



“PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA EVADIR EL CONSENSO POPULAR”

Nombre y Apellido: Gastón Fernández.

DNI: 39.843.881.

Legajo: VABG76077.

Tema: Derecho Ambiental.

Año: 2020.

Carrera: Abogacía.

Institución Académica: Universidad Empresarial Siglo 21.

Nombre del Tutor: Nicolas Cocca.

Autos: “Minera Del Oeste SRL y Otros C/ Gobierno de la Provincia P/ Acción de Inconstitucionalidad.”

Tribunal: Suprema Corte de Justicia, Sala Primera, Poder Judicial de Mendoza.

Sumario: I. Introducción. II. Planteo del Problema y su importancia. III Hechos Relevantes del caso. IV. Ratio Decidendi. V Legislación, Doctrina y Jurisprudencia relevante. VI. Postura del autor. VII. Conclusiones finales VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El tema central que analizaremos en el presente fallo trata la protección del medio ambiente, la cual nace con los denominados derechos de incidencia colectiva, derechos de uso común e indivisibles para todas las personas, siendo uno de estos el ambiente sano reflejado por Nuestra carta magna en su Art. 41.

Así la legislatura de la Provincia de Mendoza el 20 de Junio de 2007 aprueba la ley 7722 “Prohibición de sustancias químicas”, donde se restringe el uso de determinadas sustancias químicas para el proceso minero, todo ello a fin de cuidar el recurso hídrico necesario para tal explotación, haciendo mención que el agua ha sido declarado derecho humano fundamental por las Naciones Unidas en la Resolución 64/292 Aprobada el 28 de Junio de 2010. Una vez entendido la importancia del agua para el desarrollo de la vida en general, se le suma la particularidad del territorio mendocino que se encuentra desde años atrás, aún hasta la actualidad en emergencia hídrica.

En el presente fallo Minera del Oeste S.R.L. pretende sea declarada la inconstitucionalidad de la Ley 7722 de la Provincia de Mendoza, planteando que la misma atenta contra el ejercicio de la Industria Lícita receptado en el Art. 14 de la Constitución Nacional el cual se transcribe para su mejor comprensión “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...” (Art. 14 Constitución Nacional Argentina).

Asimismo, las empresas representantes de la industria minera, cuestionan que la mencionada ley, se encuentra en infracción ante la igualdad reconocida en el Art. 16 de la Ley Suprema, exponiendo que hay otras industrias que, mediante la utilización de las mismas sustancias químicas aquí prohibidas, le es permitido el uso para la explotación industrial.

La actividad minera en Mendoza, tiene una gran repercusión social, viéndose la sociedad mendocina comprometida con el agua y el cuidado de la misma. Como sostiene la legisladora mendocina Alejandra Naman hablando de la historia de la Ley 7722 menciona “allá por el 2007 se transformó en una bandera de cientos de miles de mendocinos que veían las consecuencias de los desastres producidos en otras provincias que realizaban explotaciones mineras metalíferas que utilizaban sustancias químicas contaminantes.” (Naman Alejandra, Nota Periodística Publicada 26 de diciembre de 2019 en Diario Online “Mendoza Opina”).

Por otro lado, para poder comprender qué es lo que solicita la parte actora en la demanda, hay que explicar que una ley es considerada inconstitucional cuando esa norma o ley cuestionada contradice o se opone una ley de mayor jerarquía como lo es la Constitución Nacional (incluidos los tratados internacionales que cuentan con misma jerarquía en virtud del Art. 75 inc. 22), y debe ser declarada en el caso particular por el Poder Judicial haciendo uso de las facultades conferidas por el Art. 43 de la Constitución Nacional.

II. Planteo del problema y su importancia.

Por lo expuesto en párrafos que anteceden, en un primer análisis se ponen sobre el tablero de debate principios constitucionales de igual jerarquía receptados en nuestra Constitución. De esta manera en caso de fallar a favor de la minera estaría en desacuerdo con lo estipulado en el Art. 41 de nuestra carta magna, en lo que respecta al cuidado del medio ambiente, y en caso de una resolución contraria a lo planteado por la demandante, se afectaría el principio de industria lícita que contempla el Art. 14 de la norma fundamental Argentina, y el principio de igualdad consagrado en el Art. 16.

Cabe destacar la relevancia del fallo a analizar porque está en juego parte del Desarrollo Económico y Social, hablando de la actividad minera, como una actividad lícita, como describe el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza Dr. Jorge Nanclares “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“(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).

Es decir, el caso traído a conocimiento tiene repercusión en el Medio Ambiente, como también en el Desarrollo Económico de la Provincia, con la distinción de que la actividad desarrollada no debe tener en mira únicamente el provecho unilateral (ni de la empresa explotadora, ni de algún grupo específico), sino lo definido como Desarrollo Sostenible; “Está en manos de la humanidad asegurar que el desarrollo sea sostenible, es decir, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras “Informe Brundtland” (Brundtland, G.H., 1987).

III. Historia procesal y decisión del tribunal.

Habiéndose interpuesto el recurso de amparo, el tribunal en pleno, como último recurso habilitado a tal fin, debe analizar la constitucionalidad de la ley, haciéndolo en única instancia, donde se contemplan los votos de los siete ministros de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. El tribunal de Mendoza hizo énfasis en tres cuestiones centrales sobre los cuales basó su sentencia, y dictó sentencia el 16 de Diciembre de 2.015, por voto mayoritario, expresando que la ley puesta en análisis se ajusta al marco constitucional.

Es destacable también, que en la decisión que el voto de un ministro fue disidente, siendo este el del Dr. Adaro, que en su análisis de constitucionalidad llegó a la conclusión de que el primer párrafo del Art. 3 es inconstitucional, lo cual explicaremos en breve.

IV. Ratio Decidendi.

En el primer cuestionamiento respecto el planteo de no permitir una industria lícita, la mayoría entiende que, al prohibir el uso de ciertas sustancias específicas, no se prohíbe la industria minera en sí, sino al contrario lograr un correcto funcionamiento de la misma, evitando correr riesgos de los cuales no se tiene certeza científica el impacto que puede generar a corto y largo plazo. Dicho en otras palabras, hace valer el principio de prevención (Receptado en el ppio. 15 de la declaración de Rio de 1992) característico del derecho ambiental, sin que ello implique prohibir una industria lícita, complementando la ley 7722 a la legislación nacional respecto al cuidado del medio ambiente.

El segundo punto importante que tuvo en cuenta, cuando el tribunal analiza la igualdad respecto a otras industrias que utilizan los químicos aquí prohibidos, y el máximo tribunal entendió que no se estaría violando el principio de igualdad, ya que todo principio del derecho tiene sus limitaciones (ningún derecho es absoluto), para lo cual el Dr. Nanclares, basándose en jurisprudencia manifestó: “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)”. Por lo antes expuesto, la minería no se encuentra en idénticas condiciones que el resto de las industrias que le es permitido el uso de químicos tóxicos, al ser la minería una actividad más gravosa en vista de un posible daño ambiental, el tribunal considera razonable que tenga distinciones de otras industrias.

El tercer y último eje central de la sentencia, es respecto a la Declaración de Impacto Ambiental, definiendo esta como “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).

La ley 7722 en su art. 3º, expone la necesidad de que la DIA sea ratificada por ley, otorgándole a la legislatura competencia en un acto administrativo, y es aquí donde la mayoría de los jueces entienden que, aunque sea ratificada por “ley”, se trata de un organismo de control propio de la división de poderes, siendo utilizado en varios actos administrativos de gran importancia, como es un proyecto minero. Como fue anticipado, en este punto es el único voto disidente fue del Juez Dr. Mario Adaro, quien a su entender el primer párrafo de dicho artículo es inconstitucional, por lo que el ministro manifestó:

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

V. Legislación, doctrina y Jurisprudencia relevante.

Para comenzar con el análisis de la legislación tenida en cuenta para la resolución del caso, los primeros tres artículos de la ley 7722, toman vital importancia, donde su Art. 1 reza:

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” (Art. 1 Ley 7722)

En su Art. 2. Hace referencia a los requisitos para las empresas que al momento de entrar en vigencia la ley deben cumplir, apercibiendo de perder las concesiones ya adquiridas, y el Art. 3° se requiere la antes mencionada Declaración de Impacto Ambiental.

Luego, el tribunal ha tenido en cuenta legislación nacional como es la Ley General de Ambiente haciendo referencia al principio precautorio, consagrado expresamente en el Art. 4 de la ley 25675 que a continuación se transcribe “Principio precautorio: 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 (Art. 4 Ley 25675).

