

GUILLERMO L. PICCIONE

Municipio, “fracking” y minería

*Los límites a la competencia municipal
en materia ambiental*

Prólogo de
ESTELA B. SACRISTÁN



Piccione, Guillermo L.

Municipio, "fracking" y minería: los límites a la competencia municipal en materia ambiental / Guillermo L. Piccione; prólogo de Estela B. Sacristán. - 1ª ed revisada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ábaco, 2019. 204 ps.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-950-569-330-6

1. Derecho Administrativo . 2. Derecho al Control de los Recursos Naturales. 3. Derecho Ambiental . I. Sacristán, Estela B., prólog. II. Título. CDD 320.85



Galardón otorgado a esta editorial

©

EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.

Viamonte 1336, 4º - Ciudad de Buenos Aires

www.abacoeditorial.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I.S.B.N.: 978-950-569-330-6

Impreso en noviembre de 2019

AMERIAN S.R.L.

Uruguay 1371

Ciudad de Buenos Aires

IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO

Aceptar ser director de una tesis de maestría puede ser una caja de gratas sorpresas. Cuando Guillermo Piccione me contactó, en la Universidad Austral, para que lo acompañara en la elaboración de su tesis de maestría en el LLM, el tema me pareció de elevado interés académico y profesional. Proponía investigar y formular un aporte en el específico campo de las industrias extractivas –minería y recursos no convencionales– frente a los municipios ubicados en provincias argentinas. Le interesaba sobremanera la cuestión de los límites a las competencias de los municipios en el campo ambiental. Al mismo tiempo, sus conocimientos en la materia me anticipaban que el autor necesitaría muy poco acompañamiento en la redacción de la tesis de maestría, pues se trata de un jurista con sólida formación de posgrado y pasión por la investigación. El resultado de ese camino es lo que el lector tiene hoy entre sus manos, con las actualizaciones y adaptaciones requeridas para la publicación por Editorial Abaco.

Sin duda, el autor –quien me ha honrado al solicitarme estos párrafos introductorios– ha encarado con pasión –y erudición– el estudio de un problema importante que de tanto en tanto es objeto de gran difusión. Se trata de una problemática que, cada tanto, se gesta hasta arribar a los estrados administrativos o judiciales, y que derrama –como casi siempre sucede en materia jurídica– sus efectos entre pocos, bastantes o muchos afectados, incluyendo –mas no en forma exclusiva, debe ponerse de resalto– a los habitantes del municipio de que se trate. Este libro estudia los límites a las competencias municipales ambientales; ello, en especial, ante ciertas actividades extractivas (por ejemplo, la minería a cielo abierto) o

ciertas explotaciones de hidrocarburos (por ejemplo, mediante fracking).

Típico ejemplo de ese ejercicio competencial municipal fundado en razones ambientales es la prohibición, por esos mismos fundamentos, de ciertas industrias extractivas o de ciertas explotaciones de hidrocarburos o técnicas de explotación de estos últimos. Ello brinda ocasión para reparar, en este prólogo, en la temática de las mentadas prohibiciones municipales¹.

A primera vista, un municipio que prohíbe en forma absoluta una actividad extractiva o la explotación de un recurso no convencional mediante cierta técnica elimina, como mínimo, una fuente de trabajo. Al mismo tiempo, un municipio que se abstiene de prohibir una actividad extractiva o una explotación no convencional deja espacio para la razonable reglamentación, que podrá ser más restrictiva o más laxa, con todas sus potencialidades, sanas o gravosas. La diferenciación no es menor. Las diferencias entre una y otra tesitura brindan resultados muy disímiles.

La experiencia municipal aludida puede ejemplificarse con una serie de planteos del mundo minero e hidrocarburi-fero, con prohibiciones emergentes de ordenanzas municipales precedidas o no de consultas populares directas, emitidas ex post, es decir, con posterioridad a la adquisición del título; y también puede complementarse mediante decisiones jurisprudenciales que versan sobre esa clase de prohibiciones. Cabe tener presente que tales prohibiciones o vedas poseen, como eje, la materia ambiental, renglón de amplísimos contornos si se considera que ambiente es, en el lenguaje cotidiano, lo que nos rodea, nuestro entorno². Todo lo que nos circunda

¹ A ellas me referí en "El municipio ante ciertas actividades extractivas: ¿Es más fácil vedar que permitir?", *Forum*, Buenos Aires, UCA, 2018, N° 6, ps. 15 a 40.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz "ambiente", en *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, actualización 2017, Madrid, 2018, en: <http://dle.rae.es/?id=2HmTzTK> (último acceso: 1/3/2019).

puede –hipotéticamente– justificar una prohibición, como si ese fuera el único camino disponible; como si no se admitieran las graduaciones que son propias de una razonable reglamentación. Todo ello nos enfrenta con cuestiones de libertad y de organización política.

