



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

Santa María de los Buenos Aires
FACULTAD DE DERECHO

EL DEBER DE ADECUAR LA NORMATIVA INTERNA

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA IMPERFECTOS

El valor del silencio del Congreso ante un DNU.

La nulidad absoluta e insanable en el art. 99.3 CN.

Control de convencionalidad conforme OP 06/86 Corte IDH.

Doctorado en Ciencias Jurídicas

Doctorando: CARLOS MIGUEL FIGUEROA VICARIO

Director: Dr. CLAUDIO SANTAGATI

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021

“Obedeced, señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay patria, no hay verdadera libertad: existen sólo pasiones, desorden, anarquía, disolución, guerra y males de que Dios libre eternamente a la República Argentina”.

Fray Mamerto Esquiú

ACRÓNIMOS, ABREVIATURAS Y SIGLAS

DNU	-----	Decretos de Necesidad y Urgencia.
CIDH	-----	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	-----	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CADH	-----	Convención Americana de Derechos Humanos
CN	-----	Constitución Nacional Argentina
CE	-----	Constitución Española
CSJN	-----	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
TCE	-----	Tribunal Constitucional Español
CC	-----	Código Civil Argentino
CCyC	-----	Código Civil y Comercial Argentino
CPCCN	-----	Código Procesal Civil y Comercial Nacional
PEN	-----	Poder Ejecutivo Nacional
BO	-----	Boletín Oficial
OC	-----	Opinión Consultiva de la Corte Interamericana

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA CIENTÍFICO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA TEMÁTICA	5
I. a. – Definición del Objeto Científico.....	5
I. b. – Estado de la Cuestión que se ha de Abordar	8
I. c. – Los Objetivos de la Investigación.....	10
II.- ENUNCIADO DE LA HIPÓTESIS	10
III.- MÉTODO	11

CAPITULO I

1. EL VALOR DEL SILENCIO	13
1.A.- El Silencio es Inexpresión - En el Derecho Privado y en el Derecho Administrativo	13
1.B. - El Silencio en el Ámbito del Derecho Civil.	14
1.C. – El Silencio en el Ambito de la Constitución.....	21
1.D.- El Silencio en Particular en el Derecho Administrativo	24
1.E. - Breve Análisis Comparativo	35
2. EL SILENCIO DEL CONGRESO ANTE UN DNU.....	39
2.A.- Presentación y Relevancia del Problema. -	39
2.B.- Justificación del Estudio de los DNU en el Ámbito Provincial. -	39
2.C.- Marco Teórico. -.....	40
2.D.- Los DNU en Nuestro Sistema. -	43
2.E.- División de Funciones Atribuidas a los Poderes del Estado. -.....	45
2.F.- La Cuestión del Silencio Frente al Dictado de un DNU. -	50
2.G.- El Art. 82 CN no se refiere a Ratificaciones Legislativas de Actos de otros Órganos.	69
2.H.- La Normativa en el Ámbito del Comparado y Nacional. -	74
i) Normativa, Doctrina y Jurisprudencia comparada. -	75
2.I- Los DNU en las Provincias Argentinas. - en relación al Silencio.	91
i) El Silencio como Rechazo	91
ii) El Silencio como Tacita Aprobación	92
2. J.- La Jurisprudencia Nacional. -	93
3. ANALISIS FINAL DEL VALOR DEL SILENCIO LEGISLATIVO ANTE UN DNU.-	110

4 . ATENUAR EL PRESIDENCIALISMO COMO PROPÓSITO DE LA REFORMA	112
5.- LA MOTIVACIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA	118
5.A- La Motivación en los Fallos de la Corte IDH.....	120
5.B- Jurisprudencia Nacional en torno a la Motivación.-	122
5.C- Jurisprudencia Española en la Motivación de los DNU	125
5.D- Las razones de su Dictado expresadas en el Decreto.-	126
6. LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE UN DNU	131

CAPITULO II

1. LA NULIDAD ABSOLUTA E INSANABLE	137
DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA EN MATERIA PROHIBIDA	137
1.A.- Nulidades en el Nuevo Código Civil y Comercial.....	139
i) Fuentes del CC	140
ii) Nulidades en el CC.	142
iii) La Nulidad en el CC y C (LEY 26.994). -	149
iv) Orden Público	152
1.B.- Nulidades en el Derecho Administrativo	155
i) El Caso “GANADERA LOS LAGOS”	156
ii) La Gravedad del Vicio en los Elementos Esenciales del Acto	158
iii) El Acto es Nulo cuando allana Disposiciones Constitucionales	164
iv) Consecuencias de que el Acto sea Nulo o Anulable	166
v) La Competencia Material, sus Vicios y la Nulidad Absoluta.-	167
1.C.- Consecuencias de la Nulidad Absoluta del DNU en Materia Prohibida. Sus Efectos en Relación a la Presunción de Legitimidad como Fundamento de la Obediencia.-	171
i) Los actos Administrativos con Manifiesta Ilegitimidad	178
ii) Presunción de Inconstitucionalidad	182
a. Normativa con categorías sospechosas.....	182
b. Restricción a la libertad de expresión.....	186
c. Los DNU en Materias Prohibidas	188
2. ANALISIS FINAL DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE UN DNU EN MATERIA PROHIBIDA Y SU CONSECUENCIA RESPECTO DEL DEBER DE OBEDIENCIA.....	193

