

Carrera: Abogacía

Modelo de caso

Tema: Derecho Ambiental

**Minería a cielo abierto y recursos hídricos:
¿Antinomia constitucional?**

Nombre del alumno: Melisa Mariana Silva

Legajo: VABG82316

DNI: 35.981.414

Entregable IV

Tutora: María Laura Foradori

Año: 2020

SUMARIO: I. Introducción. II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. III. Análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia. IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII. Referencias.

I. Introducción

La Ley 7722, eje central del presente análisis, se promulgó en la provincia de Mendoza en el año 2007. La mentada norma, con fundamento en la protección del recurso hídrico y medio ambiente en general, dispuso restricciones de diversa índole al ejercicio de la minería metalífera.

Las empresas afectadas consideraron que las medidas de prohibición del uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos y la obligación de contar con la aprobación legislativa de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA, en adelante), resultaban discriminatorias y lesivas de sus derechos. Estas razones llevaron a Minera del Oeste y otros actores del sector a presentar una acción de inconstitucionalidad ante la justicia provincial, “Minera del Oeste y Ots. c/ Gobierno de la provincia p/ acción de inconstitucionalidad”, cuyo fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza se analizará en el presente trabajo

En dicha acción, alegaron que los art. 1 y 3 de Ley provincial 7722 vulneraban el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional y art. 7 de la Constitución Provincial) y su derecho a ejercer toda industria lícita (art. 14 de la CN y 33 de la Constitución Provincial). También las consideraron vejatorias de su derecho a la propiedad privada (art. 17 CN y art. 8 Constitución Provincial) y derechos ya adquiridos en los términos de los art. 29 y 49 de la Constitución de Mendoza. (Pons, 2009)

Luego de ocho años de proceso el Tribunal rebatió los argumentos esgrimidos, rechazó la acción intentada, y consolidó, así, la plena vigencia de la Ley 7722.

La relevancia del análisis del fallo “Minera del Oeste y Ots. c/ Gobierno de la provincia p/ acción de inconstitucionalidad” radica en la resolución lograda por el Tribunal sobre un problema jurídico de tipo axiológico, donde los principios en

contraposición son, en apariencia, fundamentales y trascendentes en igual medida. Sobre esa base, el Máximo Tribunal mendocino ha logrado construir en los últimos años jurisprudencia sólida y consolidada respecto de los conflictos ambientales.

Mi intención a lo largo del presente trabajo es analizar los hechos más relevantes del caso y el contexto social en que transcurrieron, desarrollar en forma sucinta su devenir procesal y finalmente hacer foco en los fundamentos de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ese 16 de diciembre de 2015.

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

La minería a gran escala se instaló en Argentina en el año 1997 con el proyecto La Alumbraera, en Catamarca. Pocos años pasaron para que se convirtiera en una de las actividades que mayor conflictividad ambiental ha generado en el país. En Mendoza, si bien existen antecedentes del año 2003, la problemática entre las empresas mineras y los habitantes de la región tuvo comienzo en el año 2005, ante el anuncio del inicio de emprendimientos de minería a cielo abierto en las nacientes de algunos de los principales ríos del Valle de Uco, sector vitivinícola y agrícola de suma importancia en la región. La sociedad se manifestó en oposición a estos emprendimientos mineros, lo que dio lugar a diversas iniciativas legales.

Las Leyes 7422 y 7627, de los años 2005 y 2006 respectivamente, tuvieron por efecto suspender de forma provisoria varios cateos y exploraciones mineras. Finalmente, en junio de 2007 se sancionó la Ley 7722. En seis de sus artículos estableció un régimen que, si bien partió de prohibir el uso ciertas sustancias químicas en la provincia, en la práctica y según actores del sector, resultó una prohibición tácita del ejercicio de la minería metalífera en sí. Al menos de esta forma lo consideraron doce empresas mineras, las cuales, al mes de promulgada la Ley 7722, interpusieron una acción de inconstitucionalidad en la que argumentaron que colisionaba con las Constituciones Nacional y Provincial (Rodríguez Salas, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2020).

