

UNIVERSIDAD
SIGLO
La educación evoluciona



PROTECCIÓN DE LOS GLACIARES Y DEL AMBIENTE PERIGLACIAR

¿EL AGUA VALE MÁS QUE EL ORO?

Análisis de la causa “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”

Carrea: Abogacía

Alumna: Valeria Beatriz Madrid

Legajo: VABG 50203

DNI: 32.003.719

Profesora: María Laura Foradori

Sumario: I. Introducción.- II. Hechos de la causa, Historia procesal y Resolución del Tribunal. - III. Identificación y Reconstrucción de la *Ratio decidendi*.- IV. Postura de la autora. - V. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. - V.1. Los recursos naturales y su evolución ambiental. - V. 2. Medio ambiente: un bien colectivo a preservar.- VI. Conclusiones. VII. Referencias.-

I. Introducción

No hay dudas de que nadie tiene un derecho adquirido a destruir los glaciares, ni a apropiarse de su agua para actividades extractivas de alto impacto ambiental. Y tampoco hay derecho alguno a aniquilar un ecosistema o la biodiversidad que este aloja para su beneficio personal.

Es por ello que la elección del fallo *Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*” (CSJN, 2019), se fundamenta en el efecto e impacto que tuvo y mantiene actualmente en la provincia de San Juan, ya que la minería es una actividad considerada en la región como una gran generadora de recursos económicos. Esto, a su vez, ocasiona una ambivalencia de opiniones ya que, por un lado, se busca proteger los glaciares y por ende un derecho esencial como es el acceso de los habitantes al agua pura y, por la otra parte, una empresa que se dedica a la minería a cielo abierto, que inicia una demanda al Estado Nacional, alegando que la Ley de Glaciares (Ley N°26.639, 2010) le ocasiona un perjuicio en su proyecto minero, es decir, en su actividad económica lícita.

Es posible destacar que en la causa “*Barrick*” (CSJN, 2019), se presenta un problema jurídico que puede ser definido como la “controversia que debe ser resuelta en el marco del derecho vigente” (Rojas Betancourth, 2011, s.d). Precisamente, lo que se advierte es un problema de índole axiológico que es aquel que trata el dilema de los valores jurídicos, es decir, dilucida cuáles son los valores que han de primar a la hora aplicar el derecho (Dworkin, 2004).

Este problema axiológico se advierte en la causa en tanto se contraponen principios constitucionales - arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional (reparto de competencias en materia ambiental y dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales), el art. 75, inc. 12 (facultades del Congreso), y las garantías contenidas en los arts. 14 (libertad de ejercer industria lícita), 17 (derecho de propiedad) y 81 (por la violación del procedimiento legislativo) (CN, 1994, arts, 41, 124, art. 75 inc 12, 14, 17 y

81)- con la Ley de Glaciares en los arts. 2°, 3°, 5°, 6°, 7° y 15 de la Ley de Glaciares (Ley N°26.639, 2010, arts. 2, 3, 5, 6, 7 y 15).

Lo que se intenta con el comentario no es resolver el problema jurídico, sino destacar a través del análisis de la sentencia la relación de primacía entre los derechos ambientales y los derechos individuales, poniendo énfasis en el derecho al agua y su estrecha relación con la preservación de los glaciares, y del medio ambiente, por elevación.

En síntesis, la constitucionalidad de la ley de Glaciares (Ley N°26.639, 2010) ya no puede ser puesta en duda y debe ser aplicada de manera integral. Sin embargo, en el desarrollo del presente trabajo, se pondrá el foco en distintos aspectos que surgen del fallo. En particular, se centrará en el control judicial deferente que propicia la Corte de cara a leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental. Asimismo, se revisarán las definiciones del Alto Tribunal acerca del federalismo concertado en política ambiental. Otra cuestión a abordar es cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido primacía de los derechos ambientales colectivos por sobre los derechos individuales, dejando de lado una visión antropocéntrica para enfatizar un enfoque sistémico.

Finalmente, se expondrán las conclusiones acerca de las consecuencias que traerá esta sentencia de la Corte Suprema que, como se adelantara, dejó su impronta en la provincia de San Juan.

II. Hechos de la causa, Historia Procesal y Resolución del tribunal

Barrick Exploraciones Argentinas SA y Exploraciones Mineras Argentinas SA, empresas a las que luego se sumó la Provincia de San Juan como litisconsorte activo, dedujeron una acción declarativa en solicitud de la nulidad de la ley de Glaciares (Ley N°26.639, 2010), que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial, y en subsidio la inconstitucionalidad de sus arts. 2° (definición de glaciar), 3° (inventario), 5° (realización del inventario), 6° (actividades prohibidas), 7° (evaluación de impacto ambiental) y 15 (disposición transitoria).

El juez federal de San Juan dictó una medida cautelar por la cual suspendió la aplicación de los artículos 2°, 3°, 5°, 6°, 7° y 15 de la Ley de Glaciares para el ámbito del emprendimiento “Pascua Lama”. Más tarde, aceptó la intervención de la provincia y se declaró incompetente.

Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar su competencia originaria y ordenó el traslado de la demanda al Estado Nacional. En ese sentido, revocó la medida cautelar dictada por el juez federal en tanto consideró que esa decisión suspendía la aplicación de la ley con un fundamento contradictorio.

Finalmente, con tres planteos idénticos, formulados por distintas empresas mineras y por la provincia de San Juan, favorecidos por medidas cautelares del Juzgado Federal de San Juan (revocadas por la Corte al asumir su competencia originaria), recibieron –lógicamente- igual respuesta. El Tribunal Superior rechazó la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la ley 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de Glaciares y el Ambiente Periglacial (Ley N°26.639, 2010) pues, según entendió en el voto mayoritario, no se acreditó una lesión a sus derechos derivados de un acto de ejecución.

III. Identificación y Reconstrucción de la *Ratio decidendi*

En cuanto a la estructura, la sentencia del 4 de junio de 2019 se compone de una decisión unánime (la mayoría compuesta por los votos de los Dres. Lorenzetti, Rosatti y Maqueda) que difiere en cuanto a los fundamentos de los Ministros Carlos Fernando Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco (votos concurrentes). El fallo, cabe destacar, analiza los dos planteos a los que se ha hecho referencia anteriormente: 1) defecto en el trámite legislativo y 2) otros aspectos sustantivos de la ley 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de Glaciares y el Ambiente Periglacial (Ley N°26.639, 2010).

Con respecto al voto mayoritario, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti desarrollaron un triple enfoque: primero parlamentario, luego constitucional y por último de derecho ambiental.

Desde el punto de vista del derecho parlamentario se citó el concepto de cuestión justiciable - no aludido en los restantes dos votos-. Se concluyó que, según la propia jurisprudencia del tribunal, lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes no constituye una cuestión justiciable. Los jueces advierten sobre la prudencia de la Corte al momento de controlar dicho trámite parlamentario (consid. 2º, *in fine*).

En el aspecto constitucional, los Ministros que votaron en mayoría, destacaron dos fundamentos: la exigencia de caso y el federalismo de concertación. Sobre la necesidad de verificar un caso contencioso, es un criterio clásico en la doctrina del Alto

Tribunal y constituye una interpretación invariable del cometido del Poder Judicial en los términos del art. 116 de la Constitución (CN, 1994, art.116).

En cuanto al federalismo, en el considerando 13 de la sentencia, los magistrados expresan que la invocación en abstracto por parte de la provincia de la regla que establece el dominio originario de sus recursos naturales (CN, 1994, art. 124) con el objeto de desvirtuar otra regla de igual jerarquía que establece el mandato al Estado Nacional de dictar los presupuestos mínimos ambientales para toda la Nación (CN, 1994, art. 41) genera una superflua y redundante tensión entre dos cláusulas constitucionales.

Finalmente, en los considerandos 17 a 21, el voto mayoritario de la sentencia comentada, desarrolló los aspectos de derecho ambiental, que, sin perjuicio de su pertinencia, no resultan conducentes a la resolución del caso. Sintéticamente, se hizo alusión al hecho de que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente, una “hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos”.

En cuanto a las concurrencias, puede sostenerse que el voto del Dr. Rosenkrantz parte de la apropiada delimitación del *thema decidendum*. Así destaca que lo que el tribunal debe resolver es la defensa de falta de caso interpuesta por el Estado Nacional y que fue objeto del traslado.

En sintonía con el voto que le precede, y con acierto, la Dra. Highton de Nolasco comienza por encuadrar la cuestión a resolver, que no es otra que la defensa de falta de caso opuesta por la demandada, y cuya procedencia torna inoficioso el tratamiento de los demás planteamientos. En ese orden, evalúa que no hay controversia entre las concesionarias y el Estado Nacional, ni entre las primeras y la provincia de San Juan.

