Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 16 de Junio de 2022

Autos y Vistos; Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido correctamente tratadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Que el planteo de inconstitucionalidad del art. 7° de la ley local 4969, que habilita a la Corte provincial a convocar a tribunal pleno, resulta inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario, y se confirma parcialmente la sentencia apelada. Con costas. Devuélvase el depósito. Agréguese la presentación directa a los autos principales, notifíquese y, oportunamente, remítanse.

VO -//-

-//-TO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que las cuestiones planteadas en relación con la constitucionalidad de la ley local 7722 son sustancialmente análogas a las resueltas en la sentencia dictada en el precedente "Minera San Jorge S.A." (Fallos: 344:3209, voto del juez Rosenkrantz), al que cabe remitir por razones de brevedad.

Que el planteo de inconstitucionalidad del art. 7° de la ley local 4969, que habilita a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza a convocar a tribunal pleno resulta inadmisible (art. 280, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y se confirma parcialmente la sentencia apelada. Con costas. Devuélvase el depósito. Agréguese la presentación directa a los autos principales, notifíquese y, oportunamente, remítanse a origen.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso de queja interpuesto por **Cognito Limited**, representada por el **Dr. Alberto B. Bianchi y por Martín Antonio Carotti**, representado por la **Dra. Patricia Inés Inzirillo**, con el patrocinio letrado del **Dr. Luis S. Peña y Lillo.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de Mendoza.**

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

-I-

A fs. 970/978 de los autos principales (a cuya foliatura se referirán las siguientes citas), 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 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 empresaria; 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 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, Cognito Limited interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 984/1003 que, denegado a fs. 1056/1061, origina la presente queja.

Los recurrentes señalan que su crítica abarca a la sentencia individual y los fundamentos de la sentencia plenaria, pues la primera es un acto de remisión a lo decidido en la segunda.

Afirman, en lo sustancial, que existe cuestión federal en virtud de que se han cuestionado los arts. 1°, 2° y 3° de la ley provincial 7.722 por considerarlos contrarios a los

arts. 14, 16, 17 y 28 de la Constitución Nacional, 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 violación de sus derechos adquiridos, es decir, la restricción absoluta del ejercicio de su actividad lícita ejercida bajo las debidas habilitaciones reglamentarias y el debido control ambiental.

Sostiene que la ley también conculca el principio 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 industriales, por lo que debería haberse extendido a todas las actividades.

Aduce, además, que la ley es irrazonable puesto que el medio perseguido por la norma no es proporcional al fin sobre el cual se pretende tutela, en tanto al prohibir el uso del cianuro, el mercurio y el ácido sulfúrico en la minería metalífera, está prohibiendo la actividad, que si bien produce impacto en el medio ambiente no es dañina cuando se la ejerce bajo el debido control de la autoridad ambiental.

Critica la sentencia de la Suprema Corte en cuanto efectuó el test de razonabilidad de la ley sin fundamentos técnicos ni consideración de la aplicación de las normas ambientales nacionales y provinciales vigentes, sin considerar si existía un "medio menos gravoso" para la actividad.

Respecto de los arts. 2° y 3° de la ley 7722, transcribe sólo el tratamiento que de ellos efectúa la Suprema Corte provincial.

Solicita, asimismo, que se declare la inconstitucionalidad del art. 7° de la ley 4969 que regula el funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en cuanto establece "[si] al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las salas entendiera que en cuanto al punto en debate puede producirse resolución contraria a la adoptada en una o más causas anteriores, o considerase que es conveniente fijar la interpretación de la ley o la doctrina aplicables, los presidentes de sala o el presidente de la Corte convocará a tribunal pleno y este decidirá por mayoría de votos".

Lo cuestiona, puesto que, a su entender, viola el principio de separación de poderes, el sistema de control constitucional argentino y su derecho a la defensa en juicio, cuando se aplica a supuestos como el presente, en los que se deduce una acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo entiende y por ello alega que la sentencia individual incurre en una manifiesta arbitrariedad, puesto que al remitirse al fallo "en pleno" en los autos "Minera del Oeste S.R.L. y Otro c/ Gobierno de la Provincia s/ acción de inconstitucionalidad", la Suprema Corte ha ejercido un control de constitucionalidad "en abstracto", es decir, prescindiendo de los hechos del caso individual y sin hacer mérito de las circunstancias particulares de la controversia.

-III-

A mi entender, las cuestiones debatidas en la causa relativas a la cuestión federal relacionada con la ley 7722 resultan sustancialmente análogas a las examinadas en mi

dictamen del día de la fecha en autos CSJ 916/2018 RH1 "Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad", a cuyos términos y conclusiones cabe remitir en lo pertinente (v. acápites III, IV, V y VI).

-IV-

En lo que se refiere a la impugnación del art. 7° de la ley local 4969 que habilita a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza a convocar a tribunal pleno, constituye un agravio tardío, a mi entender, por intentar introducir una cuestión no alegada ni probada en la instancia anterior. Además, tal manifestación, desarrollada por primera vez en el recurso extraordinario, de por sí habilita su rechazo, conforme a la tradicional doctrina de la Corte que sostiene que, al no haber sido sometida la cuestión al conocimiento de los tribunales de las instancias anteriores, el planteo formulado en el recurso extraordinario constituye sólo el fruto de una reflexión tardía, que no puede ser considerado en esta instancia (Fallos: 303:167; 322:1926, entre otros).

En efecto, de las constancias de autos (v. fs. 944/945), surge que la recurrente consintió voluntariamente la acumulación de los procesos y el dictado de una sentencia unánime y, sin cuestionamiento alguno, se sometió a la resolución judicial que dispuso la convocatoria a plenario, la cual le fue notificada el 16 de diciembre de 2013, mediante cédula electrónica de fs. 946. Asimismo, mediante resolución de fs. 961, la Suprema Corte dispuso "Practíquese a las partes la sentencia plenaria dictada a fs. 1033/1088 y vta. del expediente n° 90.589 'Minera del Oeste SRL y ot. c/ Gob. de Mza. p/ Ac. de

Inconst.'", la cual fue notificada a la parte recurrente mediante cédula electrónica en fecha 1° de febrero de 2016, según constancia de fs. 961 vta.

En ninguna de las dos oportunidades citadas la recurrente impugnó, cuestionó o hizo reserva para tachar de inconstitucional la norma procesal que faculta a la Suprema Corte provincial a convocar a tribunal pleno, por lo que la cuestión constitucional no fue planteada en la primera oportunidad posible en el curso del proceso (Fallos: 316:64).

-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada con la salvedad que surge del acápite V referida a "*otras sustancias tóxicas similares*", de los autos CSJ 916/2018 RH1 "Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad".

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2019.

ES COPIA LAURA M. MONTI

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación