

MINERA SAN JORGE S.A. C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA s/
acción de inconstitucionalidad.

CSJ 916/2018/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

A fs. 491/498 de los autos principales (a cuya foliatura se referirán las siguientes citas, salvo cuando se indique otro expediente), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza -Sala Segunda-, rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por Minera San Jorge S.A. -titular de derechos mineros de exploración y explotación en dicha provincia- con el objeto de impugnar la validez de la ley local 7722, en cuanto dispone prohibir el uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación e industrialización de minerales metalíferos obtenidos mediante cualquier método extractivo (art. 1°), imponer la obligación de tramitar en un plazo de treinta (30) días el "informe de partida" que establece el art. 24 del decreto 2109/94 (art. 2°) y someter la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) obtenida a la ratificación del Poder Legislativo de la provincia (art. 3°).

Para así decidir, el juez Mario Adaro -a cuyo voto adhirió el juez Omar Palermo- remitió al fallo plenario dictado por la Suprema Corte de Mendoza en la causa "Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad" (L.S. 492-185).

El juez Adaro sostuvo que debía considerarse que la prohibición del art. 1° de la ley 7722 estaba referida al empleo de las sustancias taxativamente allí enunciadas, esto es, al cianuro, mercurio y ácido sulfúrico, y que tal prohibición extendida "a otras sustancias tóxicas similares" padecía de una

imprecisa redacción técnica legislativa. Asimismo, entendió que lo dispuesto en el art. 3° de la ley, por un lado, afectaba la vía recursiva administrativa del interesado y, por el otro, que las facultades allí atribuidas al Poder Legislativo interferían con las del Poder Ejecutivo asignadas por el art. 128, inc. 1° de la Constitución Provincial, afectando el diseño constitucional en su clásica división de poderes.

De todos modos, concluyó que correspondía el rechazo de la demanda, ya que el fallo plenario de la Suprema Corte citado resultaba imperativo aplicarlo al caso, sin que la actora, por otra parte, hubiera acreditado en esta causa recaudos relevantes para tachar de inconstitucional a la ley 7722.

En la aludida sentencia plenaria la mayoría de los magistrados se pronunció por la constitucionalidad de la ley 7722, esgrimiendo sucintamente los argumentos que se señalan a continuación.

El juez Jorge Horacio Nanclares sostuvo que: 1. la ley 7722 fue dictada dentro de las competencias propias del legislador provincial, según los términos de los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional y 233 del Código de Minería y de los instrumentos internacionales que cita, así como en cumplimiento de los principios de razonabilidad y complementariedad. Por su parte, dijo que no advertía incompatibilidad con los fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema "Villivar" (Fallos: 330:1791), como tampoco violación al principio de igualdad, al derecho de propiedad, ni de ejercer industria lícita; 2. dicha ley tiene por objeto proteger el recurso hídrico en los procesos mineros metalíferos y el derecho de acceso al agua es un derecho humano fundamental que goza de alta protección tanto en el

Procuración General de la Nación

ámbito constitucional interno como en el plano internacional, siendo, además, un recurso de especial importancia en la provincia; 3. la ley sólo prohíbe la utilización de mercurio, cianuro y ácido sulfúrico en el desarrollo de la actividad minera metalífera y la prohibición de dichas sustancias no importa una prohibición del ejercicio de la actividad minera metalífera, sino un desarrollo sostenible o sustentable de la actividad en un marco de responsabilidad social empresarial; 4. nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos cuando lo que está en juego es la peligrosidad de una actividad que afecta la salud pública y el medio ambiente (en especial el recurso hídrico); 5. el art. 2° estipula un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, esto es, que los titulares de las concesiones mineras en curso cumplan con la nueva legislación y los niveles de protección ambiental allí dispuestos. El texto resulta razonable, compatible y adecuado a los principios establecidos en la Constitución Nacional y a los textos internacionales a ella incorporados; 6. el art. 3° establece que la DIA es un acto preparatorio que produce efectos jurídicos sólo con la ratificación de la Legislatura provincial. Cita otros ejemplos en los que el requerimiento ratificatorio es solicitado por la ley, como el caso de las leyes 8051 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo y el de la ley 5507 de Concesión de Servicios Públicos.