Entre esos dos extremos –prohibición absoluta; razonable reglamentación– se yergue, con toda su fortaleza, entre nosotros, la libertad de industria consagrada constitucionalmente (art. 14, Const. nac.), a juego con la libertad que nuestra Constitución tiene como presupuesto ontológico ineludible. Ello pues nuestro Preámbulo “asegura” los beneficios de la libertad, dándose a ésta por preexistente. Entiendo, por ello, que el presupuesto ontológico de la libertad es el telón de fondo necesario para encarar la lectura de la presente obra.

Esos dos extremos, en un país organizado en forma federal como el nuestro, conviven, a su vez, con la esfera de poderes de aquella provincia donde se halle localizado el municipio, y con las competencias de la órbita federal. Puede, entonces, haber prohibiciones de ciertas actividades extractivas o de ciertas explotaciones no convencionales, o razonables reglamentaciones de ambas, que pongan en juego la interpretación de regulaciones de los niveles municipal, provincial y federal. Todos estos aspectos son estudiados a fondo por el autor, en el libro que hoy vemos publicado.

Muchos de los casos que desfilan por la presente obra de Guillermo Piccione nos serán familiares. Los ejemplos considerados son varios, y entre ellos se destacan los casos de prohibición de minería a cielo abierto originados en Esquel, en la provincia del Chubut; Famatina, en la provincia de La Rioja; y Andalgalá, en la provincia de Catamarca; y los casos del campo hidrocarburiífero, en especial cuando son extraídos mediante fractura hidráulica o fracking, originados en Cinco Saltos y Allen, en la provincia de Río Negro, y Vista Alegre, en la provincia del Neuquén.

Concretamente, la experiencia municipal pone de manifiesto que el análisis desarrollado en este trabajo presenta elevado interés jurídico para ser estudiada: dentro de cada provincia minera o hidrocarburiífera hay pluralidad de municipios, todos autónomos desde la reforma constitucional de 1994, in-

dependientemente de que tengan cientos o cientos de miles de habitantes; y, al día de hoy, se han sancionado al menos 58 ordenanzas directa o indirectamente prohibitivas del fracking³, con diversos derroteros⁴. Amén de ello, se ha vedado la minería a cielo abierto en municipios tales como San Vicente, provincia de Buenos Aires (clausura preventiva)⁵, Chos Malal, provincia del Neuquén (ordenanza 2390/2009)⁶, o en Costa de Reyes, Río Colorado y La Higuera, en la provincia de Catamarca (ordenanza 859/2015)⁷. Ello, independientemente de regulaciones provinciales, como la ley provincial 7722, prohibitiva de la minería a cielo abierto de la provincia de Mendoza.

¿Cómo pueden encararse, desde el Derecho, decisiones municipales como las apuntadas?

Un punto de partida propio no del Derecho público sino de la Filosofía del Derecho podrían ser las enseñanzas de FINNIS respecto de las nociones de comunidad, por un lado, y de

³ Un listado de ordenanzas de este tenor puede verse en: SIN AUTOR, "Normativa", página actualizada al 8 de febrero de 2018, en: <https://ocrn.info/pages/normativa/> (último acceso: 1/3/2019).

⁴ Consideremos la prohibición de *fracking* por Ordenanza 35665 del 14/4/2016, en Concordia, provincia de Entre Ríos (que no es una clásica provincia hidrocarburífera), en: <https://www.concordia.gob.ar/web/guest/bolet%20C3%ADn-oficial/bolet%20C3%ADn-oficial-n-2684-concordia-26-de-abril-de-2016> (último acceso: 1/3/2019); o la ordenanza 502/2013, que intentó hacer lo propio en Zapala, provincia del Neuquén (intrínsecamente hidrocarburífera), listada en: <https://www.colectivomujeresdelchaco.org/normativas-en-argentina-sobre-recursos-naturales/> (último acceso: 1/3/2019). Cabe aclarar que el boletín oficial de Zapala se publica en la *web* desde enero de 2015; ver: <http://www.zapala.gob.ar/boletin-oficial> (último acceso: 1/3/2019).

