

Sacristán, Estela B.

*El municipio ante ciertas actividades extractivas:
¿es más fácil vedar que permitir?*

Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 6, 2018

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sacristán, E. B. (2018). El municipio ante ciertas actividades extractivas : ¿es más fácil vedar que permitir? [en línea]. *Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 6. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=municipio-ante-actividades-extractivas> [Fecha de consulta:....]

EL MUNICIPIO ANTE CIERTAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS: ¿ES MÁS FÁCIL VEDAR QUE PERMITIR?

LOCAL AUTHORITIES AGAINST CERTAIN EXTRACTIVE ACTIVITIES: IS IT EASIER TO FORBID THAN TO ALLOW?

ESTELA B. SACRISTÁN¹

RESUMEN

Hay ciertas actividades, extractivas, que han sido prohibidas por diversos municipios en Argentina. Se las prohíbe por razones ambientales, y ambiente es prácticamente todo lo que nos rodea. Las prohibiciones recaen sobre la minería a cielo abierto y el *fracking*. Hay diversos criterios para analizar esas prohibiciones: las normas aplicables, la faz ambiental, la perspectiva económico-financiera, la faz humana, y el contraste con la experiencia estadounidense. Cierta jurisprudencia argentina permite colocar a esas prohibiciones en su adecuado cauce constitucional.

1. Doctora en Derecho (UBA). Profesora de Derecho Administrativo Comparado (Universidad Austral). Profesora Adjunta de Derecho Administrativo (UCA). Directora Ejecutiva de la Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral) (es@bgcv.com.ar - Arbitraje: recepción 26/5/2018 - evaluación 30/5/2018).

El presente se basa en la exposición efectuada el 5/9/2017 en el Centro de Derecho Constitucional de la UCA (Dr. Orlando Gallo, director). La autora agradece los interesantes planteos e intercambios efectuados luego de la exposición, en especial los de los Dres. Roberto Punte y Guillermo Schinelli.

PALABRAS CLAVE

Municipalidades - Industrias extractivas - Minería a cielo abierto
- *Fracking* - Prohibiciones.

ABSTRACT

In Argentina, there are certain extractive industries that have been forbidden by various municipalities. They are forbidden due to environmental reasons, and the environment is practically everything that surrounds us. The prohibitions cover open-pit mining and fracking. There are various criteria to analyze these prohibitions: the applicable norms, the environmental aspects, the economic and financial perspective, the human aspect, and the contrast with the United States experience. Certain Argentine judicial rulings allow us to place those prohibitions in their adequate constitutional boundaries.

KEY WORDS

Municipalities - Extractive industries - Open-pit mining - Fracking - Prohibitions.

I. PLANTEO

Nos enseñan que vivimos bajo el imperio de una regla de la libertad y que la excepción es la prohibición o veda. Pero, a veces, con una visión general y humana, parecería que es más sencillo prohibir que reglamentar; impedir antes que permitir con límites. Sabemos que el Derecho tiene, entre sus finalidades, la de facilitar la vida en sociedad, y sus manifestaciones, cuando se dan en forma de principios y normas, pueden ser ordenadas en distintos niveles jerárquicos, poblando lo que conocemos como jerarquía de fuentes del Derecho, las cuales, a su vez, en una organización

como la argentina, se reproducirán en los niveles nacional, regional, provincial, municipal².

Ahora, en materia de ciertas industrias extractivas, sabemos de datos fácticos acerca de ciertas medidas legislativas adoptadas en algunos municipios, medidas que se traducen, en la vida real, en prohibiciones absolutas de tal o cual actividad extractiva: la actividad respectiva queda en el campo de la veda, catalogada como no valiosa. Esas prohibiciones o vedas, a su vez, a veces son claras y directas, y otras veces son indirectas, ahogando la respectiva actividad industrial no expresa sino implícitamente. También sabemos de algunas medidas adoptadas judicialmente enderezadas a un fin similar, pero también de medidas judiciales que, con sano criterio, evitan los efectos nocivos de las normas que impiden ejercer una industria constitucionalmente lícita. Lo cierto es que, en el plano normativo, vemos prohibiciones, es decir, decisiones legislativas que califican a cierto quehacer humano como malo, vedándolo o impidiéndolo so pena de alguna sanción. Y en el ámbito judicial, advertimos medidas cautelares que ora han favorecido esa veda, pero otras veces, con sentido de justicia, han desplazado la posibilidad de aniquilamiento de una actividad industrial en principio lícita, en un municipio dado.

Esta experiencia puede ejemplificarse con una serie de planteos del mundo minero e hidrocarburífero, 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. Y cabe adelantar que tales prohibiciones o vedas poseen, como eje, la materia medioambiental, renglón de amplísimos contornos si se considera que ambiente es, en el lenguaje cotidiano, lo que “rodea algo o a al-

2. El panorama, en rigor, es más complejo aún; puede ampliarse en BIANCHI, A. B., “Del abuso de categorías y especies normativas en el ordenamiento jurídico argentino”, *EDA*, 2000/2001, pp. 780-785, donde se enumera una importante serie de fuentes originadas en cada una de las jurisdicciones comprendidas en el análisis del autor.

güen como elemento de su entorno”³. Todo lo que nos rodea puede –hipotéticamente– una prohibición, como si ese fuera el único camino disponible; como si no se admitieran graduaciones.

Los ejemplos tenidos en mira son, por un lado, relativos a la actividad minera, en especial la denominada actividad metalífera a cielo abierto, que requiere lixiviación⁴ y empleo de cianuro (originados en Esquel, en la provincia del Chubut; Famatina, en la provincia de La Rioja; y Andalgalá, en la provincia de Catamarca); y, por otro lado, los relativos a los hidrocarburos, en especial cuando son extraídos mediante fractura hidráulica o *fracking*, que es la inyección de fluido dentro de las capas de esquisto a elevada presión a fin de liberar recursos hidrocarbúricos, tales como petróleo y gas natural⁵ (originados en Cinco Saltos, en la provincia de Río Negro; Allen, en esa misma provincia; y Vista Alegre, ubicada en la provincia del Neuquén)⁶. Esta es, por ende, la modesta masa de casos a estudiar, sin perjuicio de que existen, o potencialmente podrían generarse, muchos otros.

La mentada selección de ejemplos podrá brindar un panorama acerca de algunos de los lineamientos adoptados para su solución, y permitirá enumerar criterios, con ánimo de arribar a conclusiones que abonen a la finalidad del Derecho antes recordada: facilitar la vida en sociedad, morigerando soluciones tal vez extremas que re-

3. 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: 6/2/2018).

4. Lixiviación es el proceso químico de lixiviar, que consiste en “tratar una sustancia compleja, como un mineral, con un disolvente adecuado para separar sus partes solubles de las insolubles”; conf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “lixiviar”, en *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, actualización 2017, Madrid, 2018, en: <http://dle.rae.es/?id=NT56ciP> (último acceso: 6/2/2018).

5. Voz “fracking”, en *Merriam Webster’s Dictionary*, Merriam Webster Inc., 2018, en: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/fracking> (último acceso: 6/2/2018).

6. Para familiarizarnos con estos municipios, puede indicarse su población según censo de 2010 publicado por MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA DE PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, en: <https://www.mininterior.gov.ar/municipios/datos-municipio.php?municipio=Vista+Alegre&buscamun=Buscar> (último acceso: 6/3/2018): Esquel: 32.758; Famatina: 5863; Andalgalá: 15.087; Cinco Saltos: 24.138; Allen: 27.443; y Vista Alegre: 3178.

sultan ser campo fértil para el caso, para el conflicto, para la confrontación⁷.

II. ACLARACIONES METODOLÓGICAS

Cabe aclarar que se excluirán, por razones de extensión y especialidad, aquellos supuestos de prohibiciones de actividades extractivas derivadas de una ley provincial, como es el caso de la ley prohibitiva de la minería a cielo abierto de la provincia de Mendoza⁸. Ello pues tal clase de decisión prohibitiva ya no hace a decisiones legislativas del nivel municipal (que se proyectan, *prima facie*, en la organización constitucional intraprovincial, vinculando municipio y provincia), sino del nivel provincial (que ponen en juego relaciones entre competencias provinciales y nacionales).

Además, la experiencia municipal que nos ilustra acerca de la clase de prohibición que inspira estas líneas presenta elevado interés

7. No desconocemos que, epistemológicamente, la noción de “caso” ha venido a adquirir un aparente rol de eje del Derecho, especialmente luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial argentino, y ello surge de la lectura de su artículo 1° (“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según...”) (el destacado no es del original).

Empero, compartimos la postura que ve al Derecho no como dirimente de la confrontación, conflicto o caso, lucha, resistencia u oposición, sino como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– conjunto de reglas e instituciones dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, conf. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 153, o p. 276 de la 2^{da}. ed.; ZAMBRANO, P., “El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Nro. 4, 2010, pp. 323/ 366, esp. p. 346.

8. Ley 7722, Boletín Oficial de Mendoza, 22/6/2007, pp. 5248-5249, en: <http://www.gobernac.old.mendoza.gov.ar/boletin/pdf/20070622-27931-normas.pdf> (último acceso: 20/2/2018). Al respecto, puede verse SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, PODER JUDICIAL DE MENDOZA, CUIJ: 13-02843392-6 ((012174-9058901)) *Minera del Oeste S.R.L. y otros c/ Gobierno de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad*, *102863400*, del 16/12/2015, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/ver-texto.php?ide=4519771086> (último acceso: 20/2/2018).

jurídico para ser estudiada: dentro de cada provincia minera o hidrocarburífera hay pluralidad de municipios, todos autónomos desde la reforma constitucional de 1994, independientemente de que tengan cientos o miles de habitantes; y, al día de hoy, se han sancionado cerca de 58 ordenanzas directa o indirectamente prohibitivas del *fracking*⁹, con diversos derroteros¹⁰. Amén de ello, se ha vedado la minería a cielo abierto en municipios tales como San Vicente, provincia de Buenos Aires (clausura preventiva)¹¹, Chos Malal, provincia del Neuquén (ordenanza 2390/2009)¹², o en Costa de Reyes, Río Colorado y La Higuera, en la provincia de Catamarca (ordenanza 859/2015)¹³. Ahora, esta latitud de alternativas torna imposible, en este trabajo, evaluar todos los casos. Por ello, dirigiremos la mirada a un cúmulo administrable de ejemplos ilustrativos a los fines de analizarlos desde el punto de vista jurídico y propiciar lineamientos interpretativos con mirada prospectiva y centrada en la coordinación de tensiones involucradas. Veamos.

9. 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: 10/2/2018).

10. Consideremos la prohibición de *fracking* por la ordenanza 35.665 del 14/4/2016, en Concordia, provincia de Entre Ríos (que no es una provincia hidrocarburífera), en: <https://www.concordia.gob.ar/web/guest/gestion/boletC3ADn-oficial/boletC3ADn-oficial-n-2684-concordia-26-de-abril-de-2016> (último acceso: 6/3/2018); o la ordenanza 502/2013, que intentó hacer lo propio en Zapala, provincia del Neuquén (intrínsecamente hidrocarburífera), enumerada en: <https://www.colectivomujeresdelchaco.org/normativas-en-argentina-sobre-recursos-naturales/> (último acceso: 6/3/2018) (el boletín oficial de Zapala se publica en la web sólo desde enero de 2015; ver: <http://www.zapala.gob.ar/boletin-oficial> (último acceso: 6/3/2018)).

11. SIN AUTOR (s/f), “Clausuran un proyecto de minería a cielo abierto en el Gran Buenos Aires”, *Revista El Federal*, en: <http://www.elfederal.com.ar/clausuran-un-proyecto-de-mineria-a-cielo-abierto-en-el-gran-buenos-aires/> (último acceso: 6/3/2018).

12. 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: 6/3/2018).

13. 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: 6/3/2018).

III. UNA MUESTRA DE EJEMPLOS ORIGINADOS EN ARGENTINA

A los fines de este trabajo, una ilustrativa muestra de casos, emergentes de la realidad de nuestro país, puede agruparse bajo dos subtítulos: la vinculada a la actividad minera y la vinculada al sector hidrocarburífero.

a) Sector minero

La experiencia en el campo minero puede ejemplificarse mediante los proyectos “El Desquite”, “Famatina” y “Agua Rica”.

La provincia del Chubut nos permite conocer las alternativas que se plantearon en torno a Meridian Gold, compañía con sede en Reno, Nevada, Estados Unidos, sociedad controlante de Minera “El Desquite”, que iba a explotar oro a escasos kilómetros de Esquel, provincia del Chubut, por concesión que data al menos de 2002¹⁴. La técnica que se iba a utilizar iba a ser la de minería a cielo abierto¹⁵. Luego de diversas protestas y movilizaciones, una consulta popular no vinculante, llevada a cabo el 23 de marzo de 2003 en ese municipio, dio como resultado que aproximadamente el 76 % de la población votaba en contra de la mina¹⁶. Ello impulsó, en ese mismo año, la sanción de la ordenanza 33/2003, que declaró al respectivo municipio no tóxico y ambientalmente sustentable, se prohibieron incluso actividades administrativas (no extractivas) de las compañías dedicadas a la

14. PRADO, O., *Situación y perspectivas de la minería metálica en Argentina*. Documento preparado bajo la supervisión de Fernando Sánchez-Albavera, Director de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, Santiago de Chile, mayo de 2005, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, N° 91, p. 54, en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6281/S054215_es.pdf.txt (último acceso 6/2/2018).

15. Conf. PILKEY, O. H. y PILKEY-JARVIS, L., *Useless Arithmetic: Why Environmental Scientists Can't Predict the Future*, New York, Columbia University Press, 2009, pp. 160-161.

16. SIN AUTOR, “Ganó el no a la mina de oro en Esquel”, *La Nación*, 24/3/2003, en: <http://www.lanacion.com.ar/483305-gano-el-no-a-la-mina-de-oro-en-esquel> (último acceso: 6/2/2018).

minería a cielo abierto u *open pit*. La decisión legislativa ha sido objeto de impugnación judicial, que se halla en trámite¹⁷.