Los doctores Herman Amilton Salvini y Pedro Jorge Llorente adhirieron al voto del doctor Nanclares, aunque el segundo con algunas apreciaciones particulares.

Los doctores Julio Ramón Gómez, Omar Alejandro Palermo y Alejandro Pérez Hualde también integraron el voto mayoritario, pero votaron por sus propios fundamentos.

El juez Julio Ramón Gómez: 1. destacó, al igual que el doctor Palermo, el fallo "Cemincor" dictado por el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba sobre la misma problemática, en el cual se declaró la constitucionalidad de la ley de esa provincia 9526, en cuanto allí se habían demostrado los altos niveles de riesgo que presentaba la actividad minera metalífera a cielo abierto en relación a otras industrias y que se distinguía por su intrínseca peligrosidad; 2. ponderó la prueba producida en la causa, a los fines de determinar que las sustancias tóxicas que prohíbe la ley mendocina en la actividad minera metalífera a cielo abierto son peligrosas para el ambiente, tales como los informes del Departamento General de Irrigación, de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental y del CONICET-CCT Mendoza; 3: afirmó, sustentando su decisión en un estudio de la Universidad de Bolonia, que no existe otra actividad semejante en el mercado como la actividad minera metalífera a cielo abierto -sobre la base de la extracción por lixiviación- que utilice de igual forma esas sustancias químicas prohibidas y que produzca tan altos impactos ambientales como ésta; 4. en cuanto al art. 3°, sostuvo que la DIA es un acto administrativo complejo que necesita de la ratificación de la Legislatura provincial para obtener eficacia.

El juez Omar Alejandro Palermo agregó que la ley se apoya en el principio precautorio a fin de obtener la preservación del recurso hídrico frente a la permisión de la actividad minera metalífera, ante la incerteza científica de los eventuales daños que dicha actividad puede generar, pues tiene una peligrosidad intrínseca y presupone la afectación del medio ambiente con alto impacto durante su desarrollo, a la vez que importa una concentración y manejo de volúmenes de material

Procuración General de la Nación

minero y de procesos químicos muy superiores en todos los órdenes relativos a la gestión de yacimientos (citó también el fallo "Cemincor" del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba).

El juez Alejandro Pérez Hualde: 1. sostuvo que no se había logrado demostrar un tratamiento desigual o injusto respecto de otros sectores industriales sobre los cuales la provincia ejerce su control efectivo; 2. agregó, con respecto a lo dispuesto en el art. 3° de la ley 7722, que históricamente los procesos de reforma constitucional de Mendoza habían atribuido a la Legislatura provincial facultades más amplias que las acordadas por la Constitución Nacional al Congreso de la Nación, y que la "ratificación" de la Legislatura tenía la naturaleza de una "aprobación", lo cual no era irrazonable, toda vez que en el caso se trataba de la protección de las aguas y de sus fuentes.

El juez Adaro votó en disidencia parcial, al entender que la ley 7722 era constitucional a excepción del primer párrafo de su art. 3°, en lo restante adhirió al criterio de la mayoría. Los argumentos que esgrimió fueron: 1. las sustancias descriptas por el legislador son tóxicas y, por lo tanto, peligrosas, puesto que están incluidas en el anexo I de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, a la que la Provincia de Mendoza adhirió por la ley 5917; 2. advirtió que la ley 7722, en cuanto amplió la prohibición dispuesta expresamente para el cianuro, mercurio y ácido sulfúrico a "otras sustancias tóxicas similares", resultaba discriminatoria si se interpretaba que dicha prohibición sólo estaba destinada al desarrollo de la minería metalífera y no se aplicaba a todas las actividades que podían utilizarlas, por lo cual debía entenderse por "tóxicas" solamente a las tres sustancias concretamente descriptas. 3.

