



UNIVERSIDAD SIGLO 21

CARRERA DE ABOGACÍA-SEMINARIO FINAL-MODELO DE CASO

LA MEGAMINERÍA A CIELO ABIERTO Y LA POTESTAD LEGISLATIVA

PROVINCIAL

PROFESOR DIRECTOR: María Belén Gulli

ALUMNO: Julieta Martinetti

DNI: 35.168.947

LEGAJO: VABG62228

Autos: “Cemincor y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Fecha de la sentencia: 11 de agosto de 2015.

Sumario: I. Introducción. II. La premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. III. La *ratio decidendi* de la sentencia del Máximo Tribunal cordobés. IV. Descripción conceptual, doctrinaria y jurisprudencial. V. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas. Anexo Fallo.

I. Introducción

La minería a cielo abierto representa una modalidad de explotación que consiste en explorar los recursos en la superficie de la tierra, removiendo una gran cantidad de suelo y subsuelo de la corteza terrestre, que luego es procesado para la extracción del mineral (Germino, 2012). Es una técnica con impacto ambiental negativo, ya que se utilizan sustancias tóxicas como el cianuro y el ácido sulfúrico lo que hace necesario que frente a esta actividad existan leyes que brinden resguardo o tutela al ambiente. Dichas leyes fueron dictadas cumpliendo el art. 41 de la CN que reza: “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”¹. Así de la lectura del artículo mencionado, surge que constitucionalmente se prevé un resguardo conjunto en donde la Nación establece un piso mínimo de condiciones de protección, mientras las provincias dictan las necesarias dentro de sus jurisdicciones pudiendo incrementar las exigencias de tutela ambiental en tanto se respete aquel piso mínimo (Bernardi Bonomi, 2003).

Esta nueva tutela ambiental es recogida en el fallo “Cemincor y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” en el cual se solicita la inconstitucionalidad de una ley local, por considerarla contraria al Código de Minería el cual le resulta jerárquicamente superior. A raíz de esto es que el problema

¹ Art. 41 Constitución de la Nación Argentina.

jurídico que lo rodea es de tipo lógico, de contradicción normativa o incoherencia entre reglas. Siguiendo a Nino “hay contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles” (2003, pag.272). Así en el fallo esta contradicción se materializa ya que la ley provincial 9.526 veda o prohíbe en el territorio de la provincia de Córdoba la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto y la actividad minera de minerales nucleares en todas sus etapas-art. 1 y 2-. Mientras que el Código de Minería, que es una legislación de fondo que rige para todo el territorio del país regula el ejercicio de la actividad minera, al disponer que la explotación, adquisición y aprovechamiento de las sustancias minerales en sus tres categorías incluida la metalífera y la nuclear, se rige por lo que el mismo establezca-art. 1-. De ahí puede observarse que lo que concretamente se plantea es que la legislación provincial en sus dos primeros artículos estaría prohibiendo una actividad que la legislación nacional permite en su artículo primero.

El análisis del fallo resulta relevante porque a raíz de esta supuesta contradicción normativa que invocan los actores, los jueces en pleno terminan esclareciendo el sentido de ambas normas haciendo una interpretación armónica de ellas sin perder de vista la tutela ambiental y las facultades de coordinación que existen entre nación y provincias en virtud del sistema federal adoptado. Además se recogen antecedentes provinciales como fue el llamado yacimiento “Los Gigantes”, para resaltar que este tipo de explotaciones ya han tenido lugar en la provincia con consecuencias ambientales drásticas, revalorizando la actividad legislativa prohibitiva.

Expuestas estas líneas introductorias se procederá a continuación a resaltar los hechos y la decisión fundamentada del tribunal de la causa, para luego hacer un abordaje de doctrina, legislación y jurisprudencia que nuclea el caso, desembocando en una postura personal y conclusión.

II. La premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal

El presente caso se inicia a partir del pedido de inconstitucionalidad de la ley n° 9.526, efectuado por la Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba - CEMINCOR- y la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear –APCNEAN. Los actores manifestaron que la ley

provincial al prohibir la actividad metalífera a cielo abierto y la actividad mineral de minerales nucleares como el uranio y el torio, avanzaba sobre las disposiciones del Código de Minería y la Ley Nacional de Actividad Nuclear n° 24.804 ya que no puede la provincia pretender legislar sobre una cuestión de fondo como es la minera en razón de que conforme los art., 126 y 75 inc., 12, de la CN, ello corresponde al Congreso Nacional al ser una materia delegada a éste.

Procesalmente, el caso responde a una única instancia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, ya que los actores interponen la acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 165 de la Constitución Provincial y art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial n° 8.435.

El TSJ, admite la acción para su tratamiento, pero decide no hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad.

III. La *ratio decidendi* de la sentencia del Máximo Tribunal cordobés

Para determinar si existe tal contradicción normativa, el TSJ parte de considerar dos principios fundamentales que han de regir el control de constitucionalidad de las normas: la supremacía constitucional y el principio de interpretación. En consecuencia frente a un problema lógico como el planteado es necesario inicialmente interpretar las normas en conflicto a fin de procurar una conciliación armónica entre ellas y sólo cuando no fuere posible esto último se resolverá en función del principio de supremacía normativa.

Si bien existen tres reglas para resolver los problemas lógicos como el de autos, –ley superior, ley especial y ley posterior- (Nino, 2003), procurando los actores la aplicación de la primera (es decir el Código de Minería por sobre la ley 9.526), los jueces disponen que esta solución correspondería solo en el caso de que la ley 9.526 no se vinculara a materias exclusivas reservadas al gobierno local. En consecuencia en el caso no aplica el principio de ley superior porque ambas legislaciones corresponden a materias distintas. Así mientras el Código de Minería es una norma de derecho común que responde al imperativo establecido por el art. 75 inc. 12 de la CN; la ley 9.526 es una norma de tutela ambiental en los términos de las facultades concurrentes conferidas por el art. 41 CN. Por eso sus ámbitos de actuación son distintos.

Admitida la potestad provincial para dictar este tipo de normas, pasa a analizar si las restricciones previstas por la ley son razonables. En este sentido el TSJ admite su razonabilidad ya que con la restricciones impuestas legislativamente se intenta priorizar el bien común tendiente a la protección del medio ambiente en general y del agua en particular al quedar comprobado de las constancias administrativas, que las técnicas de minería a cielo abierto y la utilización de sustancias peligrosas generan contaminación a gran escala contrario el ideal de desarrollo sustentable de la humanidad.

IV. Descripción conceptual, doctrinaria y jurisprudencial

Adentrémonos ahora en el análisis de la doctrina, legislación y jurisprudencia que permite encauzar el problema jurídico y en base a la cual se expondrá nuestra postura.

Inicialmente se planteó que el problema jurídico del fallo se plasma en la existencia de la ley provincial n° 9.526 que prohíbe una determinada técnica de explotación minera que el Código de Minería consentiría, y en consecuencia la existencia de una contradicción entre ambas normas.

El Código de Minería representa una legislación de fondo dictada por el Congreso de la Nación en uso de una facultad propia y exclusiva del Estado federal a razón del art., 75 inc. 12 CN, con la consecuente exclusión de regulación complementaria sobre esa materia por parte de las legislaturas locales (Esain 2004). En consecuencia explica el autor que producto del federalismo argentino hay un reparto de competencias entre nación y provincias que implica a cada una la facultad de legislar sobre materias que le son propias, tal el caso de los Códigos de fondo, materia reservada al Estado Nacional.

No obstante sabiendo que la minera es una actividad con fuerte impacto ambiental en su afán de garantizar un medio ambiente sano, la nación y las provincias concurren en su tarea de brindar una protección ambiental tutelar. Así es que por imperio del art., 41 CN se ha establecido un sistema de distribución de competencias ambientales nuevo (Nonna, 2011) en el cual la nación debe dictar normas de presupuestos mínimos ambientales, pero no puede restringir la facultad local en la materia de dictar las que sean necesarias y que complementen a aquellas (Laplacette, 2014).

De esta manera queda claro que una cosa es la facultad exclusiva de la nación de dictar un código de fondo como es el de minería, pero otra cosa es la facultad concurrente de ambos órdenes de gobierno de dictar normas de protección ambiental.

Explican Loutayf Ranea y Solá, (2012), que esta protección ambiental en materia minera se vio reflejada en el Código de Minería a través de la ley 24.585 de 1995, que a fin de ajustarse al art., 41 CN, incorporó a aquel un título complementario denominado “De la Protección Ambiental para la Actividad Minera” y modificó el art 282 originario del Código de Minería al disponer que:

la protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones del título complementario y a las que oportunamente se establezcan en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional².

De ahí que el Tribunal Superior de Córdoba entendiera que la ley local 9.526 fue dictada por la Legislatura Unicameral haciendo uso de facultades que la provincia tiene en materia ambiental, a fin de complementar las existentes a nivel nacional y que importan en definitiva el ejercicio reglamentario de su poder de policía (considerando III.4).

Además no puede desconocerse que por mandato del art., 124 CN las provincias son dueñas de los recursos naturales que existen dentro de sus ámbitos territoriales, de ahí que puedan decidir sobre el uso y disposición de sus minas y canteras (Christel, 2018). Igualmente sostiene este autor que estas leyes locales que prohíben la explotación minera a cielo abierto para mitigar los impactos ambientales dañosos que la actividad produce, se han visto motivada más en la resistencia de la sociedad en este tipo de actividad que, en sus fines proteccionistas. De ahí que ambos factores, es decir esta resistencia social, sumada al dominio originario de los recursos naturales que tienen las provincias es lo que en definitiva ha legitimado el establecimiento de normas de protección ambiental más estrictas y por encima de las establecidas por la nación en megaminería.

Autores como Castrillo (2010), de manera disidente a los argumentos anteriores entiende que resulta totalmente arbitrario que provincias como Córdoba, Chubut, La Pampa, Mendoza, San Luis y Tucumán entre otras, prohíban mediante leyes una actividad que el código de fondo regula y admite de manera genérica, toda vez que avanza sobre una

² Art., 1 Ley 24.585. BO 24.11.1995 (Sustituye el art. 282 originario del Código de Minería)

facultad reservada al Congreso, inhibiendo el desarrollo de una actividad que aquel acepta. De igual manera sostiene que lo que la norma prohíbe puede igualmente alcanzarse si se tiene en cuenta que el Código de Minería prescribe la necesidad de realizar un estudio de impacto ambiental previo al desarrollo de la actividad. Por ello no resulta razonable que las provincias emitan leyes que prohíben la actividad, si mediante aquel procedimiento administrativo (reservado a ellas) puede rechazarse el que no resulte sustentable independientemente de la técnica de extracción de minerales que procuren.

Ya en la causa “Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia de Chubut y otros”, que giró en torno a la actividad minera a cielo abierto empleando cianuro en la lixiviación de oro de la mina en Esquel, realizada por la empresa El Desquite S.A. se había invocado la contradicción normativa entre la norma chubutense n° 4.032 y el Código de Minería en su art., 233. En este punto la CSJN dispuso que “las provincias se hallaban facultadas para dictar legislación complementaria al Código de Minería”³ y que “complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada”⁴ no advirtiéndose en consecuencia tal contradicción normativa.

Más recientemente en la causa “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, en donde se planteó una contradicción entre la ley de 26.639 y los art., 124 y 41 de la CN, en tanto aquella se suponía avanzaba sobre el dominio originario que la provincia de San Juan tenía sobre sus recursos naturales, la CSJN dispuso que las cláusulas constitucionales deben interpretarse inicialmente de manera armónica, evitando su confrontación y en lo que hace a la gestión del ambiente y sus recursos (Considerando 13) que

el artículo 41 -que establece las facultades federales de dictar los presupuestos mínimos ambientales- y el 124 -que afirma el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales- deben ser interpretados buscando la adaptación de la gestión de los recursos naturales para cumplir de la forma más fidedigna posible el proyecto ambiental de federalismo concertado que establece la Constitución Nacional⁵

³ CSJN. “Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros”. Fallo 330:1791. (2007). Considerando 4 del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti, Fayt y Petracchi.

⁴ CSJN. “Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros”. Fallo 330:1791. (2007). Considerando 7 del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti, Fayt y Petracchi.

⁵ CSJN “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. Fallo 342:917 (2019). Considerando 23

Amén de todo lo expuesto hasta aquí y a modo de cierre podemos concluir en que no debe pensarse al ambiente y a la minería como una antinomia, sino que debe reflexionarse sobre la situación sabiendo que siendo la minería una actividad de utilidad pública, se requiere de normas protectoras a fin de evitar que luego de aquella el ambiente quede destruido e inutilizable.

V. Postura de la autora

No existen dudas que la actividad minera fue considerada como una política estatal, de lo contrario no hubiese surgido la preocupación del Estado por regular la misma mediante normas de fondo. De las líneas anteriores vimos que la relación entre minería y ambiente es tal que constitucionalmente se previó un sistema de reparto de competencias a fin de su resguardo y protección y que coexisten en el sistema jurídico normas de fondo dictadas por el Congreso Nacional y normas de presupuestos mínimos ambientales dictadas por aquel y las legislaturas provinciales.

A raíz de esto es que el problema central del fallo ha generado una serie de interrogantes que podríamos resumir en las siguientes preguntas ¿resulta posible que las provincias dicten leyes que prohíban la minería a cielo abierto aun cuando el código minero regula la actividad de manera genérica en todo el territorio del país?; Si la respuesta es positiva ¿implicaría ello avanzar o invadir facultades privativas del gobierno nacional?; Si la respuesta es negativa ¿su dictado podría acarrear una contradicción normativa con la legislación de fondo?

Para responder a todas ellas, el Tribunal Superior de Justicia cordobés recurre a dos cuestiones elementales: el reparto de competencias establecido por el art., 41 CN y luego el principio de razonabilidad.

Con relación al primero diremos que resultó apreciable que se ampare y refuerce por parte del Tribunal, la facultad local de dictar normas de protección ambiental que complementen a las nacionales, a razón del carácter colectivo y supremo que tiene el bien ambiente que es lo que en definitiva se intenta resguardar. No obstante el hecho de que aquel haya tenido que hacer en su resuelvo una explicación prácticamente “catedrática”

sobre el reparto de competencias ambientales entre el orden local y el central, ha demostrado que en la práctica no es algo que esté perfectamente demarcado.

Esta situación es la que ha permitido responder de manera afirmativa a la primera de las preguntas planteadas, y en consecuencia descartar toda presunta o posible contradicción normativa entre la ley 9.526 y el código de minería al responder a dos ámbitos de actuación distintos, aunque no por ello signifique que actúen de manera aislada, sino por el contrario si el sistema jurídico es uno sólo, actúan complementándose.

De este modo con fines de tutela ambiental las provincias argentinas dictaron normas cumpliendo la manda constitucional del art., 41, aunque analizamos *supra* que los fundamentos que pueden haber motivado en cada ámbito provincial su dictado van desde la intención proteccionista del dominio originario de los recursos, hasta las resistencias sociales al desarrollo de la actividad minera metalífera a cielo abierto.

Igualmente apoyamos el fallo del TSJ y la facultad provincial de dictar normas de tutela ambiental en jurisprudencia de referencia, en donde fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que se encargó de resaltar aquella potestad provincial.

Debe además tenerse en cuenta que cuando la provincia dicta sus propias normas de presupuestos ambientales está definiendo también qué ambiente es el que quiere para sus habitantes, lo que en definitiva implica para el poder público cumplir la manda constitucional del deber de preservarlo.

Repárese incluso que quien ejerce la acción de inconstitucionalidad es el mismo sujeto que lleva a cabo la actividad de degradación ambiental, intentando fundamentar su actuación en la facultad de trabajar y ejercer toda industria lícita, y en el derecho de propiedad que prevé la Constitución Nacional y la Constitución provincial. No obstante aquí el TSJ ansía precisar que la ley 9.526 es una ley que como tal actúa como una limitación de derechos que son relativos, que están sujetos a este tipo de normas a fin de mantener la convivencia y el orden comunal.

La provincia de Córdoba no fue la primera provincia que dictó una norma de estas características, primero lo hizo Chubut en el año 2003 a través de la ley n° 5.001, y le siguieron otras como Rio Negro, Mendoza y La Rioja (Christel, 2018), sin perjuicio de que algunas provincias como Rio Negro y La Rioja terminaron por derogarlas, fruto quizás de

las presiones políticas y los intereses económicos de empresas o agrupaciones que en la mayoría de los casos son extranjeras. El hecho de que algunas provincias dictaran leyes de estas características, en tanto otras optaran por omitir regulación en tal sentido y/o hasta derogarlas es algo que podrá tener como causa fuente su arraigo económico a este tipo de actividad minera.

Por otro lado dijimos que el TSJ había recurrido no sólo al reparto de competencias establecido por el art., 41 CN para resolver, sino que además había invocado el principio de razonabilidad, es decir si las prohibiciones establecidas por la ley, resultaban acordes a la necesidad de tutela ambiental. Y en este punto también se admite y se comparte el criterio del Tribunal, en tanto que no puede haber mayor razonabilidad, sino en la defensa del ambiente y sus recursos naturales como el agua, frente a una actividad que cuenta con fuertes antecedentes de impacto ambiental en la provincia.

VI. Conclusión

La presente nota a fallo giró en torno a los autos “CEMINCOR”, en cual se pudo advertir la presencia de un problema jurídico lógico de contradicción normativa entre la legislación local y el código de minería. El mismo fue positivamente zanjado por el Tribunal Superior, quien con buen sentido catedrático demostró que ambas normas coexisten de manera armoniosa en el sistema jurídico ya que responden a materias y ámbitos de actuación distintos.

Es a raíz de esto que hicimos un repaso de las normas en estudio como así también de la posición que la doctrina y la jurisprudencia tiene formada con respecto a ello.

En consecuencia cabe concluir que las contradicciones del sistema jurídico resultan ser en algunas oportunidades meramente aparentes, pero no obstante cuando el medio ambiente es el que está involucrado y más en actividades de megaminería que generan impacto ambiental negativo obliga a repensar la misma y a efectuar un análisis profundo.

Creemos que el hecho de que algunas provincias argentinas hayan tomado la iniciativa para prohibir este tipo de actividades se condice con el nuevo paradigma ambiental previsto a partir de la última reforma constitucional y que resulta necesario que sea una actitud legislativa a imitar por el resto de las unidades autónomas.

VII. Referencias bibliográficas

Doctrina

- Bernardi Bonomi, L. E (2003). El derecho ambiental en la Constitución Nacional. Las leyes dictadas en su consecuencia. En Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica [SAIJ]. Consultado el 06.10.2020 en <http://www.saij.gob.ar/laura-ester-bernardi-bonomi-derecho-ambiental-constitucion-nacional-leyes-dictadas-su-consecuencia-dacc030053-2003/123456789-0abc-defg3500-30ccanirtcod>
- Castrillo, C. V (2010). Las leyes provinciales que prohíben ciertas técnicas de extracción de minerales. Consultado el 28.10.2020 en http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dacf100014-castrillo-las_leyes_provinciales_que.htm
- Christel, L. G (2018). Políticas de protección ambiental para el sector minero. *Construir el ambiente*. (1ra ed. Pág. 217-274). Bs As: Teseo.
- Esain, J.A (2004). El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley general de Ambiente 25675. Consultado el 27.10.2020 en La Ley Online
- Germino, M. E (23 de febrero de 2012). Minería a cielo abierto en Argentina. *La Posta Capital*. Consultado el 07.10.2020 en <https://lapostacapital.com.ar/index.php/ciudad/2185-mineria-a-cielo-abierto-en-argentina>
- Nino, C. S (2003). *Introducción al análisis del derecho*. (2da ed). Bs As: Astrea.
- Nonna, S (2011). *Ambiente y Residuos peligroso*. (1ra ed). Argentina: Editorial estudio.
- Laplacette, C. J (2014). La competencia territorial en materia ambiental. Publicado en LA LEY 2014-E, 1134. Cita online: AR/DOC/3205/2014
- Loutayf Ranea, R. G y Solá, E (2012). Competencia en materia ambiental. Publicado en: Sup Doctrina Judicial procesal 2012 (mayo, 1. Cita online AR/DOC/1269/2012).

