

ANÁLISIS DE LA LEY 26659 SOBRE CONDICIONES PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL ARGENTINA

Carlos Sánchez Mas

Foro de Abogados de San Juan. Red Federal de Estudios sobre Malvinas (ReFEM 2065)

carlossanchezmas@gmail.com

Resumen

La Ley 26659 sobre condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la plataforma continental argentina fue sancionada para proteger los recursos de petróleo y gas presentes en dicha zona y reafirmar la soberanía argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro), Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes. La disputa de soberanía con el Reino Unido de Gran Bretaña incide directamente en la aplicación e interpretación de esta norma. Mediante este trabajo, se pretende explicar sus aspectos jurídicos de derecho constitucional, administrativo, penal, civil, ambiental e internacional.

Palabras clave: hidrocarburos, condiciones de exploración y explotación, plataforma continental argentina, cuestión de las islas Malvinas.

An Analysis of Law No. 26659 on Requirements for the Exploration and Exploitation of Hydrocarbons on the Argentine Continental Shelf

Abstract

Law 26659, regarding conditions for the exploration and exploitation of hydrocarbons in the Argentine continental shelf, was enacted to protect the oil and gas resources in this zone and reassert the Argentine sovereignty over the Malvinas, South Georgias (San Pedro), and South Sandwich Islands and the surrounding maritime areas. The struggle for sovereignty with the United Kingdom of Great Britain has a direct impact on the implementation and interpretation of this piece of legislation. This article aims to explain the legal aspects from the point of view of constitutional, administrative, criminal, civil, environmental, and international law.

Key words: hydrocarbons, requirements for exploration and exploitation, Argentine continental shelf, question of the Malvinas Islands.

1. Introducción: la regulación de las condiciones para el ejercicio de la actividad hidrocarburífera en un área en disputa de soberanía

La Ley 26659, publicada en el Boletín Oficial el 13 de abril de 2011 y modificada por Ley 26915, regula las condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina. Forma parte del subsistema que encabeza la Ley 17319 y suplementan las leyes 26197, 26741, 27007 y demás normas modificatorias y complementarias. Encuentra su antecedente en la Resolución 407/2007, emitida el 13 de marzo de 2007 por la Secretaría de Energía, dependiente en aquel entonces del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, fundándose, entre otras motivaciones, en la necesidad de perfeccionar las medidas del Estado nacional para impedir la explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental sin las legítimas habilitaciones de la autoridad competente.

Sin perjuicio del proceso de transición energética, la importancia de los hidrocarburos es actual debido a su gran valor económico por sus muchos usos para la industria. En tal sentido Novoa y Novoa (1998) han expresado que

al advertirse la importancia del petróleo como recurso energético y conocerse paulatinamente sus múltiples aplicaciones en la agricultura, industria, química y petroquímica, se inició una verdadera lucha entre los Estados por obtener el control de dicha sustancia, sea en su etapa de producción, comercialización o transporte. (p. 218)

En este sentido, el Congreso de la Nación dictó la Ley 26741 (BO 07/05/2012), la cual declaró “de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos”. Aunque pueden resultar discutibles los medios que el Título III la ley dispuso para cumplimentar su objeto, este es jurídicamente coherente con la ley en análisis.

La relación entre las leyes 26659 y 17319 se manifiesta desde sus primeros artículos. Así, el artículo 1° de la Ley 17319 declara el dominio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o provincial de “los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental”, al tiempo que el artículo 1° de la Ley 26659 establece coherentemente que “la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina sólo podrán realizarse observando las condiciones establecidas por la presente ley, las leyes y los reglamentos vigentes”.

El área geográfica de aplicación de la Ley 26659 se extiende a todo el sector

marítimo, que, como extensión sumergida del continente, está referido en sus límites en las leyes 23968 y 27557, con sus Anexos, es decir, la Plataforma Continental Argentina. Así, el art. 6° de la Ley 23968 declara la soberanía argentina sobre su plataforma continental. En igual sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) reconoce derechos soberanos a los Estados sobre su plataforma continental. La República Argentina, al ratificar dicha convención, emitió una declaración interpretativa dedicada a su soberanía imprescriptible e irrenunciable sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur (Ley 24543, art. 2°, inc. d).

En tal sentido, para comprender el objeto de la Ley 26659, se debe decir que una gran extensión de dicha área se encuentra bajo ilegítima ocupación colonial desde el 3 de enero de 1833 por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, como espacio circundante al territorio colonial de las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur. Esto ha derivado en un conflicto internacional denominado “Cuestión de las islas Malvinas”, es decir, la disputa entre los Gobiernos de la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre tales archipiélagos, según lo expresa la Resolución N° 2065 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1965. Este conflicto ha sido incluido en el régimen de descolonización de la Organización de Naciones Unidas, según la Resolución N° 1514 (XV) de la Asamblea General.

La norma objeto de este estudio se encuentra fuertemente relacionada con la Cuestión de las islas Malvinas, como lo demuestra el debate parlamentario que precedió a su sanción. El objetivo de los legisladores fue la defensa de la soberanía argentina sobre las áreas insulares y marítimas en disputa. Por ello, la interpretación y aplicación de la Ley 26659 debe realizarse tanto en el marco de las normas referidas a la exploración y explotación de hidrocarburos como a las dictadas en torno a la Cuestión de las islas Malvinas.

Un aspecto de interés es el referido a la protección ambiental. La exploración y explotación de hidrocarburos en áreas marinas conlleva riesgo de daño ambiental debido a los métodos de exploración sísmica, uso de sustancias químicas y la eventual contingencia de accidentes o derrames. La cuestión ambiental está presente en el marco jurídico de hidrocarburos a través de la Ley 27007, por ello, también debe ser considerada una *condición*, pese a no estar contemplada en la Ley 26.559. La protección ambiental demuestra su transversalidad al comprobarse que es una exigencia ínsita del proceso de exploración y explotación. Debido a ello, se incorpora un apartado dedicado al tema.

En dicho apartado, y siguiendo tales lineamientos, este trabajo plantea que, por su significación económica, su relación con el reclamo de soberanía y las implicancias ambientales, las actividades reguladas por la Ley 26659 deberían lograr cuatro objetivos esenciales: 1) resguardar la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y los demás espacios correspondientes; 2) proporcionar riquezas para el Estado; 3) mejorar la calidad de vida de la población; y 4) proteger el ambiente. El primer objetivo es una obligación jurídica que se funda en la norma contenida en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional argentina y en el objeto explícito de la ley. Así, toda política pública sobre los recursos naturales hidrocarburíferos en la Plataforma Continental Argentina, realizada por el Estado o un tercero, debe tener presente el objetivo de la recuperación de los territorios usurpados como “objetivo irrenunciable del pueblo argentino”, tal como establece el precepto constitucional. Los objetivos siguientes se basan en el paradigma del desarrollo sustentable, contemplado en el artículo 41 de la Constitución Nacional y en el principio de soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales.

Afirma Sánchez (1996, p. 7) que el Estado precisa disponer de herramientas jurídicas idóneas para el logro del bien común. Ello es así pues no es posible alcanzarlo fuera del paradigma del Estado de derecho. Las normas de todo tipo y jerarquía que se dicten en búsqueda de aquel deben poseer una técnica legislativa apta y eficiente para conseguirlo. En este sentido, el presente ensayo se pretende aportar la conocimiento de la Ley 26659, sus objetivos, su relación con las demás leyes de hidrocarburos, la influencia de la Cuestión Malvinas en su interpretación y aplicación, la determinación del bien jurídico protegido de los tipos penales creados, las potestades de la autoridad de aplicación, la competencia del Ministerio Público, la relación entre los tipos penales y las sanciones administrativas, los aspectos relacionados con la protección ambiental y la reglamentación de la norma y su ejecución, entre otros aspectos relevantes, contribuyendo a su entendimiento para el logro de la integridad del territorio nacional como una manifestación del bien común.