El reclamo interpuesto tenía dos ejes principales. Uno de ellos, atacar la constitucionalidad de la prohibición del empleo de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y

otras sustancias tóxicas en la actividad minera (art. 1, Ley 7722), al entender que resultaba un requisito no exigido a otros actores del sector industrial de la provincia. El otro, cuestionar la legalidad de la intervención del Poder Legislativo para la ratificación o aprobación posterior de la DIA (art. 3, Ley 7722), considerándolo una injerencia impropia sobre la zona de reserva del Poder Ejecutivo.

Luego, en el año 2015, con el voto mayoritario de sus miembros la Corte Suprema de Justicia de Mendoza declaró la validez constitucional de la Ley 7722. Un aspecto destacable de la resolución fue el voto parcialmente disidente del Dr. Mario Adaro, quien se manifestó, en particular, a favor de la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 3 de la ley en análisis. Los argumentos esgrimidos en su voto sentaron las bases para la presentación de cinco nuevas acciones de inconstitucionalidad en el año 2017, todas con igual resultado que sus predecesoras.

III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia

El Tribunal, mediante voto mayoritario de sus miembros, entendió que se encontraba ante un bien jurídico colectivo, como es el ambiente, el cual admite y necesita en su defensa de mecanismos anticipatorios, de tutela temprana, precoz, a la luz de los principios de prevención y precaución de política ambiental (S.C.J., “Minera del Oeste y Ots. C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acc. de Inconstitucionalidad”, 2015, juez Jorge Nanclares, por su voto, consid. IV). La Corte tomó particularmente en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la última instancia de control de una norma, la cual se reserva con exclusividad al Poder Judicial y debe ser siempre tomada como remedio excepcional.

La sentencia acaecida concluyó que las provincias conservaban el dominio originario de sus recursos (art. 24 C.N) y, en consecuencia, la competencia para su reglamentación y uso. En conjunto con lo dispuesto por el art. 41 de la misma norma, Mendoza poseería plena facultad para incrementar, no así disminuir, los presupuestos mínimos de protección respecto del medio ambiente. Dado que el Código de Minería reconoce dicha distribución de competencias en su artículo 233, no existiría, en este marco de análisis, contradicción alguna entre las mentadas normas y la cuestionada Ley 7722.

Por su parte, el Dr. Nanclares en su razonamiento entendió que la norma resultaba prohibitiva del uso de ciertas sustancias consideradas tóxicas y no de la actividad minera en sí, encontrándose garantizado el derecho de las empresas mieneras a ejercer una industria lícita si esta se desarrolla con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población, dentro del concepto de desarrollo sustentable y responsabilidad social empresaria. (S.C.J., “Minera del Oeste y ots. c/ Gobierno de la provincia de Mendoza”, 2015, juez Jorge Nanclares, por su voto, consid. IV). Sobre estos razonamientos, votaron en adhesión los Drs. Salvini, Gómez, Perez Hualde, Llorente y Palermo.

Por su parte, el Dr. Mario Adaro votó de forma parcialmente disidente. Repudió en forma expresa la forma en que los legisladores habían subestimado la capacidad de control estatal, y como consecuencia generaron la idea en la población de la necesidad de herramientas legislativas prohibitivas o mecanismos de control extremos. Sus argumentos sostuvieron la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 3 de la Ley 7722, los cuales resultaban lesivos de los derechos de las empresas afectadas.

En primer lugar, el artículo primero, por su deficiente redacción. La vaguedad terminológica con la que el legislador definió las sustancias tóxicas no hizo más que dejar un vacío de posibilidades existentes para su especificación, al crear incertidumbre sobre el sujeto que poseería la facultad y responsabilidad de enmarcarlas (Barressi Araujo, 2017). A su vez, la norma extiende la prohibición de su uso a los procesos mineros metalíferos, obviando otros sectores de la industria que se sirven de iguales sustancias, pudiendo ello considerarse discriminatorio.