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina. Texto ordenado de la reforma constituyente de 1994

- Honorable Congreso de la Nación. Ley N° 24.585. Ley de modificación del Código de Minería, 24 de noviembre de 1995. Argentina
- Legislatura Unicameral. Ley N° 9.526. Ley de explotación minera. 31 de octubre de 2008. Provincia de Córdoba.

Jurisprudencia

- TSJ-Cba, “CEMINCOR y otra c/ superior gobierno de la provincia-acción de inconstitucionalidad”. (2015).
- CSJN, “Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros”. Fallo 330:1791. (2007).
- CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. Fallo 342:917 (2019).

Anexo: fallo.**SENTENCIA NÚMERO: NUEVE**

En la ciudad de Córdoba, a ONCE días del mes de AGOSTO de dos mil quince, siendo las DOCE horas, se reúnen en Acuerdo Público los señores Vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia, en pleno, Doctores Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, María de las Mercedes Blanc de Arabel, Carlos Francisco García Allocco, Silvia B. Palacio de Caeiro, Silvana María Chiapero y Mario Raúl Lescano, bajo la presidencia del primero, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados: "CEMINCOR Y OTRA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA – ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. n° 1798036 iniciado el 4 de mayo de 2009) con motivo de la acción declarativa deducida por Hugo Apfelbaum y Juan Carlos Maiztegui en su carácter de Presidente y Secretario, respectivamente, de CEMINCOR (Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba); y Rafael A. Vaggione quien comparece por APCNEAN (Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear) en contra del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba solicitando se declare la inconstitucionalidad de la Ley n° 9526, procediéndose a fijar las siguientes cuestiones a resolver: -----

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta? -----

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? -----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES DOMINGO JUAN SESIN, AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL, CARLOS FRANCISCO GARCÍA ALLOCCO, SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO, SILVANA MARÍA CHIAPERO Y MARIO RAÚL LESCANO, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON: -----

A fs. 68/93 Hugo Apfelbaum y Juan Carlos Maiztegui en su carácter de Presidente y Secretario, respectivamente, de CEMINCOR (Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba); y Rafael A. Vaggione, quien comparece por APCNEAN (Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear);

entablan acción declarativa en contra del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba solicitando se declare la inconstitucionalidad de la Ley n° 9526. -----

La fundamentan en la violación a los derechos constitucionales de sus representadas expresados en los arts. 18, 20, 66, 68 y 69 de la Constitución Provincial y concordantes de la Constitución Nacional (arts. 14, 16, 17, 28, 31, 75 y 126) como así también el Código de Minería y los arts. 9 y 10 de la Ley n° 25.675. -----

1.a. Legitimación activa -----

Apuntan que CEMINCOR es una organización empresarial, que asocia a las personas físicas y jurídicas vinculadas a la actividad minera en el ámbito de la Provincia de Córdoba, poseyendo interés legítimo para demandar la inconstitucionalidad de las normas que se cuestionan ya que las mismas afectan sus derechos constitucionales y su patrimonio.

Sostienen que en similar situación se halla APCNEAN toda vez que agrupa a los trabajadores profesionales que se desempeñen en la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) o en todo organismo, empresa y/o sociedad estatal radicada en la Argentina en las cuales el estudio o aplicación de la actividad nuclear sea permanente. -----

1.b. Procedencia sustancial -----

Manifiestan que la ley cuestionada es flagrantemente inconstitucional ya que viola el sistema de propiedad y dominio minero como así también las formas de disposición del Estado sobre las minas. -----

Consideran que el sistema de dominio del Código de Minería y de la Constitución Nacional no permite al Estado Provincial adoptar esta medida, ya que dichas facultades han sido expresamente delegadas por las provincias a la Nación a través de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. -----

Alegan que el Código de Minería implica una política de estado de permanencia y no puede la Provincia de Córdoba prohibir la actividad minera. -----

Sostienen que es inconstitucional utilizar una denominación no legal como prohibición de las sustancias llamándolas metalíferas, ya que incluyen numerosos minerales que están comprendidos en la primera, segunda y tercera categoría, en el sistema de división de minas. -----

Estiman que la Constitución Nacional dispuso que la Nación dictara el Código de Minería, lo que encierra un poder completo delegado por las provincias a la Nación en materia de fondo y de los procesos sustanciales referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales, es decir de las sustancias metalíferas y radioactivas que son sustancias minerales. -----

Entienden que tal disposición importa una jurisdicción legislativa amplia del Estado Nacional, delegada expresamente y no cuestionada desde la sanción del Código de Minería, que comprende la determinación de las categorías de las minas respetando el dominio originario de la Nación o de las provincias según el lugar donde se encuentren; el establecimiento de las condiciones legales de disposición de los recursos mineros y el proceso para permitir la exploración y las condiciones legales bajo las cuales será permitida su explotación; la regulación de las demás relaciones de derecho público y privado que son consecuencia de la exploraciones y de las explotaciones de las minas; regla las condiciones de protección ambiental y de sistemas de trabajo y las actuaciones que corresponden a las provincias por ser autoridades mineras creadas por el Código de Fondo. -----

De ello derivan que las provincias ejercen solamente las competencias de autoridad minera por delegación del Código de Minería y no por otra razón; y que la prohibición de la explotación está fuera de las competencias de la Provincia y debe hacerse por medio de la potestad delegada al Estado Nacional. -----

Explican que en la reforma del año mil novecientos noventa y cuatro se consagró el dominio originario de los recursos naturales pero que nadie puede afirmar válidamente que en virtud de dicho principio constitucional no se pueda explotar el recurso natural derivado de la tierra. -----

Los recursos naturales. Recursos Mineros. Código de Minería -----

Acusan que la teoría sobre los recursos naturales y su tratamiento tiene entre nosotros una aplicación académica. -----

Afirman que el Código de Minería de la Nación presenta las características de forma y de fondo puesto que tales recursos necesitan esa doctrina jurídica para que el principio de dominio originario del Estado no sea desvirtuado y por el interés de utilidad pública de la minería para la Nación, no para los intereses parciales de la provincia. -----

Agregan que el artículo 205 del Código de Minería dispone que los minerales nucleares se registrarán por las disposiciones referidas a la primera y segunda categoría.-----

Los principios delegados a la legislación nacional que viola la Ley n° 9526-----

Entienden que los principios delegados a la legislación nacional y que la Ley n° 9526 viola, son: el del dominio originario del Estado Provincial de las sustancias minerales; el del debido proceso sustancial (sistema regalista); el sistema de clasificación de sustancias; el de utilidad pública no sometida a frontera provincial. -----

Estiman que se trata como un dominio público al dominio minero, lo que vulnera el Código de Minería y por ende la delegación legislativa realizada; y que se ha creado un nuevo sistema que es el dominial o de dominio público, no el originario que está establecido en aquel. -----

Manifiestan que en el sistema regalista argentino el Estado no puede negar la concesión de las minas a los particulares y que nadie puede explorar y explotar una mina sin el consentimiento del Estado, su dueño originario y en las condiciones que fija el Código de Minería.-----

Afirman que permitir que el Estado provincial prohíba la exploración y explotación fijadas por el Código de Minería es posibilitar que en el futuro entregue las mismas sin ninguna limitación, porque estaría asumiendo derechos de los cuales no es titular. -----

Expresan que la Ley n° 9526 pretende adoptar indebidamente el sistema dominial en virtud de lo cual la concesión minera dejaría de ser un acto jurídico reglado por el cual se entrega la propiedad de las minas para pasar a ser un negocio de derecho privado realizado por el Estado, sin regla alguna, posibilitando todo tipo de actividad. -----

Estiman que las provincias pueden dictar los códigos de procedimientos mineros para el cumplimiento de la legislación de fondo, pero jamás pueden asumir lo que corresponda a aquella. -----

Alegan que el artículo 1 de la Ley n° 9526 prohíbe la actividad minera metalífera, mientras el Código de Minería la clasifica por categorías en virtud de las potestades expresamente delegadas por las provincias a la Nación en virtud del artículo 126 de la Constitución Nacional y que por tanto, dicha clasificación no puede ser realizada por la Provincia.-----

Aclaran que si no se permite la exploración por los métodos que correspondan, entre los cuales se encuentra la exploración a cielo abierto, no se podrá saber cómo será realizada la explotación. -----

Destacan que toda la actuación de los planes e informes de impacto ambiental deben estar presentados y suscriptos por profesionales universitarios con especial formación, únicos idóneos para intervenir. Señalan que esta condición de especialidad los torna responsables, ya que intervienen asimismo los colegios profesionales, visando los trabajos que presentan. De ello coligen que la autoridad minera provincial tiene los instrumentos jurídicos plenos para que se presente el plan al iniciar el pedido de exploración y para considerarlo insuficiente y no conveniente y no aprobarlo o hacer observaciones. -----

I.e. Las sustancias radioactivas -----

Entienden que el artículo 2 de la Ley n° 9526 que prohíbe en todo el territorio de la Provincia de Córdoba la actividad minera en todas sus etapas de minerales nucleares tales como el uranio y el torio, implica una expropiación ilegal, es decir una confiscación. -----

Explican que como la prohibición regirá para las minas actualmente concedidas es una confiscación y por lo tanto inconstitucional. -----

Luego de efectuar un relato del sistema de las sustancias denominadas “minerales nucleares” el Código de Minería declara en su artículo 206 nucleares al uranio y al torio mientras que la Ley n° 9526 cuestionada al agregar la frase “tales como” crea una clasificación ilegal. -----

Razonan que lo grave es que no son perjudiciales por sí mismos sino según el tratamiento que se les otorgue para la extracción. -----

Refieren que la prohibición sin base legal, ni cita y sin fundamento no es legalmente aceptable más aún cuando el Estado provincial busca en este caso beneficiar una fuente de energía como es el petróleo con un plan especial y perjudica a otro, sin explicitar el porqué de la elección de esa fuente de energía. -----

Consideran que además de beneficiar concretamente al medio ambiente por su contribución a la generación de energía limpia, la actividad nuclear se extiende a otros campos de la industria y a la medicina nuclear. -----

Aclaran que en esta área, el sector de producción de radiostopos y radiaciones ionizantes con fines médicos de la CNEA, abastece con el noventa por ciento a las necesidades anuales que demandan los sectores de salud humana de nuestro país, quedando un remanente que se exporta a otros países. -----

1.f. Explotación a cielo abierto o cantera -----

Expresan que la minería del uranio como la de cualquier otro mineral metálico, minerales industriales y rocas de aplicación, utilizan, casi en su totalidad, el método de explotación denominado a cielo abierto, el que es conocido en Córdoba como cantera y habiendo sido utilizado por la minería tradicional de la provincia. -----

Razonan que si el método de producción que utiliza la minería que promueve el gobierno de la Provincia de Córdoba es exactamente el método a cielo abierto o cantera y siendo esta minería, a nivel de los estudios alcanzados en el territorio al día hoy, la única que se practica en la Provincia, es evidente que la misma es violatoria al concepto expresado en el artículo 1 de la Ley n° 9526. -----

Esgrimen que en los fundamentos expresados en la sesión legislativa se pone especial énfasis en los perjuicios de la aplicación del método a cielo abierto haciendo hincapié en el tamaño o volumen, pero no se especifica a partir de qué tamaño o volumen comenzaría a perjudicar el medio ambiente. -----

Arguyen que pueden darse proyectos o emprendimientos mineros metálicos con tamaños y producciones menores a las actuales producciones de la minería tradicional cordobesa como ejemplo la producción del ex yacimiento Schlagintweit en Los Gigantes.--

Refieren que la minería del uranio, como la de cualquier otro mineral metálico, minerales industriales y rocas de aplicación, utiliza casi en su totalidad el método de explotación denominado a cielo abierto. -----

Se preguntan cuál es el origen de la prohibición de los métodos operativos para la extracción de minerales metálicos si son los mismos que los que se utilizan para la extracción de minerales no metálicos. -----

Manifiestan que su aplicación se desarrolla dentro de un esquema absolutamente contenido y que permite ser controlado con una metodología que es ampliamente conocida

y aplicada por la CNEA desde hace más de treinta años, sin que se haya producido ningún tipo de contaminación y daños a la salud de persona alguna en relación con este elemento. -

1.g. Manejo del agua en la minería-----

Refieren que los emprendimientos mineros promueven un uso responsable del agua y prevén recuperar como mínimo un cincuenta por ciento de las aguas, utilizando sistemas de circuitos cerrados. -----

Explican que el consumo de agua para la producción de las ciento veinte toneladas anuales de uranio que utilizan nuestras centrales nucleares reciclando el cincuenta por ciento es el equivalente al agua de riego anual consumida por una finca de quince hectáreas con frutales. -----

1.h. Sobre el abandono de los pasivos minerales -----

Sobre el tema del abandono de los pasivos minerales que se menciona en los fundamentos de la Ley n° 9526 aclaran que para la solución definitiva de éstos la CNEA diseñó el Proyecto de Restitución Ambiental de la Minería de Uranio (PRAMU), que cuenta recientemente con un crédito del Banco Mundial. -----

Destacan y dejan sentado que todas las actividades que se llevan a cabo en el sitio Los Gigantes son autorizadas por la Provincia. -----

Refieren que la Ley n° 24.804 -Ley Nacional de Actividad Nuclear- expresamente establece que la CNEA tendrá a su cargo "...ejercer la responsabilidad en la gestión de los residuos radioactivos" y la Ley n° 25.018 -Ley de gestión de residuos radioactivos- determina que debe gestionar los residuos derivados de la minería del uranio, y los que provengan de yacimientos petrolíferos abandonados o establecimientos fabriles fuera de servicio. -----

1.i. Prohibición de uso de químicos -----

Alegan que el artículo 3 de la Ley n° 9526 contiene la prohibición de una serie de sustancias químicas y toda otra que se encuentre incluida en la Ley n° 24.051 a la que la Provincia adhirió mediante la Ley n° 8973. Entienden que, por ello, modifica lo que ya es ley para la Provincia. -----

Señalan que la Ley n° 24.585 incluyó en el Código de Minería las disposiciones ambientales que quedaron como Sección 2°, Título 13, y a continuación de las condiciones técnicas de explotación, que es su lugar lógico de ubicación. -----

Afirman que la Ley n° 24.051 de residuos peligrosos tiene un sistema que debe seguirse que consiste en que primero el productor o quien trate con residuos peligrosos debe inscribirse en el registro, y luego de ello, debe presentar el sistema o plan de tratamiento de residuos peligrosos, el que quedará sujeto a aprobación del Estado provincial. -----

Expresan que el Código de Minería dispone que si las plantas de beneficio están dentro del perímetro de pertenencia, deben reglarse por el Código de Minería, y que aquellas en las que los minerales son extraídos y no tratados en el lugar tienen la misma legislación que otras industrias, pero de igual forma estiman que deben aplicarse tales disposiciones. -----

Consideran que las plantas de beneficio o establecimientos que se encuentran dentro de la concesión minera están más controladas que las anteriores ya que tienen el control de la autoridad minera y de los municipios, comunas y de ambiente, entre otros, para el análisis del informe de impacto ambiental y si corresponde lo vinculado con los residuos peligrosos.-----

Argumentan que la prohibición que realiza el artículo 3 de la Ley n° 9526 es discriminatoria. -----

Concluyen que la referencia realizada por la Ley n° 9526 provincial al anexo primero de la Ley n° 24.051 es ilegal, ya que la Provincia ha adherido a la misma integralmente por lo que debe cumplirla, y no sólo a un anexo que determina cuales son las categorías sometidas a control. -----

Alegan que de igual forma es inconstitucional hacer referencia al artículo 249 del Código de Minería sacándolo de su propio sistema. -----

1.j. Cuestionamientos de la Ley. Exposición de Motivos y Debates -----

Al realizar una crítica a la fundamentación de la Ley n° 9526 y a la exposición de motivos señalan que se confunde desarrollo sustentable con prohibición al sostener que se

pone a la vanguardia de las provincias que le dan sustentabilidad a la actividad minera con este régimen de interdicciones previsto en la ley en cuestión. -----

Afirman que es inconstitucional porque ignora todo el sistema jurídico ambiental que se ha dictado tanto en la Constitución Nacional como la provincial y las leyes de contenidos mínimos nacional y provincial. -----

Refieren que se pone como ejemplo una planta que jamás ha funcionado, cual es la de Pozo Nuevo. Relatan los antecedentes respectivos. -----

Aclaran que los pasivos ambientales que se produjeron por el manganeso no fueron jamás reparados. -----

Estiman que sería conveniente una visita de este Tribunal a los fines de ver lo que se está ponderando y lo que se está prohibiendo. -----

Consideran que ningún minero es contrario a que las sustancias mineras extraídas sean tratadas fuera del límite de la concesión minera, porque así está en el Código de Minería. Apuntan que la idea de tratar las sustancias dentro del límite de la concesión o de la mina corresponde a la concepción que señala que la minería debe desarrollarse en una sola zona y dejar allí lo que no sea utilizable para los pasivos ambientales, lo cual, en definitiva, deberá resolverse en cada caso concreto según los estudios que la ley obliga. ----

Estiman que en relación al régimen de la política hídrica, una cosa es referirse al acuerdo federal del agua de la década pasada y otra configurar los documentos que hacen al derecho del agua; siendo que lo que debe realizarse es la aplicación de la legislación vigente. Hacen referencia al Código de Aguas de la Provincia, el que en su artículo 59 regula sus prioridades de uso. -----

Ponen de manifiesto que existe en la exposición de motivos de la Ley n° 9526 y en el debate, la idea de que la minería es perjudicial, aclarando que lo mismo sucede con la soja y lo mismo ocurrió cuando se incorporó al campo argentino la ganadería de los animales traídos del exterior.-----

Postulan que deben hacer conocer que la minería tiene sistemas de cierre y restauración de los lugares explotados. -----

Señalan que debe tenerse en cuenta la Ley General de Ambiente n° 25.675. Refiere que dicho ordenamiento consagra el principio de congruencia y que el mismo es violado

cuando se incorpora un anexo de la ley sobre los residuos peligrosos o se pretende aplicar una parte de un artículo del Código de Minería (art. 239). -----

Acusan que se violan el principio de progresividad que determina la Ley n° 25.675 - ya que los objetivos deben ser obtenidos a través del tiempo- y el principio de sustentabilidad, ya que se impide el desarrollo económico y social con una prohibición que no tiene fundamento alguno. -----

Esgrimen que no responden a la realidad las consideraciones de la minería nuclear que se realizan en el debate parlamentario, y que de existir un pasivo ambiental en nuestra provincia, la responsable es la autoridad que lo permitió. -----

Luego de desarrollar el principio de prevención aseveran que lo ambiental no es una serie de prejuicios sino de conocimientos técnicos, científicos y culturales y de cumplimiento de la ley. -----

Citan el artículo 66 de la Constitución Provincial. -----

Exponen que se produce la violación al derecho de propiedad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional toda vez que la Provincia legisla sobre sustancias minerales y nucleares sacándolas del Código de Minería. Aducen que la prohibición de explotar las minas concedidas implicaría una violación al derecho de propiedad minera. ----

Afirman que se viola el derecho a ejercer la industria lícita y el derecho al trabajo de los profesionales de APCNEAN consagrado por el artículo 14 de la Ley Fundamental. Aclaran que parece ser que cuando se pretende ejercer esta industria a través de sustancias necesarias e imprescindibles para ello, la Ley n° 9526 de manera ilegítima, lo prohíbe pero sólo para esta actividad, dejando de lado el principio de igualdad.-----

Consideran lesionado el principio de debido proceso sustancial. Afirman que el Código de Minería es de fondo y de forma y que al excluir minerales metalíferos y radioactivos del proceso sustancial del Código de Minería, la Provincia lo hace con una ilegal intromisión de los procesos provinciales, puesto que son sólo complementarios de los sustanciales. -----

Respecto al derecho de igualdad, señalan que éste se ve infringido por cuanto la Ley n° 9526 prohíbe en todo el territorio de la Provincia el uso de las sustancias químicas contaminantes establecidas en el Anexo I de la Ley n° 24.051 y/o que posea alguna de las

características enunciadas en el Anexo II de dicho plexo, sólo en relación a la minería metalífera. -----

Refieren que no existe justificativo alguno que permita válidamente sostener esta discriminación arbitraria en contra de una actividad tan lícita como cualquiera de las actividades industriales o fabriles, la que tiene todo el derecho a desarrollarse en los mismos parámetros cuando utilice los mismos elementos y sustancias que para unos está permitido y para otros, negado. -----

Manifiestan que los derechos laborales colectivos que representan han sido franca e indudablemente vulnerados, porque en situaciones iguales han sido considerados en forma diferente aquellos empresarios y trabajadores que hacen minería metalífera con respecto al resto de las actividades o industrias de la Provincia. -----

Finalmente entienden que se lesionan la buena fe y confianza legítima de sus representados, en especial del sector empresario minero. -----

Razonan que elementales imperativos de seguridad jurídica y de confianza legítima en el proceso de formación y sanción de las normas generales, vinculados sustancialmente con la certeza jurídica, exigen la previsibilidad en las conductas relacionadas con el sector minero, pues ello contribuye precisamente a crear esa confianza legítima de los ciudadanos que participan de dicho agrupamiento, susceptible de ser lesionada por la incertidumbre y la falta de previsibilidad de las reglas jurídicas en juego en materia minera Citan jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia.-----

Aseguran que la pretensión de anudar por la nueva ley efectos o consecuencias jurídicas novedosas a situaciones de hecho consolidadas en el pasado y ya consumadas, a más de encuadrar en un supuesto de retroactividad auténtica no permitida por el ordenamiento jurídico constitucional, sería contrario a elementales imperativos de seguridad jurídica en el proceso de formación, sanción y vigencia de las normas generales en el ámbito de la demandada, que contribuyen precisamente a crear esa confianza legítima de los ciudadanos.-----

Hacen reserva de caso federal. -----

Mediante Auto número Treinta de fecha dieciocho de mayo de dos mil diez este Tribunal Superior de Justicia admite la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada y

le imprime trámite. En mérito de ello cita y emplaza a la demandada Provincia de Córdoba para que en el plazo de seis días comparezca a estar a derecho, conteste la demanda, ofrezca la prueba de que haya de valerse y, en su caso, oponga excepciones o deduzca reconvencción (fs. 167/174vta.). -----

A fs. 309/343vta. la Provincia de Córdoba contesta el traslado corrido solicitando el rechazo de la acción en todos sus términos, con costas a los accionantes. -----

Esgrime que la demanda incoada en autos carece de la virtualidad preventiva implícita en su naturaleza jurídica, toda vez que fue interpuesta superados los seis meses desde que la Ley n° 9526 comenzó a regir. -----

Señala que los actores debieron reclamar administrativamente conforme los remedios pertinentes que establece la ley de trámite administrativo a fin de lograr la satisfacción de su pretensión y en caso de resultar denegada su reclamación, tenían abierta la instancia judicial a través de la acción correspondiente ya que en juicio pleno podrían lograr la satisfacción de su derecho subjetivo de carácter administrativo supuestamente conculcado. -----

Se pregunta cuál es la incertidumbre que tienen los actores y su gravedad cuando tuvieron paralizado el expediente judicial casi un año. -----

Afirma que no hay en Córdoba ningún emprendimiento minero en actividad que pudiera estar comprendido por la ley, por tanto no están comprometidos bajo ningún punto de vista los intereses de los asociados a CEMINCOR o APCNEAN. -----

Denuncia defecto en la personería invocada, toda vez que la Cámara sólo puede actuar en defensa de los intereses de sus asociados conforme el artículo 2 de sus estatutos, sin que sea posible arrogarse la representación de quienes no lo son. -----

Agrega que el Acta n° 321 del siete de abril de dos mil nueve que supuestamente autorizaría al ente para interponer la demanda, no aparece suscripta por la totalidad de los miembros de la Cámara, o por su Comisión Directiva. -----

Aclara que no surge de los estatutos ni en particular de su objeto social, que APCNEAN esté facultada para reclamar judicialmente la inconstitucionalidad de normas de alcance general que no refieran puntualmente a la situación laboral o al ejercicio profesional de sus asociados. -----

Manifiesta que siendo Córdoba una provincia con fuerte desarrollo turístico y minero no metalífero, es imprescindible que se tomen medidas preventivas que permitan la convivencia de ambas actividades y se adopten los recaudos necesarios para limitar el avance de una actividad sobre otra, evitando en lo posible la destrucción irreversible del paisaje.-----

Explica que bajo ningún punto de vista pretende legislar el fondo de la materia minera y avanzar sobre materia delegada al gobierno Nacional, sino regular tal actividad en el territorio provincial teniendo en consideración la protección del ambiente. -----

Luego de realizar un relevo de la normativa aplicable al caso, razona que la titularidad reconocida en el artículo 124 de la Constitución Nacional sumada a la obligación que el artículo 41 impone a las autoridades, obligan a las provincias a proteger los recursos de su pérdida, alteración o disminución, siendo las mismas garantes dl uso racional y conservación de aquellos para las generaciones presentes y futuras. -----

Luego de citar jurisprudencia y el artículo 233 del Código Minero señala que es falso que la Ley n° 9526 viole el sistema de propiedad y dominio minero y las formas de disposición del Estado sobre las minas ya que la misma sólo reglamenta sobre una técnica de ejercer dicha actividad y no realiza una nueva categorización de aquellas. -----

Postula que sí puede el Estado prohibir las actividades mineras y la explotación que violan las normativas ambientales vigentes y que técnicamente no pueden realizarse en forma ambientalmente sustentable las actividades mineras que la Ley n° 9526 prohíbe. ----

Relata que diez mil kilómetros cuadrados fueron explorados con resultados negativos para anomalías metalíferas por BRGM, servicio geológico oficial de Francia entre los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil uno, lo que da cuenta de los antecedentes suficientes que ha tenido la Provincia de Córdoba respecto de la decisión política en lo que atañe a qué tipo de minería está dispuesta a defender. -----

Afirma que de acuerdo a las reglas del arte minero es imposible realizar de una manera ambientalmente sustentable y sin contaminar las actividades que la Ley n° 9526 prohíbe. -----

Aclara que en la minería a cielo abierto de sustancias metalíferas, los volúmenes de materiales son extraordinarios, mientras que en los no metalíferos son pequeños, por lo que

es posible entender que si los volúmenes de la minería no metalífera fueran extraordinarios también podría ser limitado. -----

Asegura que el Estado Provincial en función de las facultades que le son conferidas constitucionalmente legisló en materia ambiental el ejercicio de la actividad en la provincia y lo hizo sancionando una ley que está legitimada por el pueblo de la provincia que la reclamaba, siendo una decisión que no debe ser revisada judicialmente por cuanto no es materia justiciable por ser parte de su política de estado. -----

Insiste en que en estos autos queda demostrado que se ha dictado una ley en el marco de las atribuciones concurrentes de las provincias y la Nación respecto de la potestad de legislar en materia ambiental; que no se afecta el principio de razonabilidad por cuanto no se restringe en modo absoluto el ejercicio del derecho ni se trata de una restricción que prohíba la actividad en general sino sólo una modalidad de explotación y la actividad respecto de determinadas sustancias minerales nucleares; que solo se establecen restricciones a determinadas actividades mineras íntimamente relacionadas con el cuidado del ambiente aplicando el principio precautorio que rige en la materia y sin legislar aspectos de fondo de la actividad minera, reservados al Congreso de la Nación; que la ley se fundamenta en razones de orden público ambiental de índole preventiva para el resguardo de la seguridad y salud del pueblo de la provincia.-----

Colige que se trata de una ley absolutamente razonable sancionada en todo de acuerdo a los preceptos constitucionales, que responde a una política ambiental del Estado.

Asevera que no existe la menor duda de que el tipo de minería prohibido por la Ley n° 9526 produce consecuencias ambientales negativas. Al respeto adjuntan la Resolución n° 1308/2009 de la Universidad Nacional de Córdoba en ocasión de analizar la recepción o rechazo de los fondos provenientes de la Minera Alumbreira. -----

Aclara que la Ley no prohibió la actividad de mina alguna que estuviera funcionando pues ninguna lo estaba. -----

Pone de manifiesto que existen demasiados motivos ambientales que justifican la prohibición legal. Ejemplifica que debe tenerse presente que las partículas de gas radón - gas radioactivo que se encuentra naturalmente en la corteza terrestre pero cuya generación se ve incrementada exponencialmente en las minas de uranio- con un viento de dieciséis

kilómetros por hora recorren más de mil kilómetros, antes de que decaiga a la mitad su cantidad original y que dichas partículas son cancerígenas. -----

Cita antecedentes registrados en otros países. -----

Recuerda que en Argentina han transcurrido décadas esperando remediación, y pese a que existe el PRAMU (Proyecto de Restitución ambiental de la Minería de Uranio) a la fecha no se ha puesto en práctica. -----

Refiere que la propia Comisión de Energía Atómica afirma que el setenta por ciento de la radiactividad original del mineral permanece en las colas y que si no se toman previsiones puede ser una fuente de contaminación ambiental a largo plazo. -----

Añade que uno de los principales daños ambientales de la minería metalífera a cielo abierto es el drenaje ácido de la mina tratado en extenso en los fundamentos de la ley. -----

Relata que para extraer un kilogramo de oro se necesitan minar toneladas de roca estéril, y que por el contrario en las canteras de Córdoba todo lo que se extrae se comercializa y por ello las dimensiones de nuestras canteras son infinitamente menores y no perjudiciales y están debidamente controladas por la provincia. Razona que si bien los métodos podrán ser parecidos en cuanto al arranque del mineral de la montaña, los volúmenes en nada se parecen. -----

Arguye que la mina de uranio explotada en los Gigantes y paralizada hace más de veinte años es el ejemplo más cruel de lo que la minería puede hacerle al medio ambiente. Aclara que lo ocurrido con dicho yacimiento fue uno de los principales motivos del dictado de la ley que se cuestiona. -----

Hace presente que tal es el problema ambiental existente en Los Gigantes que la misma Comisión Nacional de Energía Atómica ha propuesto un plan estratégico para la recuperación ambiental entre otros yacimientos argentinos con financiación internacional, y que aún hoy, después de varios años, no han comenzado tareas de remediación en Córdoba, ni se harán por ahora. -----

Afirma que según lo informado por el Secretario de Minería de la Provincia en ocasión del tratamiento parlamentario de la ley, la misma no afectó ningún puesto de trabajo de la minería en Córdoba; por lo que no existe ningún derecho afectado ya que no

había ninguna mina operando ni en condiciones de operar al momento de la sanción de la ley. -----

Explica que no puede compararse la contaminación de miles de toneladas de roca con la sopa química que implica este tipo de minería al aire libre, sometida a las rigurosidades climáticas en volúmenes alarmantes sin certeza de seguridad alguna con el manejo en laboratorio de cualquiera de estas sustancias. -----

Finalmente, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirma que no existen derechos adquiridos en materia ambiental. -----

Diligenciada la prueba ofrecida por las partes se corre traslado al señor Fiscal General de la Provincia (fs. 414), quien se pronuncia con intervención de la señora Fiscal Adjunta mediante Dictamen E n° 1191 de fecha 23 de noviembre de 2012 (fs. 437/445) en el sentido que corresponde rechazar la acción y sostener la validez constitucional de la Ley n° 9526.-----

Dictado el decreto de autos (fs. 447) y firme éste (fs. 503) queda la causa en estado de ser resuelta. -----

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD -

La naturaleza y fin de la acción propuesta conduce a advertir que es la Constitución la que establece y delimita la organización administrativa del Estado, los derechos y deberes fundamentales y los objetivos que se imponen para satisfacer los intereses de la comunidad. De allí devienen las reglas supremas que se deben respetar, tales como la unidad del ordenamiento jurídico, caracterizada por su relación internormativa jerárquica¹.

No se trata de un mero prurito formal sino que en sentido material o sustantivo las consecuencias jurídicas son diferentes. La estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico en base al precepto aislado de la norma específica, sino a partir de la amplia adecuación a la unicidad del orden jurídico. -----

¹ T.S.J., en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, "Cooperativa de Obras y Servicios Públicos de Río Ceballos Ltda.", Sentencia n° 8 del 16/05/2003; "Cooperativa de Agua de Oro", Sentencia n° 18 del 19/12/2003; "Banco de Galicia", Sentencia n° 6 del 15/10/2009; "Sucesión Brandalise", Sentencia n° 3 del 22/7/2010, entre otros.

Es que el principio de legalidad comporta un axioma de derecho en virtud del cual la norma emitida por una jerarquía piramidal superior prevalece respecto de la norma inferior generada como consecuencia de la aplicación de aquélla². -----

La Constitución Argentina, en sus artículos 1, 28 y 31 consagra su primacía jerárquica siguiendo el modelo americano. Idéntico criterio recepta la nueva Constitución de Córdoba en el artículo 161. -----

Son los jueces, entonces, quienes tienen la atribución-deber de analizar la conformación positiva o negativa de la norma aplicable a la luz de la Constitución. -----

Encontrándonos en el supuesto del artículo 165, inciso 1, apartado “a” de la Constitución Provincial y habiendo este Tribunal Superior de Justicia admitido formalmente la acción declarativa de inconstitucionalidad, le corresponde realizar una intelección de los enunciados de la Ley n° 9526, a los fines de determinar la pertinencia o no de las censuras endilgadas a la misma. -----

En esa labor, es imperativo integrar armónicamente los preceptos constitucionales y legales en juego conforme lo sustentado en reiteradas oportunidades por la Corte Suprema, en orden a que la Ley n° 9526 debe interpretarse evitando darle un sentido que coloque en pugna en sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y aportando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto, en una armónica integración³. -----

Cualquier conflicto interpretativo que se presente, de no poder armonizarse la normativa en cuestión, deberá ser zanjado a favor de aquella que tiene supremacía jerárquica conforme la escala establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional y artículo 161 de la Constitución Provincial. -----

La Corte Suprema de Justicia de la Nación pone énfasis en el principio de interpretación “conforme”⁴ cuando dice que “...la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente.-----

² Linares, Francisco; Fundamentos del Derecho Administrativo, Astrea, 1975, Bs. As., p. 343 y ss.; Kelsen, Hans; Teoría Pura del derecho, Traducción de la Segunda Edición en Alemán por Roberto J. Vernengo, Universidad Autónoma de México, México, 1982, p. 232 y ss.

³ C.S.J.N., Fallos 243:46; 311:193; 312:1461; 330:1910; 331:858; 331:1234.

⁴ Cfr. Balaguer Callejón, María Luisa; Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1997, p. 111; Jiménez Campo, J.; Enciclopedia jurídica básica, Madrid, 1995, p. 3681.

Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteligencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto (Fallos 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitucionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor concierte y deje a todas con valor y efecto”5. -----

En aquellos supuestos de colisión normativa en donde no sea posible la armonización, el método de resolución será la ponderación, teniendo en cuenta los condicionamientos fácticos correspondientes y circunscribiendo la decisión exclusivamente al caso concreto6. -----

LA LEY CUESTIONADA Y LOS INTERROGANTES QUE PLANTEA EL CASO -----

El thema decidendum canalizado a través de la presente acción declarativa versa sobre el escrutinio de constitucionalidad de la Ley n° 9526. -----

A primera vista, ello trae aparejado el tratamiento de dos grandes temas que aborda dicha normativa: 1) la prohibición de la minería metalífera bajo la modalidad “a cielo abierto” en la Provincia de Córdoba; y 2) la prohibición del uso, para todas las etapas de la actividad minera nuclear relativas al uranio y al torio, de sustancias tóxicas tales como el cianuro, el ácido sulfúrico, el ácido nítrico y cualquier otra contaminante, tóxica y/o peligrosa contenida en el Anexo I de la Ley Nacional n° 24.051 y/o que posea algunas de las características enunciadas en el Anexo II de la mentada ley nacional. -----

La ley cuestionada dispone la prohibición de un método o técnica utilizada en la minería metalífera a gran escala denominado “a cielo abierto”, y que se concreta sobre la superficie del terreno. Se explica al respecto que, para extraer los minerales metalíferos, se remueven cientos de toneladas de tierra con maquinarias y explosivos que forman enormes pozos o huecos abarcando superficies extensas7. -----

5 C.S.J.N., “Mill de Pereyra”, Fallos 324:3219

6 Gil Domínguez, Andrés; “En el nombre de la justicia, la memoria y la verdad”, LL 2005-C 839.

7 Cfr. Informe citado del geólogo Searal del año 2011, titulado “Afectación de la Hidrología y la Hidrogeología por causa de la Megaminería”, fs. 262/268. También Belotti, Mirta Liliana; “Minería a cielo abierto versus glaciares alerta roja”, Cuaderno de Derecho Ambiental: El Agua; Número II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, 2008, p. 175; Gutman, Nicolás; “Desafíos de la Minería en Argentina”, Suplemento de Derecho Ambiental del 22/06/2007, p. 4.

En la actualidad, la minería metalífera a cielo abierto generalmente utiliza el método de lixiviación mediante la aplicación de una sustancia química –que puede ser cianuro, mercurio u otras tales como ácido sulfúrico, que se maneja en la extracción de uranio-mezclada con agua para la separación de los metales del resto de los minerales que los contienen⁸. Por ello, recurren generalmente a embalses o represas para el almacenamiento de los productos residuales denominados diques de cola. -----

En Córdoba se sigue reconociendo la minería tradicional constituida básicamente por la explotación de minerales no metalíferos, minerales relacionados con la construcción y rocas de aplicación, del wólfram y el manganeso que son explotaciones mineras esencialmente subterráneas⁹, las que comprenden todas las actividades encaminadas a extraer materias primas depositadas debajo de la tierra, transportándolas hasta la superficie.

Ilustra sobre el tema la afirmación del Geólogo Seara, contenida en su informe incorporado a fs. 262/268 donde explica que la megaminería del tipo de la que a la fecha opera en San Juan o Catamarca, produce en un día lo que una cantera de las sierras de Córdoba en cinco meses. -----

Ello da cuenta que en la minería a cielo abierto de sustancias metalíferas, los volúmenes de materiales, uso del agua y niveles de contaminación son extraordinarios, mientras que en la no metalífera son comparativamente más pequeños y con un impacto ambiental mucho menor a lo largo del tiempo. -----

La tarea hermenéutica que traduce la acción planteada, frente a los cuestionamientos efectuados por los demandantes, gira en torno a despejar dos interrogantes.-----

En primer lugar cabe responder a la cuestión acerca de si la Provincia de Córdoba tiene competencia para dictar la Ley n° 9526 en el marco del régimen federal. Ello por cuanto los presentantes entienden que se ha excedido afectando competencias asignadas por la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 12, a la Nación. -----

⁸ Cfr. fs. 263, Informe citado del Geólogo Carlos A. Seara También Morales Lamberti, Alicia; “Prohibición de Actividades Mineras Metalíferas y de Uranio en Córdoba: Antecedentes y Contexto de Aplicación (Comentario a la Ley n° 9526 de la Provincia de Córdoba)”, Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Abril Junio 2009, Bs. As., p. 237 y sgs.; Belotti, Mirta Liliana; "Minería a cielo abierto versus glaciares alerta roja", ob. cit., p. 181.

⁹ Cfr. Legislador Marcelo Faló, Poder Legislativo de Córdoba, Diario de Sesiones, 37° Reunión, 34° Sesión Ordinaria del 24/09/2008, p. 84. Ver también “La actividad minera en la Provincia de Córdoba durante cuarenta años: 1945-1984”, Departamento de Estadísticas Mineras, Planeamiento y Control de Gestión de la Subsecretaría de Minería de la Provincia de Córdoba, Año 1985.

La segunda pregunta, en el caso de haberse respondido por la afirmativa a la primera, versará sobre la faz sustantiva del control de constitucionalidad que impone el test de razonabilidad de lo dispuesto en la norma, por cuanto ésta constituye el margen de la actividad constitucionalmente válida¹⁰.-----

PRIMER INTERROGANTE: ¿LA PROVINCIA DE CÓRDOBA TIENE COMPETENCIA PARA DICTAR LA LEY N° 9526 EN EL MARCO DE NUESTRO ESTADO FEDERAL DE GOBIERNO?-----

ORGANIZACIÓN DEL ESTADO FEDERAL: ESTADO PLURILEGISLATIVO -

Básicamente el reproche constitucional de la parte actora se dirige a sostener la falta de competencia de la Provincia de Córdoba para dictar la Ley n° 9526, en función de lo normado por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. --- -----

Así las cosas, es menester adentrarnos en el análisis de la organización de la Nación Argentina como Estado Federal integrado por provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios (arts. 5, 123 y 129 de la Constitución Nacional), lo que importa el reconocimiento de cuatro niveles diferenciados de gobierno, que se traduce en un sistema jurídico plurilegislativo, en el cual coexisten diversos ordenamientos jurídicos, emergentes del ejercicio de potestades normativas propias. -----

El ámbito de actuación de cada uno de esos ordenamientos que conforman nuestro sistema jurídico es susceptible de ser analizado a través del prisma de su dimensión espacial – principio de territorialidad-; de su dimensión material –principio de competencia- y de su dimensión jerárquica -principio de supremacía-¹¹. -----

El principio de competencia se refiere al ámbito material de producción de normas válidas, distinguiendo las materias constitucionalmente atribuidas a cada nivel de gobierno reservado o delegado, ya sea en forma exclusiva o concurrente.-----

El principio de territorialidad atiende al ámbito espacial de vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas. -----

¹⁰ Cfr. Bidart Campos, German J.; La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Bs. As., Ediar, 1987, p. 92 vta.

¹¹ Arce Janariz, Alberto; Comunidades autónomas y conflictos de leyes, Civitas, Madrid, 1987, p. 32 y ss.

El principio de supremacía, consagrado en el artículo 161 de la Constitución Provincial establece que “Los tribunales y juzgados de la Provincia en el ejercicio de sus funciones, aplican esta Constitución y los tratados interprovinciales como la Ley suprema”, concordante con el artículo 31 de la Constitución Nacional que preceptúa que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley suprema de la Nación”. -----

El citado principio constituye una regla clásica admitida por los estados federales como el nuestro, a fin de resolver los conflictos de normas, y que determina, según los casos, la prevalencia de la de mayor jerarquía en tanto no se vincule a materias exclusivas conservadas por los gobiernos locales, ya que en esta última hipótesis, cabe hacer excepción al principio de supremacía en favor de la aplicación prevalente de la norma local atinente a tal competencia exclusiva. -----

Al respecto tiene dicho la doctrina “...más que un requisito de control, la supremacía es un presupuesto del sistema que exige al ordenamiento jurídico su establecimiento en forma jerárquica, encontrándose su vértice ocupado por la Constitución”¹². -----

III.2. DERECHO DE FONDO-----

En este esquema organizacional, por imperio de la cláusula federal las provincias han delegado a la Nación, a través del artículo 75, inciso 12 de la C.N., el dictado de las normas de fondo relativas a los cuerpos normativos unificados o separados en materia civil, comercial, de minería, del trabajo y seguridad social para regir en todo el territorio del estado nacional. -----

El Código de Minería, conforme lo expone su artículo 1, rige los derechos, obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales, aludiendo a las minas como una institución jurídica de individualidad propia¹³.-----

¹² Toricelli, Maximiliano, El sistema de control constitucional argentino, Buenos Aires, Depalma, 2002, p. 37.

¹³ Cfr. De Pablos, Tomás; Código de Minería de la República Argentina Comentado, Depalma, Bs. As., 1982, p. 3.

Ello en tanto existe un régimen de derechos reales mineros que difiere del derecho común, conforme lo reconociera el codificador Velez Sarsfield en el artículo 2518 del Código Civil cuando señala que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y que comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. Entre otras diferencias, no se adquiere por vía originaria al modo civilista¹⁴. En efecto, a partir del dictado de su propia normativa las minas forman una propiedad distinta a la del terreno en que se encuentran y pertenecen al Estado como parte de su dominio (arts. 7, 8, 9, 10, 11 y cc. del Código de Minería) ¹⁵.-----

Es a dicho régimen particular y específico que se dedica el Derecho minero, cuando estudia todo lo relativo al dominio de las minas, a la adquisición, conservación o pérdida del derecho a explorar o explotar yacimientos mineros¹⁶. -----

Ahora bien, la atribución exclusiva de dictar los códigos sustantivos delegada al Poder Legislativo Federal no impide que las provincias ejerzan sobre esa materia el poder de policía de seguridad, moralidad y salubridad¹⁷. -----

LA REGLA FEDERAL AMBIENTAL A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 -----

Ahora bien, en un Estado federal la conservación y cuidado del ambiente aborda una problemática que debe ser resuelta en diferentes ámbitos geográficos y por tanto, mediante decisiones descentralizadas¹⁸.-----

Así, el reparto de competencias que realiza la Constitución Nacional respecto a la tutela del ambiente tiene matices y características propias en la tarea de discernimiento en torno a cuáles son las esferas de gobierno que tienen a cargo su regulación. -----

¹⁴ Cfr. Martinez, Victor H.; Derechos Reales en Minería, Depalma, Bs. As., 1982, p. 10.

¹⁵ Cfr. Novoa, Miguel Ernesto y Novoa, María Gabriela; Manual de Derecho Minero, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 11 y ss.

¹⁶ Cfr. Novoa, Miguel Ernesto y Novoa, María Gabriela; Manual de Derecho Minero, ob.cit., p. 11 y ss.

¹⁷ Gelli, María Angélica; Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley, Bs. As., 2003, 367.

¹⁸ Cfr. Gelli, María Angélica; "La competencia de las provincias en material ambiental", LL 1997-E, p. 805.

La introducción del artículo 41 en el texto constitucional por la Convención Reformadora del año 1994, significó un importante avance en la definición de la regla federal ambiental que regiría la materia a partir de entonces en nuestro país. -----

De esta manera, la Nación asume el compromiso de dictar el marco legal encargado de fijar a lo largo de todo el territorio nacional, sin distinción de competencias, el régimen jurídico de presupuestos mínimos en materia ambiental, de modo tal que todos los habitantes del país gocen de un piso de calidad ambiental uniforme como condición ineludible e inicial en cuanto a calidad de vida y desarrollo sustentable; denominado por destacada doctrina como derecho ambiental común¹⁹. -----

De este modo, como ya lo ha apuntado este Tribunal Superior de Justicia, la Carta Magna deposita en el Estado Nacional la prerrogativa de erigir la base o plataforma jurídica en virtud de la cual los estados provinciales y los municipios orientarán la defensa del ambiente, pudiendo adicionarle lineamientos propios, pero nunca disminuyendo los fijados por la norma nacional²⁰. -----

En mérito de dicha prerrogativa se dicta la Ley Nacional n° 25.675 que constituye una ley marco o de presupuestos mínimos. Ella desarrolla un régimen ambiental en el territorio nacional, respecto de todas las actividades que sean susceptibles de afectar el ambiente o la calidad de vida de los habitantes, incluso la minera. Precisamente en su primer artículo declara que "La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable".-----

Por otra parte, su artículo 6 entiende como presupuesto mínimo, conforme lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental.

¹⁹ Barrera Buteler, Guillermo E.; Provincias y Nación, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 477; y Lecciones de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2014, t. I, p. 324.

²⁰ T.S.J., en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, "Chañar Bonito", Sentencia n° 7 del 18/09/2007.

En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable²¹. -----

De allí que se trate de una ley estructural de la legislación específica en la materia, incluso en lo atinente a lo provincial y a lo municipal, como también lo señala la doctrina²². -----

En este nuevo marco habrán de integrarse interpretativamente la atribución asignada al Congreso de la Nación en el inciso 12 del artículo 75 del texto constitucional, en cuanto el dictado del Código de Minería no reviste la condición de un absoluto categórico en todas las materias involucradas por dicha actividad objeto de regulación, sino sólo el principio de equiparación/unificación de los aspectos relativos a la actividad minera, pero estableciendo expresamente que la misma queda sujeta a las competencias ambientales provinciales y/o locales. -----

Finalmente, la misma Constitución reconoce a las provincias el carácter de titulares incuestionables de tal facultad en materia ambiental, la que es posible definir como conservada, progresiva, concertada²³ y -finalmente- autonómica. -----

Así las cosas es manifiestamente claro que la regulación del control ambiental de la actividad minera no está limitada por el principio de unidad legislativa de la regulación minera que surge del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional²⁴. Muy contrariamente, la Corte refiere expresamente que la fuente competencial del dictado de la Ley n° 24.585 es el artículo 41 de la Constitución Nacional, con lo que aún incorporados materialmente sus preceptos al Código minero, no pierde su naturaleza sustancial de norma ambiental uniforme para todo el país que puede ser complementada localmente.-----

21 En igual sentido consultar Misión Permanente Argentina en Naciones Unidas, <http://enaun.mrecic.gov.ar/node/4486>, entrada del 19/03/2014.

22 Valls, Mario F.; Presupuestos Mínimos Ambientales, Astrea, Bs. As., 2012, p. 13.

23 Cfr. T.S.J., en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, "C.E.T.", Sentencia n° 10 del 15/08/2014; "Caminos de las Sierras", Sentencia n° 5 del 25/08/2005. También en García de Enterría, Eduardo; La revisión del sistema de autonomías territoriales: reforma de estatutos, leyes de transferencia y delegación, federalismo, Civitas, Madrid, 1988, p. 71.

24 Pinto, Mauricio; "Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza", LLGran Cuyo 2012 (abril), 239.

La Ley n° 25.675, desarrollando el régimen ambiental para toda actividad -incluso la minera- que en forma significativa sea susceptible de degradar el ambiente o la calidad de vida de la población, ha contemplado en sus artículos 11 a 13 como exigencia previa a su ejecución, el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (Ev.I.A.). -----

Para ello contempla que los interesados, con carácter de declaración jurada, realicen una manifestación en cuanto a si sus obras o actividades afectarían el ambiente. Las autoridades competentes determinarán la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (Es.I.A.), sobre el que las autoridades competentes deberán realizar una Evaluación de Impacto Ambiental (Ev.I.A.) y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados. -----

Los Estudios de Impacto Ambiental (Es.I.A.) deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos. -

Además de este esquema genérico, la Ley n° 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, refiere de manera expresa a la actividad minera, disponiendo que en dichos ámbitos queda prohibida, en particular, la exploración y explotación minera e hidrocarburíferas. Esta norma, según han sostenido sus principales promotores, es una reacción ante el nuevo tipo de minería existente en nuestro país, ya que anteriormente no se producían explotaciones a más de 4.000 mts. de altura, donde se encuentran los glaciares andinos, y ante esta nueva realidad fue necesario readecuar el marco legal, regulación que -según se afirma- no impide el desarrollo de la actividad minera salvo en una porción menor del territorio. -----

EL PODER DE POLICÍA PROVINCIAL EN MATERIA AMBIENTAL y MINERA EN ESPECIAL -----

En la Constitución histórica, la materia ambiental quedaba reservada al orden local provincial, por no constituir una de las facultades delegadas por las provincias a la órbita federal²⁵. -----

²⁵ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Dona, Edgardo Alberto; Daño Ambiental, 2° ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. 1, p. 54.

Esta situación no ha variado con la reforma del año mil novecientos noventa y cuatro, toda vez que se mantiene el reconocimiento de la potestad local para su regulación, siempre que garantice los presupuestos mínimos que establezca la Nación²⁶. -----

Tal conclusión se extrae de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente las competencias de las jurisdicciones locales para completarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales (artículo 41, párr. 3º, Constitución Nacional).-----

En concordancia con ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido²⁷. -----

De allí que en la cuestión del ambiente, la clásica asignación de competencias del gobierno federal se ha modificado en favor de los principios de complementación y de armonización, tal como los denominan las modernas tendencias de Derecho constitucional²⁸. -----

Con el mismo espíritu se ha dicho que "...la Constitución ha adherido a la concreta posibilidad de que en materia ambiental se lleve a cabo un federalismo de concertación entre la Nación y las provincias, ajeno a la tradición constitucional de nuestro país. Esa modalidad concertativa implica no un pacto federal ambiental, sino una coadyuvancia legislativa entre la Nación y las provincias. La Nación pone las bases (los contenidos mínimos) y luego las provincias complementan dichas bases con leyes locales reglamentarias, que atienden las peculiaridades provinciales de la protección ambiental"²⁹.

²⁶ Cfr. C.N.Federal en lo Contencioso-administrativo Sala I, "Schroder", Sentencia del 28/11/1996; Gelli, María Angélica; "La competencia de las provincias en material ambiental", ob. cit.

²⁷ C.S.J.N., Fallos 318:992; 329:2280 y 334:1754.

²⁸ Cfr. Gelli, María Angélica; "La competencia de las provincias en material ambiental", ob. cit.; Abalos, María Gabriela; "Ambiente y Minería: Distribución de competencias en el Federalismo Argentino", Suplemento Constitucional La Ley, Febrero 2011, 16.

²⁹ Quiroga Lavié, Humberto; "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", LL 1996-B, 950. En igual sentido; Esain, José; "Competencias ambientales y Federalismo. La complementariedad maximizante ha llegado a la justicia", publicado en Revista de Derecho Ambiental de la

Editorial Lexisnexis, número 6, abril-junio 2006; Ghersi, Carlos Alberto; Lovece, Cecilia y Weingarten, Celia; Daños al ecosistema y al medio ambiente, Astrea, Bs. As., 2012, p. 8.

Por ello, justamente, deben ser las legislaturas locales las encargadas de dictar las leyes complementarias, porque se trata de una actividad legislativa con dicho carácter, exclusiva del poder legisferante en el sistema republicano de gobierno. -----

Así lo ha reconocido en forma expresa el propio artículo 233 del Código de Minería al señalar que "...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". -----

De allí que se puedan generar válidamente mayores restricciones a dichas actividades, lo que incluye prohibir el desarrollo de procesos mineros en la modalidad de cielo abierto y la utilización de ciertas sustancias en los mismos³⁰; toda vez que se trata de promover el desarrollo humano, preservando el ambiente e imponiendo límites a toda actividad productiva que comprometa las posibilidades de satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y venideras³¹.-----

Es por eso que en su artículo 59 de la Constitución Provincial declara que: "La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social. (...). La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud". -----

En lo que respecta al ambiente, el artículo 11 de la misma Constitución establece que "El Estado Provincial resguarda el equilibrio ecológico, protege el medio ambiente y preserva los recursos naturales". -----

LA CUESTION AMBIENTAL Y MINERA EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL COMPARADO -----

³⁰ Cfr. Cafferatta, Néstor A.; "Minería y presupuestos mínimos del ambiente en un fallo ejemplar de la Corte", LL 2007-C, 108.

³¹ Gelli, María Angélica; Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, ob. cit., p. 367.

Es del caso señalar que varias han sido las provincias, que, en consonancia con la normativa aprobada en Chubut y avalada por la Corte Suprema de Justicia³², han dictado sus propias normas limitativas de la actividad minera, recurriendo para ello a las facultades conservadas en materia ambiental. -----

A tal fin podemos efectuar la siguiente reseña: -----

Chubut: la Ley n° 5001 de fecha 08/05/2003 señala en su primer artículo “Prohíbese la actividad minera metalífera en el ámbito de la Provincia del Chubut, a partir de la sanción de la presente Ley, en la modalidad a cielo abierto y la utilización de cianuro en los procesos de producción minera”. -----

La Pampa: por Ley n° 2349 de fecha 14/09/2007 se establece-----

“Artículo 1° - Prohíbese en el territorio de la provincia de La Pampa la utilización de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y toda sustancia química contaminante en el proceso de cateo, prospección, extracción, explotación, tratamiento y/o industrialización de minerales metalíferos. Artículo 2° - Prohíbese en el territorio de la provincia de La Pampa la explotación minera de minerales metalíferos a cielo abierto”. -----

Mendoza: su Ley n° 7722 del 22/06/2007 preceptúa “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”. -----

San Luis: la Ley IX 064 de fecha 17/10/2008 expresa “Artículo 1° - A los efectos de garantizar la preservación de los recursos naturales, con especial énfasis en la tutela del recurso hídrico, la biodiversidad, el ambiente y la calidad de vida de todos los habitantes, prohíbese en el territorio de la Provincia de San Luis, el uso de sustancias químicas como cianuro, cianuro de sodio, bromuro de sodio, yoduro de sodio, mercurio, ácido sulfúrico,

³² C.S.J.N., Sentencia del 17/04/2007, en la causa “Villivar”, Fallos 330:1791.

ácido clorhídrico, ácido fluorhídrico, ácido nítrico, amonio, carbonato y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de prospección, cateo, exploración, explotación, beneficio y/o industrialización, de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo”. -----

Tucumán: la Ley n° 7879 del 20/04/2007 reza “Artículo 1° - Prohíbese la actividad minera metalífera en el ámbito de la Provincia de Tucumán, a partir de la sanción de la presente ley, en la modalidad a cielo abierto y la utilización de cianuro y mercurio en los procesos de producción minera”. -----

III.6. LA JURISPRUDENCIA-----

La Corte Suprema de Justicia se pronunció en la trascendente causa "Villivar"³³ y 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. -----

Además de ello, en dicho pronunciamiento judicial se hace expresa referencia a la Ley n° 5001 de Chubut -la que prohíbe la explotación minera a cielo abierto y mediante la utilización de cianuro-, entendiéndose válida esta regulación provincial que expande el contenido tuitivo ambiental por encima de las leyes n° 25.675 y n° 24.585, sin considerar que ello importare una contradicción con la normativa minera de fondo. -----

LA CUESTIÓN AMBIENTAL QUE ENCARNA LA LEY FRENTE AL BLOQUE CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA-----

En el escenario descripto es sencillo apreciar que la Ley n° 9526, cuya tacha de inconstitucionalidad se pretende, tiene un claro designio ambiental. -----

Manifiesta en su exposición de motivos, entre otras consideraciones, que “...la explotación de los minerales metalíferos en particular en la modalidad de cielo abierto genera impactos sociales y ambientales de corto, mediano y largo plazo, provocan alteraciones geomorfológicas de alto impacto ambiental, con la consecuente pérdida de biodiversidad a nivel local y regional”. De igual modo en los debates se precisó que “...la

33 C.S.J.N., Fallos 330:1791, Sentencia del 17/04/2007.

aprobación de esta ley es un medio para proteger nuestro medioambiente y la salud de nuestros hermanos argentinos”³⁴. -----

A partir de la realización de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992, se declaró el derecho humano al ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo. Como señala Lorenzetti, el ambiente “...se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso”³⁵. -----

En el ordenamiento argentino, basta remitirse a los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional que han incorporado la denominada cláusula ambiental que recepta el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Ello por cuanto lo contemplan como un bien jurídicamente protegido y, en consecuencia, en un derecho fundamental³⁶. -----

Se aclara que el fin mediato de su protección no es el cuidado de la naturaleza en sí misma, sino el del hombre y el afianzamiento de su dignidad mediante la tutela de sus condiciones vitales; por ello el bien jurídicamente protegido es el ambiente en sus factores ecológicos y culturales³⁷. Pero queda claro que, si bien se persigue la protección del bien jurídico ambiente, ello es a los fines del interés del hombre³⁸.-----

Así se pronuncia la Declaración de Río de Janeiro en su primer principio al sostener que “...los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. -----

³⁴ Legisladora Nancy Fabiola Lizzul, Poder Legislativo de Córdoba, Diario de Sesiones, 37° Reunión, 34° Sesión Ordinaria del 24/09/2008, p. 89.

³⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis; “Protección jurídica del ambiente”, La Ley 1997-E, 1463.

³⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis; “Protección jurídica del ambiente”, ob. cit.

³⁷ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Dona, Edgardo Alberto; Daño Ambiental, ob. cit., p. 402.

³⁸ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Dona, Edgardo Alberto; Daño Ambiental, ob. cit., p. 424.

Un ambiente sano y digno constituye la condición primordial para la existencia física y psíquica del hombre. De allí, la relación directa entre la protección del ambiente y el derecho a la vida³⁹. -----

Como ha señalado este Tribunal Superior de Justicia, las cláusulas constitucionales citadas presuponen a la salud como un valor incorporado, toda vez que regulan situaciones específicas, en las cuales el derecho allí consagrado, y la protección dispuesta, si bien se focalizan en los llamados intereses de incidencia difusa, sólo pueden sustentarse en la salud como bien constitucionalmente protegido por representar un interés estadual fuerte⁴⁰.-----

Por otra parte, las nociones de progreso económico y justicia social incorporadas en el inciso 19 del artículo 75 de la C.N. consolidan la naturaleza constitucional del derecho a la salud. Ambas expresiones, como fin asignado al accionar de los poderes públicos, exigen ponderar prioridades básicas que deben ser satisfechas, y entre ellas la salud adquiere una relevancia sustantiva⁴¹. -----

LA CUESTIÓN MINERA EN EL ESTADO PLURIFEDERAL. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DIFERENTES-----

Al abrigo de tales consideraciones cabe adentrarse de lleno en el análisis de la cuestión planteada en orden al supuesto conflicto entre las normas en pugna, esto es el Código de Minería y la Ley Provincial n° 9526, según sostuvieran los actores.-----

En este andarivel, la tarea de concretar el control de constitucionalidad implica necesariamente compulsar las disposiciones normativas vigentes a los efectos de verificar si realmente se puede constatar la existencia de una contradicción manifiesta, indudable e insalvable entre éstas, de modo tal que sea verdaderamente insostenible mantener la vigencia de ambos preceptos simultáneamente. -----

³⁹ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Dona, Edgardo Alberto; Daño Ambiental, ob. cit., p. 424.

⁴⁰ T.S.J., en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, “Rojo Rouviere”, Sentencia n° 1 del 12/04/2005. En igual sentido ver Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B.; “Teoría y Realidad de la Tutela Jurídica del Ambiente”, LL 2007-F, 821.

⁴¹ T.S.J., en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, “Rojo Rouviere”, Sentencia n° 1 del 12/04/2005.

Al comenzar el cotejo se aprecia que el Código de Minería y la Ley n° 9526 tienen ámbitos diferentes de abordaje de la minería, y por tanto, están llamados a actuar en planos diferentes referidos a ésta. -----

Como se observa de los considerandos precedentes, se trata de dos categorías de normas diferentes. Una responde al artículo 75, inciso 12, y la otra al artículo 41, ambos de la Constitución Nacional. -----

Al respecto la doctrina explica que las normas de presupuestos mínimos se refieren a temáticas que exceden el derecho común⁴². Mientras el código de fondo regirá las relaciones jurídicas que surjan de la actividad minera así como los derechos y obligaciones derivados de las mismas; la ley provincial nos marcará las técnicas que no es posible utilizar en su ejercicio. -----

Las diferencias en el vocabulario técnico puestas de manifiesto por los actores en su escrito visibilizan esta perspectiva dual y la finalidad diversa que ambos cuerpos normativos persiguen. -----

Así, la lectura de las proposiciones normativas en torno a la categorización de las minas formulada por el Código de Minería es jurídica a fin de su sometimiento a un régimen legal específico⁴³. Este plexo codificador, como bien lo señala su primer artículo, está llamado a regir el derecho de fondo, es decir, el régimen dominial de las minas en función de las tres categorías que establece las obligaciones y las relaciones entre mineros y superficiarios, así como los procedimientos referentes a la exploración y explotación, entre otras cuestiones. -----

Si bien en virtud de la Ley n° 25.585 de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cinco se incorporó un capítulo destinado a la protección ambiental para la actividad minera, éste constituye un piso mínimo de tuición que puede ser reforzado por los ámbitos locales en función de su competencia en la materia ambiental de la que gozan y que están obligados a proteger, conforme el análisis efectuado precedentemente

⁴² Cafferatta, Néstor A.; "Minería y presupuestos mínimos en un fallo ejemplar de la Corte", ob. cit., con cita de Quirogá Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel; Cenicacelaya y María de las Nieves; Derecho Constitucional Argentino, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. 2, p. 987.

⁴³ Cfr. Novoa, Miguel Ernesto y Novoa, María Gabriela; Manual de Derecho Minero, ob.cit., p. 11 y ss.

del artículo 41 de la Constitución Nacional. Así lo ha entendido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁴. -----

A su vez, como ya se señalara, el Código de Minería reconoce dicha distribución de competencias en su artículo 233 al disponer que la actividad minera debe sujetarse a la normativa que se dicte como consecuencia de lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional. -----

Al respecto expone la doctrina que " es manifiestamente claro que la regulación del control ambiental de la actividad minera no es limitado por el Principio de unidad legislativa de la regulación minera que surge del artículo 75 inc. 12 CN. Muy contrariamente, la Corte refiere expresamente que la fuente competencial del dictado de la Ley 24.585 es el artículo 41 CN, con lo que aún incorporados materialmente sus preceptos al Código minero no pierde su sustancial naturaleza de norma ambiental uniforme para todo el país que puede ser complementada localmente"⁴⁵. -----

De las consideraciones efectuadas surge con claridad que lejos de repelerse, ambas leyes participan del principio federal de complementación, armonizándose unas con otras en pos de la adecuada regulación de las cuestiones ambientales que trasunta la minería. En palabras de Bidart Campos, en materia ambiental las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para completar lo máximo⁴⁶. -----

En una palabra, en el caso cobra vida el paradigma de la complementariedad postulado por la Constitución de mil novecientos noventa y cuatro, en cuestiones que desbordan los intereses de toda la comunidad⁴⁷. -----

44 C.S.J.N., Fallos 330:1791 del 17/04/2007 en "Villivar".

45 Pinto, Mauricio; "Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza"; ob.cit. En igual sentido Morales Lamberti, Alicia; "Prohibición de Actividades Mineras Metalíferas y de Uranio en Córdoba: Antecedentes y Contexto de Aplicación (Comentario a la Ley n° 9526 de la Provincia de Córdoba)", ob.cit., p. 237 y ss.

46 Cfr. Bidart Campos, German; Manual de la Constitución Reformada, t. 2, Ediar, Bs. As., 1999, p. 90.

47 Cfr. Gelli, María Angélica; "La competencia de las provincias en material ambiental", ob. cit.; Rodríguez Salas, Aldo; "Consideraciones sobre la vigencia de las nuevas normas ambientales", Revista del Foro de Cuyo, t. 36, 1999, p. 65, citado por Pinto, Mauricio; "Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza"; ob.cit.

Queda claro entonces, como ya lo ha señalado la doctrina, que el régimen de tutela ambiental en torno a la actividad minera es establecido en un complejo entramado de normas, constituido por el Código Minero, las leyes de presupuestos mínimos y las normas complementarias locales, tales como la Ley n° 9526. Así, la actividad minera está sujeta a dichos diferentes órdenes normativos⁴⁸. -----

Igual tesitura adopta la Misión Argentina ante Naciones Unidas al señalar “En cumplimiento del mandato Constitucional mencionado anteriormente, el estado nacional crea el Sistema Ambiental Minero Preventivo; conformado por dos Marcos interrelacionados: 1) el Marco Jurídico Ambiental Minero, conformado por el Código de Minería de la Nación, la Normativa Complementaria, los Anexos y los presupuestos mínimos...”⁴⁹.-----

Ello en tanto como ya lo apuntara Arturo M. Bas en el gobierno federal los centros de autoridad tienen un campo diferente de acción, se armonizan y balancean sin menoscabarse⁵⁰. -----

III.9 CONCLUSIÓN -----

La Ley n° 9526 ha sido dictada dentro de las competencias propias de la Provincia de Córdoba en materia ambiental, constituyendo una norma complementaria a las nacionales en materia minera y que hace esencialmente al ejercicio del poder de policía reglamentario relativo a la cuestión ambiental. -----

SEGUNDO INTERROGANTE: ¿LA LEY N° 9526 RESPONDE A ESTÁNDARES DE RAZONABILIDAD? -----

Sentado lo anterior, a los fines de completar el escrutinio de constitucionalidad de la cuestión traída a examen, la labor ponderativa debe proseguir centrándose en la aplicación del principio de razonabilidad a la luz del artículo 28 de la Constitución Nacional. -----

ESCRUTINIO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMATIVA OBJETADA----

⁴⁸ Cfr. Pinto, Mauricio; "Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza"; ob. cit. Cafferatta, Néstor A.; "Minería y presupuestos mínimos del ambiente en un fallo ejemplar de la Corte", LL 2007-C, 108.

⁴⁹ Misión Argentina ante Naciones Unidas, <http://enaun.mrecic.gov.ar/node/4486>, entrada del 19/03/2014.

⁵⁰ Cfr. Bas, Arturo M.; Conferencias, Dominici, Córdoba, 1909, p. 7

El poder de policía, en cualquiera de sus ámbitos y como potestad reguladora del ejercicio de los derechos, debe fundar su ejercicio en el principio de razonabilidad, de modo tal que sus disposiciones resulten proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas. -----

La inalterabilidad de los derechos a través de las normas que reglamenten su ejercicio surge claramente de las previsiones contenidas en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Es que el Estado sólo podrá establecer legítimamente restricciones a los derechos cuando y en la medida en que razones de bien común así lo requieran, lo cual ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a afirmar que la medida al respecto está dada por la razonabilidad de la restricción⁵¹. Será razonable sólo si está justificada, y resulta adecuada y proporcionada al fin perseguido, lo cual deberá juzgarse no sólo en atención a las circunstancias que existían al momento de la sanción de la norma, sino también y muy especialmente en el contexto de las que se dan al tiempo de juzgarse cada caso concreto, puesto que la alteración de las circunstancias puede hacer que una solución legal que pudo haber sido legítima en su origen, con el transcurso del tiempo se torne irrazonable⁵². -----

Por lo tanto, para juzgar si las restricciones impuestas por la Ley n° 9526 resultan razonables o no, se impone llevar adelante el análisis de su justificación, adecuación y proporcionalidad en atención a las circunstancias existentes al momento de la presente resolución judicial. -----

En su proyección actual, la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia es una técnica que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, en base a un criterio mitad racional y mitad justo, pudiendo relacionarse con las más diversas modalidades del ejercicio de la función pública. -----

Es atinente al respecto la doctrina que sostiene que " si la razonabilidad de las leyes es la adecuación de todos sus factores con el sentido constitucional, esto significa que tanto las circunstancias del caso tenidas en cuenta por el legislador, como los medios elegidos y los fines propuestos, deben guardar una proporción entre sí (razonabilidad interna del acto) y, además, que las leyes deben ajustarse al sentido constitucional formado

⁵¹ Barrera Buteler, Guillermo E.; Lecciones de Derecho Constitucional, ob. cit., t. I, p. 170.

⁵² C.S.J.N., Fallos 316:3104; 317:756; 321:1058 y 322:232.

por los motivos tenidos en cuenta por el constituyente, por los fines propuestos, por los valores jurídicos fundamentales y por los medios previstos (razonabilidad externa del acto). De modo tal que la restricción (reglamentación) de los derechos previstos en la Constitución (los derechos no son absolutos), no excedan el límite que asegure la subsistencia de los mismos"53. -----

La proporcionalidad se desenvuelve siempre en la relación medios-fines; significando la adecuación de la actividad administrativa al fin que determina el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad se refiere a la justificación teleológica de la medida administrativa adoptada, autorizando la distinción de tratamiento en razón de los objetivos que con ella se persiguen54. -----

Al respecto ha dicho nuestra Corte Suprema que "...el Juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión y ello sólo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presenten"55. -----

Es por ello que este Tribunal Superior no dudó en sostener que la razonabilidad implica congruencia, proporción, adecuada relación de medio a fin; mientras que el exceso identifica lo irrazonable pleno56. -----

IV.2. LA JUSTIFICACIÓN -----

Una restricción es válida sólo cuando hay un motivo u objetivo que la justifique, siempre que éste tenga por finalidad la satisfacción de una exigencia del bien común. En el caso de la norma sub examine, el mismo consistiría en amparar un uso razonable del agua y mantener en niveles aceptables los efectos contaminantes de determinadas y puntuales actividades, prácticas y procesos mineros; para lo cual ha tenido en cuenta muy especialmente que el método de lixiviación química resulta inaceptable desde la perspectiva ambiental contemporánea. -----

53 Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; y Cenicacelaya, María de las Nieves; Derecho Constitucional Argentino, ob. cit., p. 768.

54 Cfr. Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; y Cenicacelaya, María de las Nieves; Derecho Constitucional Argentino ob. cit., p. 768.

55 C.S.J.N., Fallos 305:1163, "Perez Carletti" de fecha 01/01/1983, disidencia de los Dres. Adolfo R. Gabrielli y Abelardo F. Rossi.

56 T.S.J., Sala Laboral, "Moyano", Sentencia n° 149 del 07/10/2004.

No cabe duda alguna que el fin explícitamente perseguido por el legislador encuadra en la noción de bien común, especialmente teniendo en cuenta las particularidades geográficas y climatológicas de la provincia de Córdoba, además de su perfil fuertemente turístico. -----

En efecto, en los debates de la Ley n° 9526 se valoró en particular que en la Provincia de Córdoba el abastecimiento de agua potable se genera en mayor porcentaje de fuentes superficiales originadas en la zona serrana. A partir de tal circunstancia "...se estima necesario referir cómo las cuencas hídricas superficiales y subterráneas se ven comprometidas por la minería a cielo abierto de minerales metalíferos, la cual consume grandes cantidades de agua y al mismo tiempo es considerada como potencial contaminante de las cuencas, comprometiendo en definitiva el agua para consumo humano, ya que, la localización de esta actividad minera, en cabeceras de cuenca se traduce en un rápido traslado de contaminantes a las zonas de impacto. Que el drenaje de productos ácidos es el mayor problema ambiental conocido por esta actividad minera, ya que los mismos son transportados por viento, lluvia y agua de las corrientes superficiales y depositados en arroyos, ríos y mantos acuíferos siendo causal de destrucción de la vida acuática y contaminación del agua. Que la potencial o eventual actividad vinculada a minerales metalíferos de tipo 'diseminado' y a minerales nucleares se asentaría principalmente en áreas del ambiente serrano de la provincia, caracterizado por unas condiciones climáticas frescas y húmedas, aptas para diversas actividades humanas, por lo cual en general son zonas que distan de constituir 'desiertos demográficos'. Por el contrario son asiento de numerosas poblaciones dispersas y pequeñas, además de presentar zonas de mayor densidad vinculadas con ámbitos más aptos para el uso residencial como lo son los valles interserranos. Muy diferente resulta el panorama de las condiciones de otras regiones mineras cordilleranas del país, cuya rigurosidad climática hace de esos parajes un área poco apta para el uso residencial. Esas condiciones climáticas le confieren además una relativa riqueza hídrica, que constituye uno de los principales valores para el territorio de la provincia. En el área serrana, lluviosa y con sustrato impermeable, nacen la mayoría de los cursos de agua que abastecen las necesidades de más del 80 % de la población provincial, además de sostener una densa trama de ecosistemas acuáticos y ribereños. Si a estos

conceptos, sumados al hecho de que la mayor parte de la población de la provincia se provee del recurso agua a partir de las cuencas hídricas y que es de público conocimiento el problema de la escasez del mismo, es altamente riesgoso el permitir la minería a cielo abierto de minerales metalíferos que consume grandes cantidades de agua y a su vez contamina cuencas hídricas y napas con sustancias químicas contaminantes que en definitiva irían a parar al consumo humano”⁵⁷. -----

IV.3. LAS CONSECUENCIAS AMBIENTALES DE LA MINERÍA A CIELO ABIERTO Y DEL USO DE SUSTANCIAS DE ALTA TOXICIDAD -----

Los proyectos en el sector extractivo tienen un gran impacto en todos los ámbitos: a nivel mundial, en el cambio climático y la biodiversidad; a nivel de país, en la gobernabilidad y la gestión de los ingresos; y a nivel local, en el medio ambiente y las comunidades⁵⁸. -----

A poco que se analice el tema se puede observar que existe consenso en la literatura respecto a que ninguna actividad industrial es tan agresiva al ambiente como la minería metalífera a cielo abierto⁵⁹. Se trata de actividades con huellas ambientales de relevancia durante muchos años. -----

Es por ello que el Poder Legislativo, en oportunidad del dictado de la ley examinada, señaló que “Las actividades de explotación minera de minerales metalíferos y nucleares produce graves daños, como la contaminación de los cursos de agua y su impacto sobre las comunidades vecinas que se ven afectadas en el suministro de este elemental y vital elemento, tanto para el consumo humano como para los restantes seres vivos”⁶⁰. -----

⁵⁷ Legislador Marcelo Faló, Libro de Sesiones, 37° Reunión, 34° Sesión Ordinaria del 24/09/2008, p. 114. <http://www.legiscba.gob.ar/Temp/10779E08.pdf>, entrada del 05/03/2014.

⁵⁸ Cfr. Banco Mundial, <http://www.bancomundial.org/temas/resenas/extractivas.htm>, entrada del 17/03/2014; Grupo de Análisis de los Impactos de la Minería (G.A.I.M.), <http://gaiim.blogspot.com.ar/p/declaracion-de-londres.html> entrada del 21/03/2014; Grupo de Estudio en Minería y Medioambiente, <http://www.aulados.net/GEMM/GEMM.html>, entrada del 21/03/2014 y Antonelli, Mirta Alejandra; “Megaminería, desterritorialización del Estado y Biopolítica”, Rev. Astrolabio, Nva. Época n° 7, Córdoba, 2011, p. 12/17, <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/592/3171>, entrada del 03 de abril de 2014. ⁵⁹ Cfr. Belotti, Mirta Liliana; “Minería a cielo abierto versus glaciares alerta roja”; ob. cit., p. 177.

⁶⁰ Legisladora Alejandra Matar, Poder Legislativo de Córdoba, Diario de Sesiones, 37° Reunión, 34° Sesión Ordinaria del 24/09/2008, p. 114.

De igual modo se apuntó en sus fundamentos “La explotación de los minerales metalíferos en particular, en la modalidad a cielo abierto genera impactos sociales y ambientales de corto, mediano y largo plazo, provocan alteraciones geomorfológicas de alto impacto ambiental, con la consecuente pérdida de biodiversidad a nivel local y regional”⁶¹. -----

El Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba ha señalado al respecto que está verificado empíricamente, y así lo sostienen la mayoría de los informes recogidos, que la actividad minera que se desarrolla a cielo abierto con utilización de procedimientos químicos daña severamente el ambiente y en consecuencia a los seres humanos⁶².-----

En similares términos se pronunció la Universidad Nacional de Luján señalando “Que la actividad minera a cielo abierto provoca contaminación del aire, del agua y de los suelos y que dicha contaminación tiene graves consecuencias para la salud del ambiente, de las personas y de los animales que habitan los lugares cercanos al yacimiento”⁶³. -----

Repárese que de la información disponible surge que la técnica minera denominada “a cielo abierto” y las sustancias químicas utilizadas en ésta, generarían inconmensurables cantidades de residuos. Ello se deduce de considerar, como lo afirma el Parlamento Europeo, que es necesario extraer una tonelada de menas de baja calidad para producir dos gramos de oro⁶⁴. A modo de ejemplo, en Argentina, el proyecto Minero propulsado por la Minera Agua Rica, conforme surge del resumen ejecutivo del estudio de impacto ambiental publicado en su página web y presentado ante la autoridad minera, y del voto del Dr. Lorenzetti en la causa “Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c. Provincia de

61 Poder Ejecutivo, Mensaje de elevación del proyecto incorporado al Diario de Sesiones, 37° Reunión, 34° Reunión Ordinaria del 24/09/2008, p. 168.

62 U.N.C., Consejo Superior; Resolución n° 1308 del catorce de diciembre de dos mil nueve, http://www.digesto.unc.edu.ar/consejo-superior/honorable-consejo-superior/resolucion/1308_2009, entrada del 11/03/2014; http://www.digesto.unc.edu.ar/cienciaseconomicas/honorable-consejo-directivo/resolucion/463_2009, entrada del 11/03/2014.

63 U.N.Lu., Consejo Superior, Resolución n° 502 del diecisiete de diciembre de dos mil nueve <http://resoluciones.unlu.edu.ar/documento.frame.php?cod=23450>, entrada del 12/03/2014.

64 Cfr. Considerandos de la Resolución del Parlamento Europeo de 05/05/2010 sobre la prohibición general del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro de la Unión Europea; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0145+0+DOC+XML+V0//ES>; entrada del 31/03/2014.