IV. Postura de la autora

El examen de los aspectos analizados en el caso conduce, entonces, a afirmar la plena operatividad de la cláusula ambiental del art. 41 de la Constitución (CN, 1994, art.41). Pero también queda como corolario que los recursos naturales, como bien colectivo ambiental, resultan ser un fenómeno jurídico que debe abordarse con un enfoque sistémico, intergeneracional y de tutela de las generaciones futuras.

Es traer a colación, por otra parte, que la observancia del debido proceso legislativo requiere de pautas mínimas que aseguran la validez de un procedimiento adoptado por el Congreso para la formación y sanción de la ley en una democracia

deliberativa. Quedan excluidos de la revisión judicial los debates parlamentarios, así como el error, acierto, mérito o conveniencia de la solución legislativa.

Por otra parte, el actual federalismo de concertación fomenta un dialogo de buena fe entre el Estado Nacional, provincias y municipios cuyo ejercicio promueve una regulación coordinada de la materia ambiental. Ello elimina las tensiones jurisdiccionales al momento de la regulación de los presupuestos mínimos.

Finalmente, la evolución de la jurisprudencia de la Corte también muestra que el medio ambiente integra un bien colectivo indivisible y en cabeza de la sociedad cuya tutela se extiende el derecho de acceso al agua potable en un sistema dentro de mandato ambiental del art. 41 de la Constitución (CN, 1994, art.41).

En conclusión, la relación de primacía entre los derechos ambientales y los derechos individuales a la que se ha hecho referencia, poniendo énfasis en el derecho al agua y su estrecha relación con la preservación de los glaciares, podría traducirse en el célebre axioma que postula que “El agua vale más que el oro”. Y, por último, resta destacar que la constitucionalidad de la ley 26.639 ya no está en duda y debe ser aplicada de manera integral sin más demora.

V. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

V.1. Los recursos naturales y su evolución ambiental

El ambiente no es solamente una sumatoria de elementos, explica Valls (2016) sino que se trata según este autor, y coincidiendo con lo que antes se expusiera, de un sistema integral que se mantiene por un punto natural de equilibrio. Y el hombre está inmerso dentro de ese sistema.

Los elementos más característicos de ese sistema integrado son, siguiendo a Valls (2016): el espacio, la Tierra, los vegetales, los animales, el agua que circula entre los demás elementos del ambiente, la atmósfera, los seres humanos y las cosas construidas por el hombre.

Éstos son elementos reales del ambiente. Sin embargo, la política y la doctrina jurídica tienden a limitar o, por lo menos, a concentrar su enfoque en los elementos naturales del ambiente tales como el agua, el aire y la tierra.

En el fallo comentado, puede afirmarse que el derecho ambiental engloba a los recursos naturales. Y de esta manera se transforman en un nuevo fenómeno jurídico, dentro de otras novedosas formulaciones jurídicas, provenientes y regidas por el derecho

ambiental. Ingresan dentro del concepto de bien colectivo ambiente y, por lo tanto, dentro de los derechos colectivos ambientales.

V. 2. Medio ambiente: un bien colectivo a preservar

Por ambiente ha de interpretarse la organización y concatenación de diversos valores y procesos ya sean naturales, sociales y/o culturales que condicionan la vida y el desarrollo de los seres vivos y el estado de los distintos elementos inertes, sistemáticamente ubicados y relacionados con el vínculo entre el hombre y los diferentes recursos (Jordano Fraga, 1995).

En cuanto a la trascendencia de preservar al ambiente se puede arriesgar que la misma consiste en la conservación del entorno natural y de los recursos que en él existen a los fines de la supervivencia humana y de los seres vivos que cohabitan en el planeta. Dicho en otras palabras, la relevancia de la protección ambiental se funda en que sin la existencia de las condiciones naturales dadas, difícilmente hubiera aparecido el hombre en la Tierra ya que sin los recursos que existen en el ambiente no hubiese podido el hombre sobrevivir.

Es incuestionable que la conciencia social en materia de protección ambiental es un paso fundamental que ha de darse para reanudar el camino de promoción, preservación y, en los casos en que sea factible, de reparación. Cuidar al ambiente, cuidar el entorno en que se vive y sobrevive resulta de importancia vital a los fines de continuar existiendo sobre la Tierra.

Se debe preservar al ambiente de la continua agresión del hombre, y la única manera es concientizándolo, haciéndolo participe en el compromiso de ajustar sus conductas al desarrollo sustentable en aras de un ambiente sano (tal como manda la Constitución) que no solamente le significará un beneficio propio sino también será provechoso para toda la sociedad presente y las generaciones futuras (Natale, 1994).

