



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

LEY DEL AGUA

Julio Fernando Peñaranda, legajo VAGB9071, D.N.I. n° 26.838.146, año 2019,

Derecho ambiental

Modelo de caso, Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/
Acción de Inconstitucionalidad, Suprema Corte de Justicia Provincia de Mendoza, Año
2017

Tutor: Cocca Nicolás

Sumario: I – Introducción. II – Hechos. III- Análisis de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. IV – Antecedentes Dogmáticos y Jurisprudencia. V - Conclusiones Finales. VI - Referencias.

I - Introducción

La historia de Mendoza se encuentra estrechamente ligada al recurso hídrico y en particular su aprovechamiento integral para el desarrollo económico de la región. El día veintidós de junio de dos mil siete, la Legislatura Provincial promulgó la Ley 7722 de Prohibición de Sustancias Químicas. Norma que busca garantizar los recursos naturales de la provincia, poniendo especial atención en la tutela del agua. En pos de lograr este objetivo, prohíbe en el territorio provincial la actividad minera metalífera, a cielo abierto con uso de sustancias químicas nocivas.

Es importante mencionar que la ley no impide la actividad minera sino que imposibilita la utilización de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otros tóxicos similares, en los procesos mineros metalíferos. Busca que la actividad no contamine y garantice una proyección sostenida de los recursos y que se utilice el agua racionalmente, dado el acotado volumen disponible de este elemento tan vital.

Desde su aprobación, esta norma generó posturas antagónicas entre quienes la defienden y aquellos que la objetan. Los primeros, piensan en esta ley como un medio para que los recursos naturales de Mendoza no sean expuestos a peligros. En el otro extremo, están quienes la consideran incompleta y buscan su modificación. Además, esta normativa ha sido objeto de innumerables acciones de inconstitucionalidad, incoadas ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por distintas empresas mineras que tienen otorgadas la concesión de la explotación de este recurso. Así, se generaron un sinnúmero de debates, no sólo jurídicos sino que también sociales.

Empero, el dieciocho de abril de dos mil diecisiete, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en la causa caratulada “Minera San Jorge c/Gobierno de la Provincia de Mendoza P/Acción de inconstitucionalidad”, rechazó la demanda y puso nuevamente en discusión la Ley de Prohibición de Sustancias Químicas.

II – Hechos

En el caso bajo análisis, la Minera San Jorge S.A demandó a través de su representante legal al Estado Provincial, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 7722. La actora justifica su interés en su titularidad de derechos mineros de exploración y explotación en la Provincia de Mendoza. Alega un ataque a sus derechos adquiridos y prerrogativas constitucionales de igualdad, legalidad, razonabilidad, debido proceso y propiedad.

Asegura que la ley cuestionada prohíbe el uso de sustancias químicas y ello implica la prohibición de la actividad minera metalífera. Lo cual afecta su ejercicio del derecho de la propiedad u a ejercer la industria lícita, como así también otros derechos de orden constitucional. Por ello, plantea que la normativa no respeta el orden de prelación de las leyes.

Destaca que la ley no resguarda el principio de igualdad, ya que el resto de las industrias de Mendoza utilizan las sustancias vedadas para la minería y violenta la seguridad jurídica. Resalta que la norma tiene efecto retroactivo y es de carácter perpétuo, imposibilitando el desarrollo de la minería eternamente. Finalmente, resalta que su falta de argumentación científica la torna arbitraria y la incoherencia de su articulado. Esto último se evidencia en la prohibición de la actividad en el primer artículo, mientras los siguientes reglan un procedimiento para obtener algo que está vedado.

La Asesoría de Gobierno rechaza la demanda, aduciendo que la norma atacada no prohíbe la actividad minera sino que busca reglamentar su ejercicio. Por ende, las empresas pueden ejercer la actividad libremente siempre que respeten la ley. Luego, rebate uno a uno los argumentos de la parte actora y pone en relieve la decisión del Estado Provincial de preservar el agua, que tiene su fundamento en las características de nuestro ecosistema y se sustenta en una decisión de política ambiental.

Por su parte, la Fiscalía de Estado expresa que debe rechazarse completamente la acción y adhiere a los fundamentos presentados por la Provincia de Mendoza en su contestación. Agrega que la acción intentada por la actora adolece de un requisito procesal ineludible, no se especifica el daño o perjuicio que le ocasiona la aplicación de la norma impugnada.

A su turno, dictaminó el Procurador general rechazando la demanda por entender que deben seguirse los lineamientos de la Suprema Corte de Justicia, que declaró la validez constitucional de la Ley 7722.

Expuestos los argumentos de las partes, la acción de inconstitucionalidad fue sustanciada en una única instancia procesal. Los jueces de la Excelentísima Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza rechazaron la acción entablada. Reiterando el fallo plenario ut supra mencionado para salvaguardar de esta forma la seguridad jurídica.

III- Análisis de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

Los doctores Mario Adaro, Omar Palermo y José Valerio, integrantes del Tribunal al dictar la sentencia reiteraron los argumentos del fallo plenario “Minera del Oeste S.R.L y Ot. C/Gbno de la Provincia p/ Acción Inconstitucionalidad”. Sentencia en que la Suprema Corte a pleno y con el voto de la mayoría confirmó la constitucionalidad de la Ley 7722 y sentó un precedente importante e ineludible para la presente causa.

Así, confirmaron la validez constitucional de la Ley de Prohibición de Sustancias Químicas. Empero dejaron a salvo, los derechos de los interesados de concurrir ante la justicia en procura de justificaciones, para cada caso concreto.