CAPITULO III

1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	203
1.- Control de Convencionalidad Externo e Interno – Sus Orígenes.....	203
1.A.- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica – 1969). -	205
i) Fuente Normativa - El art. 2 de la CADH como fuente normativa del compromiso de los Estados de dictar normas compatibles con la Convención – El deber de adecuación del derecho interno.....	205
ii) Conceptualización del Control de Convencionalidad.....	208
1.B.- Control de Convencionalidad Consultivo (ART. 64 DE LA CADH). -	211
i) Control Consultivo de Compatibilidad a cargo de la Comisión (Art. 41 y 42 de la CADH). OC N° 13/93 y OC N° 14/94	213
ii) Control de Compatibilidad a cargo de la Corte IDH En su Faz Consultiva y Contenciosa. (OC N° 14/94).....	215
1.C.- Control Contencioso de Convencionalidad Concentrado y Difuso (en sede Internacional y en sede Interna). -	216
1.D.- Control Judicial de Convencionalidad Externo. -	218
i) Aportes del Juez Dr. Cançado Trindade (Años 1996/1997) para el origen del Control de Convencionalidad Externo (a cargo de la Corte IDH).....	218
ii) Origen del Control Judicial de Convencionalidad Externo (a cargo de la Corte IDH). Caso Las Palmeras vs Colombia (Año 2000)	224
1.E.- Control Judicial de Convencionalidad Interno.-	226
i) Aportes del Juez Dr. Sergio García Ramírez (Año 2002/2003) para el Origen del Control Judicial de Convencionalidad Interno (a cargo de los Estados Signatarios).-	226
ii) Origen del Control Judicial de Convencionalidad Interno (a cargo de los Estados Parte en la Convención Americana). Caso Almonacid Arellano vs. Chile (Año 2006)	228
2.- EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH	231
2.A.- OC N°06/86 de la Corte IDH. -	235
2.B.- Fuerza vinculante de la Opinión Consultiva 06/86. -	243
2.C.- Inconvencionalidad por Omisión. -	247
3.- ANÁLISIS FINAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE UN DNU A PARTIR DE LA OPINION CONSULTIVA 06/86 Corte IDH.....	253

CONCLUSIÓN FINAL

REFLEXIÓN	259
APÉNDICE.....	265
1.- NORMATIVAS:	265
2.- JURISPRUDENCIA:.....	265
3.- OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH.	268
4.- SENTENCIAS DE LA CORTE IDH	268
BIBLIOGRAFÍA.....	270

INTRODUCCIÓN

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA CIENTÍFICO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA TEMÁTICA

I. a. – Definición del Objeto Científico

A fin de iniciar una descripción del marco teórico, habré de investigar respecto de la validez de la normativa legal que a modo de DNU nace por dictado del Poder Ejecutivo, en la particular situación de que ese DNU no haya sido expresamente ratificado por el Poder Legislativo. -

La importancia de la temática, se patentiza en razón de que a diario nos damos con este tipo de instrumentos autorizados por la normativa constitucional, aunque me permito reflexionar si analizados bajo la lupa del control de convencionalidad, superan dicho control.-

Para aproximarme a la temática, destaco que en nuestro sistema jurídico constitucional el Poder Ejecutivo administra, el Poder Judicial juzga y el Poder Legislativo legisla y en consecuencia si efectuáramos una atribución de competencias de modo exclusivo a los poderes del Estado, concluiríamos en que, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial legislan. -

Aunque ello dista de la realidad de nuestro derecho en la actualidad, donde observamos el dictado de normativas tanto por parte del Poder Judicial como por parte del Poder Ejecutivo, porque se admite que la distribución de competencias no es exclusiva, sino que se realiza con rasgos de preponderancia, de lo que surge que los poderes cumplen preponderantemente la función principal pero que de modo residual también se ocupan de las demás competencias. -

En cuanto al Poder Ejecutivo, dicta normas a través de cuatro modalidades, a saber: Decretos Autónomos, en el ámbito de la reserva de la administración; Decretos Delegados, previa autorización legislativa por ley formal; Decretos de Ejecución, dictados para precisar los detalles en la aplicación de una Ley y por último los DNU dictados por el Poder Ejecutivo mediando circunstancias excepcionales que impidan seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes. -

No habré de incluir en la investigación a la normativa que emana del Poder Judicial, el que, bajo el formato de acordadas, establece normas generales de carácter obligatorio, tal a modo de ejemplo la acordada N°04/07, dictada por la CSJN, regulatoria de las formalidades del Recurso Extraordinario Federal.

