



DECRETO N° 70/2023: INCONSTITUCIONALIDAD EN BASE ADESDE EL ASPECTO AMBIENTAL Y ASPECTOS PROCESALES IMPORTANTES

Por Abogado Tomas Vasser: Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Especialista en Derecho Ambiental por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA-Integrante de la Comisión Derecho Ambiental FACA-

I) INTRODUCCIÓN:

El pasado 21 de diciembre de 2023 el Poder Ejecutivo Nacional publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 70/2023. Dicho DNU abarcó una serie de medidas que constituyen un “desregulación” del sector económico del país, la cual generó un impacto severo en otros aspectos del marco de constitucionalidad de Argentina.

Estudiando Derecho Administrativo en la facultad, vemos la teoría del acto administrativo, la cual se nutre de una serie de elementos que funcionan para el sostenimiento del mismo, para que no recaiga en una situación que produzca su nulidad. El artículo 7° de la Ley de 19.549, establece cuáles son estos elementos, me paro concretamente en dos la Causa, la cual reza lo siguiente: “*b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable*”; y la Motivación que expresa, y cito: *e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.*

Las razones que motivan la “Necesidad y Urgencia” de una facultad extraordinaria del Poder Ejecutivo se pone de manifiesto, en los Considerandos de todo el acto. De una lectura de los considerandos del Decreto N° 70/2023, no surge una correcta motivación del acto, sino que se limita a mencionar porque considera que todo un paquete legislativo de años de trabajo debe ser derogado o modificado.

Por otro lado, y desde un punto de vista estrictamente judicial, es interesante que dentro de los considerandos del DNU el ejecutivo cite la Doctrina Verrocchi (Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de



amparo, sentencia CSJN 19/08/1999), más aun cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia, siendo uno de los fundamentos del fallo: “10) *Que los considerandos del decreto 770/96...resultan dogmáticas e insuficientes pues no alcanzan a justificar la imposibilidad de revitalizar el régimen de las asignaciones familiares por medio del ejercicio de la función legislativa por el Congreso de la Nación.*”¹, en el caso Verrocchi, el avasallamiento fue sobre asignaciones familiares y garantías constitucionales propias de los derechos sociales, que iban en contra del art 14 bis de la Constitución Nacional.

Para que se entienda el párrafo anterior, el Poder Ejecutivo Nacional cita un precedente judicial en donde se declaró la inconstitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia por violación de derechos laborales básicos, para realizar una reforma laboral profunda de todo el marco regulatorio de trabajo actual.

Sin embargo, en este caso concreto me detendré a mencionar como las medidas del DNU N° 70/2023, impacta en los derechos ambientales ya reconocidos. Lo que genera una fuerte regresión de conquistas de derechos de incidencia colectiva.

II) PROGRESIVIDAD AMBIENTAL EN MATERIA LEGISLATIVA

En el marco del derecho ambiental, el artículo 41 de nuestra constitución fue claro al establecer leyes de Presupuestos Mínimos, que generen un marco o piso en el encuadre de protección de los derechos de incidencia colectiva. La principal de estas leyes de presupuestos mínimos es la Ley N° 25.675 o Ley General del Ambiente.

La ley mencionada en el párrafo precedente establece una serie de principios, los cuales funcionan como mandatos de optimización de las leyes. Entre ellos uno de los más importante es el Principio de Progresividad el cual reza lo siguiente: *Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.* También se lo ha llamado como “No Regresión”, porque establece que los objetivos ambientales alcanzados no pueden ser reconsiderados, sino que se debe acentuar de manera cada

¹ Cons. 10° Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo, sentencia CSJN 19/08/1999



vez más profunda, es decir, no ir nunca hacia atrás en materia ambiental. Es un principio propio de derechos de segunda y tercera generación. La No Regresión es un instituto también propio de la materia previsional y laboral (un gran punto afectado en el DNU, ya que tiene todo un capítulo de desregulación de los derechos en materia laboral.).

En concordancia con lo expresado en el párrafo precedente la CSJN ha manifestado que: *“Que, por su lado, los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad -según lo dispone el artículo 4° de la mencionada norma- imponen que no deban ser mecánicamente trasladadas, ni con consideraciones meramente superficiales, los principios y reglas propios del derecho patrimonial individual para el examen y subsunción de este tipo de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible”*². La Corte también se ha expedido sobre este principio de progresividad en materia de humedales por ejemplo en precedente Majul: *“El Tribunal Superior provincial (ER) omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos) y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad (art. 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos)”*³; también lo ha aplicado en cuestiones referentes al aprovechamiento del agua, concretamente en el conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el aprovechamiento del Río Atuel: *“Para arribar a una solución del conflicto del río Atuel de un modo gradual y en virtud del principio de progresividad la Corte fijará como caudal mínimo permanente el recomendado por el Instituto Nacional del Agua (INA), es decir, el de 3,2 m³/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza; ello, como instrumento de posible cese del daño ambiental ocasionado por la falta de escurrimiento del río Atuel en territorio pampeano; surgiendo dicho caudal de un promedio de los resultados obtenidos por la aplicación de los distintos métodos hidrológicos de uso internacional que arrojaron valores inferiores al valor mínimo absoluto histórico de la serie (Tennant, Asturiano, de Porcentaje de caudal medio anual, Matthey y el recomendado por la Legislación Suiza),*

² MENDOZA, BEATRIZ S. Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de febrero de 2015. Fallos: 338:80

³ CSJ 000714/2016/RH001 MAJUL, JULIO JESUS c/ MUNICIPALIDAD DE PUEBLO GENERAL BELGRANO Y OTROS s/ACCION DE AMPARO AMBIENTAL 11/07/2019



en la inteligencia de que el mismo se encontraría garantizado el 100% del tiempo, según la curva cronológica de caudales de la serie analizada en la estación La Angostura por el referido organismo nacional”⁴.

La progresividad en materia ambiental implica por sobre todas las cuestiones que ni el sector privado ni el público puede diseñar prácticas, herramientas, procesos, normativas y cualquier otro tipo de manifestación de voluntad que implica una regresividad en los derechos de incidencia colectiva.

Es importante también remarcar que desde la incorporación de Argentina al Acuerdo de Escazú el Principio de No Regresión tiene un tratamiento expreso, en su art 3° inc. c).

Como ya se había adelantado, este DNU no solo es un avasallamiento en la conquista de derechos de segunda generación (con una eliminación de garantías laborales), sino también de latente inconstitucionalidad por derogar o modificar normativas que hacen al sostenimiento del encuadre legal-ambiental. Tal y como establece el art 2° del Código Civil y Comercial, se pone de manifiesto que: *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

El propio código atiende que la Ley debe ser interpretada de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico, es decir, no podemos restringir el análisis sobre las fuentes que nos sirvan a nosotros.

III) DIALOGO DE FUENTES: PRINCIPIO PRECAUTORIO

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial genera la necesidad de comenzar un proceso de Dialogo de Fuentes debido a la complejidad avasallante del ordenamiento jurídico. Entender las diferentes fuentes normativas como compartimientos estancos genera un análisis parcial por parte de los interpretes de las normas. Tal y como menciona la Profesora Guillermina Zabalía el Código Civil y Comercial asume las

⁴ La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas L. 243. L. ORI 16/07/2020 Fallos: 343:603



características de la Constitucionalización del Derecho, plasmándose una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios y directrices⁵.