La experiencia emergente del caso Famatina, en la provincia de La Rioja, aparece como una réplica de lo reseñado en el párrafo precedente. Empero, en este caso, la movilización contra la minería trascendió del ámbito local, en una primera fase, al ámbito nacional, en una segunda fase¹⁸, y generó un debate nacional sobre la denominada “megaminería”. No hubo, en este caso, ninguna ordenanza prohibitiva. Aunque debe recordarse que, en su oportunidad, el intendente del departamento de Famatina solicitó una medida cautelar de no innovar contra Energía y Minerales Sociedad del Estado y Osisko Mining Corporation, a fin de obtener la preservación de la situación existente, invocando, en especial, los glaciares protegidos por la respectiva ley provincial de glaciares. La medida cautelar fue acogida favorablemente por el Tribunal Unipersonal de Chilecito, se suspendió el convenio entre las dos demandadas y se impidió, en los hechos, la actividad minera por parte de la precitada compañía extranjera¹⁹.

Esta modesta muestra de casos mineros en la experiencia municipal puede completarse con el caso que se dio en Andalgalá, provincia de Catamarca, en torno al yacimiento “Agua Rica”, de la compañía Yamana hasta 2011, que luego pasó a manos de Xstrata Copper

17. Puede verse, en punto a la ordenanza 33/2003 de Esquel, el precedente SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHUBUT, Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y Minería, M. A. SA c/ Municipalidad de Esquel s/ contencioso administrativo, Expte. N° 23.525 -M- 2014, del 20/4/2016, en: <http://www.juschubut.gov.ar/images/centro-juris/iurisletter/pdf/SU0C007S.16W.pdf> (último acceso: 6/2/2018) (no firme).

18. VENERANDA, M. (2012, 24 de febrero). “Los reclamos por la megaminería llegaron hasta la Plaza de Mayo”, *La Nación*, en: <https://www.lanacion.com.ar/1451196-los-reclamos-por-la-megamineria-llegaron-hasta-la-plaza-de-mayo> (último acceso: 10/2/2018); SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo: La Argentina del extractivismo y el despojo*, Buenos Aires, Katz, 2014, p. 73.

19. TRIBUNAL UNIPERSONAL DE FERIA DE CHILECITO, expte. N° 947, Letra “I”, Año 2012, *Intendente Municipal Depto. Famatina – Medida Cautelar de No Innovar*, del 18/7/2012, en: <http://www.cij.gov.ar/nota-9513-La-Rioja-fallo-en-causa-Intendente-Municipal-Depto.-Famatina--Medida-Cautelar-de-No-Innovar-.html> (último acceso: 6/2/2018).

y Goldcorp, y, posteriormente, a Glencore-Xstrata. Este proyecto fue caracterizado por las marchas y contramarchas²⁰, pero debe destacarse que, en su momento, se hizo lugar a una de las acciones de amparo que presentaron los trabajadores de Agua Rica en defensa de su trabajo y su integridad física, ante la amenaza pública –emanada de antimineros– de impedir toda actividad relacionada con el proyecto²¹. A todo ello se suma, en septiembre de 2016, la sanción de una ordenanza prohibitiva de la minería a cielo abierto²². Asimismo, la Corte Suprema –ante el planteo en *Comunidad Diaguita*²³ contra Minera Agua Rica LLC sucursal Argentina, las provincias de Tucumán, Salta y La Rioja, y el Estado Nacional²⁴– se declaró incompetente. Y en *Martínez*²⁵, el citado Alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia anterior dando la razón a los vecinos de Andalgalá apelantes.

b) Sector hidrocarburífero

En el sector hidrocarburífero, la experiencia argentina puede ejemplificarse mediante los casos “Cinco Saltos”, “Allen” y “Vista Alegre”.

20. SIN AUTOR, “Agua Rica es un proyecto minero con futuro incierto”, 29/8/2016, en: <http://hoalamina.org/argentina/catamarca/item/16151-agua-rica-es-un-proyecto-minero-con-futuro-incierto> (último acceso: 10/2/2018).

21. SIN AUTOR, “Fallo judicial favorable a los trabajadores de Agua Rica”, 27/8/2010, en: <https://www.launiondigital.com.ar/noticias/11705-fallo-judicial-favorable-a-trabajadores-agua-rica>

22. CONCEJO DELIBERANTE DE ANDALGALÁ, ordenanza del 8/9/2016, expediente CD N° 5465/2016, promulgada por decreto N° 167/2016 del 9/9/2016, y publicada en el Boletín Oficial de Andalgalá, sin fecha, del mes de septiembre de 2016. Puede verse esta ordenanza en: <http://www.miningpress.com/nota/301143/documento-andalgalala-ordenanza-anti-mineria> (último acceso: 10/2/2018).

23. *Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Catamarca, provincia de y otros s/ amparo ambiental*, del 17/4/2012, Fallos: 335:387.

24. La enumeración de demandados y las razones por las que se accionó contra ellos surge del respectivo dictamen de la Procuración General de la Nación, sección I.

25. *Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo*, del 2/3/2016, Fallos: 339:201.

Cinco Saltos, localidad ubicada en la provincia de Río Negro, que es una de las diez provincias hidrocarburíferas argentinas, nos muestra la reacción adoptada ante la posibilidad de explotación de hidrocarburos mediante la técnica denominada fractura hidráulica o *fracking*. Esa reacción consistió en la sanción de la Ordenanza 1049/2012, fechada el 20/12/2012²⁶, que puede verse publicada en el Boletín Oficial provincial del 25/4/2013²⁷, por la cual se prohibió “la actividad de explotación y exploración no convencional de gas y petróleo (*fracking*) en el ejido municipal, ya que la misma no se encuentra reglamentada y no se cuenta con una estructura con la capacidad que permita tener un control estricto del desarrollo integral de esta práctica”²⁸. La ordenanza fue presentada por un concejal del Partido Comunista²⁹ y aprobada por unanimidad. De tal modo, el municipio de Cinco Saltos se convirtió en el primer municipio en sancionar esta clase de prohibición. La citada ordenanza fue vetada por la resolución municipal 92/2013³⁰, de febrero. El respectivo veto se fundó en que medió un exceso municipal respecto de las atribuciones previstas en la Carta Orgánica Municipal y el marco constitucional y legal previsto en el ordenamiento jurídico aplicable. Subsecuentemente, se generó lo que aparece como un conflicto de carácter interorgánico, materializado cuando el Consejo Deliberante aprobó, por mayoría simple, la Resolución 5/2013³¹, del 15/3/2013, en la cual se resolvió “considerar inexistente el veto reali-

26. Conf. enumeración confeccionada por SIN AUTOR, “Normativa”, página web actualizada al 8 de febrero de 2018, en: <https://ocrn.info/pages/normativa/> (último acceso: 10/2/2018).

27. Su texto puede verse en el Boletín Oficial de Río Negro, 25/4/2013, p. 22, en: <http://www.rionegro.gov.ar/download/boletin/5138.pdf> (último acceso: 18/2/2018).