Tampoco incluirá esta investigación a los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, bajo el formato de Decretos Autónomos, Decretos de Ejecución y Decretos Delegados, puesto que me circunscribiré a los DNU, y en particular a un grupo de ello identificados como imperfectos por carecer de ratificación del Poder Legislativo. -

Una vez dictado un DNU, siguiendo a Mario Midón¹, llamamos DNU perfectos a los que han recibido ratificación legislativa y DNU Imperfectos a los que no han recibido ratificación legislativa, no porque los hubiera rechazado el Poder Legislativo sino porque no los ha tratado expresamente el Poder Legislativo.-

Estos DNU imperfectos conformaran la materia de investigación a la que refiere el presente plan de trabajo, instrumentos cuyo dictado autoriza nuestra CN, y algunas de las Constituciones Provinciales, aunque forma parte de nuestra realidad institucional que incluso en las provincias que no lo contemplan, sus Poderes Ejecutivos proceden al dictado de estos DNU.-

Ahora bien, esta realidad de los dictados de DNU nos muestra que dictado el mismo y comunicado al Poder Legislativo, en algunos ordenamientos ocurre como en el régimen nacional (art. 99 inc. 3 CN - Ley 26.122 art. 22 y 24) que no hay un plazo para que se expida el Poder Legislativo lo que permite la vigencia sine die de tal DNU sin ratificación, y ocurre en algunas provincias (Chubut al igual que Ciudad Autónoma de Buenos Aires) que transcurridos 30 días pierden vigencia si no son tratados por el Poder Legislativo, mientras que en otras Provincias (Salta, Tucumán, La Rioja, Rio Negro, San Juan, Catamarca) se ha regulado que el paso de un tiempo determinado sin tratamiento de los DNU importa su conversión en ley, es decir adquieren firmeza aún sin haber sido tratado expresamente por el Poder Legislativo, con el solo paso del tiempo.-

¹ Midón, M., *Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y en los ordenamientos provinciales*. Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 229.

Es decir que nuestro Derecho Interno autoriza la existencia de un DNU que lógicamente podría ser restrictivo de los derechos y libertades de los ciudadanos, el cual logra vigencia aún sin expreso tratamiento por parte del Poder Legislativo, sea porque mantiene vigencia sine die mientras no sea rechazado por el Poder Legislativo (régimen nacional) o sea que se considere aprobado por el mero transcurso del tiempo por imperio de la norma constitucional provincial que así lo establece.-

Ahora bien, ocurre que al reformarse la CN en el año 1994 se otorgó Jerarquía Constitucional a una serie de tratados (art. 75 inc. 22 CN) de Derechos Humanos entre ellos, la CADH, llamada Pacto de San José de Costa Rica cuyo art. 30 establece que las restricciones a los derechos sólo pueden concretarse por ley, interpretando ley en sentido formal que por OC N° 06/86 de la Corte IDH queda restringida a ley formal emanada del Poder Legislativo con la sola excepción de los Decreto Delegados, esto es, los dictados por el Poder Ejecutivo previa autorización legislativa expresa.-

La exigencia de la Corte IDH de ley formal se asienta en la circunstancia de que el Poder Legislativo es un órgano plural donde se hallan presentes tanto los representantes de la mayoría como los de las minorías políticas en el Poder Legislativo. Así, los representantes ante el tratamiento expreso de los DNU pueden plantear sus observaciones, sus disidencias, presentar proyectos alternativos, y además de que por aquel principio de “luz y taquígrafos” la prensa difunde lo debatido y la sociedad en general se involucra y discute también la problemática. Ello no ocurre en el dictado de un DNU que es elaborado en el silencio y soledad de los despachos ministeriales del Poder Ejecutivo sin debate, discusión ni contradicción con quienes por pensar de otro modo pueden enriquecer el proyecto o incluso sugerir y fundar su rechazo. -

Consecuentemente, el Pacto de San José de Costa Rica sólo habilita al Poder Legislativo para el ejercicio del Poder normativo negándole por ende tal competencia al Poder Ejecutivo por las razones antes analizadas. -

De modo que los DNU por principio no estarían habilitados para concretar restricciones a los Derechos Humanos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica, salvo aquellos DNU llamados perfectos, que han obtenido ratificación legislativa, o en su

caso, los DNU imperfectos solo durante el breve lapso previsto para que sea tratado por el Poder Legislativo ante la urgencia de la situación que justificó su dictado. -

Entonces, aquellos DNU imperfectos, que hubieren sido convertidos en ley por la sola previsión normativa de Derecho Interno -pero sin haber sido tratados expresamente en el poder legislativo- nos plantea el interrogante jurídico de si tales normas internas y como consecuencias tales DNU y las restricciones que los mismos establezcan, superan el control de convencionalidad. -

Los jueces tienen el deber de verificar tal adecuación controlando si las normas del Derecho Interno se compadecen con las pautas de los Tratados Internacionales, tal como lo ha establecido la Corte IDH a partir del fallo “Almonacid Arellano vs. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” y nuestra CSJN en los casos “Rodríguez Pereyra” y “Codina”, con lo que para el caso de tomar la postura de que los DNU imperfectos no superan el test de convencionalidad, debe así resolverse declarando la inconvencionalidad de la normativa.