El tribunal también menciona, como argumento para dar validez a la constitucionalidad de la ley 7722, el Art. 233 del Código de Minería, en su segundo párrafo dispone:

La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones de la Sección Segunda de este Título y a las que oportunamente se establezcan en virtud del Artículo 41 de la Constitución Nacional. (Art. 233 segundo párrafo, Código de Minería).

En una primera impresión el Juez ya considera válido que la provincia pueda legislar condiciones más estrictas siempre buscando la finalidad de proteger el medio ambiente, viéndose reflejado cuando el Dr. Nanclares afirmó

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)

Al igual que en el caso traído a análisis, en la provincia de Salta, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que resolver un recurso de amparo que se solicitaba autorización para continuar con una actividad de la cual se desconocía su posible daño ambiental, y el máximo tribunal entendía que “ no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que 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).

También la legislación tenida en cuenta es la ley 24585, que en su Art. 1° modifica el Código de Minería, haciendo mencionado la libertad de explotar dicha industria, dentro de las reglas de seguridad, policía y conservación del medio ambiente. Incorpora también un título complementario, que en su Art. 7° solicita la Declaración de Impacto Ambiental en cada etapa del proceso productivo.

Entre la jurisprudencia utilizada para resolver la cuestión planteada, se basó en la causa “Villivar” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación planteó que las provincias pueden complementar la normativa nacional, es decir que la normativa nacional da los presupuestos mínimos pero las provincias tienen la facultad de reglar en favor del medio ambiente (C.S.J.N., Fallos 330:1791, Sentencia del 17/04/2007).

Luego, en la causa “Cemincor” el Tribunal Superior de la Privincia de Córdoba, debió resolvió la constitucionalidad de la ley 9526 de dicha provincia, dónde se vio plasmada la peligrosidad de la actividad minera respecto a otras industrias (sentencia del día 11.08.2015 en expte. n° 1798036 in re “Cemincor”).

VI. Postura del autor.

Para poder explicar la postura respecto al fallo, dividiré mi opinión en dos puntos, siendo el primero la postura respecto a la resolución del tribunal mendocino, y la segunda

respecto a la problemática de fondo que originó la necesidad de actuación del Poder Judicial.

El primer punto a tratar, entiendo que es completamente coherente el pronunciamiento del máximo tribunal de la Justicia de Mendoza. Atento a que se analizó punto por punto la legalidad con la que se dictó la norma y llegó a la conclusión de que la misma se encuentra realizadas en base a las competencias del congreso mendocino.

Cabe resaltar que la dictada norma, contó con un consenso social que legitima a la finalidad de la misma. Sobre lo ya mencionado en la introducción sobre el recurso hídrico, su importancia en la vida humana y la salubridad, se le suma la escases de ella en el desierto de Mendoza.

Hay muchas normas locales prohibitivas respecto el uso indebido del agua (por ejemplo, riego de vereda, lavado de automóviles), como así también las industrias agrarias (en especial las vitivinícolas) comienzan a utilizar tecnologías tendientes al aprovechamiento de la misma, como es pasar de riego por surco a riego por goteo.

Por todo lo expuesto, la legislación mendocina junto al pueblo mendocino, justifican la importancia de defender la ley 7722. Se entiende que la misma no es una ley caprichosa, ni prohibitiva, su fundamento es priorizar el uso del agua. De una posible contaminación en la misma el daño puede ser irreversible.

Lo competente a la DIA, que se encuentra prevista en el Art. 7 de la ley 24585 “Ley de Protección al Ambiente”, no se encuentra cuestionada la necesidad de emitir dicho acto administrativo, sino por el contrario resaltar la importancia del mismo. Adquiriendo tal importancia, como es en el caso de la Actividad Minera, no tiene contradicción alguna con la protección el ambiente agregarle el último control que es la aprobación de la legislatura. En lo que respecta a una actividad tan riesgosa como es la minería, a mayor control Estatal, se reducen los riesgos que Mendoza no está dispuesta a correr.

En síntesis, entiendo que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, encontró correctamente fundamentos para desestimar lo peticionado por la parte actora. Coincido

por los argumentos expuestos, que el Control Estatal en materia ambiental es la política decidida por la Provincia de Mendoza, sin atentar contra la Ley Suprema, sino por el contrario actuando en concordancia y complementariedad de la legislación nacional vigente en materia ambiental.

