



¿Cuestión no justiciable, ausencia de caso litigioso o denegación de justicia?

**El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
sobre la constitucionalidad de la Ley de Glaciares.**

Fallo: “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro [Provincia de San Juan] c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (CSJ 140/2001 (47-B) /CS1).

Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 4 de junio de 2019.

Nombre y apellido: Andrés Omar Ombrosi

Carrera: Abogacía

Tutor: Romina Vittar

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos relevantes del caso.— III. Los fundamentos de la Corte para no adentrarse en el fondo del asunto.— IV. Análisis del fallo.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción:

El caso que analizaremos plantea una cantidad de temáticas que no tienen todavía una jurisprudencia pacífica y asentada. Se cuestiona el procedimiento de sanción de una Ley Nacional lo que deviene en un análisis sobre la separación de poderes y el control de constitucionalidad bajo el esquema de pesos y contrapesos republicano.

Hay un conflicto sobre competencias concurrentes entre el Estado Federal y las Provincias a partir de la sanción de una ley de presupuestos mínimos.

Se abordan temáticas novedosas en nuestra legislación como los derechos de incidencia colectiva, la protección del ambiente, la sustentabilidad y los derechos de las generaciones futuras; y no sólo que se los analiza y empieza a caracterizar, sino que también se los correlaciona con otros derechos ya arraigados en nuestro ordenamiento jurídico como el derecho al trabajo y al ejercicio de una industria lícita.

Si bien los jueces coinciden en su sentencia, lo hacen en tres votos diferentes. Los 5 Ministros de la Corte coinciden en rechazar la demanda por entender que no existe un caso justiciable ya que no media actividad administrativa que afecte un interés legítimo de las partes ni hay un grado de afectación que sea suficientemente directo, al decir del voto de la mayoría; refrendado a grandes líneas por los dos votos concurrentes.

El decisorio de los Ministros de la Corte se enfrenta a dos problemas axiológicos, entendidos éstos como aquellos que se producen por la contradicción de una regla del derecho con un principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto: El primero de ellos se identifica entre la colisión de una Ley Nacional de Presupuestos Mínimos¹ con el principio superior de organización del gobierno bajo la forma representativa, republicana y federal adoptada por nuestra Constitución Nacional.² El segundo conflicto lo configura el hecho de que en la sentencia bajo análisis coexiste una colisión entre derechos de distinta generación

¹ Ley Nacional 26.639 “Régimen de Presupuestos Mínimos para la preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”, 2010.

² Constitución de la Nación Argentina, Artículo 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

reconocidos por la misma Carta Magna: por un lado, los ya referidos derechos de trabajo e industria (Art. 14) y propiedad (Art. 17); y por el otro, los derechos ambientales (Art. 41).

II. Hechos relevantes del caso:

II.1. Un fallo largamente esperado.

En el mes de junio de 2019 los principales medios nacionales, al igual organizaciones ambientales y la propia Secretaría de Ambiente de la Nación celebraban que la Corte Suprema de Justicia de la Nación después de más de 10 años de conflicto legal y judicial había reconocido la constitucionalidad de la Ley 26.639, conocida popularmente como Ley de Glaciares.³

¿Pero esto fue realmente así? ¿Finalmente la Argentina podría dar seguridad jurídica a los inversores interesados en explotar la riqueza de la cordillera? ¿Finalmente los glaciares y el ambiente periglacial estarían protegidos para el goce de las generaciones presentes y futuras? Lamentablemente no.

Y mucho más lamentable que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya reusado cumplir con la función que le encomienda la Constitución Nacional al evitar pronunciarse sobre el fondo de los asuntos planteados y se haya limitado a rechazar por cuestiones de forma –con las que no coincidimos y a las que nos referiremos más adelante- la demanda de inconstitucionalidad, sin llegar en ningún momento a opinar sobre la validez o invalidez constitucional de la norma, pese al apresurado caudal informativo que afirmaba lo contrario.

II.2. El caso.

La ley de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial fue sancionada en 2010 y reglamentada en febrero de 2011. Antes, en el año 2008, la misma expresidenta Cristina Fernández de Kirchner había vetado una ley sobre el tema.

Las empresas mineras Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A. concesionarias del emprendimiento binacional Pascua Lama,

³ Como ejemplo, Greenpeace, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas celebraron a través de un comunicado de prensa en conjunto el fallo de la Cortes sosteniendo que marcaba un hito para la preservación de los glaciares.

iniciaron una acción declarativa de constitucionalidad ante el Juzgado Federal de San Juan, solicitando que se declare la nulidad, y en subsidio la inconstitucionalidad, de la Ley de Glaciares.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda de inconstitucionalidad de la ley 26.639 incoada por las empresas citadas. También falló en contra de la Provincia de San Juan, que había adherido al planteo de las empresas del Grupo Barrick Gold.

II.2.a) Solicitud de declaración de nulidad de la Ley 26.639.

Las empresas fundaron su pedido en primer lugar cuestionando el procedimiento de sanción de la Ley en el Congreso de la Nación. Alegaron que la Cámara de Senadores (Cámara de origen de la Ley) suprimió indebidamente un artículo que la Cámara de Diputados había agregado en su calidad de revisora. Sostuvieron que la eliminación de esa disposición del proyecto de ley tenía como consecuencia la nulidad de la norma.

II.2.b) Solicitud de inconstitucionalidad de la Ley 26.639.

En subsidio, las empresas plantearon la inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley de Glaciares⁴ por considerar que sus textos suscitaban tres agravios:

- Exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente, violando así el dominio originario de la Provincia de San Juan sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio (artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional).
- Colisión con el Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado con la República de Chile (B.O. 30 de marzo de 2000), una norma de jerarquía legal mayor.
- Vulneración del derecho adquirido a la exploración y explotación minera (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional), ya que al tener que someterse a una nueva auditoría, podría derivarse una medida adicional de protección ambiental, el cese o el traslado; dejando así sin valor la viabilidad ambiental de los proyectos aprobada por la Secretaría de Minería de la Provincia de San Juan (Resoluciones SEM 121/2006 y SEM 203/2009).

⁴ Artículos 2° (definición), 3° (inventario), 5° (realización del inventario), 6° (actividades prohibidas), 7° (evaluación de impacto ambiental), y 15 (disposición transitoria).

II.2.c) Adhesión a la demanda de la Provincia de San Juan.

La Provincia de San Juan fue citada como tercero obligado al juicio para intervenir en el proceso como litisconsorte activo. Coincidió con las actoras privadas en solicitar la nulidad de la Ley de Glaciares por haber sido sancionada al margen del procedimiento legislativo que establece la Constitución Nacional. También alegó que los artículos señalados (a los que agregó los artículos 9° -autoridad de aplicación- y 10 -funciones-)- violaban los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional.

La Provincia sostuvo que el artículo 41 deslindó la competencia en materia ambiental entre el Estado Federal y las Provincias de forma tal que el Congreso Nacional únicamente puede regular los presupuestos mínimos, pero no puede dictar “una ley ordinaria que regule la totalidad de la materia (...) sin dejar espacio alguno” para la legislación local.

Respecto del artículo 124 de la Constitución Nacional, la Provincia entendió que el Estado Nacional tiene prohibido disponer o gestionar recursos que pertenecen a las Provincias sin su consentimiento y que la ley de Glaciares interfiere con la forma en que San Juan resolvió gestionar sus recursos naturales.⁵

II.2.d) Antecedentes procesales.

El Juez Federal de San Juan dictó una medida cautelar suspendiendo la aplicación de los artículos 2°, 3°, 5°, 6°, 7° y 15 de la Ley de Glaciares para el ámbito del emprendimiento Pascua Lama al entender que la Ley de Glaciares creaba “un estado de intranquilidad e incertidumbre para los representantes de las empresas actoras que verían afectado el patrimonio y los derechos adquiridos”. Luego de la presentación de la Provincia de San Juan, se declaró incompetente; interviniendo en virtud de su competencia originaria la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ordenó el traslado de la demanda al Estado Nacional y revocó la medida cautelar dictada por el Juzgado Federal por considerar que esa decisión suspendía la aplicación de la ley con fundamentos contradictorios.⁶

⁵ La Provincia de San Juan mediante la Ley 8144 de protección de glaciares, reglamentada por el Decreto 899/2010, estipuló la realización de un inventario provincial de glaciares.

⁶ La Corte Suprema sostuvo que el a quo sostenía a la vez que la Ley de Glaciares contenía “una definición amplia, imprecisa” que creaba el señalado “estado de intranquilidad e incertidumbre”; pero por el otro lado suspendía su aplicación neutralizando así “los procedimientos establecidos por la propia ley para generar la precisión que requiere el peticionante”

El Estado Nacional al contestar la demanda sostuvo que el planteo de las actoras resultaba abstracto porque sus derechos subjetivos no habían sido vulnerados. Afirmó que no existía un acto concreto de ejecución de la Ley de Glaciares que las afecte, lo cual impediría la intervención del Poder Judicial. Para demostrar la mera especulación teórica que traducía la demanda, hizo notar que al tiempo en que contestaba la demanda la actividad minera de las concesionarias se encontraba en pleno desarrollo.

Respecto de los planteos de fondo de la demanda, el Estado Nacional sostuvo que el cuestionamiento de nulidad en base a los defectos alegados en el proceso legislativo de sanción de la Ley de Glaciares no podía prosperar, pues ese procedimiento es ajeno a las facultades jurisdiccionales de los tribunales.

En cuanto a la inconstitucionalidad de las normas señaladas de la Ley de Glaciares, la demandada alegó que ellas constituyen el presupuesto mínimo ambiental y que no violan la autonomía provincial y que fueron dictadas al amparo de los artículos 41, 124 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Sostuvo que la norma no configura una prohibición absoluta y persecutoria de la actividad minera, sino que se limita a restringir la actividad económica que pueda afectar el recurso hídrico protegido.

Las actoras contestaron la defensa preliminar del demandado concerniente al carácter abstracto de la demanda, indicando que una acción declarativa no requiere la existencia de un daño concreto sino de un peligro cierto e inminente de que este se producirá. Observaron que, de haberse configurado un perjuicio, habrían solicitado una reparación en lugar de una declaración de inconstitucionalidad. Por su parte, la Provincia de San Juan contestó que experimentaba un daño actual en tanto la mera sanción de la Ley de Glaciares configura un avance de la Nación sobre facultades propias de la Provincia.

II.2.e) El Resolutorio de la Corte Suprema.

En el fallo, la Corte Suprema la Corte nada expresa con relación a la constitucionalidad o no de la norma. Rechaza analizar la nulidad de la Ley en virtud del incumplimiento de los recaudos que establece la Constitución para la sanción de las mismas por considerar que se trata de una cuestión no justiciable.

Por otro lado, rechaza la demanda de inconstitucionalidad sosteniendo que las actoras no cumplieron los recaudos formales de acreditación de afectación de derechos respecto de la Ley de Glaciares, como tampoco la existencia de un caso judicial concreto.

II.2.f) Los obiter dicta del fallo.

Los Ministros se expidieron de manera concurrente por medio de tres votos independientes. En todos sus pronunciamientos, pese a no atacar el fondo del planteo de las actoras, los Jueces de la Corte hacen interesantísimas consideraciones de derecho a los temas vinculados al fondo del asunto:

- Revalorización del sistema federal de gobierno, como un sistema de federalismo concertado, afirmando que la protección de los glaciares en un estado federal como el argentino, implica una compleja tarea política que deben cumplir conjuntamente el Estado Nacional y las Provincias.
- Los derechos de incidencia colectiva, sosteniendo que cuando se afectan los mismos, la controversia no puede ser atendida como una mera colisión de derechos subjetivos, sino que deben considerarse “los intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados”.
- La regulación jurídica del agua, no ya desde una perspectiva antropocéntrica, sino eco-céntrica.

III. Los fundamentos de la Corte para no adentrarse en el fondo del asunto:

El fallo está compuesto por tres votos concurrentes, el primero de ellos constituye la mayoría, compuesta por los Ministros Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, y luego en dos votos individuales, los Ministros Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco.

III.1. Voto de la mayoría (Maqueda, Lorenzetti y Rosatti).

El voto de mayoría consideró que las empresas no habían demostrado que la Ley de Glaciares sancionada por el Congreso Nacional les generase daño en su derecho de explotación minera.

Agregaron los Ministros que la Provincia de San Juan al adherir al planteo de las actoras reclamando la inconstitucionalidad de la ley, tampoco había podido explicar en qué medida la existencia de la Ley le generaba agravio.

III.2. Voto del Presidente Rosenkrantz.

El Presidente Rosenkrantz en su voto concurrente, destacó igualmente la necesidad de que exista un caso o controversia a los fines de que la Corte pueda expedirse tanto en relación con el planteo de nulidad como el de inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares. Recordó que la configuración de un caso o controversia exige que la pretensión tenga por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto o que exista una situación de incertidumbre que afecte el ejercicio de un derecho derivada de un contexto normativo o administrativo que el peticionario pueda tener legítimo interés en esclarecer de forma inmediata, sin estar obligado a propiciar o soportar un acto administrativo que concrete su agravio.

Rosenkrantz indicó que las concesionarias por un lado, no habían probado actividad administrativa alguna de parte de las autoridades nacionales con concreción bastante que afecte de un modo suficientemente directo un interés legítimo suyo; y que por el otro, tampoco habían podido demostrar que la mera vigencia de la Ley de Glaciares generara una situación de incertidumbre que afecte el ejercicio de sus derechos (de hecho las empresas reconocieron que desarrollaban su actividad minera en las mismas condiciones de las que gozaban con anterioridad a la sanción de la Ley).

En lo atinente a la Provincia de San Juan, la presidencia reiteró que no existía un caso justiciable. Alegó que no había invocado un acto en ciernes que en forma actual afecte de manera directa las prerrogativas constitucionales que invocaba. Tampoco pudo demostrar el modo en que el avance que habría efectuado el Congreso Nacional sobre sus prerrogativas provinciales afectaba en modo concreto el ejercicio de atribuciones constitucionales que reclama como propias por afectar a sus recursos naturales o desarrollarse en su territorio.

III.3. Voto de la Vicepresidente Highton de Nolasco.

La doctora Highton de Nolasco, por su voto, también consideró que tanto las concesionarias como la provincia de San Juan formularon sus cuestionamientos en torno a la nulidad e inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares de manera genérica sin invocar la existencia de elementos suficientes para tener por configurado un caso o controversia judicial, motivo por el que la Corte Suprema no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En este sentido, consideró que de las propias manifestaciones de las empresas surgía el reconocimiento expreso de que no se encontraban alcanzados por las prohibiciones de la Ley que cuestionaban. Sostuvo que no se podía tener por acreditado un caso judicial en la medida en que nada parecía perturbar el normal funcionamiento de su actividad minera, ni que la mera existencia de la ley limitara la ejecución de algún plan de expansión de sus actividades.

En referencia a la Provincia de San Juan, argumentó que no había invocado a lo largo del proceso que la Ley de Glaciares pudiese generarle alguna afectación a sus atribuciones o derechos que requiriese ser esclarecido de forma inmediata. Remarcó que una posición contraria que permitiese al Poder Judicial de la Nación expedirse sobre la pretendida nulidad e inconstitucionalidad de la Ley Nacional de Glaciares en el marco de un conflicto meramente hipotético resultaría técnicamente incorrecta por cuanto violaría el principio de separación de poderes.

IV. Análisis del fallo:

Como referimos con anterioridad, la Corte no se pronuncia sobre el planteo de nulidad de la Ley de Presupuestos mínimos para la Preservación de los Glaciares y el ambiente periglacial 26.639, ni sobre el planteo de inconstitucionalidad presentado en subsidio, todo ello por entender que se encontraba ante la inexistencia de un caso.

En este sentido, la Corte falla en coincidencia con los antecedentes *Soria de Guerrero, Juana A. c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.*; y *Zatloukal, Jorge c. Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción)*; entre otros. En estos fallos se sostiene la doctrina en relación al control del Poder Judicial sobre el procedimiento de sanción de las leyes como una cuestión no justiciable, y, en el último, sobre el requisito de caso o controversia para poder intervenir en la cuestión propuesta, que no se tuvo por cumplido.

En el voto de la mayoría, los Ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, como bien señala la Presidenta de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Mariana Catalano (Catalano, 2019), sostienen un triple enfoque: primero parlamentario, luego constitucional y por último de derecho ambiental; los dos primeros sustanciales para la resolución del caso; el último, *obiter dictum*.

Al analizar el fallo hemos decidido concentrarnos sobre los primeros dos aspectos de la sentencia que hacen a la desestimación del planteo de las actoras, aun

cuando de los votos de todos los Ministros de la Corte se podrían rescatar muy valiosos conceptos que lamentablemente no se aplican para la resolución del fondo del caso.

Siguiendo a Catalano, desde el punto de vista del derecho parlamentario se cita el concepto de cuestión justiciable al sostener los jueces del voto mayoritario que los procedimientos de sanción de una ley cuando no son irrazonables ni refieren a cuestiones de “entidad” no son justiciables, so pretexto de incurrir en una vulneración del principio republicano de división de poderes (voto mayoritario).

Desde el punto de vista que la Dra. Catalano designa como “constitucional”, los cinco Ministros de la Corte en sus tres votos concurrentes entienden que la sanción de una ley de presupuestos mínimos que regula aspectos vinculados a cuestiones no delegadas por una Provincia al Estado Federal, no constituye por sí agravio suficiente que pueda considerarse un caso sobre el cual expedir una acción declarativa de constitucionalidad.

IV.1. Las cuestiones no justiciables.

Pese a que existen suficientes antecedentes en fallos de la Corte sobre la materia, la doctrina es conteste en que su aplicación en la actualidad es cada vez más relativa. Reconocidos constitucionalistas como Bidart Campos y Sagüés, advierten acerca de los riesgos de esta teoría, ganando cada día mayor espacio la postura a favor de la plena justiciabilidad de los actos.

Esta postura abreva, por un lado, en que el Art. 116 de la Constitución Nacional al referirse a las atribuciones del Poder Judicial no efectúa exclusiones; y por el otro, en que no sólo debe velarse por la división de poderes sino también por la efectiva garantía de la legalidad y vigencia de los derechos siempre que un caso concreto lo requiera y sin invadir la esfera propia de los restantes poderes del Estado.

En el considerando 23 del voto de la mayoría (esta temática no es abordada por los jueces que fallan según su voto) se concluye que, según la propia jurisprudencia del tribunal, lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes no constituye una cuestión justiciable. Repasando la jurisprudencia a la que aluden los jueces encontramos el caso “Cullen c. Llerena” de 1893 y el ya referenciado “Soria de Guerrero” de 1963 en el que la Corte sostiene que el control que puede ejercer el Poder Judicial sobre el procedimiento legislativo se limita a sus elementos constitutivos, en verificar que se hayan cumplido los requisitos mínimos

indispensables para que exista ley, correspondiendo a quien alegue tal defecto demostrar en qué medida aquéllos no se verifican (considerando 2º, in fine).

IV.2. Ausencia de un “caso”. El principio del acto en ciernes.

En el aspecto que Catalano categoriza como “constitucional” los cinco Ministros sostienen la exigencia de un caso para poder adentrarse en el asunto planteado. La necesidad de verificar un caso contencioso, una disputa entre partes adversas o “acto en ciernes”, expresión muy utilizada en los tres votos, es un criterio clásico en la doctrina del Alto Tribunal y avalado por la doctrina mayoritaria que es conteste en que el Poder Judicial no emite opiniones ni evacúa consultas, sino que resuelve colisiones efectivas, principio también aplicable para las acciones declarativas de certeza (art. 322, Cód. Proc. Civ. y Com.), que es la herramienta procesal utilizada por las actoras.

Dice el considerando 11 del voto de la mayoría que “para retomar las palabras de las actoras, no se está en presencia de un ‘acto en ciernes’ sino de la habilitación legal para que —una vez cumplidas ciertas etapas que podrán concretarse o no— la autoridad de aplicación dicte el acto administrativo que pudiese corresponder de acuerdo con las alternativas que prevé la Ley de Glaciares”, punto en el que también reparan los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco. Concordantemente, en el caso “Cámara Minera de Jujuy” (CS, Fallos 337:1540) ya habían sostenido esta misma integración de la Corte que “la falta de precisión (inventario) atinente a los recursos hídricos que quedarían protegidos obstaculizaba delinear el “acto en ciernes” que habilitaría la procedencia de una acción meramente declarativa”.

El Ministro Rosenkrantz, por su voto, sostiene que la Provincia de San Juan tampoco ha demostrado que el contexto normativo existente luego de la sanción de la Ley de Glaciares, por sí solo, le esté causando una lesión concreta o, al menos, le genere un riesgo cierto de padecerla si ello no es oportunamente conjurado por la actuación del Poder Judicial: “más bien, en los términos propuestos por la provincia, su planteo resulta asimilable a una demanda de derogación genérica de la Ley de Glaciares que no puede ser considerada por este tribunal sin exceder ampliamente la función de decidir causas establecida en el art. 116 de la CN” (último párrafo de los considerandos).

Por último, la Ministra Highton de Nolasco, repite la fórmula “acto en ciernes” y enuncia que, ante la falta de actividad administrativa, quien ejerce la acción declarativa debe extremar su carga argumentativa para definir los contornos de una afectación diferenciada a sus intereses. En este sentido, entiende que la Provincia se limitó a

señalar, sin mayores especificaciones, las características de la política local en materia de minería y su marco regulatorio, sin explicar cómo dicho conflicto normativo impacta específicamente en el ejercicio de sus atribuciones y en las actividades que está llevando a cabo. Concluye su voto señalando que la organización del control constitucional sobre la base exclusiva de la “protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera causa o caso en justicia fue una decisión consciente de quienes dieron su estructura al Poder Judicial Federal”, en el entendimiento de que “este requisito constituye al mismo tiempo el fundamento y límite de la jurisdicción propia de los tribunales nacionales en el marco de la distribución de poderes entre las tres ramas en que se organiza el gobierno nacional (CS, Fallos 242:353; 322:528; 326:1007, 2931, entre muchos otros). Decide con base en el criterio largamente afianzado de requerir, sin concesiones, la existencia de un caso en los términos de los arts. 116 de la Constitución Nacional, y los Artículos 1º y 2º de la ley 27 (Organización de la Justicia Federal).⁷

V. Reflexiones finales:

Lo primero que deseo poner en conocimiento del lector es que estoy totalmente de acuerdo en que existen materias, como la de la protección de los glaciares, que deben contar con una ley federal que establezca presupuestos mínimos. También –en regla general- estoy de acuerdo con las disposiciones de la ley en sí. Pero sobre todo estoy de acuerdo con el concepto de la Corte Suprema acerca de que nuestro sistema de organización nacional debe ser el de un federalismo concertado, y esto antes de la reforma constitucional de 1994, pero explícitamente a partir de ella.

Pero mi desacuerdo con la ratio decidendi de la sentencia no tiene matices. Es tan categórico como mi acuerdo con los obiter dicta de los tres votos de los cinco Ministros de la Corte.

Debe saber el lector que esta situación me genera muchos reparos sobre la conclusión que expongo. Máxime si agregamos que estoy disintiendo con la totalidad de los Ministros del máximo tribunal de nuestro país, siendo quien comparte estas reflexiones un simple estudiante de abogacía, que apenas si se adentró al estudio de

⁷ **Artículo 1º** – La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación.

Artículo 2º – Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

estos principios de derecho constitucional en las materias iniciales de la carrera, cuando los Ministros de la Corte han dedicado su vida y son referentes doctrinales de los temas que analizo.

Pero expongo mis conclusiones valorando esta situación -permítanme llamarla así- de simpleza de conocimientos. Porque como alumno de mis profesores y sobre todo como ciudadano de mi país, entiendo que hay cuestiones que bien valen que nos exponamos a un posible traspie intelectual, ya que esas cuestiones son el corazón de nuestra institucionalidad, marcan el camino del respeto de las normas que luego de tantas luchas fratricidas nos hemos dado como Nación, y que no podemos permitir mansamente que pueden ser avasalladas por una interpretación que con ropajes de análisis doctrinales elevados nos pretendan convencer, por ejemplo, de que un reglamento interno de uno de los poderes del Estado puede más que la propia Constitución.

Así, alimentando atajos indebidos en pro del pragmatismo por sobre la institucionalidad, desalentamos el ejercicio de construcción de consensos políticos –acto cívico que debería ser permanente y natural- y alentamos prácticas discrecionales que luego lamentamos profundamente como Decretos del Poder Ejecutivo que desvirtúan –cuando no contradicen burdamente- las leyes sancionadas por el Congreso⁸, o Leyes de Emergencia que duran décadas⁹; institucionalizando violaciones a las leyes y a la propia Constitución con institutos doctrinales y jurisprudenciales como la concepción de que hay leyes operativas o programáticas (cuando es evidente que la Ley es de por sí operativa, caso contrario será una Declaración, pero no una Ley)¹⁰.

Hecha esta salvedad y, por sobre todo, reconocida y asumida la diferencia de conocimientos entre quien esto escribe y las cinco eminencias con las que me atrevo a disentir, me adentro a compartir mis reflexiones:

Planteo de nulidad de la Ley 26.639: ¿cuestión política no justiciable o violación flagrante de la Constitución?

Las actoras realizan un planteo de nulidad en la sanción de la Ley de Glaciares. De manera detallada describen cómo en el proceso de sanción de la Ley el Senado, en

⁸ V.gr. Régimen de sinceramiento fiscal, Libro II de la Ley 27.260.

⁹ V.gr. Leyes de Emergencia económica, impuesto al cheque (Ley 25.413, sancionada en marzo de 2001 y con duración prevista hasta el 31 de diciembre de 2002.

¹⁰ Art. 118 del Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y art. 131 del Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

su condición de cámara de origen, descartó uno de los artículos introducidos por la Cámara revisora sin las mayorías calificadas para hacerlo, situación que la Constitución Nacional contempla claramente y resuelve en sentido contrario al que convalida –por silencio- la Corte.

En el caso, la Constitución Nacional es clara al establecer el mecanismo para la sanción de una Ley en su capítulo V “De la formación y sanción de las leyes”, siendo sus disposiciones claramente operativas. En lo que atañe al procedimiento de sanción de la Ley de Glaciares, el caso objeto de impugnación por las actoras está previsto –y resuelto- por el artículo 81 (segundo párrafo in fine) al prohibir que la Cámara de origen al tratar el proyecto por reenvío introduzca nuevas adiciones o correcciones a la realizadas por la Cámara revisora:

Artículo 81. Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año.

Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

Ni una ley y mucho menos un reglamento interno de las Cámaras, pueden vulnerar la voluntad del Constituyente. Tampoco es serio recurrir al diccionario para torcer el sentido de una norma amañando interpretaciones recurriendo a la literalidad de las expresiones. ¿Es que acaso no se plantean los Ministros de la Corte el daño que le harían a todo el sistema si la regla de la literalidad que intentan aplicar se extendiera a todas las disposiciones judiciales? ¿Cómo recortan de su análisis sobre un artículo “perdido” entre el proyecto devuelto por Diputados y el texto sancionado lo que seguido al artículo 81, indica el artículo 82 de la Constitución?:

Artículo 82. La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

Y por último, ¿evalúa la Corte la incertidumbre jurídica que genera el hecho de que para saber si una norma es constitucional o no lo es, ya no basta analizar si cumple o no con la propia Constitución, sino que podría ser que aunque el incumplimiento sea flagrante –como en el caso- la podamos tener por válida igualmente si consideramos que no es irrazonable o “de entidad” el incumplimiento?¹¹

Consideremos, además, que la propia Constitución brinda a la Cámara de origen los medios para insistir en su proyecto (el voto de las dos terceras partes de los presentes) y que, si los legisladores de turno no confían en su propia capacidad para caminar los pasillos del mismo edificio y abordar la negociación y generación de consensos políticos previos a la formalización de los textos, el Poder Legislativo tiene a su alcance los remedios institucionales para modificar la Constitución. Ciertamente que son complejos, pero justamente lo son porque el Constituyente ha querido asegurarse que exista ese consenso político y social lo suficientemente amplio para que una modificación de nuestra ley suprema sea fruto de un acuerdo general y no de una mayoría matemática circunstancial.

Claramente la sanción de la ley padece de nulidad al vulnerar el procedimiento que la Constitución establece. La Corte no puede excusarse de uno de sus máximos deberes institucionales: sostener el principio republicano de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado. Doblemente grave cuando estamos frente a una materia que ya había intentado ser legislada por las Cámaras y había sido vetada por el Poder Ejecutivo Nacional.

No hubiera sido una intromisión en los asuntos de otro poder dictar la nulidad del proceso de sanción de la Ley, antes bien es una manda constitucional que debe resguardar el cumplimiento de nuestra ley suprema. Porque como hemos dicho ese es el primer deber institucional del Poder Judicial de la Nación como intérprete final de la Constitución¹² y porque el Poder Legislativo cuenta con los medios –difíciles pero claros- para modificar lo que la Constitución manda, y esa decisión sí no es justiciable (si es que cumple con los mecanismos procedimentales que la propia Constitución establece).

¹¹ Considerando 5to, apartado b) del voto de la mayoría: *“En consecuencia, la reglamentación específica y la práctica parlamentaria se orientan en el sentido de convalidar lo actuado por la Cámara de origen, en la medida en que tal intervención no peca de irrazonable. (...) En mérito a lo dicho, es dable concluir que la eliminación realizada por el Senado no resulta de entidad tal que implique la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.”*

¹² Art. 116 de la Constitución Nacional.

Acción declarativa de inconstitucionalidad: ¿ausencia de caso o denegación de justicia?

Lo que la Corte hace con su decisorio en cuanto a la petición de declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares por parte de la Provincia de San Juan en virtud de que la actora entiende que el Congreso se ha excedido en el uso de las facultades delegadas por las Provincias a la Nación, es lisa y llanamente un acto de denegación de justicia. Sabemos que los jueces deben dictar sentencia, es un principio del ordenamiento jurídico del que mucho se ha escrito y sobre el cual la doctrina adhiere pacíficamente.

Sostienen en sus tres votos la totalidad de los Ministros de la Corte que la Provincia no ha probado la existencia de un caso y que no se ha acreditado una lesión a los derechos de los demandantes. Menciono que coincido en esta apreciación, pero sólo en lo que refiere a las empresas ya que claramente no hay un caso o una vulneración de derechos subjetivos concreta que amerite la opinión de la justicia.

Pero en el caso de la Provincia no coincido con la conclusión de los Ministros. Está clara la interpretación restringida del instituto de la acción declarativa de inconstitucionalidad en pos de la preservación del principio republicano de división de poderes. Pero en el caso de un sistema de gobierno de federalismo concertado como la propia Corte lo concibe: me pregunto ¿qué más necesitaría una Provincia para acreditar la violación de las facultades delegadas, que la sanción de una Ley del Congreso de la Nación que a su entender las vulnera?

La Corte ha dejado pasar en el sublite la oportunidad de ser fiel a su rica historia de avanzada en el desarrollo de los principales institutos jurídicos de nuestro derecho y dejar sentados los criterios que den certeza jurídica y un marco jurisprudencial de referencia para la consideración de la validez de las leyes de presupuestos mínimos, que desde nuestra posición entendemos que serán cada vez más frecuentes –y necesarias-. Tal vez, como señala el Profesor Juan Manuel Busto (Busto, 2019), estas leyes requieran un mecanismo de validación complejo (mediante la aceptación, validación o adhesión de las legislaturas provinciales), tal vez deban ceñirse a criterios específicos (alcance a más de determinada cantidad de provincias, regulaciones provinciales contradictorias, binacionalidad, materias reguladas por pactos internacionales con jerarquía constitucional –Art. 75 inc. 22-), o simplemente requerir una mayoría especial en el Senado (por ser la Cámara donde se encuentran representadas las Provincias).

Cualquiera sea la solución, la misma debe construirse. El origen federal de nuestra organización nacional requiere la delegación expresa de facultades originarias de las Provincias a la Nación (Art. 121 de la Constitución Nacional) y eso nuestra Corte Suprema no lo debe eludir, ya que en virtud de su competencia originaria en asuntos en los que intervienen las Provincias (Art. 117 de la Constitución Nacional) es el único organismo del Gobierno Federal con competencia para resguardar esos derechos.

Pero en modo alguno puede la Corte interpretar que no existe un caso, ante la sanción de una Ley del Congreso de la Nación que podría afectar derechos originarios de las Provincias -en el caso el dominio originario de sus recursos naturales (Art. 124 de la Constitución Nacional)-, porque admitir este criterio implicaría lisa y llanamente –por contrario sensu- que las Provincias carecerían de los medios institucionales para resguardar sus derechos y prerrogativas ante el avasallamiento de sus derechos por parte del Gobierno Federal.

Listado de revisión bibliográfica consultada

Doctrina:

Bidart Campos, G. (1996). Control de Constitucionalidad. En *Manual de la Constitución Reformada* (T.1 Cap.V). Buenos Aires, AR: Ediar.

Bidart Campos, G. (1981). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, AR: Ediar.

Busto, J. M. (2019). *El rol de las provincias en las decisiones del Estado Federal argentino*. Buenos Aires, AR: Konrad Adenauer Stiftung.

Cassagne, J.C. (2015). La acción declarativa de inconstitucionalidad. En *Revista jurídica La Ley*. 6 de julio de 2015. Buenos Aires, AR: La Ley.

Catalano, M; Falbo, A y Esain, J. (2019). Análisis del fallo “Barrick” en *Revista Jurídica La Ley*. 14 de agosto de 2019. Buenos Aires, AR: La Ley.

Diana, N. (2019). Análisis del fallo “Barrick”. En *Suplemento Administrativo La Ley* (pág. 7), agosto 2019. Buenos Aires, AR: La Ley.

Ekmekdjian, M.A. (1995). “Tratado de derecho constitucional” (t. III, pág. 320.), Buenos Aires, AR: Depalma.

Gentile, H. (2018) *Distribución de Competencias entre el Estado Federal y los Estados Provinciales*. Córdoba, AR: Universidad Católica de Córdoba.

Gil Dominguez, A. (2019). Derechos de incidencia colectiva. En *Revista jurídica La Ley*. 5 de agosto de 2019, pág. 5. Buenos Aires, AR: La Ley.

Gonzalez Acosta G. (2015). Conflicto Normativo entre las Leyes de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental respecto del Código de Minería en la República Argentina. En *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* Número 16, 26 de junio 2015.

Haro, R. (2017). *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la nación. Sobre la Acción Declarativa de inconstitucionalidad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeincontitucional.

Valls, M. (2012). *Leyes de Presupuestos mínimos ambientales*. Buenos Aires, AR: ASTREA.

Legislación:

Constitución de la Nación Argentina: publicación del Bicentenario. (2010). Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Biblioteca del Congreso de la Nación, Biblioteca Nacional.

Ley Nacional 27 “Organización de la Justicia Federal”, Artículos 1º y 2º.

Ley Nacional 26.639 “Régimen de Presupuestos Mínimos para la preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”, 2010.

Ley de la Provincia de San Juan 8.144 “Protección de glaciares”, reglamentada por el Decreto 899/2010.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia: Cullen c/ Llerena (Fallos: 53:420), Soria de Guerrero (Fallos: 256:556), Nobleza Piccardo (Fallos: 321:3487), Famyl (323:2256), Soria de Guerrero (Fallos: 307:2384), La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de (Fallos: 340:1695).