El Código Civil y Comercial establece en su artículo 2°: *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.* Interpretar la Ley de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico, implica no generar compartimentos estancos que recaigan en análisis parcial de las leyes. Dicha tarea debe ser encomendada a todo interpretador de la ley, sea un legislador o un juez, el análisis debe ser integrar.

Atendiendo la naturaleza transversalista del derecho ambiental y su impacto en todo el ordenamiento jurídico, genera la posibilidad de interpretar los diferentes aspectos normativos del DNU en clave de derecho de incidencias colectiva, ver como las “desregulaciones individuales” afectan las “regulaciones colectivas”.

En ese orden de ideas un mandato de optimización (como bien menciona Robert Alexy) son los principios del derecho, tanto como fuente de interpretación y como norte a seguir a fin de no caer en fines no deseados por la normativa. Concretamente el derecho ambiental se nutre de principios a fin de lograr su cometido. Ya mencionamos el Principio de Progresividad/No regresión en el acápite precedente, poniendo de resalto la gravedad de normativas regresivas. Gran problema del presente DNU reside en que todavía no se ha configurado un daño concreto por aplicación. Sin embargo, actualmente podemos evidenciar a través de su contenido, un potencial daño para los derechos de incidencia colectiva, para derechos sociales y para derechos individuales. Correspondería en este caso, analizar el impacto del DNU no solo a la luz del principio de progresividad, sino también del principio precautorio porque, tal y como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la CSJN: *Es a la luz de estos principios que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional (Fallos: 329: 3493) que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente*

⁵ <https://www.unicen.edu.ar/content/el-di%C3%A1logo-de-fuentes-como-expresi%C3%B3n-del-desaf%C3%ADo-de-la-complejidad>



*otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.*⁶

IV) DEROGACIÓN DE LA LEY N° 26.736

El Decreto de Necesidad y Urgencia del Ejecutivo Nacional se expresó en los siguientes considerandos: “*Que el grave cuadro descripto obliga a tomar en forma inmediata decisiones drásticas, que ayuden a poner en marcha el país a través de la liberación de fuerzas productivas, hoy maniatadas por regulaciones cuyo fracaso es patente*”, también pone de manifiesto: *...deben derogarse la Ley N° 18.770 de régimen de entregas de azúcar para consumo en el mercado interno y la Ley N° 26.736 que regula el mercado de pasta celulosa y papel para diarios; ello así a fin de lograr un mejor acceso de las empresas del sector a ese insumo, fomentando la más amplia libertad de expresión.*

La Ley N° 26.736 es aquella que declaró de interés la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios (art 1°). El objeto de la presente ley es asegurar para la industria nacional la fabricación, comercialización y distribución regular y confiable de pasta celulosa para papel de diario y de papel para diarios, declarada de interés público, estableciendo la implementación progresiva de las mejores técnicas disponibles, considerando el factor de empleo y aplicando aquellas prácticas ambientales que aseguren la preservación y protección del ambiente con un desarrollo sustentable (art 3°). La producción de Pasta Celulosa es una actividad comercial muy importante, en Argentina se produce alrededor de 810 mil toneladas anuales (+/- 10%), de las cuales el 20% se exporta y el 80% es para consumo interno⁷.

El proceso de producción de celulosa blanqueada comprende una etapa de pulpaje en la que se separan las fibras de celulosa de los otros componentes de la madera (lignina, terpenoides extraíbles y ácidos resínicos, entre otros), y una de blanqueo en la que se remueve la lignina residual (la que le da color a la pulpa). La descarga de los efluentes de plantas de celulosa puede generar en la biota acuática una gama amplia de efectos

⁶ CSJ 154/2013 (49-CI/CSJ) / CSJ 695/2013 (49-CI/CSJ) RECURSOS DE HECHO. “Cruz, Felipa y otros c/ MINERA ALUMBRERA LD y otro si sumarísimo”. 23.02.2016. Fallos: 339:142

⁷ <https://forestindustria.org.ar/celulosa-y-papel/>



en diferentes niveles de organización jerárquica (desde el molecular hasta el ecosistémico)⁸. Es decir, estamos ante un tipo de actividad con un impacto ambiental demostrado, es por ello que la ley mencionada trabaja sobre el impacto en los derechos de incidencia colectiva, dejando claro que toda actividad tiene que generar un impacto ambiental mínimo y deben realizarse Estudios de Impacto Ambiental⁹.

La derogación de esta ley por el DNU mencionado, destruye no solamente niveles de reconocimiento ambiental progresivos, sino que también avasalla sobre instrumentos de política ambiental, como lo es un Estudio de Impacto Ambiental, es decir que atento indirectamente contra la Ley General del Ambiente por invalidez principios del derecho ambiental y mecanismo de defensa de los derechos de incidencia colectiva. También la derogación de dicha ley termina con institutos progresivos, como la obligación de recomposición del daño (garantía del artículo 41 de la Constitución Nacional)¹⁰ y transparencia en el tipo de actividad (lo cual puede traducirse en información pública en materia ambiental)¹¹.

⁸ http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1667-782X2008000300004

⁹ Art 8°, Ley N° 26.736. La actividad de producción de pasta celulosa y de papel para diarios se deberá desarrollar en un entorno y con tecnología que reduzca al mínimo la posibilidad de generar un impacto ambiental. Al respecto, se deberá dar cumplimiento a la normativa de protección ambiental vigente, especialmente en lo referente a los vuelcos y a las emisiones gaseosas. Todas las empresas deberán realizar un estudio de impacto ambiental en el cual debe haber una descripción de los efectos esperados, así como propuestas de mejoras tecnológicas, a fin de minimizar dichos impactos. El referido estudio debe ser actualizado anualmente, reflejando las mejoras introducidas tanto en el proceso como en el tratamiento de los residuos.

¹⁰ Art 9°, Ley N° 26.736. En caso de producirse alteraciones negativas sobre el medio ambiente, se deberá tener una clara política de reparación del daño ocasionado. Se tenderá como primera acción a la recomposición del ambiente dañado, con los medios tecnológicos que se disponga. En caso de no ser posible, se tenderá a generar un impacto positivo que compense los perjuicios ocasionados. La evaluación de daños deberá ser permanente, teniendo la empresa obligación de informar a la autoridad de aplicación en caso que se incremente y proponer medidas para la reducción del mismo.

¹¹ Art 18°, Ley N° 26.736. Transparencia. Los fabricantes, distribuidores y comercializadores de pasta celulosa y de papel para diarios deben mantener actualizada una publicación para los compradores de pasta celulosa y de papel para diarios y para la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Fabricación, Comercialización y Distribución de Pasta Celulosa y de Papel para Diarios. Esta obligación se entenderá cumplida mediante la creación y actualización diaria de un sitio de Internet en el que consten como mínimo: los precios de compra equivalente contado, de la madera, la pasta celulósica, el papel para reciclar, la soda cáustica y cualquier otro insumo que, en el futuro, conforme más del diez por ciento (10%) de las compras anuales de la actividad. Sin perjuicio de ello, los fabricantes, distribuidores y comercializadores de pasta celulosa y/o de papel para diarios podrán agregar otras formas de publicidad a la indicada precedentemente.



V) DEROGACIÓN DEL BANCO NACIONAL DE INFORMACIÓN MINERA LEY N° 24.695. AFECTACIÓN AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL.

