

FUNDAMENTOS QUE SOSTIENEN LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PROVINCIALES QUE PROHIBEN LA MINERÍA A CIELO ABIERTO Y/O EL USO DE DETERMINADAS SUSTANCIAS

El "crecimiento" de la minería en nuestro país, que comenzó a darse a partir de la segunda mitad de la década del 90, responde a una profusa legislación tramada en la primera mitad de aquella más que a las enormes riquezas que encierra el subsuelo. Esa normativa y la política de estado fomentan los mega emprendimientos vinculados a la minería metalífera, especialmente el oro, beneficiando a los inversores, en su mayoría extranjeros y permitiendo el saqueo de los recursos argentinos. Por ello ese crecimiento se circunscribe a la gran minería, que produce exclusivamente para el mercado externo dado que toda la producción se exporta (ya en el 2004 se quintuplicaron las exportaciones de minerales en relación al año 1995), demanda poca mano de obra y genera rentas casi nulas.

La gran minería estimulada desde el estado es resistida por los pueblos donde tiene lugar estas millonarias inversiones que destruyen la producción regional y solo deja contaminación y pobreza.

Es en ese contexto que tiene lugar el primer conflicto gravitante en el país, en la Provincia de Chubut, en Esquel, cuando en el año 2002 la empresa Meridian Gold anunció su proyecto de extracción de oro. La población local reaccionó con fuerza en contra de este proyecto. El conflicto evolucionó de lo local a hasta alcanzar derivaciones nacionales.

Desde entonces algunas provincias argentinas han adoptado regulaciones específicas sobre la materia:

- **Ley 7.722, de la Provincia de Mendoza**, prohíbe 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.

- **Ley 5001 de la Provincia de Chubut**, prohíbe la minería a cielo abierto y la utilización de cianuro en los procesos de producción minera.

Sin embargo habilita al Consejo Provincial del Ambiente (COPIRAM) a zonificar el territorio de la provincia y a definir áreas en las que se exceptuará dicha prohibición.

- **Ley 3981, de la Provincia de Río Negro**, prohíbe la utilización de cianuro y/o mercurio en el proceso de extracción, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos.

- **Ley 7879, de la Provincia de Tucumán**, prohíbe la minería a cielo abierto y la utilización de cianuro y mercurio en los procesos de producción minera.

- **Ley 8137, de la Provincia de La Rioja (DEROGADA)**, prohibía la minería a cielo abierto con técnicas correspondientes al proceso de lixiviación con cianuro, mercurio y/o cualquier otra sustancia contaminante.

- **Ley 2349, de la Provincia de La Pampa**, prohíbe 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 y la explotación minera de minerales metalíferos a cielo abierto.

- **Ley 9526, de la Provincia de Córdoba**, prohíbe la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto y en todas sus etapas. La actividad minera, en todas sus etapas, de minerales nucleares tales como el uranio y el torio.

Prohíbe, asimismo, el uso de cianuro, cianuro de sodio, bromuro de sodio, yoduro de sodio, mercurio, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, ácido fluorhídrico, ácido nítrico y toda otra sustancia química contaminante, tóxica o peligrosa incluida en el Anexo I de la Ley Nacional Nº 24.051, o que posea alguna de las características enunciadas en el Anexo II de la Ley Nacional Nº 24.051 y normas concordantes o las que en el futuro las reemplacen, en los procesos mineros de prospección, cateo, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción, almacenamiento, industrialización o procesos detallados en el inciso "b" del artículo 249 del Código de Minería, de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo.

- **Ley 634, de la Provincia de San Luis**, prohíbe el uso de sustancias químicas como cianuro, cianuro de sodio, bromuro de sodio, yoduro de sodio, mercurio, ácido sulfúrico, 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.

Estas leyes han sido o pueden ser en el futuro objeto de acciones judiciales en las que se plantee su inconstitucionalidad. Esto ya está sucediendo en Mendoza, en autos "COGNITO LIMITED Y OT C/GOBIERNO PROVINCIA DE MENDOZA S/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD".

Lo que sigue son una serie de fundamentos o herramientas para contestar a posibles planteos de inconstitucionalidad de estas normas. Tomando como ejemplo el caso antes mencionado trabajamos sobre los siguientes puntos:

- Competencia provincial para legislar en materia minera – ambiental.
- Razonabilidad y legalidad de este tipo de leyes.
- Principio de igualdad.
- Prohibición de la minería.
- Seguridad Jurídica.
- Irretroactividad de la ley.
- Derechos adquiridos

1. La competencia local para legislar en materia minera – ambiental.

Entendemos que la competencia de las provincias para sancionar leyes que prohíban la modalidad a cielo abierto o el uso de sustancias tóxicas en alguna o todas las etapas de la minería metalífera surge de la Constitución Nacional.

De acuerdo a lo establecido por el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional es facultad del Congreso de la Nación dictar el Código de Minería, aplicable en todo el territorio del país. Esto significa que es ese cuerpo legislativo el que establece las normas de fondo en materia minera, por ejemplo: categoría de minas, propiedad minera, concesión, servidumbres.

Ahora bien, la reforma de 1994 incorporó el artículo 41 a la Constitución Nacional, consagrando el derecho de toda persona a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, sustentable (que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras) y el deber de preservarlo.

Asimismo, el artículo 41 crea un nuevo reparto de competencias, dando una función estructural en materia legislativa ambiental a la nación, al expresar *“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.”* Sin embargo, las provincias no pierden, con esta disposición, ni delegan sus competencias ambientales teniendo la función de aplicar la legislación nacional y complementar la misma con el dictado de otras normas que hagan efectivo el derecho amparado por la Carta Magna.

Estas disposiciones deben conjugarse con otra agregada por la reforma Constitucional de 1994: el artículo 124, que reconoce el dominio originario de las

provincias sobre sus recursos naturales que se encuentren en su territorio. Respecto del alcance de ese artículo es importante destacar la interpretación que le diera la misma Convención Constituyente, de los libros de sesiones surge que debe entenderse que se refiere a todos los recursos naturales renovables o no, cualquiera sea su origen -minero, energético, de la fauna o la flora marítima-, en cuanto a su territorio, se refiere en sentido amplio al mismo y se incluye al suelo, al subsuelo, el espacio aéreo, a los ríos, a las costas, al mar, a los lechos y a la plataforma continental pertinente".

Siendo las provincias las que ostentan el dominio de los minerales que se encuentren en su territorio, como no van a poder decidir, por ejemplo, que en cierta porción del mismo no otorgarán concesiones mineras, que no habrá minería o que no la habrá de determinada manera? Cuando la provincia legisla en ese sentido, ninguna de esas disposiciones avanza sobre las facultades delegadas en la Nación, ni exceden la competencia provincial.

Como decíamos la titularidad reconocida por el artículo 124, más la obligación que el artículo 41 impone a las autoridades, ponen en cabeza de los Estados provinciales la obligación de proteger los recursos de su pérdida, alteración y disminución, siendo los mismos garantes del uso racional y conservación de aquellos para las generaciones presentes y futuras.

Cabe destacar un pronunciamiento de la Corte de Mendoza, anterior al dictado de las leyes de presupuestos mínimos nacionales, que avanzó por el camino de una interpretación conciliadora de los regímenes legales involucrados en la actividad minera. En efecto, en la causa **"Minera Pappalardo C/ Municipalidad de Las Heras por APA"**, dicha corte se planteó si *"¿El artículo 41 de la CN - que distribuye competencias- rige también cuando el derecho al ambiente sano entra en conflicto con la actividad minera?* El voto de la Dra. Aída Kemelmajer se inclinó por una posición conciliadora, que sostiene la competencia ambiental provincial en materia minera. Así, expresa: *"... las provincias delegaron en la Nación el dictado del Código de Minería, del mismo modo que delegaron la sanción del Código Civil, de Comercio, del Trabajo y la Seguridad Social. Esto no significa que le hayan dado un cheque en blanco para que la Nación introduzca en estos códigos toda la materia que pueda tener alguna vinculación, por escasa que sea, con la materia a tratar. Me explico: el Código Civil regla las restricciones al dominio, pero sabiamente, el art. 2311 dispone "a las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo", la ley de contrato de trabajo regula la relación laboral, pero las provincias no son neutrales frente a las condiciones de insalubridad den el trabajo, etc. Consecuentemente la remisión del art. 282 del Código de Minería al art. 41 de la Constitución Nacional, nada tiene de*

inconstitucional, más aún podría llegar a ser inconstitucional una interpretación del Código de Minería que conlleve a negar a las provincias todo poder de contralor, por residual que fuese, en materias que, aunque conexas a la actividad minera, impactan en otras áreas que corresponde a materia no delegada".

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "**Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros**" – CSJN – 17/04/2007, la Corte Nacional desarrolla una doctrina clara y precisa que debería despejar en lo sucesivo el empleo de argumentos banales respecto a la competencia y jurisdicción de la provincial en materia de protección ambiental de la actividad minera. Así expresa: "7º) *Que, a mayor abundamiento, es menester destacar que la pretendida colisión entre los preceptos de la ley 4032 y el Código de Minería, base del recurso extraordinario, no es tal. En efecto, dicha ley provincial establece que los proyectos, actividades y obras, públicos y privados capaces de degradar el ambiente deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en todas sus etapas, la que será sometida a una audiencia pública presidida por la autoridad de aplicación que, después de analizar el estudio y las observaciones formuladas en la audiencia, decidirá expresamente sobre aquéllos, antes del inicio de las actividades de que se trate.*

Por otra parte, el art. 233 del Código de Minería establece que los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otra regla que las de su seguridad, policía y medio ambiente, cuya protección está regida por la Sección Segunda de dicho código, que incluye tanto la etapa de exploración como la de explotación y, en su art. 250, establece que la autoridad de aplicación de las normas de protección del medio ambiente serán las que las provincias determinen en el ámbito de su jurisdicción. Y su deber consiste en evaluar y expedirse expresamente sobre el informe de impacto ambiental de modo previo al inicio de las actividades mineras. El art. 11 de la ley nacional 25.675 reitera, como presupuesto mínimo común de aplicación obligatoria en todo el territorio de la república para toda actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, la sujeción a un procedimiento de evaluación ambiental previo a su ejecución. Asimismo, en su art. 20 añade que las autoridades de aplicación nacionales y provinciales deben institucionalizar procedimientos de audiencias públicas obligatorias previas a la autorización de dichas actividades. En suma, del cotejo de las normas provinciales y nacionales invocadas no se advierte de qué modo y en qué medida la exigencia de la aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental exigido en los arts. 6 y 7 de la ley provincial 4032 antes del inicio de las actividades, vendría a contradecir lo previsto por

las leyes nacionales 24.585 y 25.675, dictadas con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional. **Según dicho artículo, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada".**

El fallo, en esta línea, concluye: " 8º) Que finalmente cabe poner de resalto que, como se ha expresado, el art. 1º de la ley provincial 5001, sancionada el 9 de abril de 2003, prohíbe terminantemente la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto, así como la utilización de cianuro en los procesos de producción minera en el territorio de la Provincia del Chubut. Su art. 2º asigna al Consejo Provincial del Ambiente la responsabilidad de delimitar las zonas del territorio de la provincia destinadas a la explotación minera, previendo la modalidad de producción autorizada para cada caso. Por su parte el art. 3º dispone que la delimitación de las zonas y modalidades de producción deberá ser oportunamente aprobada por una nueva ley, incluyendo las áreas exceptuadas de la prohibición establecida en el art. 1º. En virtud de tales preceptos y teniendo en cuenta, además, lo expuesto en los considerandos precedentes, no cabe sino desestimar la queja en examen."

"La doctrina de este fallo de la Corte es aleccionador, enseña que: 1) La actividad minera está sujeta a normas legales nacionales contenidas en el Código de Minería y provinciales complementarias maximizadoras de protección ambiental; 2) Las normas de presupuestos mínimos, que concurren, Ley 25.675 General del Ambiente, con todos los principios de política ambiental, entre los que se destaca el principio precautorio, ley 25.612 de Residuos Industriales, entre otras, se aplican de manera uniforme, común, en todo el territorio de la Nación; 3) Las provincias, cuando ejercen la facultad de dictar normas complementarias, pueden agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada; 4) En el caso, y para la Provincia de Chubut, tiene plena aplicación la ley local, que prohíbe el desarrollo de procesos mineros en la modalidad a cielo abierto, y la utilización del cianuro. (NESTOR CAFFERATTA (LA LEY 2007-C, 108).

A partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta interpretación alcanza su máximo aval, al confirmar que las provincias son titulares de una amplia competencia complementaria en materia de protección ambiental de la actividad minera. En esto, la Corte Nacional es coherente con sus precedentes. Así, en el caso **Magdalena Roca (LA LEY 1996-B, 139)**, sostuvo: "En efecto, corresponde reconocer 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 perseguido. Tal conclusión cabe extraerla 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 jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, párr. 3º, Constitución Nacional)".

Concluyendo, la minería entonces está sujeta al juego armónico de las leyes de presupuestos mínimos, Código de Minería, y leyes complementarias provinciales y a las prohibiciones de la actividad, establecidas por una ley provincial, cuando ésta pone de manera injustificada, en riesgo de daño grave e irreversible, la integridad del ambiente, o la salud de la población (explotación minera a cielo abierto, y utilización de cianuro)."

Aún con la existencia del Código de Minería que, por imperio del inciso 12 del artículo 75 de nuestra Carta Magna, es dictado por el Congreso Nacional y tiene aplicación en todo el territorio del país, no podemos dejar de afirmar que **la responsabilidad primaria de protección ambiental corresponde a las provincias.-**

Otra interpretación nos llevaría ante la posibilidad cierta de que ocurra un vaciamiento de las potestades reservadas por las Provincias en la misma Constitución.-

La competencia federal para que el Congreso legisle en materia ambiental vinculada a materias de fondo (como el Código de Minería) no significa en ningún caso que el Gobierno Federal pueda centralizar su jurisdicción en materia ambiental, atento que dicha jurisdicción le compete a la autoridad dentro de cuyos límites territoriales se halle ubicado el bien o cosa de dominio público.-

También lo ha señalado el Constitucionalista Daniel Sabsay que cuando la Constitución Nacional reconoce el dominio originario de los recursos naturales por las provincias está enunciando un principio general de alta significación y trascendencia: el que las Provincias tienen la facultad de disponer de sus recursos naturales y de su ambiente. (1)

En el mismo sentido, Bidart Campos dice que la reforma constitucional "...ha reconocido, implícitamente, que cuidar el ambiente es responsabilidad prioritaria del poder que tiene jurisdicción sobre él, o que equivale a asumir la regla de que la jurisdicción es, como principio, local -provincial o municipal."(2)

1.- SABSAY, Daniel Alberto, "El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación - Provincias", DJ, 1997-2-783.
2.- Bidart Campos, Tratado de Derecho Constitucional Argentino, t. VI, p. 302 y sigtes., La Reforma Constitucional de 1994.