En segundo lugar, consideró contrario a la norma constitucional el artículo tercero de la ley por conflictuar el reparto de competencia entre los poderes del Estado. De esta forma, el precepto resultaría en una intromisión indebida del Poder Legislativo en la zona de reserva del Poder Ejecutivo, al arrogarse la Legislatura facultades que no le fueron concedidas por el sistema jurídico constitucional (S.C.J., “Minera del Oeste y ots. c/ Gobierno de la provincia de Mendoza (2015), Mario Adaro, en disidencia, p. 79).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de Mendoza declaró la constitucionalidad de la Ley 7722. En su resolución, concluyeron que la decisión precautoria tomada por los legisladores mendocinos, en el sentido de prescindir de la

prueba definitiva de que la actividad minera causaría perjuicios irreparables para el recurso hídrico de la provincia, tuvo en cuenta la importancia del agua como derecho humano (Rodríguez Salas, Análisis de un plenario sobre ambiente y minería, 2016).

IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Es importante destacar que en el caso de análisis hablamos de “megaminería”, generalmente a cielo abierto, en contraposición con la “minería tradicional”, predominantemente subterránea. La diferencia se da en la altísima escala de la explotación, la cual obedece a su vez, al progresivo agotamiento de los metales en vetas de alta ley a nivel mundial (Colectivo Voces de Alerta, 2011).

Según expone Rodríguez Pardo, durante la explotación se debe producir la voladura de extraordinarias cantidades de suelo, reduciendo montañas a rocas y éstas a medidas ínfimas, para posteriormente aplicarles una “sopa” de sustancias químicas licuadas con gigantescas cantidades de agua que logran separar y capturar los metales del resto de la roca. Las sustancias utilizadas varían entre cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas, acumulativas y persistentes, de alto impacto en la salud de las personas y medio ambiente (como se cita en Svampa & Antonelli, 2009).

En cuanto a la legislación pertinente, debemos referirnos con especial atención a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, la cual contempló específicamente el tema de los recursos naturales en cuanto a su dominio y uso racional, desde una perspectiva integral y moderna. Dispuso la inclusión en el cuerpo normativo del derecho a un ambiente sano (art. 41, C.N.), considerado un derecho de incidencia colectiva. A su vez, ordenó un cambio en el reparto de competencias entre Nación y provincias, y determinó entre otras cosas, la directriz del dictado por parte del Gobierno federal de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, fijando de esta forma un piso legal por debajo del cual ninguna provincia podría legislar (Wagner & Merlinsky, 2019).

El resguardo principal de la prohibición genérica que contiene la Ley 7722 siempre ha sido el uso del principio precautorio. Éste, junto a otras máximas semejantes, se encuentra plasmado en nuestra ley general de ambiente. Allí se estipula que: “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 costes, para impedir la degradación del medio ambiente”(art. 4, Ley 25.675) (Berros, 2013).

Un antecedente relevante en la materia es el caso “Villivar Silvana Noemí c/ Provincia de Chubut y Ots.”. En aquella oportunidad, ante la confirmación de una medida de amparo que disponía la paralización de actividades de la industria minera por el Tribunal Superior de la provincia, las empresas afectadas acudieron mediante recurso extraordinario y posteriormente de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y alegaron que lo dispuesto por las normas locales en cuanto a la realización obligatoria de un estudio de impacto ambiental y celebración de una audiencia pública, vulneraba derechos contenidos en el Código de Minería, como la libre explotación de minas. La acción fue rechazada, confirmándose así lo dispuesto en primera instancia. El Tribunal afirmó que “permitir su avance y prosecución [agresión al medio ambiente] importaba una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revelaba como una medida impostergable” (Villivar Silvana Noemí c/ Provincia de Chubut y Ots. s/Amparo, 2002).

En sentido contrario, en el año 2010, el Juzgado Federal N.º1 de San Juan dispuso mediante medidas cautelares la suspensión de seis artículos de la Ley 26639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. La decisión se fundó en que la mentada ley generaba incertidumbre a las empresas afectadas que desarrollaban su actividad en zonas catalogadas como glaciares o periglaciares, al resultar turbados sus patrimonios, derechos adquiridos y derechos a ejercer industrias lícitas, de conformidad con lo estipulado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional (Belloti, 2011).