Otro de los puntos que necesario analizar es la derogación del Banco Nacional de información minera. En los considerandos del DNU N° 70/2023, se expresa lo siguiente: “...deben eliminarse costos en el sector minero con la derogación de la Ley N° 24.523 del Sistema Nacional de Comercio Minero y la Ley N° 24.695 del Banco Nacional de Información Minera”. Por ello es que a través del artículo 170 del DNU N° 70/2023 se deroga la Ley N° 24.695.

La Ley N° 24.695 crea una base de datos que se erige sobre la base de la información existente en dicho sector y en todo organismo dependiente de la administración pública nacional, centralizada y descentralizada, universidades nacionales, entes autárquicos u otros en los que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias (art 1°). La presente ley no solo creo una red de información pública que permita al usuario un acceso ágil y eficiente a la base de datos (art 2° inc. c), sino que también, quedan obligados a suministrar periódicamente a la base de datos toda la información sobre el tema objeto de esta ley, actualizando la información al menos una vez por año, siendo optativo el suministro de dicha información para las personas físicas o jurídicas del sector privado.

Es decir que a través de este sistema los ciudadanos tienen acceso a una serie de datos de vital importancia, ya que se entrelazan con la posibilidad certera de conocer los diferentes proyectos mineros que existen en argentina¹². Esto es elemental para conocimiento del impacto ambiental de los mismos, estamos hablando de información pública de libre acceso que el sector público se encontraba obligado a suministrar. El acceso a la información ambiental es un derecho reconocido por prerrogativa constitucional del artículo 41°, en su segundo párrafo. Asimismo, la Ley General del

12

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoibWUxN2E1ZDItZTZkMi00NTRiLTllZTMtNDcxMzE1OWI4MmM0IiwidCI6ImNiODg0ZGI1LTl0ODUtNGY5Yi05MzhILTNINjlxZjlyMjU3YiIsImMiOiJR9&pageName=ReportSection>



ambiente dedica un capítulo específico al libre e irrestricto acceso a la información¹³. Posteriormente a la sanción de la Ley General del Ambiente, se sancionó la Ley N° 25.831 de Presupuestos Mínimos de Acceso a la Información Ambiental, la cual establece pautas básicas tales como garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado (art 1°); entiende por información ambiental toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable (art 2°); El acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada (art 3°); Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado (art 3°), entre otros puntos importantes. Es decir, la Ley N° 24.695, constituye un instrumento de gran importancia para asegurar el libre e irrestricto acceso a información en materia ambiental sobre los emprendimientos mineros en todo el país, por lo que su derogación va en directa contradicción con los presupuestos ambientales legislados y la garantías constitucionales establecidas, sin mencionar que también va en contra de lo regulado por el Acuerdo de Escazú , tratado internacional con jerarquía supralegal y aprobado por Ley N° 27.566¹⁴. El acceso a la información pública en materia ambiental ha sido receptado no solamente desde el fuero legislativo, sino también judicial. Es en este sentido que la Corte Suprema de la Nación ha tratado en numerosas ocasiones la importancia de asegurar este tipo de derechos. Uno de los casos más trascendentes en los últimos años fue con respecto al Contrato entre YPF con la empresa multinacional Chevron (para la explotación de petróleo no convencional en el área de Vaca Muerta), cuyo contenido había sido reservado y de imposible acceso para la sociedad. Por esa razón fue presentada una acción de amparo en el fuero federal a los efectos de solicitar

¹³ Art. 16°, Ley 25.675. Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.

¹⁴ Art 1°, Acuerdo de Escazú: El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de ,acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.



la liberación y publicación del Contrato en cuestión, fue en este orden de ideas que la CSJN dijo: *“Que, en consecuencia, y tal como el propio ordenamiento lo reconoce, la empresa desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática y de acuerdo a la jurisprudencia reseñada, negar información de indudable interés público, que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión¹⁵”*. Asimismo, la Corte dijo: *“Que tanto de la jurisprudencia de esta Corte como de aquella de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que se ha hecho referencia en el considerando 7° resulta que el derecho de acceso a la información, en tanto elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, no es un derecho absoluto sino que puede estar sujeto a limitaciones. No obstante, ello, tales restricciones deben ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida¹⁶”*.

Es por todo lo previamente expresado que derogar un Banco de Datos que asegura el acceso a información pública, sin ningún fundamento razonable más que la propia discrecionalidad del Ejecutivo Nacional constituye un exceso en las facultades atribuidas por el Art 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

VI) DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 16 A 37 DE LA LEY 27.424

Otros de los aspectos importantes en materia ambiental de los cuales el Decreto se toma ciertas libertades es la derogación de los artículos 16 a 37 del Régimen de Fomento a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica. Dentro de los fundamentos que da el DNU, el único que se encuentra es el siguiente: *Que, en tal sentido, resulta imperioso una simplificación en la Ley N° 27.424 de energía distribuida, eliminando la ayuda estatal y la estructura de control*. No existe un análisis de razonabilidad en la normativa que fundamente la derogación de los artículos de la ley mencionada, a través del artículo 176 del DNU en cuestión.

La Ley N° 27.424 tiene por objeto fijar las políticas y establecer las condiciones jurídicas y contractuales para la generación de energía eléctrica de origen renovable por parte de

¹⁵ CSJN 10/11/2015 Cons 17°, Giustiniani, Rubén Héctor e/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora.

¹⁶ CSJN 10/11/2015 Cons 25°, Giustiniani, Rubén Héctor e/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora.



usuarios de la red de distribución, para su autoconsumo, con eventual inyección de excedentes a la red, y establecer la obligación de los prestadores del servicio público de distribución de facilitar dicha inyección, asegurando el libre acceso a la red de distribución, sin perjuicio de las facultades propias de las provincias (art 1°). Mediante la mencionada ley se declara de interés nacional la generación distribuida de Energía Eléctrica a través de medios renovables (art 2°). Es decir, que dicha ley apuesta hacia el fomento de medios alternativos y más sustentables de generación de energía eléctrica, es decir fuentes renovables, las cuales tienen un menor impacto en el ambiente. El crecimiento de índices de generación renovable de energía en Argentina es un compromiso con las diferentes agendas ambientales, tanto nacionales como internacionales. En los primeros nueve meses de 2023, la generación de origen renovable representó sólo el 13,4% de la generación eléctrica en la Argentina. Así lo indicó el informe de la consultora Economía & Energía que dirige Nicolás Arceo¹⁷.