28. Ídem.

29. Lo cual conduce a consideraciones de ideología que exceden el limitado carácter de esta presentación; para el significado de ideología puede verse BAUMAN, Z. (1987), *Legislators and Interpreters. On modernity, post-modernity and intellectuals*, Polity Press, Cambridge, p. 104 y ss.

30. Conf. SIN AUTOR, “Cinco Saltos: Se rechazó el veto a la ordenanza que prohíbe el *fracking*”, *Observatorio Petrolero Sur*, marzo 14, 2013, en: <http://www.opsur.org.ar/blog/2013/03/14/cinco-saltos-se-rechazo-el-veto-a-la-ordenanza-que-prohibe-el-fracking/> (último acceso: 10/2/2018).

31. Ídem.

zado a la ordenanza municipal 1049...". Lo cierto es que, al día de hoy, y como se adelantó en el punto II, se han sancionado cerca de 58 ordenanzas directa o indirectamente prohibitivas del *fracking*³².

Allen, localidad ubicada en la ya mencionada provincia hidrocarbúfera de Río Negro, actuando bajo el lema "Fruta Libre de Fracking"³³, obtuvo la sanción, por su Concejo Deliberante, de una ordenanza prohibitiva de esa actividad: la ordenanza 46/2013, fechada el 22/8/2013 y publicada en el Boletín Oficial municipal el 23/9/2013³⁴. Por esa ordenanza, el Concejo Deliberante local de Allen resolvió: "[E]stablécese respetar el principio precautorio establecido en la Ley General de Medio Ambiente N° 25.675 y prohibir dentro del ejido de la Ciudad de Allen la utilización del método de fractura hidráulica, fracking y/o estimulación hidráulica"; prohibición que generó protestas por parte de los trabajadores perjudicados involucrados³⁵. El Superior Tribunal de Justicia provincial declaró la inconstitucionalidad de esa ordenanza en *Provincia de Río Negro c/ Municipalidad de Allen*³⁶;

32. 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: 10/2/2018).

33. La historia de este *leit motiv* dio lugar a un curioso efecto *boomerang*: ya en 2016, la amenaza de ingreso de manzanas chilenas con tal denominación de origen fue visualizado como el fin de la actividad frutihortícola rionegrina, actividad que, comparativamente, tiene mayores costos laborales y escasa robotización, a diferencia de lo que ocurre en Chile. Puede ampliarse en ANDRADE, C. (2016, 25 de agosto). "Manzana libre de *fracking*", la estrategia publicitaria chilena que espanta en el Alto Valle", *Clarín*, en: https://www.clarin.com/economia/manzana-estrategia-publicitaria-alto-valle_0_Sko-Sa3q.html (último acceso: 10/2/2018).

34. Su texto puede verse en Boletín Oficial - Municipalidad de Allen, Río Negro, N° 10/2013 (700), Año XXIV, 23/9/2013, pp. 2-3, en: <https://www.allen.gov.ar/archives/view/119> (último acceso: 10/2/2013).

35. Puede verse SIN AUTOR (2013, 7 de noviembre), "Piqueteros de Allen a favor del *fracking*", en *La Mañana Neuquén*, en: <https://www.lmneuquen.com/piqueteros-allen-favor-fracking-n205783> (último acceso: 20/2/2018).

36. *Provincia de Río Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de poderes (ordenanza municipal 046/2013(originarias)*, expediente 26731/2013-STJ, sentencia 135, tipo D, del 26/11/2013, en: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=44317&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_has

ello, entre otros argumentos, en razón de que no se está ante “materia comunal”; antes bien, la materia sobre la que legisló el Municipio, al prohibir un método de extracción de hidrocarburos, “*invade competencia provincial en lo referente a política de recursos naturales (artículos 124 de la Constitución nacional y 70 a 81 de la Constitución provincial)*”. El voto concurrente del Juez Barotto agregó –con sana finalidad de coordinación– que “[e]n la especie sometida a tratamiento, el Municipio y la Provincia deberán transitar sus comunes rutas en armonía, sin roces o interferencias evitables, en miras a ayudarse o complementarse, pues esas conductas son las esperables de quienes dirigen las sociedades civilizadas”. Similar derrotero jurídico, si se quiere, se advierte en el caso de la municipalidad de General Fernández Oro³⁷, ubicada en Río Negro, que sancionó la ordenanza *antifracking* 571 / CDM / 2017, del 24/5/2017, en virtud de la cual se prohíbe la actividad extractiva no convencional mediante el método de fractura hidráulica en áreas urbanas, suburbanas, rurales y en tierras productivas bajo riego en la ciudad. La aplicación de esta ordenanza fue cautelarmente suspendida por el Superior Tribunal de Justicia rionegrino³⁸, en vistas del precedente *Allen* ya reseñado.

Por último, puede mencionarse el caso del municipio de Vista Alegre, ubicado en la provincia hidrocarburífera del Neuquén, que aloja la denominada cuenca neuquina, y a gran parte del importante

ta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1 (último acceso: 10/2/2018).

37. Tal la denominación de esta localidad, conf. la publicación del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA – PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, “General Fernández Oro”, en: <http://www.gobiernolocal.gov.ar/node/2103> (último acceso: 6/3/2018), donde se indica que la población es de 8629 habitantes. Una parte del área hidrocarburífera Estación Fernández Oro o E.F.O. se hallaría ubicada en territorio de la citada localidad, conf. SIN AUTOR, “Fernández Oro también rechazó una ordenanza *antifracking*”, *Río Negro – De Cipolletti*, 17/11/2016, en: <https://www.rionegro.com.ar/cipolletti/fernandez-oro-tambien-rechazo-una-ordenanza-antifracking-XY1634536> (último acceso: 6/3/2018).

38. Puede ampliarse en SIN AUTOR, “Fernández Oro debe suspender la ordenanza *antifracking*”, *Río Negro*, Editorial Río Negro, General Roca, 30/8/2017, en: <http://www.rionegro.com.ar/region/fernandez-oro-debe-suspender-la-ordenanza-antifracking-YA3442405> (último acceso: 12/2/2018).

yacimiento no-convencional de Vaca Muerta. El Concejo Deliberante de Vista Alegre sancionó la ordenanza *antifracking* 783/2016, publicada en el Boletín Oficial provincial del 17/2/2017³⁹. El Tribunal Superior de Justicia neuquino resolvió, primero, la suspensión cautelar de la misma⁴⁰ y, posteriormente, declaró la inconstitucionalidad de la citada ordenanza en el caso *Vista Alegre*⁴¹. Para la suspensión, el Tribunal provincial consideró, entre otros medulosos argumentos, el de la coordinación: “[E]l plano comunal con el que cabe integrar dicho complejo normativo debe encolumnarse, fundamentalmente, mediante la concertación de políticas públicas sobre aspectos comunes a ambos centros de poder –Provincia y Municipios– que no se encuentre en contradicción con sus disposiciones y facilite la cogestión y la coordinación en la ejecución”⁴². Y para la declaración de inconstitucionalidad, entre otros argumentos, se hizo especial hincapié en las competencias ya ejercidas constitucionalmente por la provincia en forma exclusiva, lo cual generaba una *preemption* o prioridad a favor del orden provincial ante el margen de competencias que el municipio creía (inconstitucionalmente) que poseía, en especial por razones ambientales⁴³.

39. Su texto sintetizado puede verse en Boletín Oficial de la provincia del Neuquén, Nro. 3562, 17/2/2017, p. 47, en: <http://boficial.neuquen.gov.ar/pdf/bo17021703562.pdf> (último acceso: 12/2/2018).

40. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, en: <http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2017/05/vista-alegre.pdf>

41. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expediente 6840/2017, fallo 8/2017, del 22/12/2017, en: <http://200.70.33.133/cmoext.nsf/1f69a-95ddfc04904032579df0055f4b6/872079b7c9d605e20325822c003a4a89?OpenDocument> (último acceso: 12/2/2018).

42. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI.

43. Acerca de la *preemption*, doctrina que implica priorizar un orden normativo sobre otro –en el caso, el provincial sobre el municipal–, puede verse SACRISTÁN, E. B., “La Ciudad de Buenos Aires como delegataria de poderes de la Nación (A propósito de los controles sobre una empresa estatal)”, *LL*, 2007-C, pp. 141-159, esp. p. 152.

IV. POSIBLES CRITERIOS PARA RESOLVER CASOS JUDICIALES

Un intento de sistematización de los diversos argumentos empleados para enfrentar casos como los reseñados puede centrarse, en primero, desde una perspectiva normativista, la faz competencial específica involucrada; segundo, los aspectos ambientales traídos al ruedo; tercero, los razonamientos jurídico-económicos que moran en los argumentos adoptados; y, finalmente, otros argumentos considerados desde una perspectiva humana. Todos ellos, por cierto, pueden ser evaluados desde el atalaya que conforma –como se adelantó– la regla de libertad de industria consagrada en la Constitución nacional, art. 14⁴⁴, libertad constitucional que se proyecta sobre las provincias y las constituciones provinciales en virtud del art. 31⁴⁵ de la Constitución Nacional, así como desde la finalidad de bienestar general que prevé el Preámbulo de nuestra norma fundamental. Veamos.

a) La mirada normativista. Aporte del Derecho comparado

Ordenanzas como las reseñadas en la sección precedente suelen entenderse, desde la perspectiva municipal, como fundadas en el ejercicio de competencias autonómicas municipales, posibilidad que se vería potenciada desde la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento del carácter autonómico de los municipios en el art. 123 de la Constitución Nacional. Empero, ante tal línea de argumentación, pueden traerse a colación los siguientes lineamientos.

De modo liminar, cabe recordar que autonomía o poder de autonormación no es soberanía (y hoy ni siquiera esta última es tan absoluta

44. "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...".

45. "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...".

como decenios atrás⁴⁶). A primera vista, existe ordenamiento provincial (constitucional, legislativo) que funciona como límite a las competencias municipales. Estas últimas operan de un modo peculiar en una organización federal: mientras que los estados o provincias delegantes en principio, retienen, poder no delegado al estado federal, los órganos de poder de la organización municipal derivan su poder de la constitución estadual y las leyes estadales. Ello se refleja, en Argentina, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, como se verá enseguida, en dos párrafos más abajo. A todo evento, el Derecho comparado estadounidense presenta dos opciones para interpretar la competencia municipal.

Las dos opciones interpretativas, que surgen de jurisprudencia de máximos tribunales estadales, comprenden, por un lado, la rígida *Dillon's rule*, originada en el caso *City of Clinton*, de 1868⁴⁷, y así denominada en honor al juez John Forrest Dillon, de Iowa; y, por el otro lado, la denominada doctrina Cooley, o doctrina del *home rule*, originada en un voto del juez de la Corte Suprema de Michigan, Thomas M. Cooley, en su voto en *People v. Hurlbut*, de 1871⁴⁸. En *City of Clinton*, de 1868⁴⁹, se afirmó que "las corporaciones municipales deben su origen a, y derivan sus competencias y facultades totalmente de, la legislatura. Esta les insufla el soplo vital, sin el cual no pueden existir. Así como las crea, las puede destruir. Si las puede destruir, las puede acotar y controlar"⁵⁰. Por el contrario, la doctri-

46. "La reforma constitucional de 1994, al incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22), reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones", conf. disidencia del Dr. Maqueda en *Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, del 28/3/2017, Fallos: 340: 345.

Para las limitaciones a la soberanía, puede verse HANNUM, H., *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, revised edition, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 19 y ss.

47. *City of Clinton vs. the Cedar Rapids and Missouri River Railroad*, 24 Iowa 455 (1868).

48. *People v. Hurlbut*, 24 Mich 44 (1971).

49. *City of Clinton vs. the Cedar Rapids and Missouri River Railroad*, 24 Iowa 455 (1868).

50. En el original, "Municipal corporations owe their origin to, and derive their powers and rights wholly from, the legislature. It breathes into them the breath of life, without which they cannot exist. As it creates, so may it destroy. If it may destroy, it may abridge and control".

na Cooley, o doctrina del *home rule*, expresa la teoría de un poder inherente a la autodeterminación local: en el voto del juez Cooley, en *People v. Hurlbut*, de 1871⁵¹, se expresó: “El gobierno local es una materia de derecho absoluto; y el estado no puede quitarlo”⁵². Se enseña que la *Dillon’s rule* prohíbe los poderes implícitos municipales y limita los poderes locales sólo a los reconocidos por el respectivo estado; que, bajo la *home rule*, sólo habrá otorgamientos estatales restringidos a competencias específicas, que, en la práctica, los estados erosionan constantemente; y que, a la fecha, sólo un cúmulo de constituciones estatales han derogado la *Dillon’s rule*, autorizando a los municipios a recaudar, regular y de otro modo administrar materias de interés municipal, salvo que ello esté específicamente prohibido por ley”⁵³ estatal. Las dos reglas pueden traducirse de esta manera: en la *Dillon’s rule*, si hay duda razonable sobre si la competencia fue asignada o no al municipio, se la tendrá por no asignada a este. En cambio, bajo la *home rule*, el estado delega, a los municipios, competencias en campos de actuación específicos, y esa delegación estará sujeta a permanente revisión judicial⁵⁴. En suma, bajo la *Dillon’s rule*, a menos que una competencia se halle expresamente otorgada al municipio, permanecerá en el nivel estatal –en nuestro caso, provincial–; por el contrario, una competencia fruto de la denominada *home rule* puede estar fijada, a favor del municipio, en la constitución

51. *People v. Hurlbut*, 24 Mich 44 (1871), esp. p. 95.

52. En el original: “local government is a matter of absolute right; and the state cannot take it away”.

53. AGRANOFF, R., “Relations between Local and National Governments”, en Haider-Markel, Donald P. (ed.), *The Oxford Handbook of State and Local Government*, Oxford University Press, 2014, pp. 27-70, esp. pp. 43-44.

54. Puede ampliarse en NATIONAL LEAGUE OF CITIES, “City Rights in an Era of Preemption: A State-by-State Analysis”, Center for City Solutions, 2017, esp. p. 5, en: <http://nlc.org/sites/default/files/2017-02/NLC%20Preemption%20Report%202017.pdf> (último acceso: 2/3/2018).

La permanente necesidad de interpretación judicial fue uno de los aspectos puntualizados por BIANCHI, A. B., “Límites al poder de policía municipal en materia de hidrocarburos (Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, Provincia de Río Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de poderes, 26 de noviembre de 2013)”, en *RADEHM*, N° 1, 2014, pp. 205-208, esp. p. 206.

estadual o en la ley⁵⁵ estadual. En ambos supuestos –advertimos– hay limitación al poder municipal.

La escena, ante un municipio autónomo argentino, es, por cierto, más compleja: ya sabemos de las dificultades ínsitas en la concepción de una autonomía (municipal) dentro de una autonomía (provincial)⁵⁶ a partir de la reforma constitucional de 1994, que “autonomizó” a los municipios. A efectos del presente, baste recordar que la autonomía municipal no es infinita pues así lo establece el art. 123, Constitución Nacional, que remite a una suerte de ordenación de niveles –nacional, provincial y municipal– y a amplios márgenes de actuación, mas sólo en las materias contempladas en el art. 5° de la Norma Fundamental⁵⁷. En otras palabras, se admite un marco de autonomía municipal cuyos contornos “deben ser delineados por las provincias”⁵⁸. En este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina parecería adoptar la *Dillon’s rule*.

Ese carácter “delineado” –siguiendo el lenguaje de la Corte Suprema argentina– es corolario del principio de finitud de la competencia y, en el plano municipal, se traduce en el cúmulo de cometidos que el gobierno provincial le permite o reconoce al municipio “derivación” mediante: “*las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes provincias a las que pertenecen (arts. 5° y 123)*”⁵⁹. Así las cosas, las constituciones provinciales y las leyes dictadas de conformidad con ellas operarán como límites a la discrecionalidad del legislador municipal. Va de suyo que el poder de actuación del legislador

55. LELAND, S. y WHISMAN, H. (2014), “Local Legislatures”, en Haider-Markel (ed.), *The Oxford Handbook of State and Local Government...* cit., pp. 415-437, esp. p. 416.

56. Puede ampliarse en SACRISTÁN, E. B. (2007), “La Ciudad de Buenos Aires como delegataria de poderes de la Nación (A propósito de los controles sobre una empresa estatal)” ... op. loc. cit.

57. “*Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*”

58. *Cadegua S.A. c/ Municipalidad de Junín*, del 5/10/2004, Fallos: 327: 4103.

59. Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en *Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo - medida cautelar*, del 4/4/2006, Fallos: 329: 976; *Administración Nacional de Aduanas c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ acción meramente declarativa*, del 3/4/2001, Fallos: 324: 933.

municipal, aun dentro de los márgenes de la “derivación”, quedará impedido ante supuestos intermunicipales o interdepartamentales⁶⁰.

Asimismo, la noción de dominio –sobre el recurso de que se trate– contribuye a la interpretación restrictiva de la competencia ejercida por el municipio. Ya conocemos el texto del art. 124, Const. Nac., que, desde 1994, consagra el dominio eminente u originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio⁶¹. En armonía con ello, la ley 26.197 –coloquialmente denominada “Ley Corta”–, de 2007, estableció claramente, en su art. 1º, a quién pertenecen los yacimientos hidrocarburíferos, así concluyó con la transferencia de dominio iniciada en 1992⁶². A la luz de dicho art. 1º, un municipio –que no es una provincia– no podría arrogarse competencias como si los yacimientos le pertenecieran (excepción hecha de ese municipio –si así puede llamárselo– tan especial que es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). La citada ley también estableció la posibilidad de que haya políticas energéticas federales (del PEN), e, implícitamente, políticas energéticas provinciales. Estas últimas operan, nuevamente, como límites inmediatos a la competencia municipal, con preeminencia sobre las ordenanzas de este último orden. Similares razonamientos podrían esgrimirse en el campo de la minería a la luz del precitado art. 124 de la Constitución Nacional. Como se afirmara en su momento, con todo tino, el municipio debe “*encolumnarse fundamentalmente, mediante la con-*

60. Considérese por vía de hipótesis un yacimiento que se halle ubicado debajo de más de un departamento (en la cabecera de cada uno de los cuales hay un municipio), yacimiento cuya explotación requiera *fracking*; e imagínese que esta técnica se halle prohibida en un departamento y permitida en el contiguo: ese yacimiento, más allá de otras argumentaciones aplicables, quedará excluido, por sus cualidades físicas, del radio competencial municipal por involucrar interdepartamentalidad.

61. Ya se analizó la equiparación entre dominio eminente y dominio originario en SACRISTÁN, E. B., “Dominio originario de los recursos naturales (La cuestión del dominio eminente)”, en Gelli, María Angélica (dir.), *20 Años de la reforma de la Constitución Nacional*, suplemento La Ley Constitucional, edición especial, Nro. 6, 2014, pp. 149-157. Acerca del dominio y la jurisdicción, ampliar con provecho en PALAZZO, E. L., “Los hidrocarburos en los equilibrios y en las tensiones entre la Nación y las provincias”, en RADEHM, Nro. 5, 2015, pp. 67-93.

62. Así, en CASAL, D., “Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones”, RADEHM, Nro. 5, 2015, pp. 9-34, esp. p. 22.

certación de políticas públicas sobre aspectos comunes a ambos centros de poder –provincia y municipios– que no se encuentre en contradicción con sus disposiciones y facilite la cogestión y la coordinación en la ejecución”⁶³.

b) Aspectos ambientales traídos al ruedo

La aparente ausencia de límites a la autonomía municipal ha sido empleada en forma conjunta con las razones ambientales para sostener pretendidas competencias municipales ambientales enderezadas a prohibir directa o indirectamente una industria extractiva.

Ahora, ya vimos que la materia ambiental es amplísima⁶⁴, y esa amplitud podría hipotéticamente amparar cualquier prohibición que invocara razones ambientales para disponer la prohibición. Las constituciones provinciales –cabe reiterar– operan como limitadores inmediatos de la discrecionalidad del legislador municipal, y ello sería extensible a la apreciación sobre las vedas municipales de ciertas industrias. Tal función de limitación, bajo la específica forma de delegación provincia-municipio, ha tenido aval jurisprudencial⁶⁵ en ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de la ordenanza 783/2016 de Vista Alegre, en estos términos: *“La regulación comunal de los aspectos ambientales puede estar referida al monitoreo y control de los aspectos delegados por la Provincia, como así también a aspectos sustanciales de la materia que hacen a la preservación, prevención, protección y conservación del ambiente”*; mas ello *“un espacio de diálogo y acuerdos conjuntos que fortalezcan la relación provincia-municipio en procura de una mejor y más amplia tutela del ambiente”⁶⁶.*

63. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI, párr. 11.

64. Ver nota al pie 3.

65. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit.

66. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit., cons. IX, párr. 8°.

Las leyes ambientales provinciales también operan como límites a la discrecionalidad del legislador municipal mediante la doctrina de la preeminencia⁶⁷, que ya fue adelantada en el acápite precedente.

La doctrina de la preeminencia consiste en el empleo de leyes estadales (en nuestro caso, provinciales) para anular una ordenanza municipal o una competencia municipal⁶⁸. En lo esencial, reglada la materia por el legislador provincial, quedará sustraída del orden legisferante municipal para quedar alojada en la esfera reguladora provincial⁶⁹. Y aun cuando una misma materia pudiera ser reglada por el municipio y por la provincia, debería regir la doctrina de la no interferencia, acerca de la cual también se ha generado interpretación⁷⁰.

Asimismo, téngase en cuenta que el municipio no regla en materia de Derecho común, pues ni siquiera la provincia puede hacerlo, conf. art. 126 de la Constitución Nacional⁷¹. Prohibir una actividad extractiva en el orden municipal, actividad reglada por el Código de Minería y sus leyes reglamentarias, so pretexto de velarse por el ambiente, sería contrario a la citada manda constitucional. Similares razonamientos se aplicarían respecto de los hidrocarburos.

Por último, si la Nación fija presupuestos mínimos ambientales, conf. art. 42, 2º párr.⁷², Constitución Nacional, estos serán vinculantes

67. Cabe remitir al trabajo citado en nota al pie 43.

68. Conf. NATIONAL LEAGUE OF CITIES, "City Rights in an Era of Preemption: A State-by-State Analysis", cit., p. 3.

69. Un ejemplo concreto de ello surge de TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI, párr. 12.

70. Ver, a modo de ejemplo, *Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad del decreto-ley 9111*, del 28/5/2002, Fallos: 325:1249; *Municipalidad de la Ciudad de Rosario c/ Santa Fe, Provincia de s/ inconstitucionalidad y cobro de australes*, del 4/6/1991, Fallos: 314: 495.

71. "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden (...) dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado."

72. "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".

para las demás jurisdicciones, v. gr., provincial y municipal, amén de que cada provincia estaría habilitada para complementar esos presupuestos mínimos. En esta escena, no podría comprenderse cómo un municipio podría normar prohibiciones sobre actividades que ya pueden haber sido objeto involucrado en la fijación de esos presupuestos mínimos en el nivel provincial: si se fijaron presupuestos mínimos para una actividad por norma provincial, ello significa que esa actividad es, al menos, considerada lícita (aunque reglamentable o limitable mediante aquella fijación).

c) La faz económico-financiera y de seguridad jurídica

La autonomía municipal comprende aquellas potestades que el municipio ejerza en materia económico-financiera, pero las mismas no serán infinitas: se hallarán limitadas por el art. 123, Constitución Nacional, que permite que la provincia regle el “alcance y contenido en el orden (...) administrativo, económico y financiero” de la autonomía municipal. Aquí se detectan dos aspectos clave para posibilitar la vida municipal: el económico y el financiero.

El municipio, al sancionar la prohibición, parecería hacer caso omiso de toda consecuencia en el plano financiero local y provincial, trasuntando, si se quiere, una decisión ciega ante potenciales beneficios para llevar adelante su propia organización. Pero, desde la esfera provincial se advierte, además, que la actividad industrial involucrada generará utilidades para las arcas financieras provinciales, y es esta la preocupación más evidente: si se prohíbe la actividad, no habrá reinversión alguna de utilidades por parte del gobierno provincial. Esta preocupación se refleja en la jurisprudencia y contribuye a detectar inconstitucionalidad en la norma municipal prohibitiva, ora al repararse en el aspecto financiero involucrado en el régimen municipal⁷³; ora al mencionarse, en forma específica, los recursos que pue-

73. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *YPF c/ Municipalidad de Rincón de los Sauces s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 2713/2009, del 13/5/2014, cons. IX, párr. 5º, <http://www.sajj.gob.ar/tribunal-superior-justicia-local-neuquen-ypf-municipalidad-rin>

de ingresar el municipio⁷⁴. Empero, cabe reparar en que el argumento de los ingresos por utilidades, para la provincia, no fue acogido al resolverse una medida cautelar⁷⁵ o la inconstitucionalidad misma⁷⁶ y ello parecería reflejar la tesis que intenta evitar criterios puramente financieros, economicistas, rayanos con la pura necesidad.

Una prohibición de ciertas actividades extractivas hoy será vinculante para los actuales y futuros habitantes de cierta provincia. No puede concebirse una prosperidad provincial aniquilada por la decisión de una legislatura municipal coyuntural.

Por último, a los nutridos argumentos que nos muestra la jurisprudencia, cabe agregar la resultante de la aplicación de la denominada doctrina *Martin*, conforme la cual, cuando el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en la ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido⁷⁷. Por ende, no se podría prohibir retroactivamente una actividad industrial pues constituye derecho adquirido. Se trata de una manifestación de la seguridad jurídica, y cabe acotar que la jurisprudencia ha hecho hincapié en el elemento de “seguridad del orden jurídico establecido” ante prohibiciones *ex post* como las aquí reseñadas⁷⁸.

con-sauces-accion-inconstitucionalidad-fa14070013-2014-05-13/123456789-310-0704-1ots-eupmocsollaf? (último acceso: 2/3/2018), con cita de *Rivademar*, Fallos: 312:326.

74. Ídem nota precedente, cons. XIV, párr. 4º.

75. Cfr. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit.

76. Cfr. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit.

77. *De Martín, Alfredo c/ Banco Hipotecario Nacional*, Fallos: 296: 723 (1976); *Banco del Interior y Buenos Aires S.A. c/ Kupferberg de Olsak, Rywka y otros*, Fallos: 298:472 (1977); *Quinteros, Mariano Modesto c/ Demoliciones Centro*, Fallos: 304:871 (1982); *Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, del 28/5/1991, Fallos: 314: 481; *Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ repetición*, del 23/3/2010, Fallos: 333: 255; entre otros.

78. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI, párr. 14.

Después de todo, se trata del respeto a “la palabra bien dicha y cumplida”⁷⁹.

d) La perspectiva humana

En este acápite podría tenerse en cuenta que una prohibición absoluta, directa o indirecta, de ciertas actividades extractivas colisionaría con la cláusula de la prosperidad provincial establecida en el art. 125, Constitución Nacional⁸⁰, que es el reflejo, en el orden provincial, de la cláusula de la prosperidad contenida en el art. 85, inc. 18⁸¹, de la Constitución Nacional. No en vano la jurisprudencia ha enfatizado tanto “las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía”⁸² que moran por detrás de casos que involucran prohibiciones como las estudiadas.

También en el plano humano cabe reparar en un efecto obvio de la prohibición de una cierta actividad extractiva: la pérdida de la fuente de trabajo, en el marco de una capacitación altamente especializada, y la muy probable posterior dependencia de aportes estatales. Ello, cuando la actividad humana del trabajador es, en sí misma, “inseparable de la dignidad de la persona humana que

79. Se sigue PUNTE, R. (2017). “Ética constitucional y bien común”, *Forum*, N° 5: pp. 9-13, esp. pp. 10-11, en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/editorial-etica-constitucional-punte.pdf> (último acceso: 2/3/2018): “Pero hay momentos de verdad, en que la palabra bien dicha y cumplida, las manos firmemente estrechadas, el abrazo sin traición, demuestran su valor como fuertes tramas que sostienen la buena convivencia.”

80. “Las provincias pueden (...) promover su industria, (...) la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros (...).”

81. Corresponde al Congreso nacional: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, (...) promoviendo la industria, (...) la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros (...).”

82. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit., cons. IX, párr. 17.

trabaja”⁸³, interpretación en la que confluye la Doctrina Social de la Iglesia⁸⁴.

Nótese que, conforme *Laborem exercens*, “el trabajo es un bien del hombre –es un bien de su humanidad–, porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido ‘se hace más hombre’”⁸⁵. En nada contribuirá a este fin la intempestiva o ideologizada prohibición absoluta de una actividad industrial y la consecuente desocupación de mano de obra especializada otrora felizmente ocupada. La eliminación de la fuente de trabajo, y –en el mejor de los casos– la dependencia de un eventual aporte estatal de subsistencia, erosionará la dimensión “relacional”⁸⁶ del hombre, le vedará opciones de progreso.

e) El aporte del Derecho comparado: “Ban on bans”

El municipio puede argüir que, al sancionar la ordenanza prohibitiva, lo que hace es ejercer una competencia que autónomamente

83. *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*, del 7/12/2010, Fallos: 333: 2306.

84. “El trabajo en sentido objetivo constituye el aspecto contingente de la actividad humana, que varía incesantemente en sus modalidades con la mutación de las condiciones técnicas, culturales, sociales y políticas. El trabajo en sentido subjetivo se configura, en cambio, como su dimensión estable, porque no depende de lo que el hombre realiza concretamente, ni del tipo de actividad que ejercita, sino sólo y exclusivamente de su dignidad de ser personal. Esta distinción es decisiva, tanto para comprender cuál es el fundamento último del valor y de la dignidad del trabajo, cuanto para implementar una organización de los sistemas económicos y sociales, respetuosa de los derechos del hombre.”, conf. PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia – A Juan Pablo II Maestro de Doctrina Social Testigo Evangélico de Justicia y Paz*, §270, párr. 2º (el destacado no es del original), en: http://www.arquidiocesisbb.com.ar/download/santa_sede/PCJYP%20-%20Compendio%20Doctrina%20Social.pdf (último acceso: 2/3/2018)

85. JUAN PABLO II, *Carta encíclica Laborem exercens*, 1981, § 9, párr. 3º, en: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html (último acceso 3/3/2018).

86. PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia – A Juan Pablo II Maestro de Doctrina Social Testigo Evangélico de Justicia y Paz* cit., §322.

le corresponde. Ya adelantamos reflexiones sobre lo relativo a la inadecuación de esta línea argumental, en especial a la luz de la organización constitucional intraprovincial y, en lo principal, a la luz de la preeminencia de la norma provincial, que va a preterir a la municipal⁸⁷. Ahora, puede razonarse en el sentido de que prohibiciones del tenor de las reseñadas podrían dar lugar a una reacción estadual en contrario y sobre ello nos enseña la historia legislativa estadounidense.

La prohibición o *ban* municipal podría ser prohibida o *banned* por medio de una ley estadual (en nuestro caso, provincial). Se trata de las denominadas *ban on bans* o prohibición de prohibiciones o prohibiciones prohibidas, y Estados Unidos es buena muestra de ello a propósito de lo ocurrido en Denton, Texas, estado intrínsecamente hidrocarbúfero. El citado municipio texano prohibió el *fracking* (noviembre 2014). Y la legislatura estadual reaccionó con el Texas House Bill número 40 o HB40, que culminó con la promulgación de una ley estadual que prohibía que cualquier municipio texano pudiera prohibir, en los hechos, el *fracking* (mayo 2015).⁸⁸ En lo sustancial, se motivó la medida así: “*la legislatura apunta a que esta Ley expresamente tenga preeminencia [preemption] sobre la regulación del petróleo y el gas por parte de las municipalidades y otras subdivisiones políticas, lo cual está implícitamente desplazado [impliedly preempted] por las leyes [estaduales] ya vigentes*”⁸⁹.

Como puede advertirse, esta línea de razonamiento –si bien por una vía distinta, sin hacerse uso de una prohibición estadual– se halla presente en jurisprudencia neuquina que ha sido repasada⁹⁰ y halla claro quicio en ella: la regulación estadual tiene preeminencia sobre la municipal. Pero el HB40 va más allá: las leyes vigentes estaduales

87. Ver sección IV.a.

88. Sobre el HB40 ver el sitio de la Legislatura del estado de Texas, en: <http://www.legis.state.tx.us/BillLookup/History.aspx?LegSess=84R&Bill=HB40> (último acceso: 2/3/2018) y sus diversas solapas.

El texto oportunamente sancionado puede verse en: <http://www.legis.state.tx.us/tlodocs/84R/billtext/pdf/HB00040F.pdf#navpanes=0> (último acceso: 2/3/2018)

89. Ver el texto en el lugar indicado en la nota precedente.

90. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit.

desplazan la regulación municipal del petróleo y el gas, y ello viene a fundamentar la prohibición que recae sobre los municipios.

V. CONCLUSIONES

El tema en el que se centraron estos párrafos es rico en matices materiales y humanos, y constituye un desafío para una ordenada vida digna en sociedad (en especial de cara a los trabajadores) y para un ordenado devenir (en el orden político) entre el orden municipal y provincial, por detrás de los cuales se halla el telón de fondo del orden nacional.

Las instituciones políticas han demostrado que pueden reaccionar ante prohibiciones municipales que parecen ver al *fracking* o a la minería a cielo abierto como si fueran delitos. Esa reacción ha sido ilustrada mediante la experiencia argentina, enriquecida jurisprudencialmente. Y también ha sido ilustrada por medio de la experiencia estadounidense, en especial texana, que se traduce en que el estado le prohíbe al municipio que regule ciertas materias. Tal vez podría visualizarse esta última reacción política como extrema, pero en rigor es tan extrema como la prohibición municipal que intenta neutralizar.

En ese contexto, cabe bregar no por prohibiciones municipales reñidas con los intereses presentes y futuros de tantas personas, físicas y jurídicas, sino por dar una oportunidad a la reglamentación de una actividad extractiva, tal que se vele por todos los intereses en juego.

De ese modo, la respectiva industria extractiva seguirá morando en el campo de lo permitido: calificable como industria lícita de las constitucionalmente consagradas desde 1853-1860, será, igualmente, pasible, como todos los derechos constitucionales, de reglamentación razonable; en especial, por razones ambientales. Mas ello, respetando el reparto de jurisdicciones que plantea un estado federal, con autonomías municipales físicamente localizadas en provincias también autónomas, y con el Estado nacional como telón de fondo.