V. Postura de la autora

Conforme a lo desarrollado, puedo concluir que los fundamentos expuestos por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza al resolver son suficientes y adecuados para validar la constitucionalidad de la Ley 7722. Aun así, considero que asistía buen criterio y razón en las acciones intentadas por las empresas mineras, atendiendo a la incertidumbre creada por la norma en cuanto al alcance de sus derechos y respectivas restricciones.

El fallo se muestra como un fiel reflejo de la conciencia en materia ambiental de la provincia, que en forma histórica y desde el dictado de las Leyes 7422 y 7627, de los años 2005 y 2006, resistió el uso de sustancias tóxicas en el sector y toma una postura congruente con el orden normativo vigente, particularmente con el art. 41 de nuestra Carta Magna. En este orden de ideas, resulta imposible no cuestionarse el peso real que tuvo en la resolución el contexto de controversia y disconformidad social en el cual se dictó. Cabe preguntarse, además, si la situación hubiera podido evitarse brindando las debidas oportunidades de diálogo y consenso en las instancias correspondientes.

Así las cosas, correspondería indagar a la luz de las numerosas acciones intentadas y por intentar, si no es hora de trabajar en una legislación ambiental armónica, surgida del estudio a conciencia de la materia, de la voluntad de los ciudadanos y ajena a los intereses políticos y económicos de turno.

VI. Conclusión

Desde el año 2003, fecha en que comenzó el desarrollo de los primeros proyectos de megaminería en Mendoza y el dictado de las Leyes 7422 y 7627 en los años 2005 y 2006 respectivamente, han surgido interminables conflictos debidos a la divergencia de opiniones entre los actores sociales que buscan proteger el ambiente y las empresas que reclaman la protección de sus derechos económicos. Tras la sanción de la Ley 7722 en el año 2007, el sector empresario acudió al Máximo Tribunal a fin de que declarara la inconstitucionalidad de dicha ley, en resguardo de sus intereses. Finalmente, en el año 2015 la Corte Suprema de Justicia de Mendoza declaró la validez constitucional de la Ley 7722, poniendo fin en forma parcial a las disputas surgidas, ya que los conflictos continuaron con acciones posteriores de inconstitucionalidad.

Al confirmar el Tribunal la constitucionalidad de la Ley 7722, entendió que estaba garantizado el derecho de las empresas mineras a ejercer una industria lícita, y que al mismo tiempo se protegía al medioambiente y la salud de la población, sentando importante jurisprudencia en materia ambiental en la provincia. Sin embargo, también fue de importancia el voto parcialmente disidente del Dr. Adaro, al considerar que los artículos 1 y 3 de la norma afectaban los derechos de las empresas involucradas.

Resulta innegable que la Ley 7722, si bien leal a la defensa de los recursos naturales de Mendoza, fue producto de un proceso apresurado e impreciso. En síntesis, el

análisis pormenorizado del fallo “Minera del Oeste y ots. c/ Gobierno de la provincia p/ acción de inconstitucionalidad” refleja el compromiso asumido por el Máximo Tribunal de la provincia en la defensa del recurso hídrico y el ambiente. El rechazo de las acciones intentadas resultó, según los fundamentos expuestos, ajustado a derecho, en armonía con los principios regentes de la materia y coincidente con la voluntad popular.

Asimismo, el concepto de desarrollo sustentable, en los términos de la sentencia, solo podrá existir logrando un equilibrio entre la protección de los recursos naturales y las actividades industriales. La resolución, en su afán de garantizar el agua como derecho humano, lo presenta como una antinomia de la permisión de la actividad minera, perdiendo de vista por momentos que nuestra Constitución ampara ambos preceptos.