El DNU no menciona la normativa que deroga, pero yendo a la Ley en concreto podemos ver que lo que realiza es una supresión del Fondo para la Generación Distribuida de Energías Renovables (FODIS). Se conforma como un fideicomiso de administración y financiero que tiene por objeto el otorgamiento de préstamos, incentivos, garantías, aportes de capital y la adquisición de otros instrumentos financieros para la implementación de sistemas de generación distribuida de origen renovable en la Argentina¹⁸. Es decir que lo que dicho decreto elimina es un instrumento financiero que estimula la generación por mecanismos mas sostenibles de energía en todo el país, lo cual como mínimo es una actitud regresiva ante una normativa que busca una mayor amplitud de defensa en contra de medios de generación de energía más contaminantes. El instrumento financiero se aplica a través de líneas crediticias de Bancos Autorizados por el estado Nacional, es decir, es un incentivo del sector público en la generación de energías renovables que lleve a cabo el sector privado. Era tarea de la Secretaría de Energía del gobierno saliente, la correcta tramitación y fiscalización de estos procesos de crédito. Asimismo, se eliminan todos los Beneficios Promocionales que venían de la mano del FODIS en forma de bonificación sobre el costo de capital para adquisición de

¹⁷ https://www.mejorenergia.com.ar/noticias/2023/11/06/2147-la-energia-renovable-representa-el-13_4por_ciento-de-la-generacion-electrica-en-argentina

¹⁸ <https://www.argentina.gob.ar/economia/energia/generacion-distribuida/lineas-de-credito-fodis-para-generacion-distribuida>



sistemas de generación distribuida de fuentes renovables. Dicha bonificación será establecida en función de la potencia a instalar según lo establezca la reglamentación de la presente para cada tecnología. Al menos un tercio de los montos afectados a los instrumentos, incentivos y beneficios que establezca deberán destinarse a emprendimientos residenciales de vivienda unifamiliar, pudiendo afectarse el sobrante no utilizado el próximo ejercicio fiscal a otros fines (art 26°). Finalmente el DNU se encarga de derogar todo el capítulo de la Ley N° 27.424 que hace referencia al Régimen de fomento de la industria nacional (FANSIGED), el cual entre sus instrumentos poseía:

- a) Certificado de crédito fiscal sobre la inversión en investigación y desarrollo, diseño, bienes de capital, certificación para empresas fabricantes;
- b) Amortización acelerada del impuesto a las ganancias, por la adquisición de bienes de capital para la fabricación de equipos e insumos destinados a la generación distribuida de energía a partir de fuentes renovables, con excepción de automóviles;
- c) Devolución anticipada del impuesto al valor agregado por la adquisición de los bienes aludidos en el inciso b);
- d) Acceso a financiamiento de la inversión con tasas preferenciales;
- e) Acceso al Programa de Desarrollo de Proveedores, con el objetivo de fortalecer las capacidades del sector productivo, a través de la promoción de inversiones, la mejora en la gestión productiva de las empresas, el incremento de la capacidad innovativa, la modernización tecnológica, con el propósito de sustituir importaciones y promover la generación de empleo calificado¹⁹.

VII) DEROGACIÓN DE LA LEY N° 26.737 DE TIERRAS RURALES

Uno de los más controvertidos y discutibles aspectos del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, es la Derogación de la Ley N° 26.737, el marco regulatorio para la protección de las tierras rurales del país. El único fundamento que da el DNU para derogar dicha normativa es el siguiente: *Que, a su vez, es menester derogar la Ley N° 26.737 que limita el derecho de propiedad sobre la tierra rural y las inversiones en el sector.* El fundamento en si mismo puede ser interpretado como una conducta jurídica desmedida del derecho a la propiedad privada sobre otras garantías constitucionales. Es menester remarcar, como ya lo han manifestado la Asociación Argentina de Abogados/as Ambientalistas (AADEAA), que La ley de Tierras Rurales nació de una

¹⁹ Art 34, Ley N° 27.424



demanda social, a partir de la denuncia del acelerado proceso de extranjerización de las tierras. Establece tres restricciones principales para el dominio o la posesión de “tierras rurales” en la Argentina por extranjeros: (i) limita el dominio o posesión de “tierras rurales” por personas extranjeras al 15% de todas las “tierras rurales” en la Argentina; (ii) adicionalmente, la ley determina que en ningún caso las personas físicas o jurídicas, de una misma nacionalidad extranjera, podrán superar o concentrar el 30% del 15% asignado a la titularidad o posesión extranjera sobre las “tierras rurales” (p. ej.: inversores de nacionalidad española, en el total, no podrán ser titulares o poseer más del 4,5% de todas las “tierras rurales” en Argentina); y (iii) por último, la ley prohíbe que un mismo titular extranjero pueda ser titular o poseer más de mil hectáreas en la zona núcleo o superficie equivalente²⁰. Asimismo la AADEAA, resalta un aspecto muy interesante, a saber: *Por lo tanto, su derogación conlleva directamente la liberación total de la compra o posesión a capitales extranjeros. Este proceso de extranjerización de nuestros suelos fértiles se traduce en pérdida de soberanía sobre bienes comunes asociados al suelo y agua y desplazamientos de sectores vulnerables, como comunidades campesinas e indígenas que vienen resistiendo el avance de la megaminería metalífera y de litio, la expansión de la frontera sojera-ganadera, foresto-industrial y el corrimiento de la explotación hidrocarburífera*²¹. Remarco el análisis aquí realizado por la Asociación porque la pérdida de soberanía sobre los bienes comunes es también una mención expresa que el DNU del ejecutivo hace en sus considerandos: *Que la situación descrita atenta contra el bien común y afecta los derechos constitucionales de millones de argentinos.*

En concordancia con lo mencionado en el párrafo precedente, entender que el bien común y la afectación de derechos constitucionales opera únicamente sobre derechos de primera generación (como la libertad y la propiedad), por sobre derechos de segunda generación (sociales) y de tercera generación (ambientales), es un análisis totalmente limitado. Los bienes comunes, nuestra casa común, constituye toda la gama de derechos de incidencia colectiva que se han ido detallando y regulando a lo largo de estos últimos años, que ha sido correctamente articulado y expresado en el artículo 240 del Nuevo Código Civil y Comercial, el cual toma estos bienes comunes y los articula

²⁰ <https://aadeaa.org/aspectos-socioambientales-del-dnu-70-2023/>

²¹ <https://aadeaa.org/aspectos-socioambientales-del-dnu-70-2023/>



para que no sean avasallados por derechos individuales tradicionales, porque su manto de protección no tiene el mismo alcance de representación y facilidades que han tenido durante toda la historia jurídica, los derechos individuales. Dicho de una manera más coloquial, durante la mayor parte de la historia, el derecho se ha enfocado en la defensa de la propiedad privada y en los últimos 20 años se ha intentado equilibrar con la defensa de intereses colectivos. Este DNU se traduce únicamente como un retroceso en la evolución jurídica. Tomamos como ejemplo el Nuevo Código Civil y Comercial, los artículos 14, 240 y 241 son ejemplo de esta evolución²². Con esa misma simpleza se realiza lo que solamente puede definirse como un desprecio al nuevo corpus normativo civil y comercial, al afirmar derogación normativa de un Código de Fondo solo por un DNU: *Que, en concordancia con ello se unificó el CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, incluyendo normas imperativas que impiden a las partes decidir sobre la forma, contenido y ejecución de los contratos, llegando algunas veces a imponer requisitos desmesurados para la validez de esos acuerdos. Que, en ese marco, es menester modificar las regulaciones del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN que obstruyen el ejercicio de las libertades individuales en el ámbito contractual.* Todas estas medidas denotan lo que solo puede ser comprendido como un desprecio general de la normativa de fondo a la cual se ha arribado a través de un extenso trabajo en conjunto, solo bajo la excusa de “no respetar la liberalidad de Dalmacio Vélez Sarfield”.

Por la ley mencionada también se creó el Registro Nacional de Tierras Rurales, la cual, según la última actualización del Gobierno, realizada en abril de 2022, Salta lidera el ranking de provincias con mayor cantidad de tierras en manos extranjeras, con el 11.56%. Le siguen las provincias de Misiones (11.07%), San

²² Art. 14, CCC. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general; Art. 240, CCC.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Art 241, CCC.- Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.



Juan (10.48%), Corrientes (9.87%), Mendoza (9.11%), Catamarca (8.64%) y Santa Cruz (8.11%). A la fecha, ninguna supera el límite del 15% que fija la Ley. Sin embargo, estos datos no están completos, por motivo de la modificación de la Ley a partir del decreto 820/2016, que levantó las regulaciones de información que debían presentarse al Registro Nacional²³.

La derogación de esta ley por DNU, si bien no ingresa dentro de las materias de imposible acceso por el art 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, requiere de un urgente tratamiento legislativo, ya que la misma detiene todas las regulaciones necesarias para impedir la libre disposición de tierras por parte de personas en el Extranjero, lo cual implica un fuerte choque con el principio de Estado Soberano de todo país.

VIII) “MODIFICACIÓN” DE LA LEY DE MANEJO DEL FUEGO

Dentro del programa de 30 puntos que el Poder Ejecutivo anunció por Cadena Nacional, está la “modificación de la Ley del Manejo del Fuego”.

La Ley N° 26.815 de Presupuestos Mínimos para el Manejo del Fuego. La presente ley establece los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional. El principal motivo de la presente Ley fue diseñar un marco mínimo de defensa en razón de los grandes incendios que se producen en todo el país.

Los años 2022 y 2023 fueron marcados por una serie de incendios en todo el país, con focos principalmente en Córdoba y en otros lugares del Norte Argentino. Según un informe de Amnistía Internacional, entre enero y octubre del 2022 se incendiaron un total de 561.164,89 hectáreas en todo el país²⁴.

Por otro lado, en marzo de 2023 se anunciaron 47.038,6 has y en abril 21049,15 has²⁵. Los bosques de Argentina sufrieron las consecuencias de los incendios y la deforestación en 2023, principalmente, en la provincia de Salta, donde los incendios

²³ <https://www.pagina12.com.ar/697466-ley-de-tierras-que-es-y-que-significa-su-derogacion-en-el-dn>

²⁴ chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2023/01/AMNISTIA_IncendiosArgentina2022_FINAL.pdf

²⁵ chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/08/informe_ocurrencia_abril2023.pdf



forestales arrasaron con 100 000 hectáreas de bosques nativos, y en el Gran Chaco argentino, que perdió 50 000 hectáreas de este ecosistema tan solo en la primera mitad del año.

Tal y como fue puesto de manifiesto, en el DNU no existe mención alguna de la modificación de esta Ley de Manejo del Fuego. Si bien legalmente puede evaluarse en términos positivos, porque el mayor peligro en un marco legal ambiental es la derogación de una Ley de Presupuestos Mínimos por un Decreto del poder ejecutivo, es evidente que existe un compromiso desde la cúpula ejecutiva nacional con la limitación y desregulación de las políticas ambientales en control del manejo del fuego. Es decir, si bien no existe un acto administrativo que respalde el decisorio del presidente, la voluntad política se pone de manifiesto, al expresarlo públicamente en Cadena Nacional. Al realizar el aviso por este medio, se encuadra en una formalidad administrativa, la actitud regresiva en materia de presupuestos mínimos.

Por todo lo expresado previamente, es necesario estar atentos a los próximos movimientos legales del ejecutivo en estos días, pues la voluntad política contra esta ley ya fue puesta en el foco de la agenda regresiva en materia ambiental.

IX) QUEBRANTAMIENTO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

No podemos dejar de pasar de largo esta cuestión por es el eje central de todo el Decreto anunciado el 20 de diciembre.

El Principio de Razonabilidad es un mandato de todo ordenamiento jurídico competente, y se desprende de la propia letra de Alberdi en la redacción del art 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 ejercicio.* Pero también es un elemento propio de las sucesivas reformas constitucionales y concretamente del art 99 del cual el poder ejecutivo ha realizado fuertes discrecionalidades en su interpretación, concretamente el inciso 2: *Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.*

De la interpretación en conjunto de ambas cláusulas constitucionales, podemos entender que la facultad legislativa del poder ejecutivo no solo es extraordinaria, sino



también debe contener un adecuado y minucioso estudio para encuadrarse dentro de un espectro de razonabilidad suficiente, ya que de otra manera se tratarían de situaciones que avasallan las funciones propias de un sistema republicano de gobierno. Dicho de manera más resumida, no velar por la razonabilidad de las facultades reglamentarias del presidente, es un sinónimo de suma de poder público. Porque se toman medidas que exceden todos los marcos de constitucionalidad existentes.

La corte ha tomado un exhaustivo análisis a la hora de analizar el principio de razonabilidad de los actos administrativos, en ese sentido ha dicho que: *el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional*²⁶. Siguiendo a Linares Quintana, definimos a la razonabilidad por excepción, es decir que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común²⁷. La idea de que una normativa pueda encuadrarse en el sentido común es interpretar la misma como buscan los jueces, no a través del conflicto, sino a través de la armonización. Sin embargo, el enorme paquete legislativo que ha sido unificado en una única normativa en forma de Decreto no busca armonizar, sino más bien conflictuar; su contenido y su redacción apunta y demuestra un enorme desprecio a la tarea legislativa que se ha llevado a lo largo de años y a través del consenso entre los diferentes sectores políticos. Por ello la normativa, solo puede entenderse como una desatención a las instituciones democráticas y los principios republicanos sobre los cuales no sostenemos. Independiente de los controles posteriores a este DNU, no debe dejar de observarse que la incorrecta motivación de un acto administrativo, o, pero aun, las motivaciones orientadas en un proyecto de país el cual quiere instalarse de golpe y no a través de consensos genera una situación de gravedad institucional por más que evidente. Es por ello que decir a través del DNU, y cito: *Que las medidas referidas en los considerandos anteriores son razonables e imprescindibles para superar la situación de emergencia que afecta a nuestro país, y*

²⁶ CSJN 12/03/2021 Cons. 11° Ibarrola, Romina Natalia c/ Formosa, Provincia de s/ acción declarativa de certeza.

²⁷ [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltcfindmkaj/https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artrazonabilidadfuncionesdecontrol.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpcgltcfindmkaj/https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artrazonabilidadfuncionesdecontrol.pdf)



deben adoptarse de forma urgente, ya que la situación hasta aquí descrita no admite dilación alguna; no pueden ser impulsados con la discrecionalidad y sencillez con las cuales fueron tomadas.

X) CONTROL JUDICIAL SUFICIENTE Y POSIBLES MEDIDAS PROCESALES

La doctrina del Control Judicial Suficiente fue plasmada de mejor manera en el Fallo Fernández Arias C/ Poggio en donde se entiende como dicho instituto a el control judicial sobre hechos y pruebas y no solamente sobre el derecho controvertido respecto de los actos jurisdiccionales del poder ejecutivo, ya que el tribunal sostuvo que el órgano administrativo puede ejercer funciones judiciales, pero con límites, haciéndole saber al recurrente que puede optar por la vía judicial o administrativa. Es la facultad del poder judicial a poner límites a las acciones discrecionales del Poder Ejecutivo. El control de constitucionalidad en el Congreso es la herramienta del Poder Legislativo para poner los frenos a la actividad legislativa del ejecutivo, pero el Control Judicial Suficiente es tarea de los Magistrados, los cuales, en el marco de los procesos judiciales, buscan interpretar en cada caso concreto la constitucionalidad de las normas que se rebaten.

Ha sido materia de discusión los diferentes ángulos procesales sobre los cuales podría residir la pretensión de los considerados afectados por estas medidas del poder ejecutivo nacional. Me detendré concretamente en las siguientes cuestiones:

1) Acción de Amparo en el Fuero Contencioso Administrativo Federal:

La medida más ordinaria sería una demanda contenciosa administrativa que declare la inconstitucionalidad del Acto Administrativo en cuestión. Esta medida podría iniciarse en cualquier fuero federal del país, en las cuales se expresen los motivos y razones (conjuntamente con las pruebas que se dispongan), que fundamentan la inconstitucionalidad. Estamos ante una medida cuya competencia recae en el contencioso administrativo, en razón de lo que se encuentra en tela de juicio en este caso es el ejercicio de la función administrativa del poder ejecutivo nacional. Las características de la acción de amparo darían la celeridad procesal necesaria, para poder atender dicha medida con la prioridad que requiere (art 43 CN).

Sin embargo, la traza que marca la ruta de este tipo de procesos llevaría su tiempo. Debiendo agotar todas las vías de cada estadio judicial, ello así ya que



independientemente de sentencia favorable o desfavorable para el accionante, dicha sentencia se podrá apelar para ser tratada en la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo y, posteriormente de dicho decisorio, se podrá plantear un Recurso extraordinario Federal ante la CSJN. Es decir, que el camino para llegar al Máximo tribunal federal de nuestro país tendría sus demoras.

El factor tiempo es una situación inesquivable para todo litigante, y es lo que más genera desgaste profesional. Se podría plantear dentro de la situación en cuestión una Medida Cautelar que declare la suspensión de los efectos del DNU, hasta tanto se logre decidir sobre la constitucionalidad de fondo de la norma cuestionada. Sin embargo, estamos ante el mismo problema desde un ángulo diferente, porque se podría alegar que dicha resolución cautelar causa un gravamen irreparable en el ejercicio de la función administrativa y en la ejecución del programa político que el Estado Nacional posea, si dicha situación se demuestra se abren todas las vías recursivas ordinarias y extraordinarias, llegando nuevamente a la Corte por todo el camino previamente planteado.

Desde la tarea órbita de la acción escogida, si bien un amparo colectivo (considero que todos los casos que se inicien como amparo, tendrán mayor aceptación si se plantean bajo esta modalidad), asegura una suerte de representación de legitimados mucho más amplia, y se adecúa al nivel de protección de los derechos afectados, considero que, como ocurre en las Class Action Estadounidenses, los representantes de dicha acción estarán limitados a atacar la parte del DNU que más los afecta (en este sentido me refiero a que las agrupaciones laborales, buscarán la inconstitucionalidad del DNU por la modificación y limitación, de la normativa en materia de trabajo; las agrupaciones de consumidores y usuarios, por las normativas afectadas en materia de tarjetas de créditos, controles de precios, etc. y las agrupaciones ambientales por todas las falencias del DNU a las cuales ya nos hemos remitido). Es interesante ver que en el error del DNU también reside su fuerza, la medida es tan abarcativa y avasallante en materia de derechos tutelados, que hay miles de formas por las cuales puede ser rebatido, sin embargo, abarcarlas todas en un solo amparo, parece una tarea de gran dificultad.

- 2) Per Saltum por Gravedad Institucional: Ante la situación que aquí nos convoca y en razón de lo manifestado en el punto precedente, es evidente que el problema



más grande es como poder acceder a la CSJN para obtener una resolución que logre el agotamiento de la vía judicial, sin tener que pasar por todas las etapas procesales previas. De ahí que el Per Saltum es una herramienta procesal que puede tomarse como la elección de muchos litigantes a la hora de encausar una acción de amparo. El Per Saltum se encuentra legislado en el art 275 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y expresa que: *Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.* Se trata de una medida procesal de super excepcionalidad, la cual ha sido obtenida en muy pocas ocasiones. El mencionado artículo menciona la "Notoria Gravedad Institucional" como el elemento esencial para que proceda dicha vía: *Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados.* Requiere como base de su fundamento que las cuestiones a tratarse excedan el ámbito de congruencia tradicional de un proceso clásico, y se hagan extensivas a cuestiones de interés público, pero no solo la mera mención del mismo, sino la correcta fundamentación del instituto. Aquí volvemos a remarcar su gran excepcionalidad y limitación, ya que expresamente dice el Código Procesal en el artículo ya citado que: *La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad.* Es decir, que partimos de una propuesta en la cual la Corte nos mira desde una óptica en donde pareciera ser que el rechazo es la regla y el ingreso la excepción. El Per Saltum no concede de manera directa el acceso al máximo cuerpo judicial de nuestra nación, como toda fiesta exclusiva requiere de una entrada especial que así te habilite, es por ello que continúa el artículo manifestando que: *Sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera*



instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares. Es condición sine qua non que el proceso tenga como base una resolución judicial previa, es decir no existe la demanda de Per Saltum, no hay un acceso directo a la CSJN, sino que de mínima debemos fundamentar la Gravedad Institucional que decide en la resolución del Juez de Primera Instancia, ya sea por sentencia de fondo o por resolución cautelar (siendo esta la más probable en el escenario planteado). Finalmente cierra la redacción del artículo con una limitación en cuestión de materia: *No procederá el recurso en causas de materia penal.*

El art 275 ter del Código Procesal establece la formalidad en la cual debe plantearse el recurso mencionado: *El recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada.* Deviene en necesario la constitución de un domicilio en Capital Federal y la presentación electrónica asimismo de dicho recurso. Este recurso no solo se interpone, sino que debe fundarse en el mismo escrito, esos diez días hábiles son claves para poder fundamentar correctamente la Gravedad Institucional que aqueja al recurrente. Un aspecto importante de este tipo de recurso es el nivel de discrecionalidad judicial que se posee en estos casos, ya que el propio código establece que: *La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren prima facie los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda.* Quedaría pendiente estudiar la posibilidad de un recurso extraordinario de queja por Per Saltum denegado, pero en estos casos habrá que estar al día con todas la Acordadas Vigentes en materia de Per Saltum. Asimismo, el propio código manifiesta que es un recurso con efectos suspensivos sobre la sentencia de recurrido una vez pasado el examen de admisibilidad, y como toda acción recursiva y a los efectos de garantizar el correcto derecho defensa en juicio, se dará traslado a la contra parte para contestar los agravios planteados por el recurrente. Una vez admitido y cumplida la notificación para que la otra parte pueda contestar, se evaluará la procedencia del mismo por la CSJN, pudiendo solicitar como medida para mejor proveer la remisión urgente del expediente del tribunal inferior (del propio Código no surge



un plazo procesal aplicable para el tratamiento de la procedencia del recurso, lo cual deberemos esperar el plazo que considere la Corte para deliberar y resolver, el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley posee plazos procesales expesos para tratamiento de las medidas²⁸).

