primer párrafo, que se considera inconstitucional.

3. Practicada que sea la notificación correspondiente vuelva la presente causa, conjuntamente con sus acumuladas, a la sala II de este Tribunal, con atenta nota de remisión.

NOTIFIQUESE.

DR. JORGE HORACIO NANCLARES  
Ministro

Voto mayoría

DR. HERMAN AMILTON SALVINI  
Ministro

Voto mayoría

DR. JULIO RAMON GOMEZ  
Ministro

Voto mayoría

DR. OMAR PALERMO  
Ministro

Voto mayoría

DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE  
Ministro

Voto mayoría

DR. MARIO DANIEL ADARO  
Ministro

Voto disidencia parcial

DR. PEDRO JORGE LLORENTE  
Ministro

Voto mayoría