En los argumentos vertidos en este caso, el Tribunal contrarrestó la impugnación efectuada por la actora a los tres primeros artículos de la normativa. Entendió que la interpretación de la accionante no es acertada, ya que el artículo primero no prohíbe la actividad minera. Por el contrario veda el uso de determinadas sustancias - cianuro, mercurio y ácido sulfúrico - en los procesos metalíferos.

En relación al segundo artículo controvertido, mencionó – siguiendo el voto del Dr. Nanclares en la causa Minera del Oeste – que estipula un régimen de adecuación a la actividad y que los titulares de las concesiones mineras deben cumplir con la nueva legislación. Concluyó que este precepto resulta compatible con los principios establecidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales incorporados a ella. Finalmente, abordó el tercer artículo que determina que la Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A.) debe contar con la ratificación legislativa. En concordancia

con el fallo plenario confirmó su constitucionalidad, por entender que se trata de un acto complejo que involucra tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo.

Es importante mencionar que el Dr. Adaro dejó a salvo su opinión personal sobre los cuestionamientos del artículo uno y tercero. Respecto al primer artículo expresó que la Legislatura optó por la acción de prohibir con carácter absoluto, el uso de cianuro, mercurio y ácido sulfúrico, en los procesos mineros metalíferos. A su vez, extiende la prohibición a sustancias tóxicas similares pero esto es impreciso y por ello, a su criterio, debe entenderse que se refiere a las tres sustancias explicitadas. Además, consideró que la medida debe extenderse a todas las actividades que la utilicen, caso contrario, tal prohibición resultaría discriminatoria e inconstitucional.

Resolviendo el planteo de la actora atinente a la violación de derechos de índole constitucional por parte de la normativa, expresó que la ley atacada no lesiona ningún derecho. Consideró que se encuentran a salvo los principios de razonabilidad y de igualdad ante la ley. Expresó que tanto el derecho a la propiedad como a ejercer industria lícita de la minera se encontraban a salvo, siempre que desarrolle su actividad con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población.

En cuanto a la vulneración de derechos de la actora, adhirió a lo declarado en la causa “Municipalidad de Luján de Cuyo c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/conflicto de poderes”. Fallo en que la Suprema Corte aseguró que ninguna persona ni el gobierno provincial tienen derechos adquiridos en lo que se refiere al daño ambiental.

Expresados sus fundamentos, el Tribunal dictó sentencia fallando a favor de la constitucionalidad de la Ley 7722. Consideraron que no se acreditaron recaudos que la tachan de inconstitucional, con la salvedad del Dr. Adaro que hizo una valoración personal y ya ha sido valorada.

IV – Antecedentes Dogmáticos y Jurisprudencia

La Legislatura Provincial a través de la sanción de la ley en análisis, determinó las pautas que debían guiar la actividad minera en la provincia de Mendoza. La presente ley encuentra respaldo en precedentes como la Ley 5001 de Chubut, la Ley 7879 de la provincia de Tucumán y la Ley 9526 de Córdoba.

Como se mencionó al principio, desde que entró en vigor la norma, distintas mineras plantearon innumerables acciones de inconstitucionalidad. Estas empresas que

se encontraban en proceso de aprobación o en funcionamiento, atacaron en la mayoría de los casos los tres primeros artículos de la ley discutida. Además de plantear la vulneración de sus derechos. Respaldaron su planteo con material aportado por demandantes de empresas mineras en sus procesos, sustanciados en otras provincias e incluso en otras naciones. Adjuntaron informes internacionales sobre usos de sustancias prohibidas.

No obstante, la sentencia a la que se arribó en la causa Minera del Oeste del año dos mil quince, puso fin a esta larga discusión y fue el precedente del fallo bajo análisis. Se dejó claro que la justicia mendocina aboga hacia la preservación de nuestro ambiente y cuidado del recurso hídrico y no hacia intereses privados. El Dr. Mario Guerrero (2.019) explicó en la Revista diálogo Mercosur:

La presente ley fue fuertemente rechazada por el sector minero alegando inconstitucionalidad en la norma y el avasallamiento de derechos ya reconocidos por el Gobierno Provincial. Dicho rechazo derivó en la presentación de un recurso de inconstitucionalidad frente a la Justicia mendocina, la cual, luego de ocho (8) años de litigio, reconoció por medio de un fallo de la Corte Suprema de Justicia Provincial del 16/12/2015 que la Ley 7722 era constitucional. Es de interés para el presente caso el hecho de que el primer derrame en la mina de Veladero ocurrido en el año 2015 funcionó como coyuntura crítica que terminó inclinando la balanza en relación a la declaración en favor de tal norma por parte de la Corte Suprema. Esto se debe a que dicho caso de contaminación estuvo seguido por un proceso de movilización ciudadana que ejerció presión sobre dicha institución gubernativa a los fines de que se expresara de forma positiva y definitiva sobre la materia. (Guerrero, 2019, pag. 14)

Aldo Rodríguez Salas (2.016) en su análisis sobre la inconstitucionalidad de la Ley 7722 señaló un interesante antecedente de la provincia de Córdoba. Mencionó que en los autos "CEMINCOR y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia p/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", el Tribunal Superior de Justicia resolvió declarar la constitucionalidad de la ley 9526. Esta normativa prohíbe la minería metalífera bajo la modalidad "a cielo abierto" o cuando utilice sustancias tales como el cianuro, el mercurio y otras consideradas peligrosas. Las consecuencias ambientales y sobre el

agua de esta actividad y los grandes residuos que genera sustentan la restricción de la ley cordobesa. A su vez, se registraron experiencias en esta provincia que fundamentan la prohibición de la actividad. (Salas, 2016)