No obstante, lo antes expuesto, respecto el segundo punto, el problema de fondo no ha sido resuelto, por lo que entiendo que la solución al problema de fondo, es lograr que la minería y el medio ambiente sean armonizados. Surge la necesidad de una reforma de la ley, profundizando y promoviendo los avances científicos para una explotación segura, sin comprometer el medio ambiente. Es fundamental el control gubernamental en todo proceso minero, es decir desde la presentación de proyecto, su ejecución y hasta el cierre de la mina.

Es necesario un dialogo constante, entre el sector empresarial minero, el gobierno de la provincia y los demás actores de la sociedad, hablando de una necesidad de debatir los presupuestos bajo los cuales la minería es viable tanto económicamente como en materia ambiental. Cabe destacar que dicha reforma ha sido intentada en el año 2019 mediante la ley 9.209 y por la presión social la misma fue vetada por el poder ejecutivo.

VII. Conclusiones Finales.

Una vez analizado el fallo, podemos llegar a la conclusión de que la legislatura mendocina, al momento de sancionar la ley, actuó conforme las competencias no derivadas a la nación, sancionando una norma que se ajusta al marco de las leyes superiores. Logró ser un complemento protector del recurso hídrico, que logró pasar este importante control judicial del máximo tribunal de la provincia.

El tribunal fundamentando su resolución, logró sentar jurisprudencia mendocina, a fin de lograr resolver cualquier otro planteo de las empresas mineras en la provincia respecto de la constitucionalidad de la norma. Por ejemplo, el dieciocho de abril de dos mil diecisiete, la Suprema Corte de Justicia en su sala segunda, resolvió el recurso interpuesto por “Minera San Jorge S.A.” sobre el mismo cuestionamiento.

Lo que este fallo logró resaltar, es la necesidad de que los representantes de la industria minera, los políticos mendocinos, y la sociedad en su conjunto, deben trabajar en conjunto y unificar esfuerzos en pos de una solución que no se logró obtener en los tribunales. Luego del fallo es dónde la provincia comenzó labores para una posible reforma de la ley 7722 con la permisión de los químicos prohibidos haciendo especial énfasis en el deber del estado de policía ambiental (Ley 9.209). Nótese que desde la sanción de la ley hasta la actualidad, los conocimientos científicos son superiores, donde se debe estudiar la posibilidad de uso de los químicos prohibidos con tutela del medio ambiente.

VIII. Bibliografía.

1. Doctrina:

- > Martínez, Víctor (2010) “Los conflictos mineros y el derecho positivo argentino”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires.
- > 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.
- > Naman Alejandra, Nota Periodística Publicada 26 de diciembre de 2019 en Diario Online “Mendoza Opina” <https://mendozaopina.com/sociedad/como-fue-la-historia-de-la-ley-7722-por-alejandra-naman/>.

2. Legislación:

- >Ley N° 7.722. Prohibición de Sustancias Químicas. Boletín Oficial de la provincia de Mendoza, Mendoza, Argentina, 22 de Junio de 2.007 disponible en <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/consulta-de-leyes-provinciales/>.
- >Constitución de la Nación Argentina. (15 de Diciembre de 1.994). Boletín Oficial de la República Argentina, 10 de enero de 1995.
- >Informe de Brundtland, (Brundtland, G.H., 1987) disponible en <https://es.scribd.com/doc/105305734/ONU-Informe-Brundtland-Ago-1987-Informe-de-la-Comision-Mundial-sobre-Medio-Ambiente-y-Desarrollo>.

> Resolución 64/292 Aprobada el 28 de Junio de 2010 por Naciones Unidas disponible en

>Declaración de Río de 1992 disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/buscador/search/printInstrumento/66>.

>Constitución de la Provincia de Mendoza. (11 de Febrero de 1.916). Boletín Oficial de la provincia de Mendoza, 29 de Febrero de 1.916.

> Ley N° 25.675. Ley General del Ambiente. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 28 de Noviembre de 2.002.

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

3. Jurisprudencia:

>Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros" (C.S.J.N., Fallos 330:1791, Sentencia del 17/04/2007).

>Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo (Fallos 332: 663 CSJN, Sentencia del 26 de Marzo de 2009).