Catamarca - amparo ambiental”⁶⁵, “...durante la operación regular, la mina producirá un estimado de 90.000 toneladas de mena por día. La mena será transportada desde el open pit hacia el área de chancado primario, donde el mineral será chancado hasta un diámetro de 150 milímetros. La mena chancada alimentará el sistema de cintas transportadoras, que transportarán la mena desde el área de la mina hasta la planta de proceso. A través de la vida económica del Proyecto Agua Rica, se removerán del open pit 1.556 millones de toneladas de roca estéril”⁶⁶. Ello es de suma relevancia a la luz de lo señalado por la Segunda Conferencia Internacional sobre Pasivos Ambientales Mineros (PAM)⁶⁷, en tanto, una de sus conclusiones centrales fue la percepción unánime de que los pasivos ambientales mineros (PAM), representan un riesgo para el desarrollo sostenible de la sociedad y la futura competitividad de los países en el mercado de minerales, además de constituir un riesgo real para la salud humana⁶⁸. -----

Coincidentemente la doctrina expone entre los posibles efectos de impacto ambiental causado por la minería a cielo abierto, los siguientes: a) Afectación de la superficie, b) Afectación del entorno en general, c) Contaminación del aire, d) Afectación de las aguas superficiales, e) Afectación de las aguas subterráneas o freáticas, f) Afectación de los Suelos, g) Impacto sobre la flora, h) Impacto sobre la fauna, i) Impacto sobre las poblaciones, j) Impacto en el microclima, k) Impacto escénico posterior a la explotación, entre otros⁶⁹.-----

65 C.S.J.N, Fallos 335:387 del 14/04/2012.

66 Sitio Minera Agua Rica LLC, Sucursal Argentina, Proyecto Agua Rica, Informe de Impacto Ambiental, Resumen Ejecutivo, Abril 2007, fs. 1/60, http://www.aguarica.com.ar/informe_de_impacto_ambiental, entrada del 28/03/2014.

67 Organizada por el Instituto de Geociencias y Recursos Naturales (BGR) de la República Federal de Alemania, el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) de Chile y la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe entre el 3 y 4 de mayo del 2005, que se celebró en la sede de la CEPAL, Santiago de Chile.

68 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL-ONU), Segunda Conferencia Internacional sobre Pasivos Ambientales Mineros, (PAM) <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/drni/noticias/seminarios/5/21295/P21295.xml&xsl=/drni/tpl/p36f.xsl&base=/drni/top-bottom.xslt>, entrada del 21/03/2014.

69 Cfr. Belotti, Mirta Liliana; "Minería a cielo abierto versus glaciares alerta roja"; ob. cit., p. 177 y ss.

Se afirma que la lixiviación con sustancias tóxicas tales como el cianuro causa daños ambientales a corto o mediano plazo, debido a los accidentes que pueden producirse⁷⁰. Y a largo plazo, debido a los desechos inyectados en las escombreras, la movilización de metales pesados o la generación de drenajes ácidos. Los efluentes industriales altamente contaminantes quedan depositados en grandes embalses que corren peligro permanente de filtraciones. Conforme da cuenta el debate de la ley cuestionada, un informe de la Dirección Provincial de Minería de Mendoza evidencia que todos los diques de cola filtran, pues reconoce que empleando todos los adelantos tecnológicos (geomembranas, recubrimientos con arcillas, etcétera) únicamente se disminuye la posibilidad de infiltración de los cuerpos de agua subterráneos⁷¹. -----

La cantidad de accidentes de los que da cuenta la historia de la minería, constituye una de las razones por las cuales el Parlamento de la Unión Europea propulsó la prohibición de este método minero en su Resolución del 05 de mayo de 2014. Señala dicho organismo en el instrumento aludido, que en los últimos treinta años los accidentes con cianuro han sido una constante en dichos emprendimientos. Hace alusión especialmente al derrame de agua contaminada con cianuro en el año dos mil desde el embalse de una mina de oro al sistema fluvial Tisza Danubio, cuando se vertieron más de cien mil centímetros cúbicos. Asimismo se hace hincapié en que no existe ninguna garantía de que dichos episodios no se vuelvan a producir, siendo que los proyectos mineros a gran escala que utilizan cianuro usan varios millones de kilogramos de cianuro de sodio al año, por lo que un fallo en su transporte y almacenamiento puede tener consecuencias catastróficas⁷². -----

Idénticas advertencias efectuaron los legisladores durante el debate de la ley que aquí se cuestiona, oportunidad en la que mencionaron, entre otros antecedentes, que la Organización Panamericana de la Salud comprobó "...la desaparición de toda vida acuática a lo largo de cuatro kilómetros; mina de oro de Oid Quarry, Nevada, EEUU; se

70 Cfr. Belotti, Mirta Liliana; "Minería a cielo abierto versus glaciares alerta roja"; ob. cit., p. 184.

71 Mendoza, Dirección Provincial de Minería, Nota N 255-DPM de la Dirección Provincial de Minería

72 Cfr. considerandos de la Resolución del Parlamento Europeo del 05/05/2014 sobre la Prohibición General del Uso de las Tecnologías Mineras a Base de Cianuro de la Unión Europea; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0145+0+DOC+XML+V0//ES>; entrada del 31/03/2014.

derramaron un millón de litros de desechos de cianuro en 1997; mina de zinc Los Frailes, España; la ruptura de un dique de cola originó un derrame de ácido generando grave mortandad de peces, abril de 1998; Mina Homestake; Whitewood Creek, Back Hills, Dacota del Sur”73. -----

Ilustra sobre la cuestión la "Declaración de Berlín sobre el cianuro"74, cuando alude a los accidentes de este tipo de actividad minera en la que se utiliza cianuro, tales como la rotura de diques, pérdidas, accidentes de transporte (por ejemplo: Summitville, Colorado/USA 1993; Harmony Mine, Sudáfrica 1994; Manila, Filipinas 1995; Omai, Guayana 1995; Homestake Mine South Dakota, USA 1996; Gold Quarry Mine Nevada territory of Western Shoshone, USA 1997; Kumtor, Kirgistan 1998; Baia Mare, Rumania 2000). -----

Otro ejemplo lo constituye la rotura de un dique de relaves de la mina El Porco, en Potosí, Bolivia, el 28 de agosto de 1996, como consecuencia de lo cual 260.000 toneladas de barros fueron volcadas sobre un afluente del Río Pilcomayo dentro de cuya masa había unas 600 toneladas de arsénico, cianuro, plomo y mercurio75.-----

A esta incompleta lista de accidentes ambientales registrados a lo largo del planeta por la tecnología de la minería metalífera a cielo abierto y la lixiviación con sustancias tóxicas, se suma con dirimencia lo afirmado por organismos internacionales en sentido que los avances tecnológicos no pueden garantizar la seguridad de las minas76. -----

Todos estos antecedentes han llevado a la National Wildlife Federation de los Estados Unidos a señalar que las minas que utilizan estas técnicas constituyen bombas de

73 Legislatura de Córdoba, Diario de Sesiones, 37º Reunión, 34º Sesión Ordinaria del 24/09/2008, p. 149.

74 Fue el documento corolario de la reunión de un grupo de científicos en Berlín <http://korte-goldmining.infu.uni-dortmund.de/berldeclit.html>; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Medio Ambiente y calidad de vida”, http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/medio/estudios_pdf_medio/Medio%20Ambiente%20y%20C.V.%20%20Nro%2020.pdf, Observatorio Lationamericano de Conflictos Ambientales, <http://www.olca.cl/oca/argentina/cianuro00.htm>; entrada del 30/03/2015.

75 Diario Clarín, edición del 23/10/1996, “El derrame de barro tóxico en Bolivia amenaza toda la cuenca del Pilcomayo” <http://edant.clarin.com/diario/96/10/23/E-04001d.htm>, entrada del 31/03/2014.

76 Cfr. considerandos de la Resolución del Parlamento Europeo de cinco de mayo de dos mil diez sobre la prohibición general del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro de la Unión Europea, <http://www.iberica2000.org/es/Articulo.asp?Id=541>, entrada del 12/03/2014.

tiempo para el ambiente⁷⁷. -----

En igual línea se ha sostenido que "...el final del ciclo de vida de una mina es generalmente cientos de hectáreas arrasadas y desforestadas, fuentes de aguas contaminadas, lugares que son considerados entre los más contaminados del mundo"⁷⁸. ----

En lo que atañe específicamente a la utilización del cianuro, la mencionada "Declaración de Berlín sobre el cianuro" explica que "1. Críticos análisis científicos (especialmente eco-química, en ecosistemas biogeográficos, hidrológicos y geoquímicos) demuestran enfáticamente que el proceso de cianuro para la extracción de oro no puede ser aceptado, por sus daños irreversibles al ecosistema. La tecnología necesaria para la seguridad (como desintoxicación, neutralización, reducción en la capacidad del ecosistema contra otros metales pesados) está disponible sólo en forma limitada. No puede garantizar una minería de oro segura. Considerando la economía, conservación del agua, química y protección de la naturaleza, las minas de oro usando cianuro a cielo abierto no es autorizado bajo las leyes de Alemania y de la Comunidad Económica Europea. La Tecnología para reducir el riesgo no es manejable y no puede ser controlada. 2. Análisis de los ecosistemas en los sitios de operaciones demuestran que en zonas tropicales y subtropicales hay una ocurrencia periódica de crisis. La Tecnología para reducir el riesgo no es manejable y no puede ser controlada. 3. Los análisis económicos indican que las actividades de los principales productores de oro (...) están concentradas en países y regiones con bajos costos de producción e insuficientes estándares legales y de control. (...). 4. Análisis de los efectos sociales sobre las personas y sobre las condiciones humanitarias demuestran que no hay efectos positivos en la extracción de oro utilizando el proceso de cianuro. Ganancias de corto plazo (más trabajo) son siempre seguidas de una permanente caída de calidad de vida comparada con los estándares previos. 5. Este balance negativo demuestra que la extracción de oro con cianuro contradice permanentemente la Declaración de Río. La mina destruye, a largo plazo, las necesidades básicas de vida y ponen en peligro una alimentación

⁷⁷ Cfr. Belotti, Mirta Liliana; "Minería a cielo abierto versus glaciares alerta roja", ob. cit., p. 182 y ss.

⁷⁸ Gutman, Nicolás; "Desafíos de la Minería en Argentina", LL, Suplemento de Derecho Ambiental del 22/06/2014, 4.

adecuada”79. -----

Por su parte el Parlamento Europeo, en la ya referenciada resolución de fecha 05 de mayo de 2010, ha señalado que la alta toxicidad y reactividad del cianuro se filtra, que puede acabar contaminando ríos subterráneos, y en ocasiones incluso ha envenenado afluentes cercanos, a punto tal que ha sido clasificado como uno de los principales contaminantes que puede tener un impacto catastrófico e irreversible en la salud humana y en el ambiente80. En iguales términos se pronuncia estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas81. -----

Es por dichas razones que los autores han considerado que legislación actual debiera poder incorporar las lecciones de lo que a un muy alto costo social y ambiental ya sucede en otras latitudes. Verbigracia, según el gobierno de los Estados Unidos el costo de la limpieza de las minas abandonadas se prevé en 32.000 millones de dólares, y la reparación y mitigación de la contaminación de una sola mina puede alcanzar con facilidad los 50 millones de dólares82. -----

Repárese que ya en mil novecientos setenta y dos, la Conferencia de Naciones Unidas reunida en Estocolmo postulaba sobre el medio humano: “Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves e irreparables a los ecosistemas” (Principio Seis)83. -----

Vale destacar que el Parlamento Europeo ha afirmado que la prohibición general del uso del cianuro es el único medio para lograr la protección de los recursos hídricos y la

79 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Medio Ambiente y calidad de vida”, http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/medio/estudios_pdf_medio/Medio%20Ambiente%20y%20C.V.%20%20Nro%2020.pdf, Sitio de Salvatierra, <http://korte-goldmining.infu.uni-dortmund.de/berldeclit.html>; <http://salvatierrard.wordpress.com/about/>, entrada del 31 de marzo de 2014.

80 Sitio del Parlamento Europeo, Textos aprobados, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0145+0+DOC+XML+V0//ES>, entrada del 06/03/2014.

81 Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo del 23 de octubre de 2000 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:327:0001:0072:es:PDF>, entrada del 11/03/2014.

82 Gutman, Nicolás; "Desafíos de la Minería en Argentina", ob. cit.

83 Derecho Internacional, <http://www.dipublico.com.ar/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf>, entrada del 4/04/2014.

diversidad biológica. Ésta ha sido la solución que ha postulado dicho organismo cuando en Bruselas dictó la Resolución de referencia⁸⁴, mediante la cual pide a la Comisión que proponga la prohibición completa del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro en la Unión Europea antes de finales de dos mil once, al sostener que es la única forma segura de proteger los recursos hídricos y ecosistemas de la contaminación por cianuro procedente de las actividades mineras. En definitiva, al prohibir las técnicas mineras que utilizan el cianuro, que es el elemento mediante el cual se desarrolla la minería a cielo abierto, se está bregando por la prohibición misma de dicha práctica minera en Europa. -----

De igual modo, en el derecho comparado la tendencia legislativa se dirige a la prohibición de dichas actividades y a la prohibición del empleo de sustancias tóxicas en laminería. Así, tal como lo informa el texto de la mencionada resolución del Parlamento Europeo, la República Checa mediante la modificación de la Ley de Minas n° 44/1988 de 2000 prohibió el uso de tecnologías mineras a base de cianuro. Igual disposición en tal sentido adoptó la Ley húngara de Minas n° 48/1993 y el Decreto alemán de 2002. -----

IV.4. LA PROTECCIÓN DEL AGUA -----

La columna vertebral de la ley, conforme da cuenta su exposición de motivos, se asienta en el puntal de la protección del agua. Entre las consideraciones se precisó en aquella oportunidad que "Otra consecuencia destacada de este tipo de explotaciones, es la contaminación rutinaria y accidental de las aguas superficiales y subterráneas, del suelo y de la biota con residuos peligrosos. (...), el agua es un elemento insustituible para el sostenimiento de la vida humana y el resto de los seres vivos, siendo al mismo tiempo un insumo imprescindible en innumerables procesos productivos. A pesar de ser renovable, la escasez del agua se manifiesta gradualmente a medida que aumentan las demandas y los conflictos por el uso. Su carácter de vulnerable se manifiesta en la creciente degradación de su calidad, lo cual amenaza la propia existencia de la vida. Las múltiples actividades que se desarrollan en el territorio de esta Provincia (agricultura, ganadería, explotación forestal,

⁸⁴ Cfr. Resolución del Parlamento Europeo del 05/05/2010, ya citada, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0145+0+DOC+XML+V0//ES>, entrada del 06/03/2014.

minera, urbanización, industria) impactan de una u otra forma a los recursos hídricos. Mantener y restaurar la calidad de las aguas constituye la meta de la gestión hídrica más valorada por la sociedad”⁸⁵. -----

De igual modo, los legisladores a la hora de debatir el proyecto de la ley en cuestión sostuvieron “En particular, los procesos de lixiviación y flotación con sustancias tóxicas emplean millones de litros de agua que se contaminan por el aporte de las sustancias tóxicas que utilizan: cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, entre otras. Estos gigantescos volúmenes de agua no serán aptos nunca más para consumo humano, ni de ganado, ni de cultivos”⁸⁶. -----

Ciertamente, los niveles de consumo de agua son altísimos con este método extractivo. Se ha afirmado que una de estas minas puede gastar entre 50.000 y 300.000 litros de agua por minuto una vez en actividad⁸⁷. El geólogo Carlos A. Seara, en su informe incorporado a fs. 262/268 de autos, expone que en la mina La Alumbra (Catamarca) se consumen 100.000.000 de litros por día y en la mina Veladero (San Juan) unos 70.000.000 litros diarios. Bien se ha señalado, el agua siempre fue motivo de regulación, especialmente en lo referido a sus usos y efectos; pero su revalorización ha venido de la mano de la conciencia de la dependencia del ser humano con todo aquello que lo rodea⁸⁸. -----

El agua es vital para la vida⁸⁹, por ello se sitúa en el campo de los derechos humanos⁹⁰. Es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. -----

⁸⁵ Poder Ejecutivo, Mensaje de elevación del Proyecto incorporado a Diario de Sesiones, 37° Reunión, 34° Sesión Ordinaria del 24/09/2008, p. 168.

⁸⁶ Cfr. Legislador Marcelo Faló, Diario de Sesiones, 37° Reunión, 34° Sesión Ordinaria del 24/09/2008, p. 93.

⁸⁷ Gutman, Nicolás; "Desafíos de la Minería en Argentina", ob. cit.

⁸⁸ Cfr. Del Campo, Cristina; "Reflexiones sobre la regulación del agua como patrimonio natural", en Cuaderno de Derecho Ambiental: El Agua.; Número II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, 2008, Córdoba, p. 61 y ss.

⁸⁹ Naciones Unidas, Temas mundiales, “El Agua”, <http://www.un.org/es/globalissues/water/>, entrada del 10/03/2014.

⁹⁰ Naciones Unidas, Resolución n° 67/292 aprobada por la Asamblea General el 28/07/2010, “El derecho humano al agua y el saneamiento”, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/292>, entrada del 10/03/2014.

Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer el consumo y cocina y los requerimientos de higiene personal y doméstica⁹¹.-----

Así lo entiende el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba, Ley n° 5589, cuando señala que el Estado Provincial procurará el uso múltiple de las aguas coordinándolo y armonizándolo con el de los demás recursos naturales. A tal efecto inventariará y evaluará los recursos hídricos, planificará y regulará su utilización en procura de su conservación e incrementación y del máximo bienestar público, teniendo en cuenta la proyección de demanda futura (artículo 5). -----

En mérito de tales conceptos, actualmente el agua es considerada patrimonio natural por tratarse de un bien único e irremplazable que concierne a la humanidad toda y que requiere instrumentos de protección de naturaleza jurídica. No es sólo un recurso, "...es la herencia que recibimos y debemos traspasar a los que vienen"⁹². Desde este puntal, las cuestiones relacionadas con el agua pasan a ser materia también de la cuestión ambiental⁹³. En igual línea se perfila la Ley Provincial de Ambiente n° 7343 cuando señala en su artículo 3 que "A los efectos de esta Ley, la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprende la utilización racional del suelo, agua, flora, fauna, gea, paisaje, fuentes energéticas y demás recursos naturales en función de los valores del ambiente". -----

A nivel supranacional, halla recepción en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículos 11 y 12), en la Convención contra todas formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14, inc. 2, ap. "h") y en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 24, inc. 2, ap. "c").-----

⁹¹ Naciones Unidas, Observación General n° 15 sobre el derecho al agua, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 11 y 12 del Pacto), (29° período de sesiones 2002), <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>, entrada del 11/03/2014.

⁹² Cfr. Del Campo, Cristina; "Reflexiones sobre la regulación del agua como patrimonio natural", ob. cit., p. 66, 77 y ss.

⁹³ Juliá, Marta Susana y Foa Torres, Jorge; "Los modelos institucionales en la gestión de los recursos hídricos", en Cuaderno de Derecho Ambiental: El Agua; Número II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, 2008, p. 79 y ss.