En lo relativo al derecho de propiedad supuestamente atacado por la ley, es importante lo expresado por Hernán Celorrio (2013), en su nota Contratos Administrativo y Cesión Minera. Manifestó que las minas son cosas inmuebles y agregó que para registrarse – por ser propio de los derechos reales - se deben cumplir las formalidades exigidas de las normas de cada provincia. Agregó

Los derechos reales referidos se originan en la resolución administrativa o judicial que, una vez verificado el cumplimiento de los extremos estatuidos por el Código de Minería y sus normas procedimentales, otorgan al solicitante la concesión minera. Ya ha sido puntualizado que no se trata del ejercicio de actividad estatal discrecional, como tampoco, en el caso judicial, de procedimientos contencioso ordinarios, lo cual no excluye que terceros afectados pueden plantear sus objeciones en ambos procedimientos. Como es propio de derechos reales inmuebles, el título minero ha de ser registrado con todas las formalidades que las normas provinciales exigen. (Celorrio, 2013, pag. 68)

En el caso “Villivar, Silvia Noemí, c/ Provincia de Chubut y otros”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación postuló la facultad de las provincias de complementar las normas, que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente. Consideró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto, que admitió el amparo ambiental y condenó a paralizar la actividad de la Mina.

Ordenó el cese de los trabajos de exploración y explotación que se realizaban en la mina de oro - a cielo abierto – y en donde se utilizaba cianuro. Medida que debía sostenerse hasta que la autoridad provincial de aplicación, convocara a una audiencia pública, de conformidad a lo previsto en el art. 6° de la Ley 4032 de Chubut y se pronunciara expresamente con respecto al estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera.

Como podemos apreciar es numerosa la doctrina y jurisprudencia en torno a la ley atacada y son antagónicas las posturas desarrolladas.

V - Conclusiones Finales

La falta de una política ambiental clara, como así también la exigua transparencia de las empresas que desarrollan la actividad minera, fueron las precursoras del nacimiento y posterior aprobación de la Ley 7722. Normativa que generó un cambio sustancial en la legislación provincial en materia ambiental.

El territorio mendocino se encuentra emplazado en un oasis artificial, construido con el trabajo de muchos años y donde el agua es un recurso escaso. Por ello, el derecho y el Estado deben proteger este ecosistema que hemos construido, como así también nuestros recursos naturales. Es una función indelegable del Estado impulsar políticas orientadas a la prevención de la contaminación y a la protección de la salud y del medioambiente.

Es importante notar que a partir del año dos mil dos comenzó a cambiar la situación legal de la temática, ya que con anterioridad no existían normas desde un paradigma ambiental. Así se sancionó la Ley del agua, norma que se encuentra vigente y busca proteger el recurso hídrico de la actividad minera metalífera que se realiza a cielo abierto o con materiales nocivos, peligrosos. Algunos, tratan de enturbiarla manifestando que es una ley antiminera.

Esto no condice con la realidad, ya que desde que la norma entró en vigencia en el año dos mil siete no ha existido actividad minera en la provincia de Mendoza que viole sus preceptos. Tal es el caso del proceso del talco, de materiales para la construcción, o de tantos otros minerales que no necesitan mezclar cantidades siderales de agua con toneladas de cianuro para extraerlos.

En cuanto al reclamo de la Minera San Jorge, considero que se demostró debidamente en el proceso que no se privó su derecho de propiedad. Ninguno de los artículos de la ley veda tal derecho como tampoco el de ejercer la industria lícita. No se prohíbe la actividad minera en sí, sino que el uso de las tres sustancias especificadas por la norma. La normativa reglamente el ejercicio de la actividad para que se desarrolle de forma lícita y congruente con las reglamentaciones alineadas a la política medioambiental.

La actora a su vez, demanda que no se le permitan ejercer derechos que taxativamente habilita el Código Minero (Ley 1919), empero, en su articulado no estipula que para realizar la actividad minera se utilicen estas sustancias. Los derechos de la minera no se encuentran vulnerados y a su vez la ley busca que no se vean afectados los derechos de terceros. Así las cosas, las empresas que desarrollan esta actividad deben adaptar sus procedimientos a las leyes y no sobrepasar los límites impuestos por la normativa

El principio de igualdad no se encuentra vulnerado ya que no tiene carácter absoluto y como es sabido se trata de una igualdad entre iguales. El legislador puede crear categorías especiales que ocasionen un trato diferente, pero siempre que esta diferenciación sea razonable. En esto, acuerdo con la opinión del Dr. Adaro, en que la prohibición no se encuentra dirigida a la actividad minera solamente, sino que a cualquiera que se desarrolle con cianuro, mercurio y ácido sulfúrico.

En lo absoluto se observa una perpetuidad en la norma y como es de público conocimiento en la sociedad Mendocina existen varios proyectos para reformar esta ley. Lo que evidencia que nuestros legisladores pueden modificar el orden normativo vigente en cualquier momento.

La actora acusa a la normativa de irrespetar el orden de prelación de las leyes, no obstante, con sus limitaciones y estipulaciones no sobrepasa las normas nacionales que versan sobre la materia. Por el contrario, complementa el presupuesto mínimo que significa la Ley General del Ambiente con el fin de optimizar la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. Incluso, la ley bajo análisis se remite en su artículo sexto a la normativa nacional, enunciando que en caso de ser identificado un daño ambiental como consecuencia de la actividad minera, se podrá exigir su reparación administrativamente o por el procedimiento judicial que regula la ley 25675.