Debo señalar como aportación de la investigación, que su importancia radica en que para el supuesto de confirmarse la hipótesis de trabajo, esto es, de llegar a la conclusión científica de que el Pacto de San José de Costa Rica desautoriza la restricción de Derechos por DNU imperfectos será necesario un proceso legislativo de reformas a fin de adecuar la normativa, como asimismo estarían dadas las bases jurídicas para que los jueces en el ejercicio oficioso de tal control de convencionalidad declaren inaplicables por inconvencionalidad a tales DNU dictados por el Poder Ejecutivo carentes de ratificación legislativa. Asimismo, ello significaría que la normativa del Derecho Interno deberá interpretar al silencio -o falta de ratificación- del Poder Legislativo por un tiempo determinado como rechazo del DNU y no como aprobación tácita de dicha medida tal como lo prevén algunas Constituciones Provinciales. -

I. b. – Estado de la Cuestión que se ha de Abordar

La cuestión relativa al control de convencionalidad de los DNU Imperfectos a la luz del art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica, en los alcances de la OC N°06/86, es un

asunto sobre el que no ha incursionado con profundidad la doctrina ni la jurisprudencia argentina, con el enfoque que se pretende en esta investigación. -

Es más, de la doctrina argentina consultada, sólo se ha referido a la temática Mario Midón², señalando la “descalificación de los decretos de necesidad y urgencia en cuanto instrumento válido para restringir derechos” fundado en que la OC N° 06/86 señala que “de manera regular, toda reglamentación impone algún grado de restricción a los derechos, la predica aspira -como mínimo- a la transitoriedad de esa reglamentación de excepción. En otras palabras, no podría reglamentarse en forma definitiva o cuasidefinitiva, como se estila en nuestra praxis, derecho o libertad alguna mediante la figura del art. 99 inc. 3”. -

En la obra mencionada el autor Mario Midón desarrolla el llamado control de convencionalidad, y solo de modo tangencial se refiere a la materia concreta de los DNU por haber señalado el alcance de la OC N° 06/86, con lo que observo que el objeto de estudio de esta investigación, vendrá a cubrir un aspecto que no ha sido abordado suficientemente, al punto que no se conocen desarrollos teóricos de la cuestión, además debo señalar que de confirmarse la hipótesis de que los DNU Imperfectos no superan el control de convencionalidad, se abren una serie de consecuencias jurídicas de importancia en lo político, legislativo e institucional, tanto por el deber de los jueces de declarar la inconvencionalidad de los DNU imperfectos y por ende su inaplicabilidad en la restricción de derecho, como asimismo por la necesidad de revisar la normativa que establece la aprobación tácita o presunta de los DNU al transcurrir un tiempo determinado aún cuando no hubiere recibido tratamiento expreso en el Poder Legislativo.-

En la Jurisprudencia de la CSJN, aunque no se ha expedido el tribunal cimero concretamente en torno a la temática, si lo ha hecho interpretando los alcances de la OC N°06/86 en la causa que se conoce como Sindicato Policial c/ Ministerio de Trabajo³, en particular los votos de los Ministros Maqueda y Rosatti. Si bien dicho antecedente no trata un DNU es importante que algunos miembros de la Corte de Justicia Nacional interpretan que la

² Midón, M., *Control de Convencionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 160-161.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio del Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, Fallo 340:437, 11-04-2017.

OC N° 06/86 establece una limitación convencional a las competencias del Poder Ejecutivo para establecer restricciones a derechos cuando ellos no han sido impuestos por ley formal emanadas del Congreso. –

Así mismo la Corte de Justicia de Tucumán con fecha 14 de Septiembre de 2017 en autos “Iriarte, I. y otras c/Provincia de Tucumán s/Inconstitucionalidad” resolvió declarar la inconstitucionalidad y nulidad absoluta del art. 110 inc. 2 parraf.4 de la Constitución de aquella provincia en cuanto disponía que el DNU adquiriera fuerza de ley vencido el plazo de veinte días hábiles sin que la legislatura se pronunciara.

I. c. – Los Objetivos de la Investigación

OBJETIVOS SECUNDARIOS:

1.- Definir cuál es el valor que debe asignársele al “**silencio**” del Poder Legislativo ante un DNU dictado por el Poder Ejecutivo, y si debe modificarse la normativa.-

2.- Determinar si es correcta la calificación de “**nulidad absoluta**” con la cual el art. 99.3 de la CN sanciona a los DNU, y cuáles las consecuencias de tal caracterización.-

3.- Analizar si el régimen legal de los DNU imperfectos supera el “**control de convencionalidad**” con motivo del dictado de la OC 06/86, y cuáles las condiciones para cumplir tal cometido.