Consideró que resultaba inconstitucional el requisito de ratificación de la DIA para los proyectos de minería metalífera obtenidos de las fases de cateos, prospección, exploración, explotación o industrialización, al entender que el legislador se había arrogado una facultad discrecional y exorbitante, de la zona de reserva de la Administración, no prevista en la Constitución. Advirtió, además, que al no haberse fijado un plazo para que se expidiera la Legislatura sobre la DIA -emitida por la autoridad competente- dejaba un vacío normativo que generaba múltiples opciones de interpretación debido a la imprevisibilidad e incerteza con respecto a su aplicación, provocando inseguridad jurídica.

-II-

Disconforme, Minera San Jorge S.A. interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 509/528 que, denegado a fs. 569/575, origina la presente queja.

Afirma, en lo sustancial, que existe cuestión federal en virtud de que se han cuestionado los arts. 1º, 2º y 3º de la ley provincial 7722 por considerarlos contrarios a los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional y al Código de Minería de la Nación, y la resolución de la Suprema Corte ha sido a favor de su constitucionalidad.

Arguye que la prohibición de utilizar determinadas sustancias químicas en los procesos mineros metalíferos implica lisa y llanamente la restricción absoluta de sus derechos de propiedad y a ejercer una industria lícita, se viola el principio de igualdad ante la ley y de igualdad de trato, ya que dichas sustancias están sólo prohibidas para la minería metalífera y no para el resto de las actividades mineras e

Procuración General de la Nación

industriales, y que la provincia nunca demostró cuál es el criterio de razonabilidad adoptado para efectuar dicha distinción.

Alega que la sentencia también es arbitraria, puesto que la Suprema Corte se pronunció omitiendo considerar la prueba producida en la causa, la cual resulta conducente e insoslayable, puesto que intentó demostrar la inocuidad de las sustancias prohibidas cuando su uso y disposición es controlado, según las normas que regulan la actividad, y su cotidiano uso por otras industrias. Añade que tampoco se tuvo en cuenta el hecho nuevo denunciado pues, luego de obtener la DIA por los organismos técnicos legalmente autorizados, ésta fue rechazada por la Legislatura provincial por resolución 512/11 de manera totalmente infundada, lo cual produce una violación a su derecho de defensa y a la garantía del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional).

Sostiene que la Suprema Corte, al dictar la sentencia individual, omitió el análisis de prueba esencial y relevante, como los informes de los organismos provinciales, tales como los emitidos por el Departamento General de Irrigación, el Consejo Profesional de Geólogos e Ingenieros y la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental de la Secretaría de Ambiente, obrantes a fs. 303/304, 217/295, 309/313 y 314/329; así como también la transcripción taquigráfica de la sesión legislativa en la cual se rechazó la ratificación de la DIA, sin ninguna razón técnica o científica que lo justificara (v. fs. 172/214).

Concluye así, que los magistrados formularon consideraciones dogmáticas, desvinculadas de los hechos y las circunstancias del caso, con lo cual la fundamentación del

pronunciamiento es aparente y no logra dar una respuesta adecuada ni debidamente fundada al planteamiento efectuado.

-III-

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de una norma provincial, la ley 7722, bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y al Código de Minería, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido favorable a la validez de la legislación provincial (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

Además, estimo conveniente tratar de manera conjunta lo atinente al recurso extraordinario y al de queja en tanto las impugnaciones referidas a la alegada arbitrariedad y a la cuestión federal, son dos aspectos que guardan entre sí estrecha conexidad (confr. doctrina de Fallos: 321:2764 y 323:1625).