Por último, es importante mencionar que en los argumentos vertidos por la actora, no menciona concretamente el perjuicio que le ocasiona la ley a su actividad. Su reclamo se centra en la vulneración de derechos constitucionales que como hemos analizado no se han sido menoscabados. La normativa no atenta contra ninguna ley de rango superior y el accionante no ha demostrado el interés legítimo lesionado

Confirmada la validez constitucional de la normativa, pienso que pueden hacerse algunas modificaciones a su letra. Coincido con el Ministro Adaro en que el procedimiento de aprobación que establece debe ser especificado y limitado. Es necesario determinar los tiempos para su tratamiento y la mayoría requerida en la Legislatura provincial para la ratificación de la Declaración de Impacto Ambiental. Todo esto genera un vacío legal que como bien conocemos, puede ocasionar gastos innecesarios a proyectos empresarios mineros que respetan los lineamientos de la presente ley.

Por lo expuesto y finalizando, considero que La Ley 7722 no prohíbe la actividad minera en Mendoza y tampoco es contraria a ningún principio ni derecho de índole constitucional. Nuestra Carta Magna expresa, que la Nación debe dictar normas de contenido mínimo en materia ambiental y las provincias pueden crear otras complementarias que regulen una actividad. Así nuestra ley provincial regula la actividad minera sin contradecir normas nacionales o internacionales que versen sobre la materia.

Además, es obligación del Estado garantizar el derecho humano al ambiente sano, y la mejor forma de hacerlo es cumpliendo con los principios de la Ley General de Ambiente y dictando normas en cada provincia. Nuestra ley, establece una autoridad de aplicación - Ministerio de Ambiente y Obras Públicas - y crea organismos de control para que cada emprendimiento empresarial se comprometa en forma responsable.

El verdadero objetivo de la Ley, es brindar una garantía a la población en lo que respecta a su salud ambiental, protegiendo debidamente los recursos naturales poniendo especial énfasis en el recurso hídrico. Su eje se encuentra en la sustentabilidad y el fallo de la Suprema Corte de Mendoza dejó asentado que la política y la justicia se encuentran ajustadas a nuestra realidad.

VI - Referencias

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Ley N° 25.675, Ley General de Ambiente, Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de Noviembre de 2002.

Constitución de la Provincia de Mendoza, (1916).

Ley N° 7722, Prohibición de Sustancias Químicas, Boletín Oficial Provincia de Mendoza, 22 de Junio de 2007.

Ley N° 1919, Código de Minería, Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de Mayo de 1887.

S.C.J Mendoza Sala N 2, “Minera del Oeste S.R.L y Ot. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Inconstitucionalidad”, sentencia del 16 de Diciembre de 2015.

S.C.J Mendoza Sala N 2, “Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”, sentencia del 17 de Abril de 2007.

T.S.J de la Provincia de Córdoba, “CEMINCOR y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia p/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, sentencia del 11 de Agosto de 2015.

C.S.J.N, “Villivar, Silvana Noemí C/ Provincia Del Chubut Y Otros”, Sentencia Del 17 de Abril De 2007.

Guerrero Mario, (2019), “Los efectos del control social sobre la política ambiental sub-nacional en un contexto de collage institucional. El Caso de la provincia de Mendoza y su ley provincial 7722. Revista Diálogos en Mercosur.

Rodríguez Salas, Aldo (2016), “El derecho ambiental y la Ley General Del Ambiente de Mendoza. Ley N° 5.961 1ª Edición, Argentina, Ediciones Universidad de Congreso.

Celorrío, H. (2013), “Contratos Administrativos y Concesión Minera. Sistema Argentino de Información Jurídica”
[file:///C:/Users/Pchome/Downloads/CF140568F1%20\(1\).PDF](file:///C:/Users/Pchome/Downloads/CF140568F1%20(1).PDF)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA- SALA SEGUNDA

PODER JUDICIAL DE MENDOZA

CUIJ: 13-02843397-7((018003-9059901))

MINERA SAN JORGE C/GOB. DE LA PROV. DE MENDOZA S/ACC. DE INC. P/
ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD

En Mendoza, a dieciocho días del mes de abril de dos mil diecisiete, reunida la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° CUIJ: 13-02843397-7((018003-9059901)), caratulada: “**MINERA SAN JORGE S.A. C/ GBNO. DE LA PROVINCIA S/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD**”.

De acuerdo a lo decretado a fojas 630, se deja constancia del orden de estudio efectuado en el expediente para el tratamiento de las cuestiones por los ministros del Tribunal: primero: **Dr. MARIO DANIEL ADARO**; segundo: **Dr. OMAR ALEJANDRO PALERMO** y tercero **Dr. JOSE VIRGILIO VALERIO**.

ANTECEDENTES

A fs. 20/31 se presenta Minera San Jorge S.A., a través de su representante legal, quien demandan al Estado Provincial con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 7.722.

Corrido el respectivo traslado, contestan la demanda Asesoría de Gobierno (fs. 37/54) junto con Fiscalía de Estado (fs. 55/72) y solicitan el rechazo de la misma.

Ofrecidas y rendidas las pruebas, se agregan los alegatos de la actora a fs. 411/433, del Estado Provincial a fs. 434/461 y de Fiscalía de Estado a fs. 463/470.

En la causa caratulada “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ Acción Inconstitucionalidad” (L.S. 492-185), la Suprema Corte decidió convocar al Tribunal Plenario, en cuyo fallo –que rola a fs. 1033– el voto mayoritario confirmó la validez constitucional de la Ley 7.722.

A fs. 487 se incorpora el dictamen del Procurador General del Ministerio Público Fiscal, quien asevera que la demanda en el presente caso debe ser rechazada.