OBJETIVO PRINCIPAL:

Desandar el desarrollo de los objetivos secundarios, en los sucesivos capítulos brindará claridad en el descubrimiento del objetivo principal, referido a analizar la necesidad de adecuar las normas del derecho interno relativas a los DNU imperfectos a los fines de cumplir con las pautas establecidas por la CADH. -

II.- ENUNCIADO DE LA HIPÓTESIS

El tratamiento expreso de los DNU por el Poder Legislativo es condición para superar el control de convencionalidad. Y, por tanto, los DNU imperfectos no superan el test de convencionalidad, debiendo modificarse la normativa que da validez de ley a los DNU por mero transcurso de tiempo aun sin ratificación legislativa. -

III.- MÉTODO

Para probar la hipótesis la investigación se desarrolla en tres secciones claramente definidas, vinculadas con el objetivo principal de la investigación dirigido a determinar si la normativa interna supera al control de convencionalidad, pero en particular relacionada con cada uno de los tres objetivos secundarios que aluden por una parte al “silencio” del Poder Legislativo, por otra a las “nulidades” de los DNU y por ultimo a la OC 06/86 y las pautas que ella establece. -

A – Dado que un DNU imperfecto supone por una parte el dictado de normativa de contenido materialmente legislativo por el Poder Ejecutivo y por otra parte la actitud silente del Poder Legislativo que no aprueba ni rechaza el DNU, el primer capítulo es dedicado a analizar el “silencio” y su valor en el ámbito del derecho civil, administrativo y constitucional para adentrarme luego al estudio del silencio del parlamento ante un DNU, desarrollando los alcances de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia en la materia. -

B – Con motivo de que la normativa constitucional (art. 99.3 Constitución Argentina) refiere a la sanción de nulidad absoluta para el caso en que el Poder Ejecutivo emita disposición de carácter Legislativo, el segundo capítulo abordará la “nulidad” en el ámbito jurídico privado y público para luego desarrollar en particular las implicancias o efectos de la nulidad absoluta y manifiesta de un DNU imperfecto respecto del ciudadano y su deber de obediencia a las órdenes impartidas por la autoridad.

Este último aspecto del deber de obediencia del ciudadano respecto de un DNU será enfocado en relación al dictado de un DNU en materia prohibida por asimilación a los supuestos de actos administrativos con manifiesta ilegitimidad y los casos con normativas de categoría sospechosa en cuyos supuestos cae la “presunción de legitimidad” y puede hablarse de “presunción de inconstitucionalidad”. -

C – Visto que el propósito de la investigación implica un control de convencionalidad de los DNU imperfectos, es decir, los que no han sido ratificados por el Poder Legislativo, el tercer capítulo se vincula con el control de convencionalidad, su desarrollo histórico que permita luego ingresar al control de convencionalidad de los DNU tal como han sido

regulados en la normativa argentina en particular relacionado con el deber de adecuación de la normativa interna a los contenidos de la OC N° 06/86.

Analizaré el texto del Pacto de San José de Costa Rica, conforme la interpretación que ha efectuado la Corte IDH a través de sus opiniones consultivas y fallos, a fin de determinar la exigencias que bajo el control de convencionalidad deben superar los DNU Imperfectos para luego compulsar ese criterio, con las normas de Derecho Interno vigentes en el Estado Nacional, Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para poder establecer si superan el test de convencionalidad.-

CAPITULO I

1. EL VALOR DEL SILENCIO

1.A.- El Silencio es Inexpresión - En el Derecho Privado y en el Derecho Administrativo

Pretendo desarrollar al silencio como manifestación de voluntad, en el ámbito del derecho privado como en el derecho público, para intentar con esa aproximación desentrañar si la conceptualización del silencio puede extenderse en su interpretación a cualquiera de esos ámbitos del derecho con igual sentido y significancia. -

El precepto canónico “qui tacet consentire videtur”, llevado a la expresión quien calla otorga, pasando luego por la ley romana (Partida VII: Tit. XXXIV, Regla 23), “Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare”, esto es, quien calla ciertamente que no confiesa; pero también es verdad que no niega, nos debatimos en todas las épocas el valor del silencio en los diferentes ámbitos del derecho. -

Tengo para mí, como principio general, que el silencio es inexpresión carente de sentido, salvo que la normativa establezca un sentido al transcurso del tiempo. -