-IV-

Ante todo, a mi juicio, corresponde destacar que la Provincia de Mendoza sancionó la ley 7722 en ejercicio de facultades ambientales en complemento de las normas nacionales que protegen el ambiente en lo que a la actividad minera se refiere, ello, sin alterar las competencias ejercidas por el Estado Nacional para dictar los códigos de fondo en los términos del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

En efecto, el Tribunal tiene dicho que corresponde reconocer a 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, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus

Procuración General de la Nación

autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido, pues si bien la Constitución Nacional establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente la jurisdicción local en la materia (art. 41, tercer párrafo; Fallos: 329:2280 y 331:699).

En tales condiciones, la Nación legisla las pautas mínimas de protección y, al ser esta una facultad compartida por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde con base constitucional; extremo que implica que la provincia en su ámbito propio realiza en plenitud una atribución que traduce un grado de valoración con relación al fin especial de carácter preventivo que persigue, la protección del medio ambiente (Fallos: 338:1183).

La Provincia de Mendoza, mediante la ley 7722, adoptó diversas medidas con la finalidad de proteger sus recursos naturales, en particular sus recursos hídricos. Los antecedentes parlamentarios que la precedieron dan cuenta de ello al aludir a la alta toxicidad y reactividad natural que provoca la minería a cielo abierto mediante el empleo de cianuro y mercurio (v. proyecto de ley 7722, H. Senado de Mendoza, expte. 50.031/05).

De este modo, por tratarse de un tema derivado del poder de policía ambiental, de seguridad y salubridad, aparecen en escena atribuciones del gobierno nacional y de las autoridades provinciales en el marco de las que se denominan facultades concurrentes, las cuales se evidencian cuando esas potestades pueden ejercerse conjunta y simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia, sin que de tal circunstancia derive violación de principios o precepto jurídico alguno. No

cabe, pues, desconocer las facultades que en el derecho ambiental competen a cada uno de los estados.

Es así que en el reparto de competencia que surge de la Constitución Nacional, el art. 233 del Código de Minería (CM) dispone que los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otras reglas que las de 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 de la Sección Segunda del Título pertinente y a las que oportunamente se establezcan en virtud del art. 41 de la Constitución Nacional.

De allí que, si bien la exploración y explotación del oro y cobre es una actividad lícita y de libre ejercicio, tal como surge de los arts. 1º, 2º y 3º del Código de Minería, ello debe hacerse con sujeción a las reglas de seguridad, policía y conservación del ambiente (conf. art. 233 del CM cit.), cuya autoridad de aplicación serán aquellas que las provincias determinen en el ámbito de su jurisdicción (art. 250 del CM).

De ello pueden extraerse dos conclusiones. En primer lugar, que la Provincia de Mendoza, mediante la ley 7722, ha ejercido sus competencias constitucionales sin avanzar sobre las facultades exclusivas del Congreso de la Nación para dictar el Código de Minería (conf. arts. 19, 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional), complementando y estableciendo mayores exigencias o requisitos en materia ambiental que los previstos en la legislación nacional 25.675 -Ley General del Ambiente- y la Sección Segunda del Título XIII "De la protección ambiental para la actividad" del Código de Minería, incorporada por la ley

Procuración General de la Nación

24.585 (conf. doctrina de Fallos: 330:1791, votos de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi).

En segundo lugar, y de modo contrario a lo que sostiene la apelante, de la confrontación de la ley 7722 con las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico señalado no surge que, en el ejercicio de tal competencia, la Provincia haya sancionado, en términos generales, una ley irrazonable.

Para ello basta atender a los principios enunciados por la Corte en la materia, en particular en sus pronunciamientos más recientes de Fallos: 342:917 ("Barrick") y 1203 ("Majul") que resultan aplicables al *sub lite*.

En el primero de ellos, el Tribunal señaló que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente, en especial -como en el caso- de los recursos hídricos, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, pues la caracterización del ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible" cambia sustancialmente el enfoque del problema (Fallos: 340:1695 y 329:2316), que no solo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso exige entonces "una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan". El ambiente -ha dicho el Tribunal- "no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus

necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario (Fallos: 340:1695, cons. 5°)".