⁵ SIN AUTOR, "Clausuran un proyecto de minería a cielo abierto en el Gran Buenos Aires", *Revista El Federal*, s/f, en: <http://www.elfederal.com.ar/clausuran-un-proyecto-de-mineria-a-cielo-abierto-en-el-gran-buenos-aires/> (último acceso: 1/3/2019).

⁶ Concejo Deliberante de Chos Malal, Ordenanza 2390/2009, del 29/9/2009, disponible en: <https://noalamina.org/argentina/neuquen/item/2968-chos-malal-prohibio-la-mineria-a-cielo-abierto> (último acceso: 1/3/2019).

⁷ Concejo Deliberante de Tinogasta, Ordenanza 859/2015, del 6/10/2015, enumerada en: <https://www.colectivomujeresdelchaco.org/normativas-en-argentina-sobre-recursos-naturales/> (último acceso: 1/3/2019).

coordinación, por el otro; esta última noción se halla hermanada a la de colaboración y a la de cooperación, colaboración que, lejos de las formalidades, incluye la idea de coordinación negativa o no interferencia, es decir, abstención de hacer algo disvalioso⁸.

La comunidad es una forma de relación unificante entre seres humanos⁹. Si vivimos organizados en comunidad política es para lograr alguna clase de bien común. Este último se logra asegurando, a los miembros de la comunidad, toda una serie de condiciones que les permiten alcanzar, por sí mismos, objetivos razonables, o realizar, razonablemente, por sí mismos, los valores en pos de los cuales colaboran mutuamente, en forma positiva o negativa en la comunidad. En forma correlativa, entiendo que no puede haber persecución del bien común si ejercemos nuestros derechos y libertades sin importarnos los de los demás miembros de la comunidad que integramos y si con ello impedimos que otros se realicen. No puede abusarse de la discrecionalidad legislativa si con ello se veda, a los miembros de la comunidad, que alcancen su realización personal, familiar, comunitaria.

La idea de coordinación, en especial de coordinación en la acción, puede ser visualizada, según el profesor de la Universidad de Oxford citado, de tres maneras: en el plano del negocio, en el plano del juego, y en el plano de la amistad.

En la comunidad de negocios o de la utilidad, cada parte es indiferente hacia la otra; se coordina la acción pero sólo para obtener el objetivo propio; lo que suceda con la o las otras partes resulta indiferente¹⁰. Algo de ello se percibe cuando el municipio, mediante su órgano competente, sanciona la prohibición, logrando rédito político inmediato, sin parar mientes en sus efectos. También sería el caso de quien lleva adelante la explotación minera o hidrocarburífera involucrando a un universo amplísimo de sectores, pero únicamente en pos del

⁸ FINNIS, John (2011), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, Clarendon Law Series, Paul Craig (ed.), second edition, p. 138.

⁹ FINNIS (2011) p. 136.

¹⁰ FINNIS (2011) p. 140.

objetivo propio prefijado, son considerar si hay o no efectivos beneficios derramándose, por ej., en la comunidad local.

En las relaciones de juego, los participantes obtendrán satisfacción a partir de ser parte del juego en sí mismo, a partir de que éste sea bien jugado y ello constituirá el bien común¹¹. En esta visión, podría concebirse al contrato involucrado —una concesión minera o hidrocarburífera, por ejemplo— como conjunto de relaciones de juego, que tendrá que ser un juego bien jugado. Ello implicará como mínimo respetar y mantener sus reglas, sin abruptas modificaciones exógenas como las prohibiciones provenientes del órgano legislativo, prohibiciones que representan un riesgo que se halla por fuera del radio de disposición del concesionario.