2. Autoridad de aplicación. Incidencia de las leyes 27671 y 27558

La autoridad de aplicación es la Secretaría de Energía de la Nación, según dispone el artículo 6° de la Ley 26659, dependiente del Ministerio de Economía de la Nación. Ello es coherente con el art. 97 de la Ley 17319. Como tal, es la encargada de tramitar los procesos administrativos por infracción al artículo

2°. Debe también confeccionar una nómina compuesta por las personas físicas y jurídicas que desarrollan actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental Argentina sin debida licencia emitida por la autoridad competente argentina (sobre lo cual se amplía en el punto 10).

Además de las que taxativamente establece la norma, también deben considerarse incluidas todas aquellas competencias administrativas implícitas que resulten necesarias para ejecutar el objeto de la ley. En este sentido, afirma Comadira (2007, p. 26 y 27), fundado en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación,¹ que el alcance de la competencia del órgano administrativo debe determinarse del texto expreso de la norma que la otorga, de su contenido razonablemente implícito y de los poderes inherentes a la naturaleza del ente según la doctrina de la especialidad, es decir, la relación del acto con los fines para los que el ente fue creado. Por ello, puede afirmarse que la Secretaría de Energía posee competencia para llevar adelante toda acción administrativa que tenga por finalidad la protección de los recursos hidrocarburíferos en la Plataforma Continental y la defensa de la soberanía argentina en dicha área, en tanto tal defensa se relacione con la exploración y explotación de hidrocarburos.

Dado que la Cuestión de las islas Malvinas es el antecedente que le da fundamento a la Ley 26659, debe tenerse presente la necesidad de contemplar las disposiciones de la Ley 27671 de capacitación obligatoria, periódica y permanente sobre la Cuestión de las islas Malvinas. Puede afirmarse que existe una obligación jurídica del Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Economía, en la formación y capacitación de los agentes de la Secretaría de Energía en la Cuestión de las islas Malvinas para la mejor y óptima ejecución de la Ley 26659, conforme con el artículo 8 de la Ley 27671. Tal capacitación ayudaría a entender las consecuencias de las sanciones que eventualmente se apliquen y las acciones que se lleven a cabo en el contexto del conflicto de soberanía, es decir, entendidas no solo como infracciones al régimen de exploración y explotación de hidrocarburos, sino también como parte del diferendo de soberanía por las islas Malvinas en el marco del proceso internacional de descolonización regulado por la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

La autoridad de aplicación debe discernir la oportunidad, mérito y conveniencia de la intervención del Consejo Nacional de Asuntos relativos a las islas

1 Comadira (2007) cita los Dictámenes de la Procuración del Tesoro 154:196 y 164:165 en apoyo de su afirmación.

Malvinas,² creado por la Ley 27558, dadas sus funciones en relación con la Cuestión de las islas Malvinas. El artículo 2° de dicha ley enumera las competencias del Consejo en cinco incisos. Estas son de carácter consultivo, no vinculante, esencialmente colaborativo y sin funciones ejecutivas específicas. La hipotética intervención de este Consejo en torno a la Ley 26659 puede enmarcarse en el inciso d), que establece: “Colaborar en la elaboración del sustento de la posición argentina en la disputa de soberanía en sus aspectos geográficos, ambientales, históricos, jurídicos y políticos”. Aunque estrictamente este Consejo no posee ninguna función directamente relacionada con la Ley 26659, por su competencia específica nada impide que pueda ser llamado oficiosamente a emitir dictámenes o informes no vinculantes que ayuden a formar la voluntad administrativa en relación con una investigación particular relacionada con la aplicación de la norma, conforme a la Ley 19549, artículo 1°, inciso f) 2).

3. Prohibiciones

Las prohibiciones están contenidas en los artículos 2° y 5°. Están comprendidas en ellas personas físicas y personas jurídicas tanto públicas cuanto privadas. Ambos artículos individualizan el contenido de la prohibición y los sujetos alcanzados, siempre en el ámbito geográfico de la Plataforma Continental Argentina.

Los tres incisos del artículo 2° determinan las siguientes prohibiciones:

Inciso 1: desarrollar actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental Argentina sin licencia emitida por autoridad argentina.

“Desarrollar” es tanto como realizar o llevar a cabo un proceso determinado, por lo tanto, la prohibición es amplia y consiste en realizar o hacer cualquier tipo de actividad relacionada con la explotación y/o exploración de petróleo o gas, comercial, científica, gratuita u onerosa, que puede ser la prospección, exploración, explotación, transporte, reparación y mantenimiento de equipos, uso de equipos remotos, etcétera.

Inciso 2: tener participación en sociedades que realicen actividades hidrocarburíferas sin licencia argentina; o prestar servicios para su desarrollo.

2 Su nombre completo es “Consejo Nacional de Asuntos Relativos a las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los Espacios Marítimos e Insulares Correspondientes” (art. 1°, Ley 27558).

El inciso expresamente establece que la “participación”, es decir, la posición mediante la cual se toma parte en el resultado del giro comercial, puede ser directa o indirecta sin fijar un porcentaje. Se entiende por “prestar servicios” a toda actividad rentada o no que permita directa o indirectamente llevar adelante la búsqueda, extracción, traslado, etc. del petróleo o gas. Puede consistir en servicios logísticos de todo tipo: asistencia médica, psicológica, provisión de alimentos, entretenimiento y capacitación del personal embarcado o en plataforma; la prestación de servicios técnicos, la provisión de elementos de cualquier tipo; de recursos humanos; la facilitación de recursos financieros, etcétera.

Inciso 3: contratar, efectuar actividades hidrocarburíferas, transacciones, actos de comercio, operaciones económicas, financieras, logísticas, técnicas, actividades de consultoría y/o de asesoría con personas jurídicas con la finalidad de explorar y/o explotar hidrocarburos sin licencia argentina.

Las acciones del inciso denotan la intención de vedar cualquier posible acuerdo o acto jurídico, oneroso o gratuito, con sujetos cuya pretensión sea la exploración y/o explotación de hidrocarburos. Es decir, la intención de efectuar actividades hidrocarburíferas debe existir en al menos una parte del contrato, no necesariamente en ambas. En este caso, la sanción correspondería a ambas partes. Caso contrario, una de ellas podría alegar que su intención no era una actividad relacionada con hidrocarburos, sino, por ejemplo, la provisión de insumos médicos, víveres, combustibles, servicios de transporte, etc., frustrando o defraudando así el objeto de la norma. “Contratar” debe entenderse como cualquier acto en el sentido del artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación, cualquiera sea su objeto. La norma guarda relación con su antecedente: el art. 1.7.3 de la Disposición 407/2007 de la Secretaría de Energía.

Los incisos 2 y 3 complementan al inciso 1 de modo tal que permiten incluir en la prohibición actividades que podrían no ser consideradas “desarrollos de la actividad hidrocarburífera”. Los sujetos de la prohibición son las personas humanas o las personas jurídicas, incluyendo sus accionistas, que realicen actividades en el país o se encuentren autorizadas para ello.

El artículo 5° establece una especial prohibición al Estado nacional, a las provincias y a los municipios. Se les impide contratar con cualquier persona humana o jurídica que realice actividades hidrocarburíferas sin licencia argentina. La prohibición es amplia: cualquier tipo de contrato, tanto civil, comercial o administrativo. Se extiende, además, a los accionistas y sociedades controlantes de la persona jurídica. Aunque el artículo no la nombre, también debe

incluirse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires u otra ciudad declarada como capital de la nación, dado que lo contrario confrontaría directamente con el objeto de la norma.

La aclaración en todos los casos respecto de que la ejecución de los actos prohibidos debe realizarse sin licencia de la autoridad argentina obedece a que los sujetos alcanzados pueden contar con licencia expedida, ilegítimamente, por la autoridad colonial británica, como en efecto ha ocurrido en los casos tramitados y sancionados por ante la Secretaría de Energía de la Nación.

4. Las sanciones administrativas

En opinión de Sánchez (1996), la potestad sancionadora del Estado puede definirse como “la facultad que le compete a la Administración Pública para imponer correcciones a los ciudadanos, por los desvíos de sus conductas que puedan haberse materializado con relación a la legislación vigente” (p. 11). Tal definición debe ampliarse en cuanto a los destinatarios de las sanciones dispuestas por la Ley 26659, dado que su artículo 3° permite sancionar tanto a ciudadanos argentinos como a extranjeros, como así también a personas jurídicas, que estén o no radicadas en el país.

El objeto de las sanciones es el logro efectivo de los cometidos de la Administración Pública. Así, Sánchez (1996) expresa que

si existen cometidos que debe cumplir la Administración en orden al bien común, es absolutamente lógico que la misma Administración pueda obligar al cumplimiento de ciertas reglas imprescindibles para dicho fin y a sancionar el incumplimiento de esas reglas. De lo contrario el cumplimiento acabado de la función que le compete sería ilusorio y utópico. (pp. 1-12)

La ley en estudio contempla dos sanciones en el artículo 3° que deben imponerse conjuntamente por violación del artículo 2°. Ellas son la inhabilitación y la reversión de concesiones. La primera es amplia y comprende la imposibilidad de desarrollar actividades de cualquier tipo en el país, no solo las referidas a la exploración o explotación de hidrocarburos. Valga como ejemplo la Resolución 481/2013 de la Secretaría de Energía que inhabilitó a la empresa Premier Oil PLC “para desarrollar actividades en la República Argentina, por llevar a cabo actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental Argentina, en zonas próximas a las islas Malvinas, sin haber obtenido la habilitación pertinente emitida por autoridad competente de la República Argentina”.

El artículo dispone que si el sujeto sancionado hubiere obtenido legalmente cualquier concesión para la actividad hidrocarburífera en territorio argentino, esta caducará por el solo efecto de la sanción y volverá a la jurisdicción nacional o provincial, según quien la hubiere otorgado, pudiendo otorgarse a otro concesionario. Si el sujeto sancionado obtuvo una concesión para una explotación distinta a la explotación de hidrocarburos, esta no revertirá al Estado, pero tampoco podrá ejercerse debido a la inhabilitación impuesta.

El artículo 4º agrega dos sanciones administrativas a imponerse conjuntamente con la inhabilitación y la reversión de concesiones contempladas en el artículo 3º. Se trata de la inclusión de un registro de infractores y la pérdida de beneficios impositivos o previsionales relacionados o no con la exploración y explotación de hidrocarburos, de tal modo que los saldos pendientes se tornarán exigibles desde que quede firme la sanción.

Las empresas sancionadas hasta la actualidad, según datos proporcionados vía correo electrónico por la Secretaría de Energía, dependiente del Ministerio de Economía de la Nación en marzo de 2024, son las siguientes:

Empresa	Resolución	Resolución
Falkland Oil And Gas Limited	128/2012	459/2013
Argos Resources LTD	129/2012	458/2013
Desire Petroleum PLC	130/2012	457/2013
Rockhopper Exploration PLC	131/2012	476/2013
Borders And Southern Petroleum PLC	133/2012	456/2013
Premier Oil PLC	260/2013	481/2013
Noble Energy Falklads Limited	859/2015	
Noble Energy INC	860/2015	
Edison International SPA	872/2015	
Navitas Petroleum LP	240/2022	

Tabla 1. Fuente: Secretaría de Energía de la Nación.

5. Régimen penal

Está contemplado en los artículos 7°, 8° y 9°. El artículo 7° crea los siguientes tipos penales:

- Exploración ilegal de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina: se pena la conducta de quién “sin autorización de la autoridad competente, encargare o realizare, por cuenta propia o de terceros, cualquier actividad de búsqueda de hidrocarburos mediante la exploración en el lecho o en el subsuelo del mar territorial o en la plataforma continental argentinos”. La conducta típica es “encargar” o “realizar” la búsqueda de hidrocarburos mediante la exploración sin autorización legítima. El tipo se configura cuando el sujeto activo “encarga”, es decir, solicita a otro la realización del acto punible o cuando “realiza”, es decir, cuando lleva adelante la acción por sus propios medios. El encargo o realización debe referirse a cualquier tipo y forma de búsqueda, o sea, una actividad destinada al hallazgo de hidrocarburos presentes en el lecho o subsuelo del mar territorial o en la Plataforma Continental, sean modos sofisticados o rudimentarios, presenciales o remotos, onerosos o gratuitos con fines comerciales, científicos u otro distinto, continuados o realizados por única vez o en un único acto. Ambas conductas pueden deberse a un acto por cuenta propia o de terceras personas. La realización o encargo de exploración deben tener por fin el hallazgo de hidrocarburos, por lo que no configura el tipo penal la exploración de nódulos polimetálicos u otros recursos naturales de la Plataforma Continental Argentina. El sujeto pasivo es la Administración pública nacional o provincial, pues la consumación del tipo perjudica los recursos del dominio de la nación o de las provincias. Sujeto activo puede ser cualquier persona humana o jurídica.

La pena prevista es de prisión de 5 a 10 años y conjuntamente: a) multa equivalente al valor de 20000 a 100000 barriles de petróleo crudo según el índice West Texas Intermediate (WTI) con capacidad de 42 galones estadounidenses, equivalentes a 159 litros; b) inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena para realizar cualquier actividad comercial. La inhabilitación se impone para cualquier tipo de actividad comercial en territorio argentino, no solo la referida a la búsqueda y extracción de hidrocarburos. Tal extensión puede llamar la atención acerca de la razonabilidad de la sanción en razón de un potencial exceso de punición.

- Explotación ilegal de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina: el tipo penal castiga la conducta de quien: “sin autorización de la autoridad competente, encargare o realizare, por cuenta propia o de terceros, cualquier

actividad de extracción de hidrocarburos de yacimientos situados en alguna de las áreas marítimas indicadas en el inciso precedente, o su transporte o almacenamiento”. La conducta típica de “encargar” o “realizar” debe estar encaminada a: a) “extraer” hidrocarburos situados en el lecho o el subsuelo del mar territorial o de la Plataforma Continental, es decir, quitarlos de su depósito natural; b) “transportar”, es decir, conducir el hidrocarburo mediante tuberías, cisternas, etc.; y c) “almacenar”, lo que significa estacionar el producto en un recinto. Con ello quedan contempladas, en ambos tipos penales, las áreas en las que se divide la actividad hidrocarburífera: el *upstream*, *midstream* y *downstream*. Valen acá las consideraciones hechas para el tipo anterior. La pena prevista para esta figura es de prisión de 10 a 15 años y además: a) multa equivalente al valor de 150000 a 1500000 barriles de petróleo crudo (WTI) con capacidad de 42 galones estadounidenses, equivalentes a 159 litros; y b) inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena para realizar cualquier actividad comercial.

5.1 El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido define el objeto de protección del tipo penal y circunscribe su aplicación y eventual imposición de la sanción prevista. Borinsky et al. (2012, p. 24) explican que el bien jurídico tutelado por la norma penal es uno o varios valores o intereses vitales de la sociedad que, formando una parte sustancial de las normas de cooperación social, merecen una protección reforzada a través del ejercicio del poder punitivo del Estado (*ius puniendi*).