Respecto del acceso al agua potable, también en el caso "Barrick" citado, la Corte aclaró que es un derecho cuya tutela implica modificar una visión según la cual "la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado... El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente (Fallos: 337:1361 y 340:1695)" (v. Fallos: 342:917, cons. 17).

A su vez en el precedente de Fallos: 342:1203 ("Majul"), la Corte indicó que en los procesos donde se debate este tipo de conflictos debe tomarse en cuenta el principio *in dubio pro natura* que establece que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios... derivados de los mismos (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016)".

Procuración General de la Nación

Con respecto al específico tema hídrico de modo indicativo también para los magistrados, advirtió V.E. en ese fallo que, en caso de incerteza, el principio *in dubio pro agua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018) (v. cons. 13).

Sobre la base de tales principios, entiendo que las críticas del apelante en este punto constituyen meras discrepancias con la resolución que adoptó la Corte local sobre la razonabilidad de la ley si se pondera que la finalidad de la norma es resguardar derechos que cuentan con especial tutela constitucional e internacional, como el derecho al medio ambiente sano y equilibrado y el principio *in dubio pro agua* señalado, por lo que los agravios de la apelante sólo traducen su desacuerdo con el criterio interpretativo adoptado por el tribunal quien ha realizado una adecuada ponderación del fin previsto por el legislador.

Ello, máxime aun si se advierte que el superior tribunal en su sentencia plenaria (conf. "Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad" L.S. 492-185, agregado a fs. 7/61 del cuaderno de queja) tomó en cuenta informes de diversa índole que exponen los riesgos de utilización de procedimientos químicos de lixiviación mediante sustancias disolventes con potencialidad nociva, tal como el informe del Departamento General de Irrigación de Mendoza del cual surge que, en el proceso

industrial de extracción de minerales por lixiviación, el empleo de sustancias como el cianuro, el mercurio y el ácido sulfúrico pueden ocasionar daños ambientales y al ser humano, en forma directa e indirecta. También los informes de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental y el técnico-científico del CONICET-CCT Mendoza, que dio cuenta de que si bien todas las actividades contaminantes son negativas a los fines de la preservación de la calidad del recurso hídrico, aquellas que se desarrollan en las partes altas de las cuencas son potencialmente más peligrosas, ya que en caso de producir contaminación sus efectos se trasladan aguas abajo, impactando sobre el resto de la cuenca (v. voto del doctor Julio R. Gómez en la causa cit., fs. 25 vta. del cuaderno de queja).

V.E. ha expresado que es improcedente el recurso extraordinario si se ha omitido cuestionar otras afirmaciones del juez que alcanzan para sustentarlo como acto jurisdiccional válido (Fallos: 308:2262). Así ocurre en el caso en que la actora no se hace cargo de rebatir los sólidos fundamentos de la sentencia plenaria que dan cuenta de la peligrosidad de las sustancias prohibidas por la ley 7722 mencionados anteriormente.

Desde otra perspectiva, cabe desestimar la arbitrariedad que la apelante endilga al pronunciamiento dictado en esta causa por haberse omitido evaluar prueba esencial y relevante para resolverla, como son los informes del Departamento General de Irrigación provincial, del Consejo Profesional de Geólogos e Ingenieros provincial y de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental de la Secretaría de Ambiente provincial, así como la transcripción taquigráfica de la sesión legislativa en la cual se rechazó la ratificación de la DIA emitida para el proyecto de la actora.

Procuración General de la Nación

Así lo estimo, a poco que se repare que el a quo sí tomó en cuenta dichos informes de conformidad a lo expuesto en su sentencia de fs. 491/498 (en especial v. fs. 494) y consideró que no se habían acreditado recaudos relevantes para tachar la constitucionalidad de la ley 7722.