Por último, cuando media amistad, la comunidad se forma, pues una parte quiere para sí lo mismo que la otra quiere para sí, y viceversa. Ya no se tratará del bien proveniente de la pura colaboración, y tampoco se tratará del bien proveniente de proyectos u objetivos coincidentes. Aquí estaremos ante el bien común de la auto-constitución mutua, el logro propio, la autorrealización. En el campo de las industrias extractivas o de las actividades de explotación hidrocarburífera como las estudiadas en esta obra, la comunidad de amistad implicará que el municipio quiera para sí, como municipio, lo mismo que el concesionario quiere para sí como empresa. En esta postura, y a modo de ejemplo, la legislatura municipal querrá, para sí, el adecuado ejercicio de competencias o libertades que el concesionario o sus órganos societarios quieren para sí, y viceversa; el concesionario querrá, para sí, la plena administración de asignación de riesgos que, en la esfera de sus competencias, la legislatura municipal quiere para sí.

Es claro que en las relaciones entre los particulares y los órganos estatales hay asimetrías de apariencia insalvable: el presupuesto ontológico de libertad de industria sólo asiste a las personas físicas o jurídicas como el caso del concesionario; el órgano estatal no tiene libertades sino competencias y ciertos cauces de discrecionalidad. Pero ello no implica que tanto el órgano municipal como la firma encargada de la explotación

¹¹ Ídem nota precedente.

—y, en fin, todos los demás individuos comprendidos— no deban colocarse en el lugar del otro y aspiren a alcanzar el objetivo que el otro quiere para sí: el órgano municipal, al considerar valioso aquello mismo que el titular de la concesión considera valioso, y viceversa, viene a colocar, bajo un haz de luz, el núcleo humano de la industria, imponiendo la empatía requerida en la comunidad de amistad.

En esta escena, y ya en el plano intersubjetivo, ningún municipio querría para sí estar sujeto a una prohibición o a reglamentaciones irrazonables como las que pesan sobre el otro; ningún concesionario querría para sí ser el autor de la eliminación o irrazonable obstrucción o entorpecimiento de servicios útiles a la sociedad, autoría que desea para sí el otro cuando prohíbe o reglamenta irrazonablemente la industria.

El tema que se encara en este libro es rico en matices políticos, jurídicos, iusfilosóficos, materiales y humanos, y constituye un desafío para una ordenada vida digna en sociedad (en especial de cara a los trabajadores y sus familias) y para un ordenado devenir (en el orden político) entre la esfera municipal y la provincial, por detrás de los cuales se halla el telón de fondo de la esfera nacional. Nada más difícil que estudiar los límites de una autonomía municipal, inserta en una autonomía provincial, inserta, a su vez, en una soberanía nacional.

Las instituciones políticas pueden reaccionar —y, de hecho, así lo hicieron— ante prohibiciones municipales que parecen ver al fracking o a la minería a cielo abierto casi como si fueran delitos ambientales. Esa reacción se halla ilustrada en los capítulos que siguen, con énfasis tanto en la experiencia argentina —especialmente neuquina— como en la estadounidense, tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial. Ese es el magma con el que el autor construye su original propuesta.

En ese contexto, cabe bregar no por prohibiciones municipales de cuño ambiental reñidas con los intereses presentes y futuros de tantas personas, físicas y jurídicas, sino por dar una oportunidad a la reglamentación razonable de una activi-

dad extractiva, tal que se vele por todos los intereses en juego con criterio de empatía, deseando para uno mismo lo que el otro querría para sí mismo. Esa reglamentación puede ser la emergente de la propuesta que se formula en este libro.

Guillermo Piccione ha demostrado estar más que preparado profesionalmente para elaborar los nutridos capítulos que siguen. Su experiencia laboral ha transitado tanto por el sector minero como por el de la energía, hallándose actualmente involucrado en el segmento regulado del transporte de gas. Al mismo tiempo, ha llevado a cabo estudios de posgrado tanto en el exterior como en la Universidad Austral y halla tiempo para la docencia. Todo ello habla de las credenciales más que suficientes que posee para elaborar el presente trabajo.

El complejo fenómeno encarado, en sus fases administrativa, constitucional y de Derecho comparado, habla por sí solo de la riqueza de la cuestión estudiada y me permite afirmar que en las páginas que siguen hay un trabajo honesto, científico, y una propuesta legislativa que contribuirá a formar una nueva visión sobre el cauce competencial de los municipios ante ciertas industrias extractivas y ante ciertas técnicas de explotación de hidrocarburos no convencionales, en materia ambiental. Enhorabuena.

ESTELA B. SACRISTÁN

Doctora en Derecho (UBA). Directora ejecutiva de la Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral). Profesora de Derecho Administrativo (UCA) y de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo (Universidad Austral)