Desde las Naciones Unidas se vienen realizando declaraciones y acciones a fin de concientizar y lograr una efectiva tuición respecto del agua como bien esencial⁹⁴. -----

La Declaración emanada de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua reunida en Mar del Plata en el año 1977 reconoce de manera expresa el derecho al agua potable de todos los pueblos⁹⁵. -----

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED), que tuvo lugar en Río de Janeiro (Brasil) entre el 3 y el 14 de junio de 1992, ciento setenta y ocho países firmaron el Programa 21 que contempla un plan de acción exhaustivo que habrá de ser adoptado universal, nacional y localmente por organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, Gobiernos y Grupos Principales de cada zona en la cual el ser humano influya en el medio ambiente. En el Pacto Federal Ambiental, ratificado por el artículo 25 de la Ley n° 25.675, los Estados Provinciales se comprometen a tener como referencia los postulados del Programa 21 aprobado en la CNUMAD '92. -----

El Capítulo 18 de dicho instrumento se lo dedica al tema del agua y señala que “El suministro de agua potable y el saneamiento ambiental son vitales para la protección del medio ambiente, el mejoramiento de la salud y la mitigación de la pobreza. El agua potable también es fundamental para muchas actividades tradicionales y culturales. Se estima que el 80% de todas las enfermedades y más de un tercio de los fallecimientos en los países en desarrollo se deben al consumo de agua contaminada y que, en promedio, hasta la décima parte del tiempo productivo de cada persona se pierde a causa de enfermedades relacionadas con el agua”⁹⁶. -----

94 Naciones Unidas, Resolución n° 67/292 aprobada por la Asamblea General el 28/07/2010, “El derecho humano al agua y el saneamiento”, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S, entrada del 11/03/2014; Resolución n° 58/485 aprobada por la Asamblea General el 09/02/2004, Decenio Internacional para la Acción, “El agua, fuente de vida”, <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/a-58-217-spanish.pdf>, entrada del 11/03/2014; Resolución n° 59/483 aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2004, Actividades realizadas durante el Año Internacional del Agua Dulce, 2003, preparativos del Decenio Internacional para la Acción, “El agua, fuente de vida” y nuevas medidas para lograr el desarrollo sostenible de los recursos hídricos http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/228&referer=http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r59sp.htm&Lang=S, entrada del 11/03/2014 En dichas resoluciones la ONU recuerda su Resolución n° 54/175 del 17/12/1999, relativa al derecho al desarrollo, la n° 55/196 del 20/12/2000 en que se proclamó 2003 Año Internacional del Agua Dulce.

95 Naciones Unidas, “El derecho humano al agua y al saneamiento. Hitos.” http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_pa.pdf, entrada del 03/03/2015.

En el año dos mil dos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas proporciona algunas orientaciones para la interpretación del derecho al agua, enmarcándolo en los artículos 11, que reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado; y 12, que reconoce el derecho a disfrutar del más alto nivel de salud posible. La Observación establece de forma clara las obligaciones de los Estados Partes en materia de derecho humano al agua y define qué acciones podrían ser consideradas como una violación del mismo⁹⁷. -----

En este sentido la Asamblea General de Naciones Unidas se manifestaba "Profundamente preocupada porque aproximadamente ochocientos ochenta y cuatro millones de personas no tienen acceso al agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso a saneamiento básico, y alarmada porque cada año fallecen aproximadamente 1,5 de niños menores de cinco años"⁹⁸.-----

Luego de ello el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que incorporen el principio de sustentabilidad en lo relativo al agua y su saneamiento⁹⁹. -----

A nivel nacional, fruto del acuerdo consensuado en un marco de federalismo concertado, se gestó el documento relativo a los Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina¹⁰⁰. -----

El trabajo, realizado mediante una metodología ampliamente participativa y que permitió la concertación en un marco federal, abarca lineamientos de política que integran los aspectos socioeconómicos y ambientales al establecer los objetivos de la gestión del recurso hídrico.-----

⁹⁶ Naciones Unidas, Programa 21 aprobado en la CNUMAD 92, <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm>, entrada del 10/03/2014. ⁹⁷ Observación General 15 sobre el Derecho al Agua interpreta el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reafirmando el derecho al agua en la legislación internacional, <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>, entrada del 11/03/2014.

⁹⁸ Naciones Unidas, Resolución n° 64 del 28/07/2010 del http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S, entrada del 11/03/2014.

⁹⁹ Naciones Unidas, Resolución n° 28 de fecha ocho de octubre de dos mil diez; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/179/27/PDF/G1317927.pdf?OpenElement>, entrada del 11/03/2014.

¹⁰⁰ Suscripto el 17 de setiembre de 2003 por representantes de las áreas hídricas de 23 provincias y por el Director Nacional de Políticas, Coordinación y Desarrollo Hídrico de la SSRH.

Tal integración es reflejada en el objetivo de lograr una gestión racional, equitativa y sustentable del agua, en el orden nacional¹⁰¹. -----

Si como se ha precisado, las técnicas de la minería a cielo abierto así como el uso de sustancias de alta toxicidad que ellas conllevan, constituyen una de las fuentes de mayor contaminación del agua; resulta razonable y proporcionado que se evite su utilización en los elevados volúmenes que aquellas precisan, a los fines de proteger el ambiente, y con ello, lograr un desarrollo humano sustentable.-----

En efecto, los niveles de consumo de este tipo de industria sumados a la toxicidad de los componentes químicos utilizados, dotan de razonabilidad la decisión adoptada por la Ley n° 9625 en tanto única medida eficaz para el necesario logro de la prevención. Máxime ello frente a la importancia y trascendencia de dicho elemento vital para la supervivencia humana evidenciada en los precedentes considerandos. -----

Ello después de la conformación del Consejo Hídrico Federal, integrado por las autoridades hídricas de las provincias y la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación (SSRH).

Aquí cabe tener presente que el deber de respetar el ambiente constituye un límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de las empresas, establecido por las normas dictadas a tal fin¹⁰².-----

IV.5. LA ADECUACIÓN -----

Aquí habrá de valorarse si la relación de medio a fin en la persecución del bien común que le ha dado justificación a la restricción de derechos objetada en la causa, es apropiada para el objetivo que se ha propuesto el legislador. -----

Entendemos que sobre el tópico tampoco caben dudas en cuanto a que la relación existente entre los métodos de lixiviación química y los grandes volúmenes de agua y de materiales minerales que deben ser utilizados y removidos en esta clase o categoría de explotaciones a cielo abierto, imponen su severa restricción. -----

¹⁰¹ Sitio web de Consejo Hídrico Nacional, Documentos Fundacionales, <http://www.cohife.org.ar/Dfundacionales.html>, entrada del 06/03/2014.

¹⁰² Cfr. Mosset Iturraspe; Hutchinson, Tomás y Dona, Edgardo Alberto; Daño Ambiental, ob. cit., p. 459/460.

De hecho, el estado actual de la ciencia y de la técnica, aunque quizás aún en etapa de investigación y desarrollo, demuestra la existencia de otros medios disponibles que prescinden de las sustancias y procesos químicos prohibidos por la norma, tal como lo evidencian, por ejemplo, experiencias internacionales de biotecnología aplicada a procesos de lixiviación de metales¹⁰³. -----

Doctrina especializada señala que dentro “...de las ventajas que se observan para esta biotecnología se señala que requiere poca inversión, presenta costos operativos bajos, y permite la explotación de minas de baja ley o concentración de mineral que por los métodos clásicos serían antieconómicas, además de que da lugar a una relativa ausencia de polución y contaminación ambiental. Este mismo trabajo refiere más de una docena de experiencias mundiales en la aplicación de dicha tecnología a gran escala en Sudáfrica, Brasil, Australia, Ghana, Chile, EE.UU. y Perú. En nuestro país se han desarrollado desde el sector científico importantes investigaciones en esta materia, siendo destacable en este tema los trabajos del Centro de Investigaciones en Fermentaciones Industriales (Cindefi), con dependencia del Conicet y la UNLP. En este centro los trabajos del Dr. Edgardo Donati han mostrado que la explotación de oro y cobre en el mundo es más rentable y menos contaminante con la biotecnología, aunque los límites culturales de nuestro país han impedido su desarrollo”¹⁰⁴.-----

Cierto es que podríamos debatir si de entre todas las diferentes alternativas entre las que el legislador ha elegido, ésta es la más o la menos restrictiva. Mas nadie logrará poner en tela de juicio que en virtud de las particularidades históricas que rodean al Estado -tanto nacional como provincial-, la hipotética aplicación de complejos y rigurosos procedimientos de control sobre este tipo de actividades, resulta a todas luces inidóneo para

¹⁰³ Pinto, Mauricio; “Comentario a las recientes normas ambientales mendocinas”, Revista de Derecho Ambiental n° 13, 2008-1, Lexisnexis, Bs. As., Enero-Marzo 2008, p. 176; Liber, Martín; “Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos”, LLGran Cuyo, 2008 (Julio), 607. Ambos con citas de Guerrero Rojas, José J.; “Biotecnología en la disolución y recuperación de metales”, en Primer Congreso peruano de Biotecnología y Bioingeniería, Trujillo, Perú, noviembre 1998; y de Acevedo, Fernando y Gentima, Juan C.; “Fundamentos y Perspectivas de las Tecnologías Biomineras” en Archivos de Ingeniería Biológica, Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005.

¹⁰⁴ Pinto, Mauricio; “Comentario a las recientes normas ambientales mendocinas”, ob. cit., p. 176/177.

alcanzar los objetivos propuestos¹⁰⁵; todo lo cual nos lleva a entender como adecuada la prohibición específica y puntualmente prevista en la norma en cuestión. -----

IV.6. PROPORCIONALIDAD -----

Habiendo demostrado que las restricciones impuestas son un medio adecuado para alcanzar la finalidad de bien común que las justifica, resta aún comprobar si las mismas son razonables en tanto resultan proporcionadas a los fines que con ellas se procura lograr, descartando así toda posible arbitrariedad que pudiera afectarlas¹⁰⁶.-----

La restricción a un derecho es proporcionada cuando el gravamen que irroga u ocasiona a su titular guarda equilibrio o simetría con el bien que se persigue o procura lograr, o con el mal que se pretende evitar con ella. Para esto es necesario comparar cuán valiosos son los objetivos que procura lograr la restricción y cuán disvaliosas son las limitaciones o restricciones al derecho afectado; cuando el perjuicio que se ocasiona con esta última es superior al beneficio que se pretende lograr, la medida resulta desproporcionada y deviene irrazonable¹⁰⁷. Entendemos que también este requisito de razonabilidad se cumple en la Ley n° 9625, puesto que lo que se restringe a través de ella son determinadas metodologías y procedimientos de explotación minera. Pero ni la actividad minera en sí misma ha sido prohibida ni el derecho minero obtenido mediante concesión se extingue por ella. En el caso de este último sólo se limita en función de normas tuitivas del ambiente saludable, no integrando el derecho concedido una determinada garantía de rentabilidad conforme la ecuación económica aplicable en uno u otro método de explotación. -----

Por otra parte, el bien común protegido por la norma, esto es el agua y el ambiente entre otros, resulta un objetivo prioritario de resguardo por parte de la sociedad en tanto conforma su hábitat natural de vida y supervivencia; lo cual importa necesariamente tender

¹⁰⁵ Cfr. Spota, Alberto; “Globalización, integración y derecho constitucional”, La Ley, 1999-A, 905; Cassese, Sabino; La crisis del Estado, Abeledo Perrot, Bs. As., 2003; Pérez Hualde, Alejandro; Servicios Públicos y Organismos de Control, Lexisnexis, Bs. As., 2006, p. 2; y Neoconstitucionalismo y servicios públicos, inédito, 2007, p. 3. También Liber, Martín; “Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos”, ob. cit.

¹⁰⁶ Cfr. C.S.J.N. Fallos 243:473; 304:1761; entre otros.

¹⁰⁷ Cfr. Barrera Buteler, Guillermo E.; Lecciones de Derecho Constitucional, ob. cit., t. I, p. 172.

a un equilibrio dinámico entre las actividades económicas y la protección del ambiente, en un delicado equilibrio intergeneracional. -----

Cabe destacar que la noción de desarrollo sustentable, al ser indeterminada y con un alto grado de ambigüedad conceptual de fondo, no sería un concepto fruto de definiciones explícitas, sino el resultado del sistema de razonamiento aplicable para lograr un adecuado acercamiento a su contenido; el que en una sociedad democrática y en el ámbito de una república representativa federal, no podría dejar de lado o pretender ignorar las variaciones que como tal se vayan registrando¹⁰⁸. -----

Necesariamente se impone reconocer que el desarrollo sostenible radica en un sinnúmero de posibilidades y de opciones diversas que, es cierto, no excluye, pero tampoco impone ningún tipo de actividad. Totalmente distinta es la situación con respecto al agua y al ambiente, los que constituyen presupuestos indispensables para la vida en el más amplio sentido. Es función del Derecho establecer los equilibrios del caso para que en un marco de sustentabilidad la actividad resulte compatible con los restantes intereses sociales¹⁰⁹. -----

En definitiva, el criterio propugnado por el legislador radica en que técnicamente no es posible considerar compatibles ambientalmente los métodos prohibidos por la Ley n° 9526; por resultar imposible llevarlos delante en una forma sustentable y sin producir contaminación crítica y -en algunos casos- hasta irreversible. -----

EXPERIENCIAS HISTÓRICAS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA: MINA SCHLAGINTWEIT Y DIOXITEK-----

La experiencia recogida en Córdoba respecto de la minería de uranio constituye otra razón de dirimencia para ponderar la razonabilidad de la normativa cuestionada. -----

Así, en noviembre de 1983 comenzó oficialmente la explotación de la planta de procesamiento de uranio en la Mina Schlagintweit, también denominado yacimiento "Los Gigantes" (Informe de Cierre de la Mina Schlagintweit, Secretaría de Minería de la Provincia, fs. 269/299). -----

¹⁰⁸ Cfr. Liber, Martín; "Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos", ob. cit.

¹⁰⁹ En sentido similar, Pinto, Mauricio; "Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza", ob. cit.

La misma, hoy en día, se halla dentro de los límites de la “Reserva Hídrica Provincial de Achala” con lo cual es de aplicación la Ley Provincial de Áreas Naturales n° 6964 tal como da cuenta el informe de Auditoría de Cierre de la Mina Schlagintweit obrante a fs. 269/299.-----

En dicha planta el proceso de separar el uranio del resto del material se cumplía sumergiendo las piedras en ácido sulfúrico. -----

Conforme los antecedentes incorporados al expediente, el 08 de julio de 1985, mediante Resolución n° 11.488, la Dirección de Hidráulica de la Provincia constató la existencia de una grave contaminación de aguas y del medio ambiente provocada por las descargas no autorizadas a la empresa Sanchez Granel Ingeniería S.A. de los efluentes arrojados por el complejo minero a los ríos El Cajón y Cambuche, razón por la cual prohibió a la firma realizar la descarga de los fluidos residuales y desechos provenientes del “Complejo Uranífero Los Gigantes” de cualquier clase y naturaleza que ellos sean en todos los cursos de agua y la emplazó a que en forma inmediata procediera a realizar las tareas necesarias para evitar que los productos originados en dicho emprendimiento fueran transportados por las precipitaciones pluviales contaminando aguas y medio ambiente (fs. 491/494 de autos).-----

Explica al respecto la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), organismo nacional que tiene a su cargo la gestión de los minerales nucleares, residuos radioactivos y el tratamiento de los residuos, que en las explotaciones de mineral de uranio y en las instalaciones industriales para el tratamiento del mismo quedan, una vez finalizada su vida útil, restos de material denominados en la jerga técnica "colas de procesamiento" o más comúnmente "colas de mineral", como así también líquidos efluentes de los procesos industriales. Las colas de mineral, en general se componen de material finamente dividido, similar a arena, del cual se ha extraído la mayor cantidad técnicamente posible del uranio¹¹⁰. -----

¹¹⁰ Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, PRAMU, Actividades en Córdoba, <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/losgigantes.asp>, entrada del 17/03/2014; <http://www2.cnea.gov.ar/biblio/cba/templates/cnea/pramu.html>, entrada del 05/03/2015.

La empresa operó hasta mil novecientos noventa, lapso en el cual los residuos se fueron depositando en diques y, según inspección de la Secretaría de Minería de fecha 26 de agosto de 2011, se hallaban en el lugar colas de mineral en Dique Principal en volumen de 70.000 m³ y no se realiza tratamiento de los líquidos hasta tanto se defina la alternativa para ello, cuando hace más de veinte años que ha dejado de funcionar (fs. 472). -----

Afirma dicho ente nacional, que en todos aquellos sitios en los cuales se han desarrollado actividades intrínsecas a la minería del uranio, se procura lograr la restitución del ambiente¹¹¹. -----

En función de ello, el Proyecto de Restitución Ambiental de la Minería del Uranio (PRAMU)¹¹² involucra todos los sitios donde se desarrollaron tales explotaciones, resultando prioritarias la remediación de los pasivos ambientales de Córdoba y Malargüe¹¹³. De acuerdo con dicho proyecto los materiales producto de tal actividad depositados en el sitio que ocupó el yacimiento de Los Gigantes suman 2.400.000 toneladas de colas, 1.000.000 de toneladas de estériles y 600.000 de marginales. Los mismos datos se desprenden de las constancias del informe Auditoría de Cierre de la Mina Schlagintweit obrante a fs. 269/299. Y si bien no hay poblaciones en las cercanías, la existencia de los materiales descriptos aguas arriba de zonas turísticas da al problema un carácter particular¹¹⁴. -----

En el año dos mil tres, la Comisión Técnica Interdisciplinaria, con la participación de la Dirección de Minería e invitados de la Universidad Nacional de Córdoba, emite un informe con motivo de las presentaciones que ante la Agencia Córdoba Ambiente formulara la CNA en relación a su “Propuesta de tratamiento químico y descarga de

¹¹¹ Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, PRAMU, Actividades en Córdoba, <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/losgigantes.asp>, entrada del 17/03/2014, <http://www2.cnea.gov.ar/biblio/cba/templates/cnea/pramu.html>, entrada del 05/03/2015.

¹¹² Banco Mundial, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2008/05/14/000334955_20080514072501/Rendered/PDF/E18880v120rev1y021020080Box327374B.pdf, entrada del 17/03/2014.

¹¹³ Morales Lambertí, Alicia; “Minería de Uranio, Pasivos Ambientales y Conflictividad Social”, Revista del derecho ambiental, Lexisnexis, Abril-junio 2007, p. 213/238; Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, PRAMU, Actividades en Córdoba <http://www2.cnea.gov.ar/biblio/cba/templates/cnea/pramu.html>, entrada del 05/03/2015.

¹¹⁴ Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/losgigantes.asp>, entrada del 17/03/2014.

afluentes del ex Complejo Minero Fabril Los Gigantes”. En el mismo se señala que “Los residuos existentes en el predio como resultado de la actividad minera fabril no presentan condiciones de tratamiento adecuadas, pudiendo considerarse pasivos ambientales. El aumento del nivel del dique principal como consecuencia del aporte de agua por precipitaciones y drenaje superficial, aparece como de alto riesgo. Existe contaminación de los cursos de agua por infiltraciones desde diques 0, 1, 2, 3 y principal; por lavado de colas de mineral y desde la cantera. Corresponde un Estudio de Impacto Ambiental integral del cierre del Complejo Minero Fabril Los Gigantes...”¹¹⁵.-----

En el informe de evaluación ambiental publicado por el CNEA en el dos mil cinco, se indica que del dique principal “Como conclusión, podemos decir que dada la composición química de estos líquidos, principalmente por su contenido de amonio, manganeso y radio, será necesario su tratamiento, para poder descargarlos al Río Cajón, respetando las legislaciones provinciales y nacionales que regulan este tipo de prácticas”¹¹⁶. -----

Además en Córdoba se encuentran los residuos del complejo fabril Córdoba que fue creado en 1952. En el terreno donde se efectuaron actividades de concentración de uranio y desarrollo de procesos asociados, funcionaba la planta de producción de dióxido de uranio (UO₂) (operada por Dioxitek) y un equipo de CNEA de geología y apoyo a otras actividades, la que fuera clausurada recientemente¹¹⁷. Como producto de las actividades de concentración se encuentran en el lugar 57.600 toneladas de colas de mineral de uranio. En relación a este tema dicha Comisión está estudiando diferentes propuestas para decidir acciones acerca de la restitución ambiental de esta área¹¹⁸. En el Informe de Evaluación Ambiental publicado por la CNEA en el año dos mil cinco se evalúan las diferentes

¹¹⁵ Cfr. Informe Auditoría de Cierre de la Mina Schlagintweit obrante a fs. 269/276.

¹¹⁶ Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/acuerdo/4.pdf>, entrada del 19/03/2014.

¹¹⁷ Cfr. Cadena 3.com del 11/11/2014, La Municipalidad de Córdoba ratifica la clausura de Dioxitek, entrada del 16/03/2015.

¹¹⁸ Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/cordoba.asp>, entrada del 17/03/2014; <http://www2.cnea.gov.ar/biblio/cba/templates/cnea/pramu/areas/cordoba.html>, entrada del 05/03/2015.

cuestiones ambientales referidas al cierre de la mina señalando que “...en el borde norte del predio del Complejo se encuentran pozos con indicios de contaminación, la que proviene probablemente de restos de minerales que se acumulaban en dicha zona, los que luego se procesaban en planta experimental. Los valores no se consideran elevados y están comprendidos dentro del rango esperado para playas de stock de minerales de uranio”¹¹⁹. Asimismo se establecen diferentes alternativas para el saneamiento¹²⁰. -----

Tales antecedentes que dan cuenta de la experiencia que ha tenido la provincia en dichos casos, por lo que existirían sobrados argumentos para justificar la preocupación del legislador en proveer o dotar a la Provincia de un adecuado marco legal regulatorio de la política ambiental que debe respetarse por sobre cualquier otra clase de derechos¹²¹. -----

LA INEXISTENCIA DE DERECHOS ABSOLUTOS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL -----

Los derechos, entre ellos la libertad de empresa, no son absolutos sino, por el contrario, se hallan sujetos a reglamentación general y particular¹²². En efecto, como ya ha dicho este Tribunal Superior de Justicia, los derechos y garantías que consagra la Constitución no son absolutos, sino que están sujetos, en su ejercicio, a reglas y limitaciones indispensables para el orden y la convivencia social¹²³. -----

No es una cuestión menor el justipreciar adecuadamente el rol de tales exigencias fundadas, en este caso concreto, en el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano (C.N. art. 41 y C.P. art. 66), especialmente cuando lo que está en juego es nada más y nada

119 Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/acuerdo/4.pdf>, entrada el 19/03/2014; <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/inforgral/Carta%20Ambiental.pdf>, entrada del 17/03/2014; Banco Mundial, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/01/26/000160016_20060126140834/Rendered/INDEX/E4900v20Evalua10Decontamination0EIA.txt, entrada del 05/03/2015.

120 Informe de Cierre de la Mina Schlagintweit, Secretaría de Minería de la Provincia, fs. 269 y sgs. En igual sentido Comisión Nacional de Energía Atómica, CNEA, <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/inforgral/Carta%20Ambiental.pdf>, entrada del 17/03/2014.

121 Cfr. Villalonga, Juan Carlos y Estebez, Belén; “Adicción Nuclear”, Suplemento Ambiental LL 04/07/2011, 2; Lallana, Francisco; “Deconstruyendo Fukushima”, Suplemento Ambiental LL 04/07/2011, 4; Manóvil, Rafael M.; “Responsabilidad civil nuclear”, Acad. Nac. de Derecho 2010 (junio), 9.

122 Liber, Martín; “Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos”, ob. cit.

123 T.S.J., en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, “Cooperativa Limitada”, Sentencia n° 18 del 29/12/2003; “Quiroga”, Sentencia n° 16 del 08/11/2005; “C.E.T.”, Sentencia n° 10 del 15/08/2014; entre otros. C.S.J.N., Fallos 188:105; 199:149; 483; 200:450; 249:252 y 262:205, entre muchos.

menos que el ámbito imprescindible y primario de desarrollo de la vida, concebido por ambos constituyentes como el ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud y apto para el desarrollo humano, sin que las actividades productivas que satisfacen las necesidades actuales comprometan las de las generaciones futuras. Esto se logra sólo con la estricta observancia de los principios constitucionales vigentes, los cuales son, por lo tanto, condiciones sine qua non de una sociedad viable.-----

En atención a lo expuesto, no es posible receptar argumentaciones mediante las cuales se pretende presentar como discriminatorio el contenido de la norma en cuestión, bajo la tesis aparente de que centra sus preceptos en una actividad concreta que no es la única en la que se utilizan tales procedimientos y/o sustancias prohibidas. Es que justamente el legislador ha puesto su atención en una actividad que -aun utilizando iguales procedimientos y/o sustancias que otras- no presenta iguales niveles de riesgos que ellas, sino que se caracteriza y distingue entre muchas otras por su intrínseca peligrosidad, a la vez que importa una concentración y manejo de volúmenes de material minero y de procesos químicos muy superiores en todos los órdenes relativos a la gestión de yacimientos. -----

En este sentido la CSJN sostiene que “La garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable”¹²⁴. -----

IV.9. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO -----

La cuestión analizada nos ha introducido en el campo del Derecho ambiental, razón por la cual, en la ponderación de la razonabilidad cabe guiarse por los principios generales que rigen dicha materia. -----

Así las cosas, el artículo 4 de la Ley de Presupuestos Mínimos n° 25.675 de consuno con el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece que “Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar

¹²⁴ C.S.J.N., Fallos 329:5567, Dictamen del Procurador General in re “Dirección Nacional de Migraciones – M° del Interior c. Valmor S.R.L. (Ley 22.439)”, del 12/12/2006.

la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. -----

Como ya se ha señalado, la doctrina jurídica ofrece diferentes ópticas a los fines de explicar tal máxima jurídica¹²⁵. -----

Aunque no haya uniformidad en la definición de su alcance normativo, la entidad de los derechos implicados motiva que, con independencia de los escenarios institucionales y legales, se consagre el principio precautorio como una de las directrices jurídicas fundamentales para resolver los conflictos que se suscitan cuando se invoca una lesión al medio ambiente. -----

Señala Morello al respecto que “Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al medio ambiente para evitar su consumación, máxime teniendo en cuenta que se trata de un bien no monetizable, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño”¹²⁶. -----

A tenor de los conceptos expuestos, es dable concluir que la Provincia, tenía la potestad-deber de tomar las medidas pertinentes a los fines de evitar el daño ambiental que, de acuerdo a los antecedentes recopilados en sede administrativa, producía o podía producir la actividad minera a cielo abierto o la manipulación de sustancias de alta toxicidad. -----

AUSENCIA DE IMPOSIBILIDAD ECONÓMICA Y/O DE LESIÓN -----

Tampoco resultan aceptables argumentos relativos a una hipotética imposibilidad económica proyectada sobre estas categorías de explotación minera a partir de la prohibición del uso de determinadas sustancias supuestamente indispensables para las mismas, puesto que tales actividades no dependen necesaria y únicamente de las mencionadas sustancias tóxicas, dado que existirían otras alternativas de lixiviación a partir de la biotecnología¹²⁷. -----

¹²⁵ Drnas de Clément, Zlata (Dir.); El principio de precaución ambiental – La práctica argentina, Lerner, Córdoba, 2008, p. 23.

¹²⁶ Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B.; “Teoría y Realidad de la Tutela Jurídica del Ambiente”, LL 2007-F, 821.

¹²⁷ Cfr. Guerrero Rojas, José J.; “Biotecnología en la disolución y recuperación de metales”, ob. cit.; Acevedo, Fernando y Gentima, Juan C.; “Fundamentos y Perspectivas de las Tecnologías Biomineras”, ob. cit.; Liber, Martín; “Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos”, ob. cit.; Pinto, Mauricio; “Comentario a las recientes normas ambientales mendocinas”, ob. cit.; y “Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza”, ob. cit.

Distinto podría llegar a ser si el Estado hubiese incumplido, en virtud de la norma en cuestión, compromisos contractuales y precontractuales con operadores y/o empresas mineras; o que eventualmente se pretendiese asignarle algún tipo de responsabilidad patrimonial por la interrupción de exploraciones o explotaciones en curso; lo cual no ha sido planteado ni ésta sería la vía ni la instancia pertinentes. Y aún si fuera éste el caso de autos, cabe destacar que el legislador ha tomado las previsiones del caso estableciendo que los titulares de concesiones y/o de derechos mineros que involucren minerales metalíferos y/o aquellas personas que los ejerciten, deberían adecuar todos sus procesos a las previsiones de los artículos 1º y 3º de la ley en el término de seis (6) meses a partir de su publicación, bajo apercibimiento de caducidad de la concesión minera (artículo 4). -----

Tampoco es un caso de disociación de tipo alternativo, en el sentido de que para proteger al ambiente se sacrificaría la realización del desarrollo económico de la actividad minera; puesto que esta puede continuar por otros métodos y recurriendo a otros procedimientos de lixiviación, tal como ya se ha expresado; y aunque así no fuera en la actualidad, tampoco es posible sostener -ni se ha demostrado aquí- que la actividad minera en la circunstancias prohibidas por la ley sea una condición imprescindible e irremplazable para el desarrollo social, económico y ambiental de la Provincia. -----

Por lo demás la prohibición de tales técnicas no genera una violación al derecho a trabajar y ejercer la industria toda vez que existen alternativas que podrían sustituir a las tecnologías en base al cianuro¹²⁸. -----

PREVISIBILIDAD DEL CAMBIO Y LEGITIMIDAD DE LA DECISIÓN LEGISLATIVA -----

Entender el carácter multidimensional del contexto en el que surge la norma cuestionada, nos permitirá evitar reduccionismos anacrónicos y abordar su contenido con una visión integrativa de sus disposiciones, asumiendo que la noción de desarrollo sustentable no puede ser abordada sólo en el marco de las clásicas dimensiones económica, social y ambiental; y mucho menos pretendiendo circunscribirla sólo a lo ambiental y lo económico, lo que sería una inteligencia limitada e ingenua del asunto¹²⁹.-----

¹²⁸ Cfr. considerandos de la Resolución del Parlamento Europeo del 5/5/2010 sobre la prohibición general del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro de la Unión Europea.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el paradigma normativo en materia minera y ambiental comenzó a receptor nuevos lineamientos, incorporando parámetros y objetivos ampliamente superadores de las concepciones vigentes con anterioridad a la misma. Decimos superadores porque justamente es eso lo que la manda constitucional requería: no un cambio absoluto del paradigma minero, sino el compromiso del mismo con un marco ambiental contenedor de sus efectos negativos, a la vez que disparador del desarrollo de tecnologías acordes con estos nuevos desafíos. -----

De esta forma, rápidamente el Congreso de la Nación inició un largo camino en materia de conservación ambiental, con la adopción de disposiciones y regímenes integrados tanto a la ley minera de fondo (i.e. Ley n° 24.585) como destinados a regular específicamente la materia ambiental (i.e. Leyes n° 25.612 de Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio; n° 25.670 de Gestión y Eliminación de PCB's; n° 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas; n° 25.831 de Información Pública Ambiental; n° 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios; y n° 26.331 de Protección Ambiental de Bosques Nativos; por citar sólo las anteriores al dictado de la cuestionada norma provincial en el año 2008). -----

Pero es la Ley de Presupuestos Mínimos n° 25.675, la mejor expresión del proceso superador que la legislación venía adoptando en materia ambiental, y a partir de la cual comienza la labor reglamentaria local en ese mismo sentido. -----

Las legislaturas provinciales que apreciaron la necesidad de asumir su competencia ambiental frente al complejo desafío que les deparaban determinadas actividades mineras en sus territorios, fijaron normativamente los paradigmas que entendieron como más idóneos para cumplir con sus propios objetivos constitucionales, políticos, sociales, culturales y económicos. -----

Todo ello permitía anticipar previsiblemente las mutaciones que se producirían en la legislación minera con respecto a sus efectos ambientales, evitando la hipotética injusticia ínsita que podría significar una modificación repentina de las reglas que en este caso

129 En sentido similar, pero con respecto a la Ley n° 7722 de Mendoza, ver Liber, Martín; "Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos", ob. cit.

atribuyen la competencia del poder de policía reglamentario en materia ambiental con relevancia o proyección concreta sobre determinadas actividades mineras. -----

Especialmente cuando en el ámbito de la provincia de Córdoba ya existían normas anteriores a la mencionada reforma constitucional, las que habían comenzado a anticipar soluciones a la problemática surgida de determinadas actividades mineras cuando por ellas se pusiere en crisis la protección ambiental. Tal el caso de la Ley n° 7343 que ya en el año 1985 fijaba los Principios Rectores para la Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente, y que en su artículo 3, inciso “d”, contempla específicamente que la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprende la prohibición y/o corrección de actividades degradantes o susceptibles de degradar el ambiente; complementando este enunciado con el resto de sus previsiones reglamentarias. -

En este orden de ideas, cabe destacar que la Legislatura recientemente ha sancionado la Ley n° 10.208, que instrumenta novedosas herramientas en materia ambiental a los fines de reforzar y potenciar la tutela ambiental de la Ley n° 7343 a la que complementa, conforme el texto de su segundo artículo. -----

En su Capítulo II establece los Instrumentos de Política y Gestión Ambiental Provincial que la Provincia de Córdoba utilizará en forma prioritaria como instrumentos de política y gestión ambiental los siguientes, a saber: a) El ordenamiento ambiental del territorio; b) La evaluación de impacto ambiental; c) La evaluación ambiental estratégica; d) Los planes de gestión ambiental; e) Los sistemas de gestión ambiental; f) El control de las actividades antrópicas; g) La fijación e estándares y normas; h) La educación ambiental; La información y diagnóstico ambiental; j) La participación ciudadana para la convivencia ambiental; k) El seguro ambiental, y l) Las medidas de autogestión, incentivos y alicientes ambientales (artículo 8). -----

Además, su artículo 48 establece que el control y fiscalización ambiental se desarrollarán por la autoridad de aplicación a través de las diferentes dependencias administrativas y la Policía Ambiental creada por Ley n° 10.115 -----

Entre los instrumentos de control y fiscalización establecidos en el marco normativo ambiental vigente en la Provincia que serán utilizados en el seguimiento de las actividades antrópicas, el artículo 46 destaca los siguientes: a) Vigilancia; b) Inspecciones; c) Controles

con motivo de denuncias en general; d) Fiscalización de actividades; e) Auditorías ambientales de cumplimiento, y f) Toda otra medida de supervisión y control que forme parte de las atribuciones de la Autoridad de Aplicación. -----

En este orden de ideas, y no siendo posible afirmar la existencia de un modelo unívocamente válido de desarrollo sostenible, sino, por el contrario, asumiendo que la cuestión se caracteriza por su multiplicidad polifacética y coyuntural; ella constituye un sinnúmero de posibilidades, un abanico de opciones diversas, que ni excluyen ni imponen a priori ningún tipo de actividad. -----

En consecuencia, no existiendo un único modelo de desarrollo sostenible válido, sino por el contrario, de varios y muy diversos; es la discrecionalidad política a cargo del órgano representante por excelencia de la voluntad popular quien debe ejercerla optando por uno u otro modelo de desarrollo¹³⁰, quedando la determinación de la legalidad de la medida adoptada por el legislador dentro del análisis de razonabilidad en función del fin tuitivo que tuvo la norma¹³¹. -----

Ello en virtud de que si las regalías y beneficios indirectos de la actividad minera en cuestión no alcanzan a garantizar un escenario de desarrollo sustentable a nivel local, carecería de todo sentido imponerle al Estado que aun así y en atención a un supuesto interés meramente sectorial, se vea obligado a sostener en el tiempo políticas de desprendimiento de sus activos por métodos y procedimientos que sólo lo conducirían a asumir costos en todos los órdenes, tornando visiblemente irrazonable tal exigencia. Por el contrario, la Provincia goza constitucionalmente de facultades suficientes para tomar dicha decisión a través de la sanción de la respectiva norma, constituyendo una opción política válida dentro de la diversidad de posibilidades que la concreción del desarrollo sostenible requiere. -----

V. ESFERA DE DISCRECIONALIDAD -----

Las consideraciones realizadas acerca de la razonabilidad de la Ley n° 9526

¹³⁰ Cfr. Liber, Martín; “Desarrollo sustentable y ley 7722 de la Provincia de Mendoza sobre prohibición de utilización de sustancias químicas en los procesos minero-metalíferos”, ob. cit.

¹³¹ Cfr. Pinto, Mauricio; “Tribulaciones jurídicas sobre el conflicto minero-ambiental en Mendoza”, ob. cit.

evidencian que la solución que acoge se encuentra dentro del ámbito discrecional del Poder Legislativo y, por tanto, ajena a las facultades de contralor del Poder Judicial. ----

Las consideraciones realizadas acerca de la razonabilidad de la Ley n° 9526 evidencian que la solución que acoge se encuentra dentro del ámbito discrecional del Poder Legislativo y, por tanto, ajena a las facultades de contralor del Poder Judicial. -----

Lo reseñado hasta aquí nos introduce en la concepción de la discrecionalidad entendida com " una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho..."132. -----

En este andarivel, ésta forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita. Pero su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento porque la valoración subjetiva que debe realizar no existía, completando de tal forma el sistema jurídico (conf. autor y op. cit., pág. 126). -----

Con esa proyección el control de los jueces abarca al procedimiento de integración creativa de la discrecionalidad dentro del orden jurídico, por lo que en esa labor debe comprobar si se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico, estando vedado al tribunal la sustitución de un criterio u opción por otro, dentro de los igualmente válidos para el derecho133. -----

VI. CONCLUSIÓN-----

El ambiente constituye un bien colectivo supremo134. -----

Por ello, y bajo la guía señera del principio de razonabilidad, es dable colegir que la magnitud de las consecuencias ambientales respecto del agua y de las grandes cantidades de residuos ambientales que genera la minería metalífera a cielo abierto, sumados a las experiencias registradas en la Provincia; dan sustento y fundamento a la restricción que enuncia la Ley n° 9526 en cuanto prohíbe la actividad minera metalífera cuando se realice

132 Sesin Domingo, "Administración Pública. Actividad Reglada, discrecional y técnica", Depalma, Bs. As. 1994, p. 126.

133 conf. autor y op. cit. pág. 92.

bajo la modalidad “a cielo abierto” o cuando para ello se utilicen sustancias tales como el cianuro, el mercurio y otras calificadas como peligrosas. -----

Su texto denota el cumplimiento de un deber constitucional descripto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de garantizar “...que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales”¹³⁵. Ello por cuanto resulta incuestionable que la tutela ambiental debe ser esencialmente preventiva¹³⁶. -----

Así evidenciada la razonabilidad de la solución legislativa contenida en la Ley n° 9526, no cabe a los jueces realizar juicios sobre su oportunidad, mérito y conveniencia. -----

Como ya proclamaba Gonzalez Calderon, el federalismo permite a cada provincia arreglar la vida local en forma que consulte más provechosamente los intereses y las peculiaridades del respectivo pueblo¹³⁷. -----

De allí, la constitucionalidad de la Ley n° 9526. -----

VII. CUESTIONES INOFICIOSAS -----

Como consecuencia de tal conclusión se ha tornado inoficioso el tratamiento de las restantes cuestiones planteadas por la parte demandada. -----

VIII. COSTAS -----

En cuanto a las costas, en función de las complejidades del asunto debatido, se considera pertinente imponerlas por el orden causado (artículo 130 del C.P.C. y C.). -----

Así votamos. -----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES DOMINGO JUAN SESIN, AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL, CARLOS FRANCISCO GARCÍA ALLOCCO, SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO, SILVANA MARÍA CHIAPERO Y MARIO RAÚL LESCANO, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON: -----

¹³⁴ Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B.; “Teoría y Realidad de la Tutela Jurídica del Ambiente”, LL 2007-F, 821.

¹³⁵ C.S.J.N., Fallos 335:387.

¹³⁶ Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B.; “Teoría y Realidad de la Tutela Jurídica del Ambiente”, ob. cit.

¹³⁷ Gonzalez Calderon, Juan A.; Doctrina Constitucional, Lajouane y Cía., Bs. As., 1928, p. 116 y ss.

Corresponde: I) Rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad entablada en
 contra de la Ley n° 9526. -----

II) Imponer las costas por el orden causado (artículo 130 del C.P.C. y C.). -----

Así votamos. -----

Por el resultado de los votos emitidos, previo acuerdo, el Tribunal Superior de
 Justicia, en pleno, -----

RESUELVE: -----

Rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad entablada en contra de la Ley
 n° 9526. -----

Imponer las costas por el orden causado (artículo 130 del C.P.C. y C.). -----

Protocolícese, dese copia y bajen.

DR. DOMINGO JUAN SESIN PRESIDENTE

DRA. AÍDA LUCÍA TARDITTI DRA. M. DE LAS MERCEDES BLANC DE
 ARABEL VOCAL VOCAL.

DR. CARLOS FRANCISCO GARCÍA ALLOCCO DRA. SILVIA B. PALACIO
 DE CAEIRO VOCAL VOCAL

DRA. SILVANA MARÍA CHIAPERO DR. MARIO RAÚL LESCANO VOCAL
 VOCAL