El acuerdo para la sentencia de esta causa es llamado a fs. 489, mientras que en la foja siguiente se deja constancia del orden de estudio efectuado para el tratamiento de las controversias por los integrantes del Tribunal.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución Provincial, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: primera, ¿es procedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta?; segunda, en su caso, ¿qué solución corresponde?; tercera, la imposición de las costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO DIJO:

I.- RELACIÓN SUSCINTA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

1.- Posición de la actora

Minera San Jorge S.A., a través de su representante legal, deduce acción de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 7.722. Justifica su interés en virtud de la titularidad de derechos mineros de exploración y explotación en la Provincia de Mendoza.

En líneas generales, asevera que la cuestionada ley conculca sus derechos adquiridos y prerrogativas constitucionales de igualdad, legalidad, razonabilidad, debido proceso y propiedad, en los términos de los arts. 29 y 49 de la Constitución de Mendoza.

Concretamente y en primer término, refiere que la prohibición del uso de sustancias químicas implica la prohibición de la minería metalífera. Toda vez que la ley discutida dispone la prohibición en el territorio provincial del uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.

Adicionalmente, informa que con ello se le priva del ejercicio de los derechos que taxativamente habilita tanto el Código de Minería como las Cartas Fundamentales de la Nación (arts. 14 y 17) y de la Provincia (arts. 8, 28 y 33). Específicamente, de un lado el derecho de propiedad y, del otro, el derecho a ejercer industria lícita.

Asimismo, sustenta que los arts. 28 de la Const. Nac. y 48 de la Prov. se encuentran transgredidos, en función de que la norma tachada no respeta el orden de prelación de las leyes y desbarata derechos reconocidos constitucionalmente, dado que al prohibir sustancias ineludibles para llevar a cabo proyectos mineros, imposibilita el ejercicio del derecho concedido.

Destaca que la ley es discriminatoria y no resguarda el principio de igualdad, ya que el resto de las industrias de Mendoza (procesos de refinamiento de petróleo, baterías de automóviles, industria vitivinícola) hacen uso de las sustancias vedadas para la minería. De guisa tal que, vulnera los arts. 7 de la Const. Prov. y 16 de la Nac.

Según las actora, la seguridad jurídica se encuentra violentada en la medida que la ley impugnada no permite conjugar el interés público del que goza la minería con la sanción de una norma que destruye la previsibilidad, desde que la mandante al momento de adquirir sus derechos jamás imaginó la posibilidad de que se les coartara el uso de sustancias imprescindibles para su industria.

Antes de culminar, pone de relieve que la ley tiene efectos retroactivos y con esto no solo lesiona derechos adquiridos, también hace caer expectativas legítimas, que se amparan tanto en los arts. 8 de la Const. Prov. y 17 de la Nac., como en el art. 17 del Código de Minería, en cuanto estipula que los trabajos de las minas no pueden ser impedidos ni suspendidos, sino cuando así lo exija la seguridad pública, la conservación de las pertenencias y la salud o existencia de los trabajadores.

Menciona que en razón de la falta de argumentación científica técnica y los dudosos motivos expresados por los legisladores al tiempo de la sanción de la ley, la misma resulta arbitraria y es producto de presiones sociales.

A su turno, critica la perpetuidad de la norma, en tanto no contempla plazo alguno y con lo cual veda toda posibilidad de desarrollar proyectos mineros eternamente.

Finalmente, resalta que el hecho de que el art. 1 de la ley hable de una terminante prohibición, mientras que los siguientes reglan un procedimiento para obtener algo que está prohibido, permite vislumbrar la incoherencia de la ley y la desconexión del aludido artículo con el resto de la normativa.

Ofrece prueba, funda en derecho y formula reserva del caso federal.

2.- Posición del Estado Provincial

Asesoría de Gobierno contesta la demanda y niega lo sustentado por las accionantes. Luego, justifica la competencia ambiental de la Provincia sobre la actividad minera a la luz de ciertos fallos, pero también menciona que otras provincias han adoptado regulaciones sobre la materia de carácter análogo a la norma atacada en la presente causa.

Destaca que de las disposiciones de la Ley 25.675 emergen no solo los principios de la materia, sino también una orientación de la política ambiental que impone a las autoridades adoptar decisiones razonables, en el contexto de un desarrollo sustentable, el cual se corresponde con las particularidades de cada ecosistema. Tanto esos objetivos como los principios se relacionan con las prescripciones contenidas en la Ley Provincial 5.961.

Alude a la razonabilidad de la política provincial de preservar el agua, especifica en este sentido datos sobre los oasis, las cuencas que los abastecen y la relación con el número de habitantes. Frente a lo expuesto pregunta: ¿Puede el Estado de Mendoza adoptar decisiones preventivas y precautorias para resguardar el recurso esencial de la sustentabilidad de los ecosistemas provinciales? Entiende que es una decisión de política ambiental que tiene su fundamento en las especiales características de nuestro ecosistema.

Al hilo de lo anterior, rebate los argumentos de la actora. En primer lugar, sobre la supuesta violación al principio de igualdad, señala que además de no ser absoluto, no puede ser violentado por el hecho de que exista una regulación exclusiva para la actividad minera metalífera, que es de alto impacto.

Por otro lado, pone de relieve que no se impide actuar lícito, en tanto, la actividad minera no es objeto de prohibición, sino –en cambio– el uso de ciertas sustancias por la misma. Aunque es cierto que el minero recibe con la concesión del dominio originario del Estado un derecho perpetuo, el Código de Minería le exige que bianualmente renueve la autorización para la explotación desde el punto de vista ambiental a través de Evaluación de Impacto Ambiental. De modo que las exigencias de la Ley 7.722 constituyen una pauta que deberá cumplir para explotar la minería de manera lícita.