Si bien considero que el contenido del DNU manifiesta una voluntad del Ejecutivo que puede ser considerada como "Gravedad Institucional", el problema en sí mismo es que dicho procedimiento ha sido históricamente tratado por la CSJN de una manera restrictiva. Es importante remarcar que la primera vez que este instituto se dio a conocer fue por el Fallo Dromi de 1990 por el cual se había detenido la privatización de Aerolíneas Argentinas. En este caso la CSJN aceptó el procedimiento del Per Saltum con disidencia del Dr. Fayt el cual planteó su total reserva contra este instituto dado su falta de arraigo en la legislación procesal local²⁹. Una vez legislado, fue de todas maneras evaluado desde un criterio extremadamente restrictivo.

- 3) Acción de Inconstitucionalidad Originaria ante la CSJN: Primeramente, debemos remarcar que la acción de inconstitucionalidad (al igual que lo ocurrido con el Per Saltum previo a su incorporación), no se encuentra legislada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Si embargo el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires recepta este instituto, el art 683 se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquélla. Lo interesante de esta medida

²⁸ Art. 297: Fijadas definitivamente las cuestiones, el presidente convocará a un acuerdo, dentro del plazo de cuarenta (40) días, para determinar si existe unanimidad de opiniones o, en su caso, cómo quedarán constituidas la mayoría y la minoría; Art. 298: La mayoría y la minoría expresarán en voto conjunto e impersonal y dentro del plazo de cincuenta (50) días la respectiva fundamentación. Los jueces de cámara que estimaren pertinente ampliar los fundamentos, podrán hacerlo dentro del plazo común de diez (10) días, computados desde el vencimiento del plazo anterior.

²⁹CSJN 06/09/1990 "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación en autos: 'Fontela, Moisés Eduardo c / Estado Nacional. Cons.19) Que, en efecto, el legislador argentino no admitió en materia judicial tal posibilidad de saltar etapas en el trámite de las causas. Antes bien, sometido a su consideración en 1987 un proyecto de ley que admitía una institución análoga, él no fue aprobado. Y -lo que parece terminante- la ley 23774 Ver Texto no la incluyó; Cons. 26) Que la esencial de "apelación" contenida en art. 101 Ver Texto de la Constitución Nacional es señal de que nuestra Ley Suprema exige también regularmente un camino recursivo a recorrer, como exigencia de un normal servicio de justicia, al menos, en lo que a esta Corte se refiere, de donde no puede ser banal el tema de las escalas de tal camino.



procesal es que tenemos un acceso directo, por excepcionalidad, al máximo organismo judicial de la Provincia, sin necesidad de acortar instancias a través del Per Saltum, ya que la Corte se reserva competencia originaria en estos casos³⁰. Lamentablemente como la normativa en cuestión y su constitucionalidad debe ser rebatida en el fuero federal, debemos buscar en nuestra respuesta en código ritual de nación, el cual no tiene legislado expresamente este instituto. La desventaja que tiene esta medida procesal, lo dice su propio nombre, se trata de una acción “meramente declarativa” su resolución, no genera un estado derecho en el otra parte, dicho de otra manera, no podemos obtener a través de dicha medida la nulidad del DNU por orden judicial, sin embargo, obtenemos un reconocimiento judicial del status de inconstitucionalidad por parte del Máximo tribunal judicial del país. El doctrinario Hugo Alsina ha dicho que la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica³¹. Toda acción declaración de la Corte

³⁰ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: ARTÍCULO 683°:** Objeto del juicio. De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la Provincia, se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquélla, debiendo observarse el siguiente procedimiento; **ARTÍCULO 684°:** Plazo para demandar. La demanda se interpondrá ante la Suprema Corte de Justicia dentro del plazo de treinta días, computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor. Después de vencido el plazo, se considerará extinguida la competencia originaria de la Suprema Corte, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados; **ARTÍCULO 685°:** Excepciones. No regirá dicho plazo, cuando se trate de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos, de carácter institucional o que afecten derechos de la personalidad no patrimoniales. Tampoco regirá cualquiera sea la naturaleza de los preceptos impugnados, cuando éstos no hayan sido aún aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva; **ARTÍCULO 686°:** Traslado. Funcionarios competentes. El presidente del Tribunal dará traslado de la demanda, por quince días: 1°) Al Asesor de Gobierno, cuando el acto haya sido dictado por los Poderes Legislativo o Ejecutivo; 2°) A los Representantes Legales de las municipalidades, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados, cuando los preceptos emanaren de dichas entidades; **ARTÍCULO 687°:** Medidas probatorias. Conclusión para definitiva. Contestado el traslado o vencido el plazo, el presidente ordenará las medidas probatorias que considere convenientes fijando el término para su diligenciamiento. Concluida la causa para definitiva, se oirá el Procurador General y se dictará la providencia de autos; **ARTÍCULO 688°:** Contenido de la decisión. Si la Suprema Corte estimase que la ley, decreto, ordenanza o reglamento cuestionados, son contrarios a la cláusula o cláusulas de la Constitución que se citaron, deberá hacer la correspondiente declaración sobre los puntos discutidos.

³¹ Hugo ALSINA, Derecho procesal, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1956, t. I, pág. 354.



que contenga un análisis de las razones por las cuales una norma deba ser considerada como constitucional, no debe ser tomada a la ligera, y el desconocimiento de esa declaración por parte del Ejecutivo Nacional, implica una profundización aun más severa sobre las atribuciones extraordinarias que la presidencia de la Nación se está dando en materia legislativa. De por si está decir que todo ataque en bloque desde la órbita a la totalidad misma del Decreto sin un fondo concreto de afectación, dicho de otra manera, discutir la legalidad por la legalidad misma, no tiene el impacto procesal deseado, por ello hay que tener en cuenta que el alcance del DNU es tan ambicioso y tan extremos que la propia forma de ataque procesal del mismo se ve achacada cuando la alevosía es tan grande, pero el daño concreto todavía no ha sido causado.

- 4) Control Judicial Difuso y Sentencia Erga Omnes: En los tres puntos anteriores nos hemos detenido en las variables procesales por las cuales se puede ingresar al reclamo judicial por el DNU publicado. Resta ver un cuarto aspecto, que tiene que ver con el alcance de la resolución judicial que se imparta en este caso.

Por regla las resoluciones judiciales tienen efectos Inter partes, ello es a fin de respetar la congruencia procesal y principios de bilateralidad. Los jueces en su sana crítica no pueden extender los alcances de una sentencia hacia individuos que no hayan formado parte integrante del proceso. La CSJN en reiteradas ocasiones ha manifestado que: *“Al pronunciarse el Poder Judicial sobre la constitucionalidad de una ley, lo hace con referencia exclusivamente al caso traído a su jurisdicción; es decir, que no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos del gobierno”*³².

El alcance erga omnes de una sentencia judicial es un punto fuertemente rebatido por la jurisprudencia. El mismo supone plantear el escenario judicial en el cual, todas las personas o gran parte de la sociedad se puede ver eventualmente afectada de la misma manera por el mismo derecho. Normalmente los procesos que tutelan derechos de incidencia colectiva hacen extensivos sus efectos, pero únicamente en el andamiaje colectivo. Es decir, todo los afectados en la faz ambiental vana a ser beneficiarios de su

³² Fallos, 184:592, 270:374, 312:615, 312:851, 312:1082, 318: 1256



recomposición, mas todos los daños individuales que de rebote (par ricochet) impacten en las personas, solo van a alcanzar en la medida del reclamante judicial en cada caso concreto. Es por ello que la CSJN, ha realizado una tarea constante en poder diferenciar el reclamo de los derechos colectivos del reclamo de los derechos individuales³³.