Cabe recordar que en la jurisprudencia de la Corte los agravios referidos al modo en que el tribunal efectuó la valoración de las circunstancias fácticas probadas en el expediente no suscitan cuestión que deba ser atendida por la vía del recurso extraordinario en razón del carácter excepcional de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 303:436). Además, es sabido que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones ni a ponderar una por una exhaustivamente todas las pruebas incorporadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos: 312:950 y sus citas). A ello cabe agregar que, en la especie, la recurrente no demuestra la atingencia de los elementos que destaca con la sustancia de sus agravios, toda vez que los informes que señala como prescindidos de consideración por el a quo no parecen circunstancias susceptibles de alterar la solución alcanzada por aquél.

En efecto, del informe del Departamento General de Irrigación obrante a fs. 217/293 surge que hay actividades que producen mayores impactos negativos que otras y que consumen más agua que otras "tal es el caso por ejemplo de la actividad petrolera, minera, que son exigentes en consumo de agua y que además los efluentes producidos en ambas actividades si no son correctamente tratados y dispuestos según la legislación vigente, producen un impacto negativo altamente significativo, a veces con daños irreversibles" (fs. 277). En lo que es relevante

para este caso, respecto del uso del cianuro en la minería que utiliza la extracción por lixiviación expresa que *"...dada la alta toxicidad y reactividad natural del cianuro, la contención de esta sustancia es una de las preocupaciones primordiales de las minas en las que se utiliza la extracción por lixiviación. Se han documentado los efectos perjudiciales del cianuro en los peces, la vida silvestre y los humanos"* (fs. 281). Añade el informe los impactos asociados a la vida silvestre y las aguas, al indicar que *"aunque son rentables para las compañías mineras, las minas que utilizan la extracción por lixiviación con cianuro son bombas de tiempo para el medio ambiente..."* (fs. 282). Explica los dos accidentes propios de la minería de oro por lixiviación con cianuro: los escapes del cianuro por la rotura de las geomembranas y el desborde de los embalses de almacenamiento, indicando que *"la solución que se derrama puede ser suficiente para matar peces y otras formas de vida acuática, o para contaminar recursos de agua potable"* (fs. 284).

En cuanto al mercurio, que también es utilizado en la extracción del oro, lo describe como una sustancia tóxica y contaminante, que tiene efectos nocivos y severos sobre la salud humana y sobre el medio ambiente (fs. 285/286).

En relación al ácido sulfúrico, el informe explica que su utilización es muy importante para la producción de cobre, ya que participa en la lixiviación cuyo objeto es limpiar de impurezas y concentrar el contenido de cobre. El ácido sulfúrico, señala, es muy dañino para la vida acuática aun en concentraciones muy bajas y muy tóxico para el ser humano. No se debe permitir que entre en alcantarillas o fuentes de agua (fs. 291/293).

Procuración General de la Nación

En cuanto al informe de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental de la Secretaría de Ambiente provincial (fs. 316/323 referida al emprendimiento de la actora señala que **"el conjunto de documentos presentado por la empresa proponente del proyecto San Jorge presenta importantes omisiones, errores y contradicciones. Para la mayoría de los elementos del ambiente tanto natural como social, los informes no permiten establecer verdaderas líneas de base. El proyecto San Jorge implicaría numerosos impactos y riesgos significativos sobre los diversos elementos del ambiente natural y social"** (fs. 318).

Por último, el hecho nuevo incorporado por la actora, y que denuncia también como omitido por el *a quo*, se relaciona con la transcripción taquigráfica de la sesión de la Legislatura de Mendoza en la cual se trató el proyecto minero San Jorge y la DIA, luego rechazados por resolución 512 de ese cuerpo (fs. 172/214). De tal sesión surgen las manifestaciones de varios legisladores referidas a que **el proyecto no otorga seguridad, puesto que tiene 141 observaciones de los organismos técnicos administrativos y que adolece de muchas contradicciones.**

El contenido de tal documentación resulta concordante con las apreciaciones efectuadas por el tribunal *a quo* sobre los graves e irreversibles efectos que producen las condiciones técnicas de explotación minera metalífera, que desarrolla la actora, en el ambiente y en el agua.