Surge del resultado de una encuesta realizada en la cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de San Juan en el año 2023 que los Dres. Marcos Conca³ y Nicolás Ayestarán⁴ consideraron que el bien jurídico tutelado de los tipos contemplados en el artículo 7° de la Ley 26659 es la integridad del recurso natural hidrocarburífero. En tanto, el Dr. Claudio Gómez⁵ consideró que el bien jurídico tutelado por estos tipos penales es la soberanía nacional sobre los territorios en disputa.

3 Profesor de Derecho Internacional Público de la carrera de Abogacía (Universidad Nacional de San Juan).

4 Profesor de Derecho Internacional Público y de Derecho Procesal Penal de la carrera de Abogacía (Universidad Nacional de San Juan).

5 Profesor adscripto de Derecho Internacional Público de la carrera de Abogacía (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan).

No puede soslayarse la impronta que impone a toda la ley la defensa de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás territorios marítimos e insulares. Aunque los tipos penales de la Ley 26659 parecen defender directamente el recurso natural y, a través de ellos, la soberanía nacional en torno a la Cuestión de las islas Malvinas, nada impediría entender y considerar como bienes jurídicos tutelados tanto la integridad de los recursos naturales hidrocarburíferos de la Plataforma Continental Argentina como la soberanía argentina sobre los territorios marítimos e insulares en disputa en el Atlántico Sur.

Borinsky et al. (2012) expresan que “se exige por algunos autores que el bien jurídico o el valor o los valores deben estar al menos implícitamente reconocidos por la Constitución, lo que justificaría la activación del Derecho Penal” (p. 24). En este sentido, si se considera bien jurídico tutelado la integridad del recurso hidrocarburífero, ello se basa en los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional, en tanto que la defensa de la soberanía nacional sobre los territorios enmarcados en la Cuestión de las islas Malvinas se respalda en la Disposición Transitoria Primera. Sería la primera vez que un tipo penal tiene por bien jurídico tutelado proteger la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás territorios en disputa de soberanía.

5.2 Personas jurídicas

Dado que la exploración y explotación de hidrocarburos necesita grandes inversiones, equipo especial y numeroso personal capacitado, su consecución se realizará probablemente por una persona jurídica que pueda afrontar estas erogaciones. Por ello, el artículo 8° prevé, dentro del régimen penal de la ley, que cuando los actos típicos fueren ejecutados en nombre, con la colaboración o en favor de una persona jurídica —formalmente constituida o de hecho—, o bien un ente sin calidad de sujeto de derecho, pero obligado a los efectos fiscales según las normas impositivas, la pena de prisión prevista se impondrá a: directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible. La clase de intervención no está especificada. Podría pensarse en una intervención por omisión o por accionar culposo. La norma no lo aclara.

5.3 Penas accesorias

La condena por los delitos analizados acarreará también las penas accesorias contempladas en el inciso 3 del artículo 7°. Si el tipo fuere cometido en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona de existencia jurídica, se le impondrá las accesorias contempladas en el artículo 9°.

Artículo 7°, inciso 3:

- a) decomiso de los equipos y materiales empleados en la ejecución de los actos ilícitos y de los hidrocarburos que se hubiesen extraído;
- b) extinción de todo permiso de exploración o concesión de explotación o de transporte hidrocarburífera o minera;
- c) extinción de toda concesión o licencia originada en cualquier tipo de contrato otorgado o aprobado por el Estado Nacional o por algún Estado Provincial;
- d) caducidad de los beneficios impositivos o previsionales que hubieren sido acordados en beneficio del autor del hecho.

Artículo 9°:

1. Multa equivalente al valor de 100.000 a 1.000.000 o de 150.000 a 1.500.000 barriles de petróleo crudo (WTI) con capacidad de 42 galones estadounidenses, equivalentes a 159 litros, según se trate de una infracción al inciso 1) o 2) del artículo 7, respectivamente;
2. Suspensión total o parcial de actividades, por hasta 10 años;
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, por hasta 10 años;
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
5. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica o del ente que resulte responsable a los efectos fiscales conforme las leyes en dicha materia.

Las penas accesorias poseen gran extensión, pues podrían afectar contratos, actos y concesiones de cualquier provincia argentina. La pena busca que el condenado no pueda ejercer actividad comercial alguna en territorio argentino vinculada con el Estado. Tal fuerza se comprende en la necesidad responder a la impronta que impone la Cuestión de las islas Malvinas en la ley como tema de política de Estado preponderante.

6. Relación entre los tipos penales y las sanciones administrativas

La doctrina y la jurisprudencia argentina han establecido las relaciones entre las sanciones administrativas y los tipos penales determinando los alcances, la naturaleza y los principios de cada régimen sancionatorio. Este desarrollo es importante tanto para la autoridad de aplicación como para el profesional liberal que intente la defensa de un sujeto incurso de alguna sanción prevista en la Ley 26659, para una correcta interpretación y aplicación de las sanciones administrativas (de naturaleza disciplinaria) y penales (de naturaleza represiva).

Si bien los principios del derecho penal son de aplicación a las sanciones administrativas, no deben aplicarse según una interpretación estricta. Cassagne (2006, p. 587) afirma la unidad de los regímenes represivos y las garantías del Estado de derecho y que

si bien la mayor parte de estos principios provienen directamente del Código Penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales (...) Su aplicación se produce, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando en ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía a condición de que ella opere a favor del administrado. (p. 587)

En forma contundente, la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal (Sala II) afirma en sentencia del 1 de abril de 2022, en los autos *Jarque Gabriel Dario c/EN ministerio Público de la Defensa y otro s/proceso de Conocimiento*, considerando VIII.3 que

las sanciones aplicadas por organismos administrativos tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Cód. Procesal (Fallos: 241:419; 251:343; 268:98; 275:265; 303:1776; 305:2130; esta Sala, “Eteira SRL c. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ Conservación de la fauna - Ley 22.421 - art. 29”, causa N° 16.906/14, del 07/07/2015; “Banco Santander Río SA y otros c. CNV s/ Mercado de capitales - Ley 26.831 - art. 143”, causa N° 50.335/15, del 09/03/2017; “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - Ley 25.246 - Dto. 290/2007 - art. 25”, causa N° 380/16, del 20/09/2016). Como ha sostenido desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “no se trata de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni del poder ordinario de imponer penas (Fallos: 19:231; 281:211)”.

El fallo señala que no puede convalidarse la aplicación lisa y llana de los principios y las reglas propios de la materia penal, teniendo en cuenta las particularidades del bien jurídico protegido por la normativa específica, reafirmado por

la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, en contraposición con la represiva del derecho penal (Fallos: 330:1855). Finaliza el considerando VIII.3 del fallo afirmando que el carácter administrativo de una sanción impide la aplicación acrítica y en bloque de la normativa y principios de la materia criminal, por lo que no puede convalidarse su aplicación indiscriminada.

En concordancia con el precedente citado, puede afirmarse que, ante la rigidez de los principios penales, las sanciones administrativas de la Ley 26659 pueden funcionar como un recurso eficiente y expedito para disuadir o impedir la exploración o explotación de hidrocarburos en el Mar Atlántico Sur, en el marco del debido proceso administrativo regido por la Ley 19549, las leyes modificatorias y su decreto reglamentario.

7. La jurisdicción federal

La jurisdicción para la instrucción y juzgamiento de los hechos descritos en la norma corresponde a los Tribunales Federales, según lo dispone el artículo 10. Enseña Bidart Campos (2001) que “las leyes federales son aplicadas judicialmente en todo el país por tribunales federales” (p. 167). Puede afirmarse, entonces, que es una ley de carácter federal en razón del lugar. En tal sentido, Guastavino (como se citó en Bidart Campos, 2001) dice que el derecho federal “es el sancionado por el legislador nacional tendiente a la consecución, de un modo inmediato, de todos los fines que se atribuyen al Congreso y al gobierno federal por el preámbulo y los preceptos constitucionales” (p. 166). Aun así, la norma podría haber establecido que el juzgamiento de las conductas típicas ejecutadas dentro de las 12 millas marinas corresponda a la jurisdicción provincial, en coherencia con el artículo 1° de la Ley 26197, aunque ciertamente el supuesto es improbable. Esta diferenciación aparece en el artículo 3° de la ley al tratar la sanción de reversión de concesiones.

Según el artículo 3° de la Ley 27148, el Ministerio Público Fiscal

tiene a su cargo fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local.

A fin de propender a la “defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad”, el Ministerio Público Fiscal carga con una serie de deberes con-

templados en el artículo 2° de la Ley 27148. Estos justifican su intervención en la persecución de las figuras penales de la Ley 26659 por los siguientes motivos: la estrecha relación entre ella y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional (Ley 27148, artículo 2°, inc. a); porque la Cuestión de las islas Malvinas es una política pública trascendente (Ley 27148, artículo 2°, inc. d) y además porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede requerir de aquel su intervención (Ley 27.148, artículo 2°, inc. b).

Al Ministerio Público, como a la autoridad de aplicación de la Ley 26659, le son aplicables las consideraciones hechas acerca de la aplicación de Ley 27671 de capacitación obligatoria, periódica y permanente sobre la Cuestión de las islas Malvinas.

8. Consideración del orden público en la ley

El artículo 14 de la Ley 26659 declara: “la presente ley es de orden público”. El orden público, en cuanto realidad social,⁶ es un concepto jurídico vigente, aunque variable. Las leyes de orden público “son aquellas cuya observancia es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia” (Torré, 1965, p. 458) y que expresan los valores y principios que la sociedad considera fundamentales y trascendentes.

Aunque existen tesis que niegan o relativizan el orden público, destacada doctrina nacional —consecuentemente con la legislación civil— ha mantenido a lo largo de los años su consideración acerca de la realidad jurídica y los efectos del orden público en nuestro derecho. Así, Torré (1965, p. 458), Borda (1999, p. 42)⁷ y Tobias (2018, p. 73) expresan dos importantes consecuencias de las leyes de orden público: la imposibilidad de dejar sin efecto sus disposiciones por convenciones particulares y constituir un límite a la aplicación de las normas extranjeras. Estas consecuencias surgen actualmente de los artículos 12 y 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación. Antes de la Ley 26994, resultaban de los artículos 14 y 21 del Código Civil derogado. La continuidad de tales normas indica la trascendencia e importancia del orden público en el Estado de derecho argentino.

6 La expresión corresponde a Abelardo Torré (1965).

7 Borda (1999) negaba el efecto de la inaplicabilidad del derecho extranjero frente a las leyes de orden público. Refiriéndose al Código Civil derogado, decía que “ninguna disposición del Código Civil habla de ley de orden público con relación a esta materia” (p. 43). Debido a que hoy el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó el artículo 2600, se puede decir, con todo respeto, que el Dr. Guillermo Borda afirmaría la existencia de este efecto por derivarse directa y claramente de un artículo del Código de fondo.

La Ley 26659 implica una limitación a la autonomía de la voluntad por un motivo de interés superior de orden público. Este interés superior es la política de Estado, cuyo objetivo es la recuperación de la soberanía efectiva sobre las islas Malvinas y demás espacios marítimos e insulares del Mar Atlántico Sur. Ello ha sido incorporado como mandato constitucional en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional. Esta norma constitucional impone condiciones en cuanto a los modos de lograr la plena soberanía argentina sobre los territorios en disputa. Tales son: la aplicación del derecho internacional, el respeto a los intereses y modo de vida isleño, el cumplimiento del paradigma de la paz y el ejercicio pleno de la soberanía. Estas condiciones constitucionales deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de la Ley 26659 en consideración a la mayor jerarquía de aquellas.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 del Poder Ejecutivo Nacional, rechazado por el Senado de la Nación el 14 de marzo de 2023, pretendió realizar una amplia reforma legislativa para propiciar la libertad de mercado retrayendo la intervención estatal.⁸ Sin embargo, no modificó la ley bajo análisis. Como es cierto que el orden público “varía en razón del tiempo y del espacio pues las ideas dominantes de una sociedad se transforman incesantemente” (Torré, 1965, p. 458), aquello puede ser interpretado como la voluntad de gobierno de mantener, a través de la Ley 26659, una política de Estado constante, consecuyente y regular en relación a la Cuestión de las islas Malvinas.

No cabe dudar del carácter de orden público de la Ley 26659. Esta consideración será una constante en la aplicación e interpretación de la ley en relación con contratos (arts. 958, 1004 y 1014 del Código Civil y Comercial), y otros actos jurídicos (arts. 279 y 386 del Código Civil y Comercial), incluyendo los casos de aplicación del derecho extranjero (art. 2600 del Código Civil y Comercial).

9. Objetivos de la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina no previstos en la norma, pero implícitos.

La cuestión ambiental

Dado que la norma establece condiciones, es decir, requisitos, y teniendo en cuenta el sistema jurídico nacional de protección ambiental y el alto impacto que la actividad hidrocarburífera en el mar supone para los ecosistemas marinos y costeros (Berardi y Cherini, 2021, p. 2), el análisis de la Ley 26659 no puede considerarse completo sin la consideración ambiental.

8 En esta idea abrogó el Decreto 1060/2000 sobre plazos máximos de duración para los contratos de abastecimiento exclusivo de combustibles.

En efecto, el artículo 1 de la ley establece que la exploración y explotación de hidrocarburos “sólo podrán realizarse observando las condiciones establecidas por la presente ley”, a lo que agrega: pero no solo cumpliendo las condiciones de la ley, sino también “las leyes y los reglamentos vigentes”, entre las que se encuentran las normas de orden ambiental.

La Ley 26659 no regula expresamente las condiciones de protección del ambiente. Ello obedece, quizás, a que el debate parlamentario centró el objeto de la norma en la defensa de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás áreas marítimas e insulares en disputa de soberanía y en la protección de los recursos hidrocarburíferos, como patrimonio del Estado, existentes en la Plataforma Continental Argentina.

Dado que la ley analizada debe entenderse como parte del subsistema de leyes que regulan la exploración y explotación de hidrocarburos, hay que considerar que existe una norma en ese subsistema que ordena cubrir el aspecto ambiental: el artículo 23 de la Ley 27007. Esta norma dispone que el Estado nacional y los Estados provinciales propenderán la sanción de una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para la exploración y explotación de hidrocarburos, conforme con el artículo 41 de la Constitución Nacional y con el artículo 6 de la Ley 25675. La norma es innecesaria, dado que ordena sancionar aquello que ya está ordenado por la Constitución Nacional, artículo 41 y la Ley 25676 (Ley General del Ambiente). La Ley 27007 no debía recordar lo ya normado, sino legislar en consecuencia al mandato constitucional y a las normas internacionales vinculantes de protección ambiental.