En conclusión y según el orden de ideas presente, la sustentabilidad necesita de leyes que conjuguen las áreas sociales, industriales y ecológicas sobre la base de la equidad, con criterios de razonabilidad y valorando el desarrollo económico como llave del progreso (Barressi Araujo, 2017). Esto implica la participación tanto ciudadana como empresaria en conjunto, sin dejar actores de lado, a fin de arribar a leyes justas para todos, que no pierdan de vista la preservación de nuestro medio ambiente como objetivo primordial.

VII. Referencias

Bibliografía consultada

- Barressi Araujo, M. L. (2017). *La controversial (in)constitucionalidad de la Ley 7722*. Instituto Argentino de Derecho de la Minería. Recuperado el 18 de Noviembre de 2020, de IADEM: <https://iadem.com.ar/>
- Belloti, M. L. (2011). Minería a cielo abierto versus glaciares en alerta roja. (Rubinzal-Culzoni, Ed.) *Revista de derecho de daños*, 298. Recuperado el 31 de Octubre de 2020, de AMSActa: http://amsacta.unibo.it/3085/1/Miner%C3%ADa_a_cielo_abierto.pdf
- Berros, V. (2013). Observaciones sobre el principio precautorio en Argentina. *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, IV(2), 1-24. Recuperado el 15 de Noviembre de 2020, de

https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/1966/BERROS_Dret_Ambient al.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Colectivo Voces en Alerta. (2011). *15 mitos y realidades de la minería transnacional en la Argentina. Guía para desmontar el imaginario prominero*. Buenos Aires: Herramienta/El Colectivo. Recuperado el 25 de Octubre de 2020, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000148&pid=S0123-885X201600010001100017&lng=en

Pons, M. E. (2009). *Constitucionalidad de la Ley 7722*. Nota a fallo, Universidad Siglo 21. Recuperado el 15 de Octubre de 2020, de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/17996>

Rodríguez Salas, A. (2016). Análisis de un plenario sobre ambiente y minería. *Revista de Derecho Ambiental: doctrina, jurisprudencia y práctica*(47).

Rodríguez Salas, A. (2020). *Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Obtenido de <https://farn.org.ar/iafonline2020/articulos/3-6-validez-formal-y-social-de-una-ley-ambiental-provincial/>

Svampa, M., & Antonelli, M. (2009). *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*. Buenos Aires: Biblos.

Wagner, L., & Merlinsky, G. (30 de Diciembre de 2019). La memoria del agua. Megaminería y conflictos ambientales en Mendoza. *ESPOILER*. Recuperado el 08 de Octubre de 2020, de <http://espoiler.sociales.uba.ar/2019/12/30/la-memoria-del-agua-megamineria-y-conflictos-ambientales-en-mendoza/>

Legislación

Código de Minería. Ley N. °1.919. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 30 de mayo de 1997.

Constitución de la Nación Argentina. (15 de diciembre de 1994). Boletín Oficial de la República Argentina, 3 de enero de 1995.

Constitución de la Provincia de Mendoza. (11 de febrero de 1916). Boletín Oficial de la provincia de Mendoza, 28 de diciembre de 1916.

Ley N.º 7722. Prohibición de uso de sustancias químicas en procesos de extracción de minerales. Boletín Oficial de la provincia de Mendoza, Mendoza, Argentina, 22 de junio de 2.007

Ley N.º 25675. Ley General del Ambiente. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 27 de noviembre de 2.002.

Jurisprudencia

SCJ de Mendoza, “Minera del Oeste y Ots. c/ Gobierno de la provincia p/ acción de inconstitucionalidad”, sentencia de 16 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar>.

Juz. 1a Inst, “Villivar, Silvana Noemí c/Provincia de Chubut y otros s/ Amparo”, sentencia de 19 de febrero de 2003, Expte. N°1365 – F°390, disponible en: <https://www.juschubut.gov.ar>.

Juzg. Fed., “A.O.M.A y Otras c/ ESTADO NACIONAL p/ Acción de Inconstitucionalidad”, sentencia de 02 de noviembre de 2010, Expte. N.º 33.339 – F°239 y vta., disponible en: <https://www.cij.gov.ar>.