Por lo tanto, siendo que las leyes provinciales objeto del presente no pretenden legislar el fondo de la materia minera sino regular la actividad en el territorio provincial con miras a la protección del ambiente, nos es fácil concluir que la legislatura provincial es ampliamente competente para la sanción de las normas de protección ambiental del tipo de las citadas anteriormente.

2. Razonabilidad de las normas.

La razonabilidad hace a la sustancia o contenido normativo. El principio de razonabilidad significa fundamentalmente que las leyes deben reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales sin alterar su espíritu. (artículo 28 C.N.)

En ese sentido la Corte Suprema ha señalado que *"La Carta Fundamental en su art. 28 ha dicho categóricamente que, so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la CN, pues no puede destruir lo mismo que ha querido amparar"* (Fallos: 199-145), *"ni puede consagrar su desnaturalización"* (Fallos: 314-225, 1091 y 1376). *"La reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionada a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad"* (Fallos 312-496; 308-418).

2. 1 Características de la actividad minera.-

Resulta público y notorio el gran impacto ambiental que poseen los megaproyectos mineros metalíferos.

En minería metalífera se ha pasado del aprovechamiento de vetas subterráneas de gran calidad a la explotación de minerales de menor calidad diseminados en grandes yacimientos. El agotamiento de yacimientos de alta concentración, los avances tecnológicos, los beneficios impositivos hacen que hoy sea rentable la extracción de menos de un gramo de oro por tonelada de material removido. En el caso de Pascua Lama, por ejemplo, será necesario remover 4 toneladas de roca para obtener 1 gramo de oro.

La minería a cielo abierto es considerada la actividad más contaminante de todas las que puede realizar el hombre, la EPA la categoriza como la segunda amenaza ambiental después del cambio climático.

Podemos mencionar, algunos de los impactos ambientales que esta actividad produce: destrucciones irreversibles de ambientes nativos en el área de la explotación y

afectación de ambientes naturales aledaños; graves modificaciones geomorfológicas; distorsión de cuencas hídricas superficiales y subterráneas; merma en la regularidad hídrica y en la cantidad de agua disponible por año y por estación; contaminación del aire con partículas, gases y ruidos molestos; contaminación rutinaria y accidental del agua superficial y subterránea, del suelo y de la biota con residuos peligrosos; contaminación por drenajes ácidos; peligro de accidentes durante el transporte de sustancias peligrosas y por derrames en el área de explotación; generación de depósitos de residuos peligrosos; destrucción irremediable del paisaje y de la percepción ambiental del sitio afectado, etc..

Asimismo la vida útil de una explotación minera es sumamente limitada ya que puede producirse tanto porque se agota el mineral buscado o por cuestiones económicas. El cierre, además de la mencionada alteración irreparable del paisaje y del fin de los supuestos beneficios económicos, es el comienzo de una nueva etapa de amenaza ambiental cuya duración no es calculable puesto que deriva de la alteración de la roca tratada y los residuos generados por la actividad y depositados en el lugar de la explotación.

2. 2. Normativa a la que se ajustan las leyes provinciales en cuestión.

El artículo 41 de la Constitución Nacional.

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

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.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

La ley general del ambiente.

En virtud del mencionado artículo 41 el Congreso Nacional sancionó la ley 25.675 que 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.

Así, en su artículo 2 explicitar los objetivos de la política ambiental en nuestro país. Entre ellos destacamos los siguientes:

- d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;
- e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos;
- f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica;
- g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;
- k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

También establece los principios a los que debe sujetarse la interpretación y aplicación de las normas de protección ambiental, sean nacionales, provinciales o municipales, en su artículo 4°. Destacamos los siguientes:

Artículo 4: *La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:*

(...) **Principio de prevención:** *las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.*

Principio precautorio: *la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.(...)*

Principio de sustentabilidad: *El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras."*

De estas disposiciones emerge una orientación de la política ambiental que impone a las autoridades adoptar decisiones razonables, en el contexto de un desarrollo sustentable, el cual se corresponde con las particularidades de cada ecosistema. Estas decisiones deben sustentarse en la prevención y en la precaución. La primera, sobre la base de una evaluación científica de las relaciones de interdependencia involucradas, a fin de evitar el daño ambiental; la segunda, cuando existiendo falta de información

científica o incertidumbre sobre esas relaciones, se considere la existencia de una amenaza grave e irreversible sobre el ambiente que justifique medidas proporcionales a la situación de riesgo que debe evitarse.

La primera función que cumplen los principios es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete. Los principios generales, y en especial los principios generales propios de una rama especial del derecho, sirven de filtro o purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que, quieran aplicarse a la rama específica. Suelen servir como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación, de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

En resumen, los principios sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. Constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste su verdadera significación.

Principio de Prevención.-

El derecho ambiental, en su raíz constitucional, es fundamentalmente prevención. Así surge del imperativo contenido en el art. 41 de la Carta Magna que impone a todos los habitantes de la Nación el deber de preservar el ambiente. Lo mismo se deduce sin dificultad de la prescripción que establece que "el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer". Como señala acertadamente Horacio Rosatti ⁽³⁾, el vocablo "prioritariamente" indica una "preocupación meta-materialista" de la Constitución: el deseo de preservar un acervo físico, material, natural, histórico y cultural que hace a nuestra identidad y que se traduce en una opción por volver las cosas a su estado anterior al daño, en la medida de lo posible y con preferencia a cualquier tipo de indemnización o sanción -aunque sin perjuicio de ellas, por cierto-.

El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del derecho ambiental. ⁽⁴⁾

3.- ROSATTI, Horacio D., "Derecho ambiental constitucional", p. 91, ED. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

4.- PARELLADA, Carlos A. "Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina", p. 243, en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, Universidad de Externado de Colombia, 2000; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Derecho ambiental: Fundamentación y normativa", p. 48, Abeledo Perrot 1995; MARTÍN MATEO, Ramón

Además la doctrina judicial ha llegado a decir que *"Asignamos a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto"*. (5)

Asimismo esta función de prevención y evitación de los daños se ha señalado como una de las modernas orientaciones que se viene imponiendo a través de diversas jornadas científicas como las "XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil" realizadas en Mar del Plata en el año 1995; las "II Jornadas Marplatense de Responsabilidad Civil y Seguro 1992", entre otras).

Principio Precautorio.-

El principio de precaución fue enunciado inicialmente por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio climático, creado en 1987, por decisiones congruentes de la Organización Meteorológica Mundial y el PNUMA. Lo recogió la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima, para aparecer consagrado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático, negociado entre febrero de 1991 y mayo de 1992, bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

"Tratado de Derecho Ambiental" p. 92, 1991; BOTASSI, Carlos "Derecho Administrativo Ambiental, p. 92 Editorial Platense, 1997; BESALÚ PARKINSON, Aurora: "Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad", p. 59, en "Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI", homenaje al profesor doctor Roberto M. LÓPEZ CABANA, Abeledo-Perrot, 2001; en la misma obra colectiva, ver BENJAMÍN, Antonio H. "¿Derechos de la Naturaleza", p. 46, capítulo IX; MORELLO, Augusto M. "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", p. 59, "Un matiz fuertemente definitorio: lo preventivo", cap. IV, Editora Platense, 1999; JORDANO FRAGA, Jesús: "La responsabilidad de la administración con ocasión de los daños al medio ambiente", Revista de Derecho Urbanístico, N° 19, p. 19, julio- agosto 1990; LEOPOLDO E SILVA JUNIOR, Alcides: "El Estudio del impacto Ambiental como instrumento de prevención del daño al medio ambiente", p. 33, en "Direito Ambiental em evolucao", 3, bajo la coordinación de PASSOS DE FREITAS, Vladimir, Editorial Juruá, 2002; KISS, Alexandre: "Los principios generales del derecho del medio ambiente", p. 73, Valladolid, 1975; MIRRA, Álvaro Luis V: "Acción Civil Pública y Reparación del Daño al Medio Ambiente", p. 127, Editorial Juárez de Oliveira, 2002;). Hace tiempo que nuestra doctrina civilista descubrió la función preventiva del derecho de daños (MESSINA de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, "La Responsabilidad Civil en la era tecnológica. Tendencia y prospectiva", p. 208, Abeledo Perrot; ZABALA de GONZALEZ, Matilde "La tutela inhibitoria contra daños", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año I, N°1, Enero- Febrero 1999, La Ley; MORELLO Augusto, STIGLITZ, Gabriel "Responsabilidad Civil y Prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia", L.L. 1987-D-364; STIGLITZ, Gabriel A. "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", p. 320, en obra colectiva "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", homenaje al profesor doctor Atilio A. ALTERINI, Abeledo- Perrot, 1997).

5.- "Almada, Hugo v. Copetro S.A. y otros" SCJBA, Acuerdo 2078 del 19-5-98, L.L. 1999-C-1129; idem. "Ancore S.A y otros v. Municipalidad de Daireaux", SCJBA, 19-2-2002, bajo anotación de ESAIN, José: "El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los feed lots", publicado en Buenos Aires/ 6 de noviembre 2002/ JA 2002- IV, fascículo n. 6.

También aparece como principio 15, en la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y Desarrollo en 1992.

Constituye uno de los cuatro principios incorporado al artículo 130 R-2, en que el tratado de Maastricht de la Unión Europea fundamenta la Acción de la Comunidad. (6)

Obsérvese que nuestro texto legal hace aún mas estricto el Principio 15 de la Declaración la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro 1992) que lo restringía a la falta de certeza científica absoluta.

Principio de sustentabilidad.

Repite con otro lenguaje el principio de equidad intergeneracional cuando dispone que el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.-

Coincidimos con la Dra. García Minella, en que **quien adhiera al modelo de desarrollo sustentable acepta que la variable ambiental atraviese de manera horizontal todas las políticas de Estado**, entendiendo el concepto de medio ambiente como un concepto amplio al que ha adherido nuestra constitución, atento que tutela al medio ambiente como un bien social y lo hace de una manera integral. (7)

Aplicación de estos principios al caso bajo estudio.-

Por las características propias de la actividad minera metalífera se evidencia plenamente la razón de la existencia de las normas provinciales que prohíben la modalidad "a cielo abierto" y/o el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en la minería metalífera.

Estas leyes cumplen con el principio de razonabilidad teniendo como fin garantizar el cumplimiento de la manda constitucional contenida en el artículo 41 de la Carta Magna y concordantes de las constituciones provinciales. Por otro lado se adecuan perfectamente a los principios establecidos por la Ley General del Ambiente nacional.

Es así que las normas en cuestión tienen:

- **Función preventiva:** ya que trata de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente pueda producir la minería metalífera a cielo abierto y el uso de

6.- Véase ANDORNO, Roberto "El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica", La Ley, ejemplar del 18/07/2002; GOLDENBERG, Isidoro - CAFFERATTA, Néstor A.: "El principio de precaución", Buenos Aires, 6 de noviembre 2002, JA 2002-IV- fascículo n. 6; y la amplísima bibliografía citada en dicho trabajo de investigación.

7.- García Minella, Gabriela. "Ley General del Ambiente. Interpretando una Nueva Legislación Ambiental", en "Derecho Ambiental -Su actualidad de cara al tercer milenio-". JIMENEZ, Eduardo Pablo. Coordinador. Ediar, Abril de 2004.)

sustancias tóxicas, procesos y técnicas que provocan una "duda razonable" que legitima ampliamente la prohibición (8).-

- **Función precautoria:** esta función es el principal basamento de la sanción de la leyes objeto del presente análisis dado que los poderes públicos (incluso la legislatura) se encuentran obligados a actuar frente a la posibilidad de un daño grave o irreversible en el ambiente y en la salud.
- Persigue un fin de **sustentabilidad** del desarrollo económico, social y del aprovechamiento de los recursos naturales (9) que no comprometa las posibilidades de desarrollo tanto de las generaciones presentes como de las futuras.

Por último, debemos recordar que las leyes que aquí nos ocupan no prohíbe la actividad minera en su conjunto, sino exclusiva una modalidad de extracción y el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos.

En consecuencia, tanto por los daños provocados en otras provincias y países con las modalidades y sustancias vedadas es que se instala una "seria duda" sobre su impacto ambiental que justifica plenamente, por aplicación de los principios mencionados, la existencia de la ley.

2.3. La razonabilidad de preservar el agua

Las leyes que mencionamos al inicio tienen su razón de ser la protección del ambiente en general y en casi todos los casos la preservación del recurso hídrico provincial, en particular.

El agua es un recurso natural imprescindible para la vida sobre la tierra cuya disponibilidad es decreciente. Y es el principal insumo en la minería a cielo abierto.

Los grandes emprendimientos metalíferos se encuentran en su mayoría en zonas semi desérticas, sin embargo utilizan millones de litros de agua por día. Agua superficial

8.- Cuando existan dudas respecto a si una actividad determinada puede provocar daños relevantes al ambiente, no podrá comenzarse dicha actividad, a menos que se despeje completamente dicha duda. En este sentido, dijo la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza en el citado caso "Oikos..": "... en el caso de la protección del ambiente en el marco del art. 43 de la CN ocurre algo parecido a lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido respecto de los derechos de igual rango protegidos por el art. 42 de la CN: '**la duda es fatal para el concesionario**'. En nuestro caso, podemos decir: la duda es fatal para el proyecto de explotación hidrocarburífera en trámite..."

9.- Existe un imperativo Constitucional (art. 41) de preservación y desarrollo basado en patrones de sustentabilidad.-

o subterránea, agua dulce, que se transforma en una suerte de barro metálico y de la que solo un pequeño porcentaje se recupera y reutiliza.

Los emprendimientos mineros de este tipo tendrán entonces incidencia directa sobre el uso del recurso agua por parte de las comunidades cercanas, en su mayoría agrícola ganaderas.

Los impactos esperados y reconocidos por las empresas mineras en los estudios respectivos con respecto a los recursos hídricos son la merma de caudales, la modificación de la calidad y características del agua y la competitividad en el uso del recurso. Nosotros nos animaríamos a asegurar que dicha competencia no existirá o ya se encuentra perdida: las comunidades deberán conformarse con el agua que las mineras no utilicen.

Tal como lo dispone el Código Civil (art. 2.340 y ccs) y los Códigos de agua provinciales, el agua que utilizarán los emprendimientos mineros es de dominio público, su extracción debe ser autorizada por las autoridades competentes y por dicho uso se abona un canon (derecho de uso no precio por el agua).

Un bien de dominio público tiene el fin de satisfacer necesidades generales, en el caso al que nos referíamos en los párrafos precedentes el agua de todos será utilizada por dos emprendimientos privados en detrimento de las comunidades que, al menos en épocas de sequía, tendrán dificultades para regar sus cultivos y satisfacer sus necesidades básicas. Ahora bien qué beneficio general otorgan estos emprendimientos que justifique que se les otorgue el agua que se le saca a los habitantes de los pueblos vecinos?

Otro de los impactos sobre los recursos hídricos es la modificación en la red de drenaje por la necesidad de eliminación o desvío de arroyos en el área de los proyectos, en función de la ubicación y dimensiones de los rajes y escombreras, y del emplazamiento de otras instalaciones.

También, además de la extracción desmesurada, existe el riesgo real de que los cursos de agua se contaminen. La posible alteración de la calidad de los recursos hídricos está asociada, en términos generales, a la incorporación de sustancias provenientes del dique de colas, drenaje ácido, efluentes cloacales y eventuales derrames de sustancias tóxicas.

Las preguntas entonces a responder son: ¿Es el agua un recurso crítico para el desarrollo de la provincia? ¿La existencia y calidad de vida de sus habitantes está inescindiblemente unida a su cuidado y protección? ¿Las generaciones futuras tienen un derecho a una protección que les permita tener disponibilidad del mismo? La respuesta

que hagamos nos permitirán finalmente contestar si se justifica, entonces, esta especial protección.

Debe en este contexto incluirse la problemática del cambio climático sobre los glaciares.

Frente a esta escasez, ¿puede el estado provincial adoptar decisiones preventivas y precautorias para resguardar el recurso esencial de la sustentabilidad de los ecosistemas provinciales?. No dudamos que debe hacerlo. Es una decisión de política ambiental que tiene su fundamento en las particulares características de nuestro ecosistema, como sustento de toda la vida, social, productiva e individual de la comunidad.

Como ya dijimos, para que un acto del estado sea razonable debe existir proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto.

Así, el principio de proporcionalidad aplicado a esta materia presta los elementos estructurales para su determinación. En los considerandos del fallo dictado por ese tribunal en la causa **N° 80.295 caratulados: "Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes"**, en relación con el principio de proporcionalidad se expresa: *" Un sector de la doctrina, a la que adhiero, sostiene que el principio de proporcionalidad también rige en las políticas ambientales. Su tratamiento es fundamental porque, frecuentemente, cualquier obra de cierta envergadura genera conflictos intersectoriales debido a los distintos valores y percepciones que los distintos grupos sociales tienen sobre cada uno de los aspectos implicados (Bustamante Alsina, Jorge, Prevención del daño ambiental, JA 1998-IV-922 y ss). Este principio impide que los recursos naturales, la fauna, la flora, el paisaje y otros restantes elementos de la naturaleza sean sacrificados en aras del progreso y, al mismo tiempo, que lo medioambiental sea lo único a merituar, olvidando otros aspectos de la obra pública. También sirve para establecer distinciones y jerarquías entre los elementos o bienes que componen el medio ambiente para, de este modo, marcar una graduación respecto de aquellos que facilitan las condiciones de vida, como son el aire, el agua o la naturaleza, que aseguran la herencia de la humanidad para las generaciones futuras. En otros términos, la proporcionalidad es el resultado ideal de una ponderación de intereses (Montoro Chiner, María Jesús, Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de las infraestructuras públicas, en Rev. española de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2001, n 109, pág. 178)."*

Las leyes en cuestión cumplen con el debido proceso de sanción legal regulado en las Constituciones provinciales, cumplen con las mandas constitucionales y las leyes nacionales en la materia y son la vía para obtener la protección del ambiente.

3. Respeto del principio de igualdad.

Este tipo de leyes no resultan discriminatorias ni prejuiciosas por referirse a la actividad metalífera y no a otras. El hecho de que regule específicamente la actividad minera metalífera no importa que progresivamente no puedan existir otras actividades que conlleven regulaciones análogas.

El principio de igualdad ante la ley en materia ambiental juega con otros principios ambientales específicos, a los que ya nos referimos anteriormente, a partir de los cuales debe interpretarse su aplicabilidad.

No violenta el principio de igualdad el hecho de que exista una regulación exclusiva para la actividad minera metalífera, incluso antes de dictarse otras normas que pudieran resultar necesarias con respecto a otras actividades.

Por otra parte, las empresas mineras procuran establecer una supuesta desigualdad por no incluirse a otras actividades en las prohibiciones que establecen las leyes objeto del presente análisis. Y claro está que la actividad minera extractiva no es una actividad equiparable en su desarrollo y consecuencias ambientales a cualquier otra actividad.

Basta atender al respecto que el mismo Código de Minería estipula aspectos básicos para dicha actividad en materia de prevención y reparación de daños ambientales. En particular el art. 233 del Código de Minería (t.o.), que luego de la reforma de la ley 24585 de 1994 dispone: "Los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin otras reglas que las de su seguridad, policía y conservación del ambiente. 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 art. 41 de la CN."

Este tipo de prohibiciones o restricciones que plantean las normas en cuestión es una práctica legislativa aceptada en nuestro país (por ejemplo, la ya confirmada judicialmente por la Corte Nacional en "Villivar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros" (LL 27/04/07)) e incluso foránea (en este sentido, desde 1987 algunos Estados norteamericanos han prohibido el uso de cianuro, tal como refleja Raúl Mikkan en su trabajo "Geomorfología y minería en Paramillo", en Adolfo Omar Cueto (Dir), "Minería e

impacto en Mendoza”, Ed FFL-UNC, 2003, p. 10, comentario que expresa cuando analiza la característica de alto impacto ambiental de la actividad minera).

No se puede pretender un trato igualitario frente a otras actividades que en la realidad no presentan idénticas características. La igualdad no es la que ha fundado la existencia de un régimen de impacto y daño ambiental específico (Ley 24585). Tampoco lo es la que otorga a la actividad minera claras diferencias impositivas y aduaneras con las demás actividades. La misma goza de un régimen fiscal único que les asegura a las empresas una rentabilidad desmesurada, en detrimento de otras actividades y del propio erario estatal. Indudablemente, las empresas mineras no se sienten igual a la hora de recibir beneficios que no son otorgados a las restantes actividades, pero sí a la hora de asumir el cese de los riesgos y externalidades de su actividad.

En este sentido tiene dicho la Suprema Corte que: *"Es importante precisar que el principio de igualdad no tiene carácter absoluto, siendo la razonabilidad la pauta para ponderar la medida de la igualdad, por lo que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable; en consecuencia las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por tales han de estimarse las que carecen de razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios"* (**TRANSPORTES MESINA SA. / GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA Fecha: 27/07/2005**). Y la idea de regular una interdicción ambiental para una actividad con características tan diferentes a las restantes como es la minería, con regímenes específicos en aspectos de: estabilidad fiscal, desgravación impositiva, fomento a la inversión, y específicamente prevención y daño ambiental, es por demás razonable, tan razonable, si se comparte, como dispensar a dicha actividad del sistema tributario financiero general.

No hay un fin persecutorio ni es irrazonable o arbitrario al establecer que ciertas modalidades o sustancias no deben ser utilizadas en una actividad, sin referir esa prohibición a otras actividades, en cuanto no todos los procesos importan idéntica aplicación de las sustancias en cuestión. La minería metalífera es señalada por la doctrina especializada como de alto impacto contaminante, y con ello es razonable impedir que utilice ciertas sustancias que en otros procesos productivos no se meritúan de igual riesgo o peligro.

4. No se prohíbe la minería

La actividad minera no es objeto de prohibición, sino el uso de ciertas sustancias por la misma o ciertas modalidades de explotación.

Las sustancias prohibidas no son las únicas que pueden emplearse en la actividad minera metalífera.

En este sentido, la técnica permite suplantar sustancias tradicionales de lixiviación y amalgamamiento de minerales que han sido prohibidas en la ley cuestionada, siendo falso que las mismas sean imprescindibles para la actividad.

La tecnología moderna ofrece respuestas a las necesidades de su actividad lícita sin violar este tipo de leyes. En este sentido, puede atenderse entre otros procedimientos el uso de "biotecnología" que la experiencia peruana o chilena y de otras latitudes ofrece a través del uso de bacterias para la lixiviación de metales como el cobre.

Al respecto, puede consultarse en la doctrina científica consideraciones y análisis concretos en José J. Guerrero Rojas, "Biotecnología en la disolución y recuperación de metales", en Primer Congreso peruano de Biotecnología y Bioingeniería, Trujillo, Perú, Nov-1998. En este trabajo se observa en relación al sector minero metalífero que "...Mayormente, los procesos microbianos han sido empleados en la lixiviación de cobre y uranio, en el mejoramiento de la extracción de metales preciosos contenidos en sulfuros refractarios, y en el tratamiento de aguas residuales". Dentro de las ventajas que se observan para esta tecnología, se refiere a 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 o contaminación ambiental (esto último lo resaltamos por ser justamente la finalidad que impulsó el dictado de este tipo de normas).

Este mismo trabajo refiere más de una docena de experiencias mundiales en la aplicación de dicha tecnología a gran escala, tanto en Sudafrica, Brasil, Australia, Ghana, Chile, Usa y Perú.

De gran interés resulta como publicación científica en la materia la obra coordinada por Fernando Acevedo y Juan C. Gentima, "Fundamentos y Perspectivas de las Tecnologías Biomineras", Archivos de Ingeniería Biológica, de. Universitarias de Valparaiso, Pontificia Universidad Católica de Valparaiso, 2005, donde a lo largo de ocho capítulos producidos por una decena de expertos se analiza la conveniencia, viabilidad y experiencia existente en la actualidad en este tema.

En nuestro país, se ha 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. En este sentido, la prohibición de la Ley N° 7.722 ha de empujar a los mineros a atender tecnologías que además de hacer más renta su actividad, resulten más adecuada al interés general en el ambiente.

Amén de ello, puede atenderse que existen otras tecnologías alternativas, tal como surge del trabajo de P Navarro, A. Villarroel y F. Alguacil, "Lixiviación de oro con Tiosulfato de Amonio Catalizado con Ion Cuprico desde un concentrado polimetálico", Jornadas SAM – CONAMET – AAS, 2001.

Con ello, y siendo posible técnicamente la actividad, aunque con otros procesos e insumos, no hay impedimento de actividad lícita.

Lo ilícito es pretender explotar la minería de una manera contraria a lo dispuesto en el art. 233 del Código Minero, es decir, sin respetar las normas de policía y medioambiente que dicte la Provincia en ejercicio de sus competencias reservadas (art. 121 y 41 CN).

Que tales sustancias sean permitidas a otros establecimientos o actividades no importa que la situación sea la misma, ni siquiera que esas actividades carezcan de particulares regulaciones. El riesgo que implica la actividad minera para la sostenibilidad de las regiones donde se desarrolla justifica normas ambientales específicas con exigencias diferenciales a las de otras actividades productivas.

5. La cuestión de la seguridad jurídica.

Nuestro orden jurídico recepta que los derechos se ejercitan conforme las normas que los regulan, las que se dictan conformes el procedimiento constitucional fijado al respecto.

Ese conjunto de normas deben brindar una protección estable de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional. Esto no significa que las leyes sean perpetuas, que no puedan ser modificadas y acompañen los cambios políticos y sociales.

La seguridad jurídica no importa la no alteración del orden jurídico. El mismo puede ser alterado con los límites constitucionales de la razonabilidad fijados al respecto, los que han sido claramente respetados en estas actuaciones.

Las exigencias ambientales son un fenómeno social relativamente reciente, comparándolo con la milenaria actividad minera. ¿qué suponen las empresas mineras? ¿qué los nuevos valores ambientales que orientan a la sociedad desde el último tercio del siglo pasado nunca podrían imponerse a la decimonónica propiedad que regulan las normas a partir de la época de la codificación?

Por otra parte este derecho a la "seguridad jurídica" no es exclusivo de las empresas o inversores, ni se supeditan a sostener la propiedad privada. Todos los ciudadanos tenemos derecho a esa seguridad, a que las normas se cumplan y que los derechos que nos amparan tengan efectivo cumplimiento.

Frente a los supuestos derechos de las empresas mineras, dónde queda la seguridad jurídica que todos debemos tener con respecto a nuestro derecho a la vida, a la salud, a gozar de un ambiente sano y equilibrado, apto para la vida, a que los recursos naturales no sean de apropiación exclusiva de una empresa y que estos se utilicen en desmedro de los intereses colectivos. Estos derechos humanos, sociales, colectivos son los que deben gozar de seguridad jurídica.

6. No hay irretroactividad legal.

El tipo de leyes que estamos defendiendo no fijan efectos retroactivos, sino que rigen la vida de la concesión para el futuro. No alteran las relaciones y situaciones que se han conformado con anterioridad, sino que rige como han de desarrollarse hacia el futuro.

Incluso, en casi todas las normas se contempla un razonable procedimiento de adecuación de aquellas concesiones que utilicen actualmente los procesos extractivos y las sustancias prohibidas.

Por ello, las normas en cuestión NO RIGEN RETROACTIVAMENTE, sino que limitan desde su vigencia los derechos de la concesionaria a explotar minerales conforme la ley. Pretender lo contrario, implicaría sostener que los derechos de las concesionarias se conforman con un carácter absoluto contrario al régimen policial que la Constitución fija para todos los bienes, y que se desarrolla mediante los reglamentos que se dictan a lo largo de la vida de los bienes.

La propiedad minera no se ve afectada; la propiedad no se pierde de manera alguna. Las leyes serían retroactivas si dispusieran que las concesionarias nunca adquirieron derechos en la zona, pero no es el caso.

Es interesante considerar los conceptos que sobre transición normativa expresan Joaquín López y Mosset de Espanes (Derecho de Aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1980, p. 15). Al respecto sostienen que cuando se da un cambio en el régimen jurídico de los bienes privados pueden producirse distintas situaciones. Estos autores consideran que si bien ante situaciones consolidadas debe producirse la expropiación respectiva, ante situaciones en trámite administrativo que no están consolidadas porque aún no se habían integrado los requisitos para consolidar el derecho (como ocurre con el derecho a explotar la mina desde el punto de vista ambiental ante la falta de aprobación de la DIA), la situación debe regirse por el nuevo orden jurídico.

En efecto, el artículo 3 del Código Civil dice claramente que a partir de su vigencia las leyes se aplicarán a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La actora tiene un trámite minero donde pretende lograr la explotación de minerales, siendo el derecho a explotar tal mineral –una vez que cumpla todos los requisitos, incluyendo la aprobación ambiental- parte del patrimonio de la misma (art. 7 y 9, Ley 24585). Toda ley nueva, se aplicará a tal situación jurídica que se encuentra en trámite, sin que ello sea retroactividad legal.

Tal aplicación no implica alterar consecuencias de situaciones consolidadas, aunque ello no implica que en la evaluación ambiental del proyecto minero que busca desarrollarse no deba atenderse las normas nuevas. Por ello, el futuro Informe de Impacto Ambiental que la actora debe elaborar sobre su eventual proyecto de explotación deberá contemplar el uso de sustancias permitidas.