Adicionalmente, remarca la inexistencia de un desbaratamiento de los derechos de la actora, pues de lo que se trata es de reglamentar su ejercicio. Ella puede adaptar sus procesos productivos y puede explotar sus concesiones mineras, siempre que se ejerzan conforme a la ley. En tal sentido, apunta que no hay en los argumentos de la actora elemento alguno que permita suponer una expropiación encubierta mediante un agravamiento reglamentario.

A su vez, pone de relieve que no se violenta la seguridad jurídica, desde que ella no importa la prohibición de alterar el orden jurídico, pues el mismo puede ser modificado con los límites constitucionales de la razonabilidad, que han sido respetados en estas actuaciones.

Dice que no hay irretroactividad legal, ya que la ley rige las concesiones para el futuro, incluso contempla un razonable procedimiento de adecuación de aquellas concesiones que utilizan actualmente las sustancias prohibidas (art. 2). Caso que no es el de la actora, que hasta la fecha no desarrolla actividad alguna ni usa esas sustancias.

Frente a la invocación de arbitrariedad, asevera que las sustancias prohibidas pueden científicamente ser reemplazadas por otras y la Legislatura al aprobar la norma

ejerció la atribución legítima de decidir que sustancias prohíbe y cuáles no. Aclara que para su dictado se cumplió con el procedimiento constitucionalmente establecido.

Previo a finalizar, entiende que no hay perpetuidad normativa, toda vez que ante nuevas circunstancias que lo impongan, la Legislatura puede modificar el orden normativo vigente.

Por último, expresa que no hay incoherencia legal, en tanto la ley primero prohíbe el uso de ciertas sustancias y luego (art. 2) reencamina la corrección de los emprendimientos preexistentes que las utilizaren en un plazo acorde a su realidad.

Después de citar jurisprudencia nacional y provincial, ofrece prueba, formula reserva del caso federal y solicita tanto la acumulación de los correspondientes procesos como el rechazo de la demanda con costas.

3.- Posición de Fiscalía de Estado

Al contestar la demanda, Fiscalía de Estado manifiesta que la acción debe rechazarse in totum y adhiere a los fundamentos presentados por la Provincia de Mendoza al tiempo de contestar la demanda.

Sin embargo, aporta algunos argumentos. Así, justifica la competencia provincial en la responsabilidad primaria de los estados federales en la protección ambiental al marcar que la norma impugnada no implica de modo alguno avanzar sobre aspectos propios de la esfera nacional. Luego, detalla las características de la actividad minera y describe los principios ambientales contenidos en la Ley General de Ambiente.

Asevera que la acción incoada por la actora adolece de un requisito procesal ineludible, cual es la especificación del daño o perjuicio que le ocasiona la aplicación de la norma impugnada en el desarrollo de su actividad. En cambio, la demanda solo se limita a expresar genéricamente que la ley en cuestión vulnera derechos constitucionales.

En lo atinente al argumento esgrimido por las empresas mineras relativo a sus derechos adquiridos, contrarresta que ningún derecho puede consolidarse al abrigo

de prerrogativas que permiten la degradación de la reserva y los recursos hídricos. Además, remarca que el derecho ambiental es dinámico y debe ser interpretado al compás de los avances y modificaciones del estado de la ciencia, pues antes se podía desconocer un daño potencial que posteriormente es advertido.

Funda en derecho, cita jurisprudencia, adhiere a la prueba ofrecida por la demandada directa y formula reserva del caso federal.

4.- Dictamen del Procurador General

El Sr. Procurador General en su dictamen propicia el rechazo de la demanda, por entender que se impone seguir lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en fallo plenario, en el cual se declaró la validez constitucional de la Ley 7.722, situación que determina el rechazo de esta acción.

II. PRUEBA RENDIDA

A) Instrumental:

- 1- Prueba documental que consta desde fs. 1 a 19.
- 2- Copia de los diarios de sesiones de la Honorable Cámara de Diputados correspondientes a los días 24 de agosto de 2014, a fs. 169/214.
- 3- Copia certificada de los expedientes administrativos detallados a fs. 298, registrados en este Tribunal bajo A.E.V. N° 82.653.
- 4- Copia certificada del expediente administrativo N° 371-M-08-01583, registrado en este Tribunal bajo A.E.V. N° 84.205.
- 5- Copia certificada de las Leyes 8.137 y 8.355 de la Provincia de La Rioja a fs. 320/324.
- 6- Copia de la prueba producida en los autos 90.595, caratulados “Concina Raúl E. c/ Gobierno de Mendoza s/ Acción de Inconstitucionalidad”, según figura a fs. 348/358.

7- Copia de la Resolución 512 de la Honorable Cámara de Diputados que rola a fs. 124.

B) Informativa:

1- Informes remitidos por:

a) el Consejo Profesional de Geólogos e Ingenieros de la Provincia de Mendoza que rola a fs. 303/304;

b) el Departamento General de Irrigación, a fs. 217/295;

c) la Dirección de Saneamiento y Control de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, que consta a fs. 309/313 y a fs. 314/329.

III. LA SOLUCIÓN DEL CASO

En congruencia con lo acaecido en la sentencia plenaria “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ Acción Inconstitucionalidad” (L.S. 492-185), en la presente causa se llama a este Superior Tribunal a remediar un aspecto de relevancia pública para el derecho humano a un ambiente sano, el derecho fundamental al agua – condición para el ejercicio de otros derechos humanos–, la economía y la sociedad.

De ello se deriva que hubiera sido conveniente que tal cuestión sea abordada a través de una legislación que fuera el resultado de un amplio debate social con participación real de todos los involucrados en aras de alcanzar un genuino consenso comunitario.