En consecuencia, a mi entender, no se configura la hipótesis excepcional de arbitrariedad de la sentencia, toda vez que la apelante no demuestra que el superior tribunal haya dado un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, pues los informes que se dicen omitidos de valorar por él no tienen

entidad alguna para modificar la solución de la causa y reafirman el criterio adoptado por el *a quo*.

V.E. ha señalado que a los fines de la adecuada fundamentación del recurso extraordinario, cuando se invoca la falta de consideración de determinados elementos de juicio, no basta con señalarlos, sino que es preciso también demostrar su conducencia para variar el resultado de la cuestión (Fallos: 308:923 y 2262; 312:1200, entre muchos otros).

Asimismo, se descarta que la medida implique la restricción de los derechos de propiedad y a ejercer una industria lícita de la actora, toda vez que las disposiciones de la ley 7722 no prohíben la actividad, sino que -tal como interpreta el tribunal- lo vedado en ella es el uso de determinadas sustancias (como el cianuro, el mercurio y el ácido sulfúrico) con la finalidad de proteger el recurso hídrico (v. fs. 495).

En otro sentido, cabe descartar que resulte violatorio del principio de igualdad la prohibición de emplear el uso de tales sustancias para la actividad minera metalífera y no para el resto de las actividades mineras e industriales, en la medida en que aquella actividad no es equiparable, en su desarrollo y consecuencias ambientales, a cualquier otra.

V.E. desde antiguo viene sosteniendo que dicho principio garantiza la igualdad de trato a quienes se encuentran en iguales circunstancias, de manera que cuando éstas son distintas nada impide un trato también diferente con tal que éste no sea arbitrario o persecutorio (Fallos: 301:381; 306:195; 307:906; 311:394; 318:1403; 328:1825, voto de los doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

Procuración General de la Nación

En tal orden de ideas, la apelante reclama igualdad de trato con relación a otras actividades que son disímiles a la que ella desarrolla, sin tomar en cuenta que la minería metalífera, según los antecedentes y la prueba evaluada por el superior tribunal de Mendoza es de alto impacto contaminante, lo que conlleva la razonabilidad, como se dijo, de impedir que en ella se utilicen ciertas sustancias que en otros procesos productivos no se ponderan como de igual riesgo o peligro.

-V-

En sentido contrario, y sin perjuicio de lo expuesto, advierto que el art. 1° de ley 7722, al prohibir en los procesos mineros metalíferos el empleo de "otras sustancias tóxicas similares", se aparta del principio de legalidad que surge de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que en este aspecto la ley adolece de una gran indeterminación. La Corte ha expresado que el art. 19 de la Ley Fundamental exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de previsión y previsibilidad posible (Fallos: 341:1017) a fin de que cumplan con el estándar de claridad que es exigible para que los sujetos puedan ajustar sus respectivas conductas.

-VI-

Por último, entiendo que debe ser desestimado el pedido de la actora para que se declare la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 7722 -el cual dispone someter la DIA a la ratificación del Poder Legislativo de la provincia- sobre la base de esgrimir, únicamente, que dicho artículo viola su derecho de defensa y la garantía del debido proceso. Ello, pues

es menester recordar que la alegación de inconstitucionalidad desprovista de sustento fáctico y jurídico consistente no basta para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia por constituir un acto de suma gravedad que debe considerarse como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 303:1708, entre muchos otros).

-VII-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada con la salvedad que surge del acápito V referida a la mención que se efectúa en la ley 7722 sobre "otras sustancias tóxicas similares", que se considera inconstitucional.

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2019.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación