

El Proyecto de Pino Solanas

Por Fernando Schweitzer*

1. Introito

Motiva esta reflexión el proyecto de ley titulado “Minería a cielo abierto y utilización de sustancias tóxicas. Prohibición” (el “Proyecto”), que fue firmado por algunos diputados, entre ellos, Fernando Solanas, Margarita Stolbizer y Felipe Solá, por mencionar a aquellos que tienen mayor exposición pública.

Basta leer el título para advertir que la finalidad del Proyecto es la prohibición de la actividad minera en el país.

No es casual, sino causal en este caso, que 12 de los diputados que firmaron el Proyecto representan jurisdicciones en las que no se desarrollan actividades mineras y que, por lo tanto, desconocen los procesos y los beneficios que la misma genera no solo en lugares donde no es viable otro tipo de actividad económica sino, también, en provincias que han sabido explotar su potencial minero como oportunidad de crecimiento.

2. Prohibiciones

El artículo 1º prohíbe, en forma clara y directa, la actividad minera a cielo abierto en todas sus etapas, con excepción de los salitres, salinas y turberas, y las minas de tercera categoría, las que deberán ser objeto de una legislación especial.

*Abogado USAL. Adjunto de Cátedra “Régimen Jurídico de los Recursos Naturales”.
Universidad del Salvador. Cátedra de la Dra. María Elena Brunella.

El Proyecto ataca abiertamente la minería a cielo abierto, pero ignora que la minería subterránea es una modalidad que ha caído en desuso en la gran mayoría de los países del mundo, principalmente, por cuestiones de seguridad de quienes trabajan en su interior. Resulta fácil prohibir una actividad económica, lo verdaderamente difícil y, el gran desafío, radica en el “adecuado control” de la actividad.

A través de esta prohibición lisa y llana se modifica una política de estado instaurada desde nuestros orígenes como país federal. En este sentido, a través de la Constitución Nacional se faculta al Congreso Nacional a dictar el Código de Minería con el fin de regular esta actividad y no precisamente de prohibirla. Dicha política se fue plasmando y reafirmando en diferentes instrumentos a lo largo del tiempo tales como:

- Tratados internacionales con potencias extranjeras: (a) el Tratado sobre integración y complementación minera suscripto entre Argentina-Chile (1997) que tiene por objeto promover la inversión minera en ambos países; (b) el Protocolo complementario al Tratado sobre integración y complementación minera entre Argentina-Chile (1999) que establece: *“De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 6 del Tratado, se entenderá que las Partes permitirán a los inversionistas de una y otra, el uso de toda clase de recursos naturales necesarios para el desarrollo del negocio minero, comprendiéndose en este concepto los recursos hídricos existentes en sus respectivos territorios, aunque no tengan la calidad de recursos hídricos compartidos, cuyo acceso se concederá dando pleno cumplimiento a la legislación interna del país en que se encuentren dichos recursos”*. El Proyecto vulnera un tratado internacional con jerarquía *supra* legal, ya que prohíbe la actividad minera. Conforme el artículo 31 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales son Ley Suprema de la Nación y las autoridades provinciales están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales

- Leyes nacionales: Ley de inversiones mineras que prevé un régimen de inversiones para incentivar la actividad minera en nuestro país.
- Diferentes normas contenidas en constituciones provinciales con el objeto de promover e incentivar la actividad minera en su territorio. A modo de ejemplo, la Constitución de la Provincia de Catamarca establece el artículo 67 que: *“El gobierno propenderá obligatoriamente a la extracción de los minerales y al establecimiento de plantas de concentración e industrialización mineral en las zonas estratégicas y económicas convenientes”* y el artículo 55 estatuye que: *“... el Estado asegura la radicación y continuidad de las industrias como fuentes genuinas de riqueza y fomenta todas las actividades productivas: agropecuarias, mineras, forestales, turísticas, artesanales, de comercialización y servicios, mediante créditos de fomento, desgravaciones, exenciones impositivas, adjudicación de tierras fiscales, subsidios en tarifas públicas y demás incentivos idóneos para ese fin”*.
- Acuerdo Federal Minero, suscripto el 6 de mayo de 1993 por el Poder Ejecutivo Provincial, y debidamente ratificado por las diferentes Provincias, que establece el compromiso de los Estados Provinciales de promover el desarrollo del sector, consensuando medidas para atraer y promover inversiones nacionales y extranjeras en la Minería Argentina.

El Proyecto instaura una rotunda oposición y modificación a una política de estado que se ha venido sosteniendo y fortaleciendo a lo largo del tiempo y que ha producido importantes aportes al crecimiento del país. No es posible soslayar la importancia de la contribución que la minería realiza hoy al superávit comercial, tal como lo reflejan los números publicados en un reciente informe por la Consultora Melconian & Santangelo.

Sería interesante conocer cuáles son las alternativas productivas que los señores diputados que apoyan este Proyecto, diagramaron o tuvieron en vista para reemplazar los aportes con que la actividad minera contribuye a la economía del país.

3. Normas constitucionales vulneradas

Una modificación de esta naturaleza, vulnera abiertamente varios derechos constitucionales.

a. Derecho de Propiedad

El Proyecto imposibilita el ejercicio de los derechos de exploración y explotación de numerosas empresas, que se encuentran vigentes y que fueron legítimamente concedidos de acuerdo a la legislación aplicable, y por ende, afecta su derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Ha dicho la Corte Suprema que cuando un particular ha cumplido todos los actos y requisitos sustanciales y formales para ser titular de un derecho se lo debe considerar como adquirido. De modo tal que, a partir de allí, una ley no lo puede suspender, pues sería inconstitucional¹.

Más aún, esta norma es expropiatoria, ya que priva a su titular de la propiedad de los derechos mineros. Dicha privación debe ser compensada mediante indemnización, cuyo monto debe corresponder al valor de mercado que tenga el bien, de acuerdo a la tasación que haga el Estado (Fallos 305:2359). El propietario tiene que quedar en condición de adquirir otro bien similar al que pierde (Fallos 305:407 y 1897).

No se trata de una observación menor ya que el Estado tendrá que arbitrar los medios necesarios para indemnizar adecuadamente a todos los titulares de derechos mineros que se vean privados de su derecho de propiedad como consecuencia del Proyecto. No hay que perder de vista que la

¹ Fallos 296:737.

actividad minera se caracteriza por enormes inversiones de dinero que quedarán trucas y que deberán ser compensadas adecuadamente.

b. Derecho de ejercer industria lícita, trabajar

El Proyecto viola el derecho contemplado en el artículo 14 de la Carta Magna, dado que impide a las diferentes personas físicas o jurídicas ejercer su industria, trabajar y generar recursos tanto para las provincias como para los particulares y para la Nación, aún cuando se trate de una actividad legítima, merecedora de la protección legal y fuente creadora de trabajo. Respecto de este derecho constitucional, reconocida doctrina ha sostenido que:

...siendo la Constitución el instrumento por el cual el pueblo ha reconocido los derechos que son parte y razón de la personalidad humana, como la vida, la libertad, la igualdad, ha consagrado también el trabajo y la industria como tales facultades inherentes. No podía limitarlos a los ciudadanos como un privilegio, sino extenderlos a todos los habitantes de la Nación, porque tal como ella lo ha proclamado en el Preámbulo, como propósito primordial, quedaban establecidos para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino... Este derecho no puede ser desconocido por ninguna ley, ni por los tratados, debiendo estos estar de acuerdo con la Constitución, porque es la expresión suprema de la soberanía².

c. Principio de razonabilidad

En cuanto a la razonabilidad de una norma jurídica, cabe traer a colación el propio criterio establecido por el Superior Tribunal a tal fin, que ha sostenido que:

...lo razonable significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente, lo que puede ser resumido: con arreglo a lo que dicte el sentido común”.... La regla de razonabilidad se funda... específicamente, en el art. 28 de la Constitución

² González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Editorial La Ley, 2001, pág. 82.

Nacional, y fluye del espíritu de la Ley Suprema. La Ley que altera o suprime el derecho que pretende reglamentar, incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad en cuanto imponga limitaciones a este que no sean proporcionadas a las circunstancias que las motivan y a los fines que con la norma se pretende alcanzar. La razonabilidad tiene por finalidad y razón de ser, preservar el valor supremo de la justicia que hace a la esencia del derecho³.

El Proyecto resulta irrazonable desde el momento en que pretende aniquilar una actividad legítima y por ende, los derechos derivados de ella.

d. Restricción a derechos y garantías

El Proyecto cercena derechos y garantías consagradas en la Carta Magna, por lo que la prohibición de una actividad legítima violenta específicamente el artículo 28 de la Constitución Nacional:

Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercici”.

4. Discriminación

El artículo 2 del Proyecto prohíbe el uso de ciertas sustancias químicas en los procesos mineros. Como es de público conocimiento, la actividad está sujeta a estrictos controles en sus diferentes etapas. La norma mencionada no sólo es discriminatoria, en tanto establece la prohibición únicamente respecto de la actividad minera, sin hacerla extensiva a otras actividades económicas que utilizan dichas sustancias en cantidades mayores en muchos casos y sin un suficiente control, sino también resulta violatoria de derechos protegidos constitucionalmente como el de propiedad, el de establecer y desarrollar industrias, el de contratar, el de trabajar.

5. Dominio de los recursos hídricos.

³ A.A.I c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa y de Inconstitucionalidad, Expte. N° 19.907-A-2004 Sup. Trib. Just. Chubut.

El artículo 3 del Proyecto prohíbe la utilización de ríos, arroyos y cualquier vertiente o depósito natural de agua, superficial o subterráneo, derretimientos de glaciares, de áreas periglaciares y cuerpos de hielo de cualquier tipo o formación.

Con esta norma se ignora dos principios constitucionales básicos contemplados en los artículos 124 y 41 de nuestra Carta Magna. Por un lado, el artículo 124 establece que corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Por el otro, el artículo 41 consagra competencias concurrentes entre la Nación y las Provincias en materia ambiental⁴. De acuerdo con ello, al Estado Federal le compete dictar las normas de presupuestos mínimos, y a las Provincias las normas necesarias para complementarlas⁵.

El artículo 41 prevé textualmente que:

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

La última advertencia no es baladí, sino que implica que el Estado Federal no puede exceder el ámbito de los presupuestos mínimos, y que las Provincias están facultadas para desarrollar y reglamentar en sus respectivas jurisdicciones aquel mínimo legislado por el Congreso.

El objetivo de la competencia acotada del Congreso, es lograr la legislación de protección mínima y uniforme en todo el territorio de la República, ya que nuestra Carta Magna deja librada la instrumentación de dicha protección a cada Provincia, de acuerdo a su idiosincrasia y características particulares. Todo reglamentarismo que exceda esa directriz habrá de ser propio de las normas provinciales complementarias⁶.

⁴ Cfr. Artículo 41 CN.

⁵ En ciertas Provincias tales como San Juan y Salta, ya se sancionaron leyes que protegen los glaciares, en uso de sus facultades constitucionales, regulando sobre un recurso natural cuyo dominio originario le pertenece.

⁶ Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo I-B, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 245.

Siguiendo esta interpretación, podría sostenerse que la competencia del Congreso se limitaría a la regulación del presupuesto mínimo de protección sobre los recursos hídricos, en tanto que cada Provincia debería reglamentar el modo de plasmar dicha protección.

El Estado Federal debe determinar el objeto a proteger (el “qué”), mientras que las Provincias deben reglamentar el modo de hacerlo (el “cómo”).

De regular las modalidades de protección, es decir, el “cómo”, el Congreso se estaría extralimitando en sus facultades. Una norma promulgada en estas condiciones, es inconstitucional por avanzar indebidamente sobre facultades que la propia Carta Magna coloca en cabeza de las Provincias.

6. Aplicación temporal

El artículo 5 del Proyecto establece que los titulares de concesiones mineras deberán adecuar sus procesos a las previsiones contenidas en él dentro del término de 3 meses bajo apercibimiento de cierre o caducidad de la concesión minera. Esto significa que el Proyecto tendrá efectos retroactivos y regirá respecto de los procesos iniciados con anterioridad a la sanción del mismo. La adecuación a las previsiones de la ley, claramente provoca un daño grave a los titulares de concesiones o derechos mineros, ya que en la mayoría de los casos, se trata de emprendimientos en los que se realizaron inversiones de grandes sumas de dinero destinadas a proyectos que fueron evaluados a largo plazo, y repentinamente, a través de una norma de este tipo, se pretende modificar por completo, las reglas de juego originarias bajo las cuales los mismos fueron diagramados.

7. Conclusiones

- A través de la prohibición lisa y llana de la actividad minera contenida en el Proyecto, se modifica una política de estado instaurada desde nuestros orígenes como país federal. En este sentido, a través de la Constitución Nacional faculta al Congreso Nacional a dictar el Código de

Minería con el fin de regular esta actividad y no precisamente de prohibirla.

- El Proyecto vulnera derechos protegidos constitucionalmente como el derecho de propiedad, de ejercer industria lícita, de trabajar y principios como el de razonabilidad.
- Implica una expropiación, ya que priva al titular de la propiedad de los derechos mineros. Dicha privación debe ser compensada mediante indemnización.
- El Proyecto es discriminatorio, en tanto establece la prohibición de utilización de ciertas sustancias químicas únicamente respecto de la actividad minera, sin hacerla extensiva a otras actividades económicas que utilizan dichas sustancias en cantidades mayores en muchos casos y sin un suficiente control.
- Una ley emanada del Congreso Nacional que tiene por objeto determinar presupuestos mínimos de protección referidos al ambiente, debe atenerse a regular el mínimo protectorio, ya que de extralimitarse en su competencia estaría violando la Constitución Nacional. En el caso bajo análisis, legislar sobre la modalidad de protección de los recursos hídricos, excede el ámbito de la competencia del Congreso Nacional, lo que podría ser declarado inconstitucional por sentencia judicial. La facultad de reglamentación es exclusiva de las Provincias, que son las que tienen el dominio originario sobre los recursos naturales que se sitúan en sus territorios. Sólo ellas tienen la facultad de decidir cómo proteger sus recursos naturales. Cualquier otra interpretación que se pretenda realizar al respecto, violaría la distribución de competencias consagrada constitucionalmente.
- El Proyecto tendrá efectos retroactivos y regirá respecto de los procesos iniciados con anterioridad a la sanción del mismo. La adecuación a las previsiones de la ley, claramente provocará un daño grave a los titulares de concesiones o derechos mineros, a través de la modificación de las reglas de juego.