En sintonía con esto, la Convención Americana establece que todo ciudadano tendrá derecho “de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos” (artículo 23) y tendrá derecho, además, tanto de recibir como de divulgar información (artículo 13). En igual sentido, la Ley 2.5675 General del Ambiente, ha recogido como pilares de la política ambiental a la proporción y acceso a la información ambiental (artículos 16 a 18), junto con el derecho

de las personas a ser consultadas y a opinar e instrumentar los procedimientos de consulta y participación (artículos 2 inc. c y 19 a 21).

Sin perjuicio de aquello, los interesados detentan el derecho de concurrir ante el Poder Judicial en procura de justificaciones para el caso concreto. Conforme han sido planteadas y resistidas las cuestiones en este proceso, es menester resolver si la Ley 7.722 resulta constitucional y convencional, pero como dicha controversia ya fue zanjada en la sentencia plenaria aludida, que es imperativa e ineludible para la presente causa, en lo que sigue, se han de reproducir los argumentos de la misma, sin perjuicio de añadir otros.

Ante todo, se ha de contrarrestar la impugnación efectuada por la actora relativa a que el artículo primero realiza lisa y llanamente una prohibición de la actividad minera, pues al respecto mi colega Dr. Ministro Nanclares sentenció que: *“La Ley 7.722 estipula como principal objetivo garantizar el recurso hídrico en los procesos mineros prohibiendo la utilización de las sustancias químicas que señala”*. De tal aserto se infiere que no se prohíbe la actividad, sino que lo vedado en ella es el uso de determinadas sustancias de cara a la protección del recurso hídrico.

Más allá de ello, a los efectos de dejar a salvo mi opinión relativa a la extensión del artículo objetado, he de reiterar que interpreto que la Legislatura, como medida de garantía preventiva del ambiente –en especial, de los recursos naturales y agua– opta por la acción de prohibir, con un carácter “absoluto”, el uso en ciertos procesos mineros metalíferos de tres sustancias definidas: cianuro, mercurio y ácido sulfúrico. Pero luego, con una técnica legislativa imprecisa, indica “otras sustancias tóxicas similares”. Con un análisis descriptivo del alcance y tipo de sustancias, se arriba a que la prohibición es al uso de las sustancias químicas tóxicas: cianuro, mercurio y ácido sulfúrico. Entonces esa medida restrictiva para los procesos mineros metalíferos, debe ser extendida a todas las actividades que la utilicen; porque si sólo la tomáramos para el desarrollo de la minería sería discriminatorio y por tanto inconstitucional (art. 16 Const. Nac.). En consecuencia, dado que la expresión “otras sustancias tóxicas similares” es vaga e incierta debe tomarse como “tóxicas”, y en efecto peligrosas, a las tres sustancias explícitamente determinadas. Por esto, en el fallo plenario concluí que la declaración de

constitucionalidad del artículo primero de la Ley 7722, debía ser conforme el alcance antes mencionado.

Sin embargo, y a partir de lo resuelto en el plenario, la referida garantía del ambiente, ha sido consagrada por la Legislatura Provincial, como garante del uso y disposición de los recursos bajo su esfera territorial, en ejercicio de sus legítimas atribuciones que emanan tanto de la Constitución Nacional (arts. 41, 121 y 124), cuanto del Código de Minería (art. 233) en tanto dispone que la actividad minera debe sujetarse a la normativa dictada como consecuencia de lo establecido en el referido artículo 41. En esta línea, fue la Legislatura mendocina quien determinó las pautas por las cuales debía guiarse la actividad minera mediante la aprobación de la Ley 7.722 el día 20 de junio de 2007. Tendencia que, a su vez, fue respaldada por precedentes o emulaciones de distintas provincias del territorio nacional, como Chubut (Ley 5.001), Tucumán (Ley 7.879) y Córdoba (Ley 9.526).

Por lo expuesto y bajo el principio de razonabilidad (art. 28 Const. Nac.), no se advierte incompatibilidad entre la normativa nacional, las leyes locales y los principios –precautorio, de prevención y de sustentabilidad– contenidos en la Ley 25.675 General del Ambiente. Máxime a partir del pronunciamiento del Superior Tribunal Federal en la causa “Villivar”, donde se postuló la facultad de 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).

A propósito de la supuesta violación al principio de igualdad (arts. 16 Const. Nac. y 7 Const. Prov.) reclamada por la actora, tanto la jurisprudencia nacional como la provincial tienen sellada la controversia, ya que en vastas ocasiones se ha aclarado que dicho brocardo no tiene carácter absoluto, 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 (art. 28 Const. Nac.).

En cuanto al derecho de propiedad (arts. 8 Const. Prov. y 17 Const. Nac.) y a ejercer industria lícita (art. 14 Const. Nac. y 33 Const. Prov.), mi colega Dr. Nanclares

aseveró que los mismos se encuentran garantizados “*si la actividad minera se desarrolla con procedimientos seguros para el ambiente y la salud de la población, dentro del concepto de desarrollo sustentable y de responsabilidad social empresarial*”. De consuno con lo anterior, se infiere que el derecho a ejercer toda industria requiere no sólo que ésta sea lícita, sino que además sea congruente con las reglamentaciones legales y administrativas (art. 14 Const. Nac.), cuyas aplicaciones conlleven a la armonización de su ejercicio con los derechos de las demás personas.

En torno a la alegada vulneración de los derechos adquiridos (art. 29 Const. Prov.), esta Suprema Corte ha declarado que ni el Gobierno de Mendoza, ni persona alguna, tiene derechos adquiridos en todo cuanto se refiere al aspecto ambiental (“Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes”, L.S. 346-023).

En una lógica similar, el Tribunal Cíbero Nacional dejó sentado que: 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 por ser contraria a la Constitución como 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 (“Los saladeristas Podestá, Bertram Anderson Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, 14-5-1887).