Otro trabajo de Moisset de Espanes (Luis Mosset de Espanes, La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil (Derecho Transitorio) Ed. Del Autor, 1975, p.17) expresa en este sentido que *"los efectos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la norma, quedarán atrapados en ella, aunque los haya generado una situación jurídica existente, y ello se produce sin vulnerar el principio de irretroactividad, por aplicación del principio de efecto inmediato, que en realidad tiene efecto para el futuro"*.

"El principio de irretroactividad establecido en el art. 3 del CC, a través de su modificación por la Ley 17711, admite la aplicación inmediata de la ley sobre las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas ya existentes, en la medida que tales consecuencias se verifican para el futuro y a partir de la vigencia de la nueva ley"

(Cámara Civil y Com. De Rosario, Sala 4, "Rechter Isaac c/Celulosa Argentina SA"21/03/72, JA, serie moderna, 14-656 (sec. prov)).

De este modo, aún habiendo nacido la "situación jurídica" de "propietario minero" antes de la sanción de la ley en cuestión, los efectos de tal situación (entre ellos explotar minerales en la medida que así lo permitan las reglas de preservación ambiental (art. 233 CM t.o.)) que se produzcan luego de esa norma deben regirse por la misma. Y esos efectos deberán tenerse en cuenta para la aprobación o desaprobación ambiental de la explotación minera que aún está pendiente.

7. "Derechos adquiridos" por parte de las empresas mineras.-

Uno de los argumentos utilizados para atacar la constitucionalidad de este tipo de normas son los supuestos "derechos adquiridos" que tendrían las empresas mineras y que serían afectados por estas leyes lo que provocaría una avalancha de juicios contra el Estado Provincial.

Para comprender cabalmente esta temática resulta interesante recordar dos fallos importantes:

Caso "Saladeros de Barracas C/ Provincia de Buenos Aires"

En la década del 80, Miguel Marienhoff ya enseñaba que "*las ´medidas de policía de la propiedad´, tienen en miras el ´interés público´" y, que estas medidas "no sólo pueden referirse al ejercicio del derecho de "propiedad", sino también al ejercicio de la "libertad" individual (v. gr., ejercicio de una profesión o industria)."*⁽¹⁰⁾

En el mismo artículo Marienhoff recuerda "*un antecedente famoso ocurrido en nuestro país, cuyo conocimiento incluso llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Me refiero al conocido caso de los saladeros de Barracas* ⁽¹¹⁾. *Es un antecedente interesantísimo, por cuanto en él la Corte Suprema, al confirmar el cese de una industria perjudicial para la salud pública, con toda razón declaró, además, la irresponsabilidad del Estado por los daños sufridos al ordenar la cesación del ejercicio de una industria dañosa para el interés público. Era una industria que, al no ejercerse en "estado legal", a su respecto no podía invocarse el carácter de "industria lícita", no pudiendo entonces merecer el amparo constitucional. Se trataba de lo siguiente: una ley de la Provincia de Buenos Aires dispuso la clausura de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas, a raíz del grave peligro -debidamente comprobado- que implicaba para la salud pública*

10.- Marienhoff, Miguel; Publicado en LA LEY 1981-C, 910; Título: Expropiación y urbanismo.-

11.- Fallo: 31:274

la actividad de dichos saladeros. Los dueños de éstos acudieron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación demandando a la provincia de Buenos Aires por indemnización de los daños y perjuicios que les causó la suspensión de las respectivas faenas. En el curso de la litis quedó acreditado que los procedimientos que se empleaban en los saladeros, corrompían el suelo, el aire y las aguas. El Alto Tribunal dijo lo siguiente al rechazar la demanda promovida: "Que los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él **se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivo a los intereses generales de la comunidad**, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria".

Además rechazó la indemnización de daños y perjuicios solicitada, porque la orden de cesar en el ejercicio de semejante industria no era contraria a la Constitución, ni atacaba el derecho de propiedad. En definitiva se absolvió de la demanda a la provincia de Buenos Aires. La sentencia está registrada en el t. 31, ps. 273 y sigts., de la colección de "Fallos" de la Corte Suprema. En el caso de referencia los dueños de los saladeros habían violado abiertamente el principio general e implícito en toda licencia, permiso o concesión administrativos, de que tales actos, bajo pena de nulidad, se otorgan siempre "sin perjuicio de terceros", receptando así el viejo principio capital de derecho "alterum non laedere", ya mencionado en la "Instituta" y el "Digesto" del antiguo Derecho Romano.

Caso Laguna Llanquanello ("Asociación Oikos Red Ambiental C/ Provincia de Mendoza S/ Amparo")

En este otro caso el Juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo incoada contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza por la "Asociación Oikos Red Ambiental", supeditando la explotación petrolera autorizada por el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas de la Provincia de Mendoza a la efectiva previa delimitación geográfica del área natural protegida denominada "Reserva Fáunica Laguna Llanquanello". Apelada la sentencia, la Cámara confirmó la misma. Ante este pronunciamiento, la empresa Repsol YPF y el gobierno provincial interpusieron recursos de casación e inconstitucionalidad, los cuales fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en su fallo del 3 de noviembre de 2005.

En esta causa tanto la Fiscalía de Estado como la empresa Repsol YPF S.A. destacaron en las distintas contestaciones y piezas recursivas presentadas en el expediente que el

área Llanquanello ha sido objeto de explotación petrolífera desde la década de 1930. En razón de ello, arguyeron, dicha explotación sería un rasgo habitual de la zona al momento de su declaración como área protegida (argumento de Fiscalía de Estado) y tendría YPF un derecho adquirido a continuar con la explotación en la zona (argumento Repsol YPF S.A.).

A estos argumentos, la Suprema Corte Provincial ha dicho: *"...la ley 6045 se impone con la primacía que le otorga su carácter de defensa del interés colectivo, por cuanto "el Derecho Ambiental es sustancialmente derecho público. La tutela del ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible como legado para las generaciones futuras" (Jorge Bustamante Alsina, "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 51)..."*

"...El carácter señalado de orden público descarta también la posibilidad de planteos acerca de presuntos derechos adquiridos a continuar con explotaciones que esa normativa legal prohibiera expresamente, como es el caso concreto de la explotación de hidrocarburos dentro de las áreas naturales protegidas..."

"...El desconocimiento de la ley 6045 implica también ignorar la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la Nación que ha establecido que "la modificación de las normas por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (doctrina de Fallos: 283:360; 315:839 y muchos más)..."

Es razonable sostener junto a la doctrina y jurisprudencia que así lo propician que existe un Orden Público Ambiental. Como consecuencia de ello fácil resulta advertir que es inalienable e indisponible para las partes. Ello es así puesto que en él se encuentran involucrados otros derechos y garantías constitucionales denominados biológicos y sociales. Es decir, que esta interrelación de derechos personales y humanos como también razones de solidaridad social ha dado nacimiento a los derechos de tercera generación, los que por esta circunstancia merecen un amparo íntegro.

Por su directa vinculación con la salud de la población, con la calidad de vida y la dignidad de la persona humana el Derecho Ambiental es esencialmente de orden público. La preservación del medio como manera de garantizar la vida y la salud individual y de la comunidad en su conjunto, importa un "interés público relevante", que requiere de todos los ámbitos de actuación positiva por parte del Estado.-

A raíz del fallo de Laguna Llanquanello, el Dr. José Sebastián Elías realizó las consideraciones que se transcriben a continuación y que ilustran de manera contundente

la cuestión relacionada con los supuestos "derechos adquiridos" que ostentarían las empresas mineras ⁽¹²⁾:

"La solución a la que arriba la Corte en punto a dichos argumentos es, sin duda, correcta. Es claro que no existe una cuasi posesión del derecho a contaminar el ambiente, como externalidad negativa del usufructo del terreno, por el sólo hecho de venir haciéndolo desde épocas inmemoriales y que permita considerarlo un derecho adquirido. Por aplicación del principio "alterum non laedere", no parece que prima facie pueda hablarse del derecho a producir un daño..."

"Podría discutirse eventualmente si corresponde que se indemnice a quien ha sido privado, parcialmente, de los beneficios que le fueran concedidos por el decreto nacional 1764/93 -Adla, LIII-C, 3215- y normativa concordante... Adelanto, sin embargo, mi opinión en el sentido negativo, por las razones que derivan de la argumentación que enseguida esbozare"

"La Corte rechazó la defensa de los presuntos derechos adquiridos enfatizando el carácter de derecho público que reviste el derecho ambiental, así como también el carácter de orden público de la ley 6045, y diciendo que tal "... carácter señalado de orden público descarta también la posibilidad de planteos acerca de presuntos derechos adquiridos 'a continuar' con explotaciones que esa normativa legal prohibiera..."

"Siguiendo a Seisdedos, puede considerarse que el derecho al ambiente sano estaba comprendido ya en el texto constitucional de 1853. Los argumentos pueden sintetizarse así:

a) El Preámbulo, en cuanto indica que la Constitución es dictada "para nuestra posteridad", contiene una noción fundamental de futuridad y proyección que implica preservar el ambiente que incluye al hombre y en el que éste se desenvuelve.

b) La natural limitación de los derechos, que surge del art. 14 in fine y art. 28, implica que uno de esos límites puede ser la conservación del ambiente, como señaló la Corte Suprema en "Saladeristas de Barracas".

c) El actual concepto de "desarrollo sustentable" se hallaba comprendido, bajo otras formulaciones como "bienestar" y "prosperidad" o "adelanto" -como variables interrelacionadas, el primero límite y condición de los segundos-, en el actual art. 75, inc. 18, -original art. 67, inc. 16-.

d) La cláusula de los derechos implícitos, art. 33 de la CN, permite concebir la existencia original de un derecho subjetivo a un medio ambiente sano y equilibrado, en

12.- Elías, José Sebastián; Publicado en: LLGran Cuyo 2005 (mayo), 357; Título: "Supremacía, argumentación constitucional y protección ambiental en una sentencia notable (a propósito del fallo "Oikos")"

vinculación con el derecho a la salud. (En el mismo sentido, y con apoyo también en el art. 47 de la Carta provincial -que agrega como fuente de derechos no enumerados a "la condición natural de hombre")

e) A los anteriores argumentos, cabe agregar que siendo el hombre centro y eje de todo el sistema jurídico, y revistiendo su vida un valor primordial respecto del cual los restantes derechos tienen carácter instrumental, y dado que el hombre no vive en abstracto ni separado del ambiente sino que es parte de él y no puede prescindir del mismo para su subsistencia, forzoso es reconocer la obligatoriedad constitucional de la preservación ambiental, más allá de la existencia o inexistencia de una norma expresa. Así, ha señalado la Corte Suprema que "... esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a 'proteger la salud pública' (Fallos: 31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es 'el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional' (Fallos: 302:1284; 310:112)...". Se compartan o no los fundamentos iusnaturalistas de la decisión transcripta, cabe reconocer que no hay vida sin salud, ni salud sin un ambiente sano, y por ello puede concluirse razonablemente que la Constitución desde el mismo momento de su sanción contiene en forma implícita un derecho a un ambiente sano y la correlativa obligación de preservación.

Aceptado lo anterior, podría argumentarse que cualesquiera sean las normas en que la empresa petrolera funde la existencia de supuestos derechos adquiridos, las mismas -en tanto permitan la degradación de la reserva fáunica- resultan inconstitucionales, y ningún derecho puede haberse consolidado al abrigo de ellas. Por ello, no haría falta argumentar sobre la preeminencia del orden público frente a alegados derechos adquiridos. Simplemente, no habría derechos adquiridos. Las normas invocadas serían inconstitucionales por permitir actividades dañosas al ambiente tutelado..."

Por último resulta interesante destacar el dinamismo con el que debe ser interpretado la normativa de protección ambiental.

"El restante argumento arrojado por Fiscalía de Estado (que la explotación petrolera sería un rasgo habitual de la zona al momento de su declaración como área protegida) es rebatido por el tribunal con la siguiente idea: que **el derecho ambiental es esencialmente dinámico, y debe ser interpretado al compás de los avances y modificaciones en el conocimiento científico. Si antes se desconocía**

absolutamente el potencial dañoso de determinada actividad, y por eso no se la prohibió expresamente, y luego se descubre el riesgo, no resulta válido argumentar que ya no puede prohibirse la actividad por cuanto antes no se la había prohibido...”

Fíjese V.E. que los comentarios del autor, atento las particularidades del caso que comenta, sólo comprenden la existencia implícita del derecho a un ambiente sano antes de la reforma constitucional del año 1994.

Para nuestra problemática ya existe explícitamente este derecho atento que esta reforma introduce el artículo 41 que expresamente otorga el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades de las presentes generaciones sin comprometer a las futuras.

Es cierto que el minero con la concesión adquiere un derecho perpetuo, siempre que sea otorgado de acuerdo a la ley. Pero ese derecho, no importa una simple autorización a explotar sin atender las exigencias ambientales. El mismo CM exige que bianualmente el minero renueve la autorización para explotar la mina desde el punto de vista ambiental a través de la EIA (arts. 251 y sgtes. CM (t.o.). Y por ello, las exigencias ambientales que imponen las leyes en cuestión no son más que una pauta que deberá cumplir quien pretenda explotar la minería de manera lícita en las provincias en que aquellas se dictaron.

No se niega que el actor detente derechos de exploración o explotación -según el caso- de minerales, pero ello no quita que pueda explotarlos como quiera, sino solo dentro de la ley.

La ley que reglamenta la concesión no es solo el código de minería sino la ambiental que dicta cada Provincia, tal como ha sido claramente expresado por la Corte Nacional en “Villivar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros” (LL 27/04/07), en un pleito donde justamente una de las cosas en cuestión era una ley provincial que prohíbe terminantemente la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto, así como la utilización de cianuro en los procesos de producción minera.

Las leyes provinciales de este tipo reglamentan el ejercicio de la actividad minera. Las empresas pueden, adaptando sus procesos productivos, explotar sus concesiones mineras.

NO SE TRATA DE CONCEDER DERECHOS Y REGLAMENTARLOS PARA QUE NO PUEDAN EJERCERSE, SINO PARA QUE SE EJERZAN CONFORME LA LEY.

Por otra parte, siendo la provincia la propietaria originaria de las minas y en quien descansa la facultad de complementar normativamente lo ambiental, más allá de lo mínimo que fije la normativa nacional, tal como reconoció la corte nacional en el citado precedente del 27/04/07.

El minero recibe en concesión un dominio originario del Estado provincial con la obligación de que lo trabaje, pero tal trabajo no es como quiera el minero, o como le resulte más económico y con mayor rédito monetario. La finalidad de este tipo de normativa es que el minero siga trabajando pero con procedimientos más seguros a la comunidad y el ambiente, aunque puedan resultarles más costosos.

Esta circunstancia refuerza considerablemente los argumentos vertidos de que no existen derechos individuales adquiridos que puedan vulnerar o alterar tal derecho esencial vinculado con la propia existencia del hombre que repercute hondamente sobre las concepciones tradicionales de la totalidad del Derecho, por ejemplo en el concepto de propiedad -que pasa a adquirir una "función ambiental"-.