La gran estructuración de los procesos y sus alcances en las sentencias, tiene un gran encuentro en el Fallo Halabi, Ernesto Halabi, interpuso acción de amparo contra el Estado Nacional, solicitando se declarase la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 25.873, y su decreto reglamentario 1.563/04 que obligaba a los prestadores de servicios de telecomunicaciones de captar y derivar las comunicaciones que transmiten para su observación remota, de acuerdo a lo que establece la legislación vigente, a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Publico. A raíz de un amparo que buscaba proteger el derecho a la privacidad de las personas, la CSJN falló a favor de Halabi declarando la inconstitucionalidad de las normas citadas. Sin embargo, existía una paradoja procesal en ese momento ya que el planteo tenía una naturaleza colectiva (proteger la protección de la privacidad de los clientes de Halabi), pero el tutelaje de la misma era de un derecho de naturaleza individual (el derecho a la privacidad de las personas). Para zanjar dicha cuestión la CSJN en un obiter dictum, realiza una clasificación tripartita de las acciones: Las acciones cuyo objeto tutela derechos individuales, cuya resolución judicial posee efectos entre partes; La acción cuyo objeto tutela derechos de incidencia colectiva, cuya sentencia es de alcance a todos los afectados por el daño a esos bienes de incidencia colectiva (los procesos que se encauzan por daños ambientales por ejemplo) y finalmente el escenario Halabi: acciones cuyo objeto tutela derechos pluri individuales y homogéneos. Es decir, por ejemplo, la afectación de libertades individuales que generan el mismo impacto en cada potencial afectado. La CSJN tiene 3 requisitos para el ingreso de este tipo de procesos (objeto pluri individual homogéneo): a) Interés o daño motivado por hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; b)

³³ La primera gran victoria procesal en el Fallo Mendoza de 2006 sobre la contaminación de la Cuenca Matanza – Riachuelo, fue poder escindir el proceso, separando la parte que contenía el reclamo por daño ambiental en sí mismo, del reclamo que contenía afectación de los derechos individuales.



Elementos homogéneos dentro de esa pluralidad de sujetos al estar afectado por un mismo hecho y c) No tiene que verse justificado el ejercicio individual del derecho, es decir no tienen que tratarse derechos individuales homogéneos de relevancia económica (el espectro de discusión económica tiene que ser tal que no motive acciones individuales propia).

Cual es el gran problema de este tipo de procesos para este tipo de DNU, en principio todo. No se ha visto nunca un DNU tan heterogéneo como el que se encuentra aquí planteado, es volver al punto esencial la falta de limitación y la exageración regulatoria y desregulatoria pareciera jugarle a favor al ejecutivo nacional, en el ámbito judicial.

En base a estos puntos podemos encontrar que ninguna medida procesal es suficiente en su totalidad, la heterogeneidad del DNU, su abarcamiento, la imposibilidad de poder evaluar el nivel de afectación por más grave que uno considere. Dando un ejemplo burdo, es como querer matar a una Hidra cortándole la cabeza. Es decir, que el ataque en bruto con toda la batería de herramientas que posean la totalidad de reclamantes que ingresen, podría llegar incluso a entorpecer aún más el panorama. Estamos ante un nuevo plano procesal, que requiere una acción quirúrgica que vaya segmentando las diferentes líneas de defensa.

XI) COLOFON: EL MÁXIMO MARCO DE PRETENSIÓN PROCESAL POSIBLE Y EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Tal y como lo hemos visto en punto precedente desde la órbita judicial pareciera imposible lograr encuadrar una acción procesal (ya sea de amparo o declarativa de inconstitucionalidad) que logre dar marcha para atrás en el DNU. Hoy lo que vamos a tener es una serie de amparo con micro tutelas según el sector afectado, principalmente y a modo de ejemplo voy a mencionar 4: Los Trabajadores (con la flexibilización, modificación y eliminación de diferentes aspectos de beneficios para el trabajador), Los Consumidores (con las medidas tomadas en la eliminación del control de los precios, modificación de la Ley de Tarjetas de Créditos, entre otras cuestiones), Los Inquilinos (por la derogación de la Ley de Alquileres y modificación y desregulación de ese sector) y El Ambiente (por todas las medidas regresivas a las que ya nos hemos referido a lo largo de este trabajo). Es decir, sobre esta hipótesis tenemos una Es decir, sobre esta



hipótesis tenemos unos cuatro lados, y cada uno con intereses diferentes, vemos una mezcla de intereses individuales, intereses individuales homogéneos e intereses colectivos. Sin embargo, y tal como ocurrió en Halabi es menester encontrar el DENOMINADOR COMÚN, el interés que afecta a todos por igual y que puede tomarse de base como motor para impulsar esta Mega Acción procesal y creo, según mi opinión que es el siguiente: LA SUMA DEL PODER PÚBLICO.

El art 29 de la Constitución Nacional establece que: *El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.*

Esta Garantía Constitucional se erige sobre la imposibilidad de alterar las bases fundamentales de nuestro país y de su sistema republicano. El verdadero espíritu de Alberdi reside en este artículo, ya que es el ejemplo cabal de que, en esencia, nadie está por encima de nadie. La experiencia del segundo mandato del Juan Manuel de Rosas en la provincia de Buenos Aires es un gran ejemplo de ello. Parece elemental, sencillo si se quiere, pero escapa de la lógica del DNU. Porque si cada sector afectado de la sociedad tiene un motivo para reclamar la afectación de sus derechos por esta medida del Ejecutivo Nacional, es real que todos y cada uno de ellos estarán de acuerdo en lo siguiente: el DNU se presenta como una aplicación irrazonable de las facultades constitucionales del art 99 inc.3, y sobre esa base se erige cada uno de los reclamos. Es una fórmula matemática prácticamente, si buscamos el mínimo común divisible de todos los derechos dañados son las EXCESIVAS ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS DEL PODER EJECUTIVO Y UN INTENTO DE BUSCAR LA SUMA DEL PODER PÚBLICO.

Sobre esta teoría, podría presumirse que todos y cada uno de los habitantes del país se encuentran afectados desde un lugar diferente, pero por la misma motivación en común. Volviendo a lo escrito en la introducción todo esta en la MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.



Me gustaría cerrar con una disidencia del Procurador General de la Nación en el Fallo Mussi de 2007: *De la Ley Fundamental se deriva un reproche ético para toda persona que infrinja la ética republicana, pues se entiende que las conductas prohibidas por el art. 29 de la Constitución Nacional no resultan valiosas para el programa constitucional, ese reproche abarca no sólo al autor del delito previsto por dicha cláusula, sino también para aquél que operó con un alto grado de responsabilidad en el marco de esa organización de poder estatal que se originó en la asunción de la suma del poder público, dado que los actos realizados por estas personas en ese contexto institucional de poder de facto, también implican el ejercicio de esas facultades extraordinarias vedadas constitucionalmente*³⁴.

³⁴ (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Enrique Santiago Petracchi). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia-. BUSSI ANTONIO DOMINGO c/ ESTADO NACIONAL (CONGRESO DE LA NACION - CAMARA DE DIPUTADOS) s/INCORPORACION A LA CAMARA DE DIPUTADOS B. 903. XL. REX 13/07/2007 Fallos: 330:3160