Se comparte la afirmación de Siano (2016) según la cual aquel artículo 23 no es una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental de acuerdo al artículo 41 de la Constitución Nacional. Ello es así debido a: 1) su insuficiente extensión, que no alcanza a regular ni en un “umbral mínimo” la protección ambiental de la industria del petróleo y el gas, según exige el paradigma del desarrollo sustentable del artículo 41 de la Constitución Nacional; 2) su carácter meramente programático, dado que solo dispone que una norma de presupuestos mínimos sea dictada (utiliza expresiones como “propenderán al establecimiento de una legislación...”; “tendrá como objetivo prioritario...”, etc.); y 3) el hecho de no cumplir con los recaudos del artículo 6° de la Ley 26675 y las disposiciones del COFEMA sobre normas de presupuestos mínimos. Además, en vista de las doce leyes de presupuestos mínimos dictadas hasta ahora, difícilmente podría considerarse al artículo 23 de la Ley 27007 como una norma de esta índole. En conclusión, todo ello parece indicar que una norma de pre-

supuestos mínimos de protección ambiental para la actividad de exploración, explotación, conducción, refinamiento y comercialización de hidrocarburos en el mar o en tierra está aún pendiente de discusión por parte de la sociedad argentina y de debate y sanción por parte del Congreso de la Nación.

No obstante tal la situación de anomia, el subsistema de leyes ambientales de nuestro país otorga cobertura jurídica ambiental en todas las etapas de producción de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina a través del artículo 41 de la Constitución Nacional, de la Ley 25675 Y del “Acuerdo de Escazú”, entre otras. Ello coincide con los actuales paradigmas internacionales de protección ambiental que han sido fuente de normas y principios jurídicos para la protección de los ecosistemas y las medidas de amortiguación de los daños ambientales. En este sentido, Díaz (2008) ha expresado que “hoy en día el paradigma ambiental hegemónico es el del desarrollo sustentable” (p. 28). La misma autora explica que el paradigma del desarrollo sustentable se erige en tres postulados fundamentales: la equidad social, el crecimiento económico y la sustentabilidad ambiental, y agrega: “solo es posible alcanzar un desarrollo con sustentabilidad cuando se persiguen estos tres objetivos al mismo tiempo” (p. 28).

Tomando como base lo anterior, se puede afirmar que la aplicación integral de la Ley 26659 debe apuntar al cumplimiento de cuatro objetivos: proporcionar riquezas para el Estado, mejorar la calidad de vida de la población, proteger el ambiente marino y costero y resguardar la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás espacios marítimo e insulares en disputa. Estos objetivos se desprenden del paradigma del desarrollo sustentable contenido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, en la Ley 25675, artículo 1° y en el Acuerdo de Escazú, artículo 1° y artículo 3°, inciso i) (principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales), entre otras normas. También, de un modo indirecto, en el artículo 69 incisos a) y f) de la Ley 17319. Además, en cuanto a la cuestión de soberanía, en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional argentina y en el espíritu de la ley.

Debe mencionarse una limitación especial por motivos de protección ambiental de espacios marinos como parte de las condiciones ambientales no escritas de la Ley 26659. Se trata del Área Marina Protegida “Namuncurá/Banco Burdwood”, ubicado al sur de las islas Malvinas, con una superficie de 32336,3 km², la cual ha merecido una protección particular mediante las leyes 26875 y 27490. La primera divide el espacio protegido en tres zonas: “núcleo”, “de amortiguación” y “de transición”. En cada una se establecen las actividades científicas o económicas permitidas, resultando así una limitación a la ac-

tividad hidrocarburífera. La Ley 27490 creó el Área Marina Protegida “Yaganes”, ubicada al sur de la provincia de Tierra del Fuego, con una extensión de 68834,31 km².

La cuestión ambiental de la industria hidrocarburífera plantea tensiones jurídicas entre el logro de dos paradigmas: la soberanía energética y el desarrollo sustentable. En ocasión de los planteos judiciales al proyecto “Campaña de Adquisición sísmica *offshore* argentina: Cuenca Argentina Norte (Áreas CAN 108, CAN 100 y CAN 114)” Tito (2023) se posicionó en dicha tensión opinando que

se espera que el desarrollo del complejo hidrocarburífero, pueda contribuir no sólo a la transición energética sino también a aumentar los niveles de exportación a la región, contribuyendo a mejorar la performance de la economía argentina con generación de divisas y reduciendo la vulnerabilidad externa. (p. 1)

En tesis diversa, según informa el sitio web Cronista Comercial (2023), algunas organizaciones como Greenpeace Argentina, Fundación Patagonia Natural y Asociación de Abogados Ambientalistas, entre otras, llevaron el asunto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante recurso extraordinario, que fue desestimado (Empresas de EE. UU. celebraron, 2023).

Esta tensión jurídica no está ausente en la interpretación de la Ley 26659 y debe resolverse teniendo en vista el logro de los cuatro objetivos planteados.

10. Reglamentación

El artículo 12 de la Ley 26659 determina que “el Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación de la presente ley en un plazo máximo de SESENTA (60) días desde su publicación en el Boletín Oficial”. El cumplimiento de tal deber, conforme con el artículo 99, inciso 2 de la Constitución Nacional, se realizó mediante las resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación 74/2020 (modificatoria de la Disposición 337/2019 de la Subsecretaría de Hidrocarburos) y 385/2021 (abrogatoria de la Resolución 29/2010 de la Secretaría de Energía de la Nación). El decreto reglamentario de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo de la Nación aún no ha sido emitido.

Cabe preguntarse si la actual reglamentación es suficiente. Al respecto, debe expresarse que, por ejemplo, el Poder Ejecutivo Nacional no ha reglamentado el registro del artículo 4 en el cual se ordena incardinar a las personas inhabilitadas (sin perjuicio de los respectivos registros provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires). Existen aspectos a reglamentar como la posibilidad de solicitar

la exclusión del registro o el cambio de persona jurídica bajo las mismas personas físicas para eludir sanciones. Tampoco está reglamentado el modo de realizar la nómina de empresas sancionadas que dispone el artículo 6. Según información brindada por la Secretaría de Energía de la Nación, esta nómina es confeccionada en conjunto entre esa repartición de la Secretaría de Malvinas, Antártida y Política Oceánica, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Acerca de la obligatoriedad de reglamentar las leyes de la nación Nolzco (2022) expresa que

en nuestro diseño constitucional de separación de poderes con frenos y contrapesos, la falta de reglamentación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión, donde el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino también el deber controlar dicha omisión. (p. 827)

En el caso particular no se trataría de ausencia de reglamentación, sino de reglamentación insuficiente. Si la insuficiencia de reglamentación obsta al eficaz cumplimiento del objeto de la norma, sería posible considerar esa falencia como defecto de inconstitucionalidad.

Aunque la solicitud de información realizada ante la Secretaría de Energía (marzo de 2024) fue respondida rápidamente y se brindó toda la información solicitada, es notorio el faltante de medios de información de acceso abierto, tal como un sitio web o una sección de biblioteca de consulta pública. Este paso en la publicidad de la información generada a partir de la Ley 26659 posibilitaría la aplicación de los principios de transparencia y máxima divulgación, de máximo acceso y de apertura contenidos en la Ley 27275 (Ley de acceso a la información pública). La sola publicación en el Boletín Oficial de la Nación no satisface los principios de la ley mencionada.

La recuperación de la soberanía efectiva de la República Argentina sobre los archipiélagos del Atlántico Sur es una construcción colectiva que precisa de acción ciudadana comprometida y responsable. De ahí deriva la importancia de acceder a la información pública del caso. Como señalan Pérez et al. (2019),

el acceso a la información pública brinda (...) la posibilidad de contar con elementos suficientes para ejercer el necesario control sobre los actos de gobierno y participar activamente de los procesos de toma de decisiones, proteger el ejercicio de otros Derechos y prevenir abusos por parte del Estado como la corrupción y el autoritarismo. (p. 13)

Finalmente, puede agregarse, siguiendo a Bidart Campos (2001), que “conforme a la jurisprudencia de la Corte las normas reglamentarias, si bien subordinadas a la ley, la completan regulando los detalles indispensables para asegurar no solo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador” (p. 242). Aparece entonces como imprescindible reglamentar estos aspectos de la ley que permitan cumplir eficazmente su objeto.

10.1 Resolución 70/2020

La Resolución 70/2020 se fundó en la necesidad de adaptar los requisitos para el Registro de Empresas Petroleras a las exigencias de la Ley 26659, según se consigna en el considerando séptimo. Además, en que

la Disposición N° 337/19 de la ex Subsecretaría de Hidrocarburos y Combustibles contempla condiciones más restrictivas que las previstas en la Ley N° 26.659 en cuanto imposibilita la inscripción o sanciona a aquellas empresas cuya vinculación o participación con el desarrollo de actividades hidrocarburíferas en las referidas condiciones de ilegalidad, no sólo sea actual, sino que también alcanza a las que se hayan concretado en el pasado. (Considerando sexto)

Así, la resolución modificó las condiciones para el Registro de Empresas Petroleras, sección Productoras, contenidas en el Anexo I, artículo 18.1 y 18.2 de la Disposición 337/2019, del siguiente modo:

18.1. Se prohíbe la inscripción en el Registro de Empresas Petroleras, Sección Productoras, de aquellas empresas que, en forma directa o indirecta, fueran titulares, accionistas o contratistas de, o mantengan una relación de beneficio con:

- a) Empresas que desarrollen actividades de exploración, explotación o transporte de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina, sin haber obtenido la autorización correspondiente emitida por autoridad competente argentina.
- b) Empresas que presten servicios hidrocarburíferos a las indicadas en el inciso anterior.

Las empresas que, al momento de solicitar su inscripción en el citado registro, hubieran mantenido en el pasado algún tipo de vínculo o participación en dichas actividades o servicios hidrocarburíferos, en los términos que se describen en el presente Punto 18.1, deberán informar de manera fehaciente a la Autoridad de Aplicación, con carácter de declaración jurada, sobre la inexistencia actual de tales vínculos y su voluntad irrevocable de sujetarse a las previsiones de la presente disposición.

La Autoridad de Aplicación podrá requerir al interesado la información y do-

cumentación complementaria que estimara necesaria a fin de corroborar dicha situación, como asimismo recabar toda aquella que pudiera obrar en otros organismos o entidades, a los mismos fines.

18.2. Se prohíbe a las empresas titulares de permisos de exploración o concesiones de explotación o de transporte de hidrocarburos, otorgados por autoridad competente argentina, sus empresas controlantes, controladas y sus accionistas, así como aquellas con las que mantengan una relación de beneficio:

a) Tener participación directa o indirecta en actividades de exploración, explotación o transporte de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina que no hayan sido autorizadas por autoridad competente argentina, o en empresas que presten servicios hidrocarburíferos en beneficio de dichas actividades.

b) Prestar apoyo comercial, logístico o técnico a empresas que realicen las actividades o que presten los servicios a que se refiere el inciso anterior.

c) Contratar, efectuar transacciones o actos de comercio u operaciones económicas, financieras, logísticas, técnicas, de consultoría y/o asesoría, con terceros, para el desarrollo de actividades de exploración, explotación o transporte de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina que no hayan sido autorizadas por la autoridad competente argentina.

En el caso que se verifique el incumplimiento de lo dispuesto el presente Punto 18.2, y sin perjuicio de las demás acciones administrativas y judiciales que correspondan, la Autoridad de Aplicación promoverá ante la Autoridad Concedente, la caducidad de los permisos y concesiones de que se trate, de conformidad con lo que dispone la última parte del Artículo 3º de la Ley Nº 26.659 y su modificatoria.

10.2 Resolución 385/2021

La Resolución 385/2021 reglamenta las condiciones para el ingreso al Registro Nacional de Empresas Transportistas de Hidrocarburos Líquidos por Ductos a través de Terminales Marítimas, creado mediante el Decreto 5906/1967. Fue motivada en la necesidad de obtener información acerca de la conformación accionaria de las empresas, sus controlantes y controladas a fin de conocer y vigilar la existencia de personas jurídicas inhabilitadas por la autoridad competente para la realización de actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental argentina (considerando séptimo).

Para lograrlo, el artículo 5, inciso b) establece que las empresas inscriptas en el registro deberán acreditar a modo de declaración jurada el cumplimiento de las normas prohibitivas de la Ley 26659, según el formulario del Anexo II.

11. La Ley 26659 en el marco del Mercosur

La Cuestión de las islas Malvinas es un tema presente en el ámbito del Mercosur. Por ello, corresponde analizar la incidencia del bloque mercosureño en la aplicación de la norma en análisis. El bloque regional ha brindado apoyo político expreso al logro de la plena integridad territorial argentina y a la solución del diferendo de soberanía por medios pacíficos. Se ha estudiado si las prácticas realizadas en el Mercosur en relación con el conflicto de Malvinas también son parte del derecho interno de las relaciones exteriores del Mercosur, es decir, la estructura jurídica creada para encarar las relaciones exteriores de derecho con la comunidad internacional, según la definición de Roldan Barbero (2020 p. 301).

El conflicto de soberanía ha determinado la creación de prácticas internas del Mercosur en su relación con los demás sujetos del derecho internacional, en busca de una solución pacífica al conflicto de soberanía respetando los intereses de la población isleña y la integridad territorial argentina. Tales prácticas se han manifestado, por ejemplo, en la XLII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, (Montevideo, Uruguay, 2011) y en la reunión del 21 de diciembre de 2015 de jefes de Estado del Mercosur en ocasión de operaciones ilegales de exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina, en la que manifestaron la reafirmación del Comunicado Especial sobre explotación hidrocarburífera de la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe (Cancún, Méjico, 2010), ratificando el derecho de la República Argentina a imponer sanciones penales y administrativas. También se reafirmó el compromiso de impedir el arribo de buques con bandera ilegal de islas Malvinas a puertos del bloque.

Si se considera que tales prácticas han derivado en normativa comunitaria, dejaría expedita la competencia al Parlamento del Mercosur, a los Estados parte, sus Superiores Tribunales de Justicia y Tribunales Inferiores para solicitar opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión. Así, la Decisión 02/2007, artículo 4º, inciso “c” (Reglamento del Procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados parte del Mercosur, modificado por las Decisiones 15/2010 y 07/2020) establece que la solicitud de opiniones consultivas debe contener la “indicación precisa de la normativa Mercosur en cuestión”. Pero, además, el artículo dispone otro requisito esencial:

Las opiniones consultivas solicitadas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los

protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones de GMC y de las Directivas del CCM.

Se debe determinar entonces si la práctica comunitaria de reafirmación de los derechos soberanos de Argentina —por ejemplo, la Declaración de Potrero de los Funes (25 de junio de 1996) o la Declaración de Asunción (15 de junio de 1999), por las cuales los Estados parte del Mercosur manifestaron su apoyo expreso a los derechos argentinos sobre las islas australes— pueden ser consideradas “acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción”.

Es deseable una norma expresa de derecho derivado del Mercosur, como ser un protocolo adicional al Tratado de Asunción, con similar contenido a los objetivos de la Ley 26675 o, más precisamente, a la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional argentina, a fin de despejar toda duda acerca de la aplicación de la Decisión CMC 02/2007 en relación a la Cuestión de las islas Malvinas. Para ello, Argentina debería ofrecerse como un socio confiable tanto para fortalecer las relaciones comerciales como para profundizar el proceso de integración, temática que excede el presente trabajo.

En relación con la Decisión 06/2022 del Consejo del Mercado Común (Reglamento del Procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por el Parlamento del Mercosur), pueden hacerse similares consideraciones. El artículo 2° de la norma determina similares requisitos a los establecidos en el artículo 4° de la Decisión CMC 02/2007, agregándose que la petición necesariamente deberá estar vinculada a los temas de competencia del Parlamento del Mercosur. Igualmente, la Acordada 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) impone idénticos requisitos en los artículos 1° y 2°.

Resulta clara la aplicación del Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Parte del Mercosur y los Estados asociados, aprobado por la Ley 24578. Mediante exhortos regulados por los artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y siguientes, sería posible solicitar cooperación en relación con las medidas no penales realizadas en ejecución de la Ley 26659. La asistencia jurisdiccional, regulada por el Protocolo, se extiende a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales (artículo 1°).

12. El “Comunicado Conjunto Foradori-Duncan” entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña

El 13 de septiembre de 2016, la Cancillería argentina publicó mediante la Información para la prensa N° 304/16 el llamado “Comunicado Conjunto Foradori-Duncan” por el funcionario de la Cancillería argentina, Carlos Foradori, y el del Foreign Office británico, Allan Duncan. Su intención fue llevar adelante una serie de medidas bilaterales entre nuestro país y el Reino Unido de Gran Bretaña relacionadas con inversiones, cooperación económica y política, intercambio cultural y cooperación humanitaria, entre otras.

En lo que importa a la comprensión de la Ley 26659, mediante el Comunicado Conjunto

se acordó adoptar las medidas apropiadas para remover todos los obstáculos que limitan el crecimiento económico y el desarrollo sustentable de las islas Malvinas, incluyendo comercio, pesca, navegación e “hidrocarburos”. Ambas Partes enfatizaron los beneficios de la cooperación y de un compromiso positivo de todos los involucrados.

Los obstáculos a los que refiere el Comunicado Conjunto son, entre otros, los de orden legal que, como la Ley 26659, imponen sanciones a empresas que operan ilegítimamente, es decir, sin autorización del Gobierno argentino en la Plataforma Continental Argentina.

Pese a que este acuerdo bilateral no tuvo entrada en el Congreso de la Nación según el trámite constitucional de rigor y que es este el procedimiento deseable por su mayor compatibilidad con el sistema democrático y el paradigma del Estado de derecho, no debe descartarse su naturaleza de tratado internacional, nacido mediante un trámite simplificado. De ahí que el Gobierno argentino discernió la necesidad de comunicar formalmente su intención a la contraparte de darlo por finalizado en fecha 2 de marzo de 2023. Su naturaleza de tratado se deriva del artículo 2, inciso 1, a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ello incorpora el problema de su jerarquía: según el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, los tratados y los Concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes.

Las intenciones manifestadas por las partes en el Comunicado Conjunto implicaban en los hechos incumplir la Ley 26659. Según informó el sitio web notitdf.com.ar (2022),

lo firmado por Foradori en 2016 y refrendado por la entonces canciller Susana Malcorra, y el propio Macri implicaba en los hechos la derogación de las leyes argentinas que aplicaban sanciones (económicas) a las empresas que actúan ilegalmente en Malvinas autorizadas por el gobierno británico en las actividades hidrocarburíferas y pesqueras.

Acercas de la constitucionalidad del Comunicado Conjunto, se debe destacar que la Ley 26659 encuentra su base jurídica en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional, es decir, una norma que establece un principio de derecho público constitucional, en el sentido del artículo 27 de la Constitución.

13. Algunas características de la ley

Se puede decir que la Ley 26659:

- pertenece al subsistema de normas que conforman el régimen de exploración y explotación de hidrocarburos;
- es una ley de orden público;
- su objeto es la defensa de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur y la protección de los recursos naturales hidrocarburíferos presentes en la Plataforma Continental Argentina;
- entre las condiciones de exploración y explotación de la ley no figuran las de tipo ambiental;
- su reglamentación, aún insuficiente, no ha derivado directamente del Poder Ejecutivo Nacional sino de sus Secretarías.

14. Conclusiones

La Ley 26659 es un importante instrumento jurídico para la reafirmación de la soberanía argentina en la Plataforma Continental Argentina.

La norma se ha aplicado efectivamente, imponiendo sanciones administrativas, con niveles altos desde su sanción hasta el año 2015, con un solo caso registrado en 2022.

Las sanciones administrativas y los tipos penales tienen por finalidad tanto la protección de los recursos hidrocarburíferos como la reafirmación y defensa de la soberanía argentina sobre los territorios marítimos e insulares en disputa.

La norma incluye condiciones referidas a la protección ambiental, las cuales

deben buscarse en el sistema de leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y los tratados de protección ambiental en los que la nación Argentina sea parte.

La incidencia de la norma en el ámbito Mercosur es de interpretación restrictiva hasta que el bloque dicte una norma de derecho derivado con un contenido similar, como por ejemplo una decisión del Consejo del Mercado Común o un protocolo anexo al Tratado de Asunción.

Bibliografía

- Berardi, L. y Cherini, O. (2021). Malvinas: un caso relevante para el análisis de los hidrocarburos y la cuestión ambiental. *Nueva Serie Documentos de Trabajo*, (24). <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15892>
- Bidart Campos, G. (2001). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo III). EDIAR.
- Borda, G. (1999). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot.
- Borinsky, M. H., Galván, J. P., López Biscayart, J., Turano, P. N. (2012). *Régimen Penal Tributario y Previsional. Ley 24.769 con las reformas de la ley 26.735*. Rubinzal-Culzoni.
- Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo* (8ª ed., Tomo II). Abeledo Perrot.
- Comadira, J. C. (2007). *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. La Ley.
- Díaz, M. V. (2008). *Política Ambiental en Argentina. Un acercamiento a su génesis y devenir en las últimas tres décadas*. Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan.
- El acuerdo Foradori-Duncan solo reflejó el “interés británico” por Malvinas*. (29 de abril de 2022). Notitdf. <https://www.notitdf.com/el-acuerdo-foradori-duncan-solo-reflejo-el-interes-britanico-por-malvinas/>.
- Empresas de EE.UU. celebraron el fallo de la Corte a favor de la exploración offshore en Mar del Plata*. (3 de noviembre de 2023). El Cronista. <https://www.cronista.com/economia-politica/exploracion-petrolera-en-mar-del-plata-la-corte-rechazo-planteos-de-ambientalistas-y-avalo-los-trabajos-offshore/>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (2016). *Información para la Prensa N° 304/16*.
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (s.f.). *Mercosur*. <https://ealem.cancilleria.gob.ar/es/node/3695#:~:text=El%2025%20de%20junio%20de,-Sur%20y%20los%20espacios%20mar%C3%ADtimos>.
- Nolazco, M. (2022). Inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Análisis del fallo de la Corte Suprema en Etcheverry y propuesta de ley sobre la reglamentación de las leyes. *Revista Jurídica Austral*, 3(2), 819-846. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.nol>.
- Novoa, M. y Novoa, M. (1998). *Manual de Derecho Minero*. Abeledo Perrot.

- Pérez, A., Schreiber, B. y Araujo, M. F. (2019). *Ley de Acceso a la Información Pública: ley 27.275*. Eudeba.
- Roldan Barbero, J. (2020). Derecho Español de las Relaciones Exteriores: un tertium genus? *Revista Española de Derecho Internacional*, 72(2).
- Sánchez, A. (1996). *El sumario administrativo en la Provincia de San Juan*. Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan.
- Siano, J. M. (2016). ¿Es el artículo 23 de la ley 27.007 una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental de acuerdo al artículo 41 de la Constitución Nacional? *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, (10), 1-29.
- Tito, V. (2023). *Novedades alentadoras en el Off Shore Argentino*. Abogados.com.ar. https://abogados.com.ar/novedades-alentadoras-en-el-off-shore-argentino/31982#_ftn4.
- Tobias, J. (2018). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Tomo I). La Ley.
- Torré, A. (1965). *Introducción al Derecho*. Editorial Perrot.