Complementariamente, es menester abordar la validez constitucional del artículo segundo de la norma controvertida, a lo cual el elocuente voto del Dr. Nanclares concluyó 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. El texto resulta razonable, compatible y adecuado a los principios establecidos en la Constitución Nacional y a los textos internacionales a ella incorporados”.

Por último, huelga abordar el artículo tercero de la Ley 7.722, donde se determina que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), debe contar con una ratificación legislativa. Sobre esto, en el voto mayoritario del fallo plenario se confirmó la constitucionalidad, pues se manifestó que se trata de un acto de naturaleza compleja que involucra al Poder Ejecutivo como a la Legislatura y que esta mediante tal recaudo de eficacia se reserva un control del acto administrativo en vistas a asegurar su legitimidad democrática.

Sin perjuicio de ello, en la presente causa he de dejar a salvo mi opinión contraria respecto a la primera parte del artículo cuestionado. En efecto, al ser la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) el último eslabón de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y ésta la técnica de protección del medio ambiente más característica, se vislumbra que ambas son instrumentos de carácter preventivo, que aspiran a medir los efectos que sobre el medio ambiente provocan la ejecución de ciertas actividades.

Para los proyectos de minería metalífera obtenidos de las fases de cateos, prospección, exploración, explotación, o industrialización, la Legislatura ha impuesto un mecanismo de regulación más estricto de cara a obtener el otorgamiento y/o aprobación de la DIA, dado que en el régimen general medioambiental (Ley 5.961 y Decreto Reglamentario 2.109/94) así como el Decreto N° 820/06 (sobre Impacto Ambiental), la DIA es elaborada exclusivamente en todas sus etapas por la Administración a través del órgano competente.

Pero la previsión legislativa en examen resulta dudosa, toda vez que la actividad policial ambiental –que representa la DIA– situada en cabeza del Órgano Legislativo, estaría por un lado afectando la vía recursiva administrativa y, por el otro, extralimitándose e interfiriendo en la órbita propia de la función administrativa del

Poder Ejecutivo, “lato sensu” (comprensivo de sus órganos y organismos), que tiene asignada conforme al art. 128 inc. 1 de la Constitución Provincial.

En consecuencia, es el diseño constitucional del Estado Republicano con su clásica separación trinaría del poder –surgido primordialmente de los distintos desarrollos efectuados, a finales del siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII, por Locke, Montesquieu, Hume, Rousseau y los Padres Fundadores– el que califica como inconstitucional al requisito de ratificación legislativa de la DIA.

Pero a su vez, el artículo cuestionado no determina el procedimiento de aprobación, ni exige tiempos para su tratamiento, ni estipula un sistema de mayorías parlamentarias aplicables, con lo cual deja un vacío normativo, que ante las múltiples opciones de interpretación genera imprevisibilidad y falta de certeza en derredor de su aplicación.

En definitiva, con la sanción del art. 3 de la Ley 7.722 se conculca la división de poderes contemplada tanto el art. 1 de la Constitución Nacional, como en los arts. 1 y 12 de la Provincial, puesto que la DIA es una facultad específica de la autoridad ejecutiva. De modo que, el legislador se arroga una facultad exorbitante –no prevista en la magna constitucional– extendiéndose sobre la zona de reserva propia de la administración (Poder Ejecutivo). Es decir que, se apropia de una facultad que no pertenece a su competencia y se reserva la decisión discrecional de ratificar la DIA emitida por el órgano y/o autoridad competente.

Al cabo de las consideraciones vertidas y sin perjuicio de la valoración personal reseñada, se ha de reiterar que el fallo plenario resulta imperativo en salvaguarda de la seguridad jurídica, y dado que no se han acreditado recaudos relevantes para tachar la constitucionalidad de la Ley 7.722, corresponde el rechazo de la demanda.

Así voto.

Sobre idéntico asunto, el Dr. OMAR PALERMO suscribe, salvo en lo relacionado a la interpretación de los artículos primero y tercero, pues no se condice con las razones que plasmó en el fallo plenario.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO DIJO:

Se ha de omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que fue planteado para el supuesto hipotético de resolverse afirmativamente la controversia anterior.

Así voto.

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO DIJO:

En función del modo de resolución y votación de las cuestiones anteriores, las costas del proceso se han de imponer a la parte actora vencida (arts. 36 del C.P.C. y 76 del C.P.A).

Conforme ha quedado trabada la litis motivo de este pronunciamiento y dada la naturaleza de la pretensión –no obstante las consecuencias económicas que pudo aparejar una sentencia favorable–, se advierte que el reclamo carece de apreciación pecuniaria directa, por lo que a los efectos regulatorios resulta de aplicación lo normado por el art. 10 de la Ley N° 3641. La determinación de los honorarios se ha de diferir para su correspondiente oportunidad.

Así voto.

Sobre idéntico asunto, el Dr. OMAR PALERMO, adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminado el acto, se procedió a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 18 de abril de 2017.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, con fallo definitivo,

RESUELVE:

1.- Rechazar la acción de inconstitucionalidad entablada por Minera San Jorge S.A.

2.- Imponer las costas del proceso a la actora vencida (arts. 36 del C.P.C. y 76 del C.P.A.).

3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

4.- Dar intervención a la Caja Forense y Dirección General de Rentas, a los efectos provisionales y fiscales pertinentes.

Notifíquese. Ofíciense.

DR. MARIO DANIEL ADARO DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro Ministro

CONSTANCIA: Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el Dr. JOSE V. VALERIO, por encontrarse en uso de licencia. Secretaria, 18 de abril de 2017.