Una visión de futuro viene con base en la protección presente del medio ambiente, porque sin un ambiente equilibrado y saludable, no hay futuro posible. Y el derecho, en tanto regulador de conductas humanas, de las relaciones intersubjetivas y de las consecuencias que generan estas conductas, requiere como objeto de regulación una precisión de ese objeto puesto que de ello depende la precisión de la norma (Lorenzetti, 2008).

En materia jurisprudencial, se trae a colación que el 20 de junio de 2006 la Corte Suprema falló en el caso “Beatriz Mendoza” (CSJN, 2006) donde se reconoció que dentro

de la cláusula ambiental del art. 41 de la Constitución se aloja el derecho a un ambiente sano y su correlativa obligación positiva de recomposición del daño ambiental en cabeza de las autoridades públicas. En lo que aquí interesa, allí se precisó que el alcance de la tutela de ese bien colectivo apunta no solo a la prevención prioritaria del daño futuro sino también a la recomposición de la polución ambiental y ante un daño irreversible su respectivo tratamiento resarcimiento.

Luego el 24 de febrero de 2009 el Máximo Tribunal sentó el precedente “Halabi” (CSJN, 2009) que encuadró al medio ambiente en un derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo indivisible y en cabeza de la sociedad. Precisamente por esa razón legitimó procesalmente al Defensor del Pueblo de la Nación, Asociaciones con objeto específico y el afectado.

VI. Conclusiones

Fue uno de los pronunciamientos más esperados del año 2019. La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló a favor de la constitucionalidad de la Ley de Preservación de Glaciares (Ley N.º 26.639, 2010); de esa manera rechazó los cuestionamientos que le hizo la minera Barrick Gold, Exploraciones Mineras Argentinas S.A. y la provincia de San Juan a la normativa. En su sentencia, el Tribunal Superior declaró inadmisibile la demanda por considerar que no se encontraba demostrado que la Ley de Glaciares les cause un agravio discernible respecto de una cuestión justiciable.

Por ende, la resolución rechaza los pedidos de los agraviados por la supuesta norma nacional excesiva y, básicamente, porque no existe caso judicial, requisito básico del sistema de control de constitucionalidad.

Sin adentrarse al tratamiento del fondo del asunto, el voto mayoritario introdujo algunas consideraciones generales sobre cómo deben ser tratados los casos en los que colisionen derechos individuales con derechos de incidencia colectiva. Por tanto dejó expuesto que en ese tipo de controversias la solución no solo deberá considerar las peticiones de las partes sino también promover una solución enfocada a la sustentabilidad futura de los bienes colectivos involucrados.

Probablemente, este fallo de la Corte no signifique un punto final al debate que aquí se definió. La Ley de Glaciares podrá sufrir a futuro nuevos ataques luego de que actos administrativos persigan su aplicación. Quizás también se intente reanudar el debate por la autonomía provincial. En ese escenario, deberá tenerse en cuenta el diálogo federal propiciado por el Tribunal Superior y las pautas que brinda en la sentencia en cuestión.

Estas funcionarán, a tenor de lo que aquí se interpreta, como coordinadas rectoras limitando los derechos individuales frente a los derechos colectivos.

De este modo, el pronunciamiento no se inscribe en las entrañas de la inseguridad jurídica que esgrimieron algunos empresarios y representantes del sector minero. De allí que se entienda, este sector económico pretendía destacar que la sentencia opera como disuasivo para las inversiones extranjeras en la materia.

A pesar de ello, la justicia deberá mantenerse en su órbita de actuación y control sin extralimitarse, sin actuaciones prematuras, sin acrecentar fantasmas, facilitando la concreción del desarrollo sustentable para un tema tan complejo como la protección de las aguas, en las que resta tanto camino por andar. Atento a lo expuesto, es que desde acá se comparte el criterio adoptado por la Corte federal y se celebra la decisión tomada.

Referencias

Doctrina

Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel

Rojas Betancourth, D. (2011). *El Problema jurídico como articulador de la providencia judicial*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/procesal-y-disciplinario/el-problema-juridico-como-articulador-de-la-providencia-judicial>.

Jordano Fraga, F. (1995). *La protección del derecho a un ambiente adecuado*. Barcelona: Bosch

Lorenzetti, R. (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley

Natale, A., (1994) “Protección del medio ambiente en la reforma constitucional”, LL 1994-E-1385

Valls, M., (2016) *Derecho Ambiental* (3°ed.) Buenos Aires: La Ley

Legislación

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Ley N° 26.639. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (2010) Infoleg.

Jurisprudencia

CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2019)

CSJN, “Halabi, Hernesto c/ P.E.N.- Ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” (2009)

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).” (2006)