Antes de iniciar, creo valioso señalar que sobre el silencio, con un enfoque dirigido en especial al silencio en que incurren las partes litigantes en un proceso judicial, han escrito Norberto J. Novellino y Atilio C. González⁴, en cuya obra señalan la discrepancia en las opiniones de los distintos autores sobre el valor del silencio como manifestación de la voluntad, diciendo que: “En efecto, algunos lo han considerado como “un medio de expresión tácita de la voluntad” (Jorge J. Llambías), o como “la única hipótesis de declaración tácita” (Guillermo A. Borda), o como “un acto jurídico procesal de configuración negativa” (Alfredo Orgaz). En cambio, otros lo han considerado situado en una “categoría aparte” (Francisco Messineo) o en el terreno de las “declaraciones presuntas” (Federico C. Savigny), en tanto que antiguamente se le asignaba el contenido de “acto presunto” (Tomás Hutchinson). -

Valga aclarar que a los citados que señalan el carácter de manifestación tácita de la voluntad cabe agregar el Maestro Miguel S. Marienhoff quien coincide en tal apreciación, tal como se citará oportunamente. -

⁴ Novellino, N. J. y González, A. C., *El Silencio y sus efectos en los Procesos Judiciales*, Santa Fé, Rubinzal - Culzoni, 2000, pp. 16-17.

1.B. - El Silencio en el Ámbito del Derecho Civil.

Expresa el art. 919 del Código Civil (derogado) que: “El silencio opuesto a actos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, sino en los casos que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las manifestaciones precedentes”. -

Enseña Hénoc D. Aguiar⁵, que “El silencio por sí solo, en regla general, no puede constituir una manifestación de la voluntad”. Y agrega, “El que calla no manifiesta nada y por lo tanto el silencio, sólo excepcionalmente, importará una manifestación de voluntad”. “Si la obligación de hablar no existe, el silencio se rige por su regla general”. -

Por su parte Guillermo A. Borda,⁶ señala que “En principio, el silencio guardado por una persona con respecto a una oferta o conducta de otra, no puede ser tomado como manifestación de voluntad. Por silencio debe entenderse no sólo el abstenerse de pronunciar o escribir palabras, sino también la abstención de realizar signos inequívocos, que permitan inferir la voluntad de una persona”. Luego agrega: “A estos casos previstos en el art. 919 del Código Civil hay que añadir la siguiente hipótesis: que las partes hayan convenido que el silencio de una de ellas sea tomado como declaración de voluntad en un sentido dado. En tal caso, es la voluntad de las partes la que le confiere ese valor”. -

A su turno Raymundo M. Salvat⁷ enseña que: “En principio, el silencio no puede ser interpretado como una manifestación tácita de voluntad en ningún sentido; si una persona ofrece en venta a otra un objeto cualquiera y ésta calla, su silencio no puede ser considerado como una aceptación tácita de la oferta. Por excepción, el silencio puede ser interpretado como una manifestación tácita de voluntad”. -

Los supuestos de excepción en los que el silencio opuesto a actos es considerado manifestación de voluntad, conforme art. 919 Código Civil ocurren cuando hay obligación de explicarse impuesta en razón de: a) la ley, b) relaciones de familia y c) relación entre silencio actual y declaraciones precedentes. -

⁵ Aguiar, H. D., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950, t. I, p. 116 ss.

⁶ Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, 12ª ed., Abeledo Perrot, 2003, t.II, p.70ss.

⁷ Salvat, R. M., *Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General*, Buenos Aires, 7ª ed., Salvat, 1944, p. 720.

Jorge Joaquín Llambías⁸ respecto del art. 919 señala que: “Contrariamente a lo expresado en el dicho vulgar, según el cual “quien calla otorga”, el silencio no constituye una manifestación de voluntad sino en los supuestos excepciones previstos por la ley. El artículo que comentamos deja bien en claro que el silencio, en principio, no puede entenderse como un asentimiento del sujeto silente a un acto o interrogatorio precedente.”. -

Enrique Banchio, en obra colectiva dirigida por Alberto J. Bueres,⁹ señala que: “El art. 919, 1º parte, se aparta de la regla del Derecho Canónico acuñada en la expresión “quien calla se considera que consiente” (qui tacet consentire videtur) para adherir al pensamiento de Savigny, cuya doctrina recepta como principio general, en los siguientes términos: “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de la voluntad, conforme al acto o a la interrogación. ..”.-

Graciela Medina – Irene Hooft, en obra dirigida por Julio C. Rivera,¹⁰ refiriéndose al art. 919 del CC resaltan que “En suma, el silencio no importa ni aceptación ni rechazo, esto es, no constituye una forma de expresión de la voluntad, salvo en aquellos supuestos expresamente previstos por la ley”. -

Santos Cifuentes, en obra dirigida por Augusto Belluscio coordinada por Eduardo Zannoni,¹¹ señala en relación al art. 919 del Código Civil, que: “El silencio comprende aquí a la abstención, la omisión y el callar, cuando por derecho puede autorizar a presumir que se traduce en una voluntad jurídica, capaz de generar obligación. Puede decirse que no guarda silencio quien sin hablar hace signos o actúa, de modo de producir la impresión de una voluntad aceptante o negativa. De igual modo puede hacerse silencio hablando o expresándose sin relación con el acto o la interrogación de que se trata; en otros términos, es silencio tanto el del que calla como el del que se expresa sobre cosas diferentes a la interrogación”. Luego señala, que: “Entre las dos posiciones extremas, la que en general da valor afirmativo al silencio, aceptando alguna circunstancia limitativa (como la de que es necesario que el que calla haya sabido que su silencio podía ser y fue interpretado como asentimiento) y la que en general establece que no puede el silencio valer como

⁸ Llambía, J. J., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, t. II-B, p. 55.

⁹ Bueres, A. J., *Código Civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. II-B, p. 475.

¹⁰ Rivera, J., *Código Civil Comentado, (Arts. 896 a 1065)*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2005, p. 156.

¹¹ Zannoni, E., *Código Civil, y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. IV, p. 132.

consentimiento, fuera de los casos especiales en que la ley impone la obligación de hablar, nuestro código se ha volcado por esta última, tal como el prusiano, aunque admitiendo también la excepción de circunstancias particulares restringidas al caso en el cual entre las partes ya existían relaciones”. Al pie de página se cita el art. 61 del Código Prusiano estableció: “El silencio puro y simple no es considerado como un consentimiento, sino en el caso en que aquél que calla, pudiera explicarse y estuviera obligado a hacerlo por las leyes”. –

Continúa el autor citado en la obra de Augusto Belluscio, analizando que en las hipótesis en las cuales tiene valor como declaración de voluntad el hecho negativo, la inercia o inactividad, o la omisión de cualquier comportamiento frente a una interrogación, demuestra la posibilidad de encuadrar al silencio en cualquiera de las tres categorías contempladas en el art. 915. Vale decir que, puede importar una manifestación expresa, tácita o presumida por la ley. Manifestación expresa, si las partes atribuyen un significado particular al silencio en un caso determinado, son manifestaciones expresas, pues como todo signo, tendría un significado y un alcance conocidos de antemano. Manifestación tácita se concreta por el examen de los ejemplos del último párrafo del art. 919 del C.C. “*relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*”, si frente a declaraciones expresas anteriores había obligación de explicarse positivamente, por lo general recae en una manifestación tácita, pues el silencio viene a ser aquí un comportamiento de hecho negativo por el cual se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad. Y Manifestación presumida por la ley, son las dos primeras excepciones del art. 919 “*casos en los que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia*”, en ellos, al haber obligación de explicarse, la actitud omisiva es reputada como declaración por la ley misma. -

En similar análisis de la temática, Roberto H. Brebbia¹², señala que: “Cuando la norma impone la obligación de explicarse, establece una carga legal cuyo incumplimiento está sancionado con la *presunción* de que se considera que el obligado presta asentimiento o da su conformidad al interrogante o a la declaración de voluntad a que se lo enfrenta”. Luego señala que: “El silencio, por sí solo considerado, es un hecho neutro, que carece de univocidad, de donde se deduce que no puede constituir comportamiento del cual corresponda extraer tácitamente una manifestación de voluntad afirmativa o negativa. Sin embargo, el silencio

¹² Brebbia, R. H., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I, p. 252ss.

unido a otras manifestaciones precedentes del mismo sujeto puede ser tomado en cuenta como expresión de voluntad” Y allí entonces el auto distingue: “Si las partes han otorgado expresamente al silencio una eficacia determinada, adquiere entonces las características de una manifestación positiva. (o expresa) ... En otro segundo supuesto, el silencio es tomado como un hecho (negativo) que, unido a manifestaciones precedentes puede tener carácter concluyente y servir de base para inferir una voluntad tácitamente expresada”. - (el subrayado me pertenece).

Según el autor citado, en la manifestación expresa hay un propósito de comunicar la voluntad, mientras que en la manifestación tácita la voluntad se infiere de un comportamiento del agente, y de allí su nombre de indirecta ya que no se propone hacer saber a otros sujetos su voluntad pero que surge fehacientemente de los hechos materializados realizados. Luego señala que: “debe quedar bien en claro que en los casos de la voluntad inferida de la ley se trata de una voluntad presumida, a diferencia de los casos de voluntad expresa y tácita, en los cuales se trata siempre de una voluntad real”. -

Señala el autor, que, a la hora de analizar el comportamiento del sujeto para deducir la existencia de una voluntad tácita, debe hacérselo de conformidad con el principio de buena fe (art. 1198 C.C.) para poder saber si tales conductas o hechos negativos pudieron verosímilmente dar al destinatario directo o indirecto de la manifestación la certeza de la existencia de ella según los usos y prácticas negóciasles. -

Al respecto ha dicho nuestro máximo tribunal, que “La institución del silencio positivo debe ser interpretada en forma restrictiva”¹³. “Cuando no existe obligación legal de expedirse, el silencio no constituye manifestación ni expresa ni tácita de la voluntad” (CSJN, Rep. ED 24-73, sum. 14). En igual sentido la Cámara Federal de Rosario (Fallo del 04/07/1960 – LL 106-140) resolvió que: “Cuando al silencio pueda dársele otra interpretación que no sea la de manifestación de voluntad, debe preferirse la primera, ya que, en la duda, la voluntad se considera inexistente”. -

¹³ C. Nac. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en autos, Machado, Judith A., Sala 1ª, 30/10/90 – t.1991-III- p. 25.

Ahora bien, tras el dictado de la ley 26.994 y la puesta en vigencia del nuevo CCyC, la temática se encuentra abordada en el art. 263, que en similares términos expresa: “El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.-

Respecto a los cambios introducidos por el nuevo CCyC (art. 263), en relación con el Código Civil derogado (art. 919), Ramiro Prieto Molinero en obra colectiva dirigida por Julio C. Rivera,¹⁴ señala que el texto es virtualmente el mismo del art. 919 original, apareciendo sin embargo dos novedades destacables. “La primera es que, de manera correcta, se suprime la alusión al deber de explicarse por “relaciones de familia”, que, al no ser más que un caso específico dentro del deber de expedirse por ley, constituía una redundancia. La segunda es que, entre las excepciones al silencio, se incorporan el deber de expedirse que puede resultar de los usos y prácticas y de la voluntad de las partes; esta última aceptada pacíficamente por la doctrina desde hace décadas”. Recuérdese que al inicio de este trabajo he citado la opinión e idéntico sentido del Dr. Guillermo Borda antes de la reforma de la Ley 26.944.-

En esa línea se destaca, como Primera Excepción: la ley impone el deber de expedirse. A modo de ejemplo quien citado a absolver posiciones no concurre, queda confeso por imperio de lo establecido en el art. 417 del CPCCN. Si una persona es citada judicialmente a reconocer las firmas que se le atribuyen en un documento privado y no comparece, se le tendrá por reconocida la firma conforme art. 526 del CPCCN. En el orden laboral, conforme art. 57 ley 20.744 el silencio de la patronal ante la intimación hecha por el trabajador relativa al cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo genera presunción en contra del silente. Segunda Excepción: Las partes disponen el deber de expedirse en el marco de un contrato, surgiendo el efecto por imperio del art. 959 CCyC. Tercera Excepción: el ordenamiento autoriza que la costumbre -usos y prácticas- sea fuente de derecho (art. 1 CCyC), con lo que el deber de expedirse tiene origen legal. Cuarta Excepción:

¹⁴ Rivera, J.C., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t.I, p.603.

referida a la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes del silente acudiendo a la buena fe. -

Resulta ilustrativo el fallo CSJN 29-12-1971, La Ley 150-593 donde se señaló que: “El hombre de negocios se mueve en una atmósfera en que domina soberana la buena fe, y la buena fe no tolera que nadie se atrinchere detrás de su silencio, cuando el silencio puede tener la apariencia exterior de consentimiento”

Jorge Alterini¹⁵ señala que: “Sucedo que el silencio, por sí mismo, constituye un hecho neutro -y por ello equívoco e incoloro- del que no puede inferirse que constituya un comportamiento (omisivo) del que pueda extraerse una determinada significación. Tal circunstancia, sin embargo, no excluye que unido a comportamientos o declaraciones precedentes o por disposición de la ley o de la costumbre o por haberlo acordado las partes, se lo considere como manifestación”. -

María Isabel Benavente, en obra dirigida por Ricardo Luis Lorenzetti,¹⁶ al respecto enseña que: “Como principio general, del silencio no puede inferirse ninguna manifestación de voluntad. Ello, a menos que la ley, la voluntad de las partes, los usos y prácticas o la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes autoricen a tenerla por expresada”. Y luego agrega: “Contrariamente a lo que surge del conocido adagio “el que calla otorga”, en derecho el silencio no significa ni sí ni no; eso es, no se infiere de él ni aceptación ni rechazo. Es un hecho neutro, no unívoco”. -

Igual criterio es descripto por Rubén H. Compagnucci de Caso y Valeria Moreno bajo la dirección de Alberto J. Bueres¹⁷, donde en relación al art. 263 del CCy C se señala que: “el artículo en comentario deja bien en claro que el silencio, en principio, no puede entenderse como un asentimiento del sujeto silente, a un acto o interrogatorio precedente. Pero seguidamente, consigna las excepciones a esa regla, en cuyos casos el silencio vale como una manifestación de la voluntad”. “Nuestra ley ha dejado de lado la máxima del derecho

¹⁵ Alterini, J., *Código Civil y Comercial comentado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t.II, p.185.

¹⁶ Lorenzetti, R. L., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fé, Rubinzal – Culzoni, 2015, t. II, p. 37ss.

¹⁷ Bueres, A. J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. I-B, p. 129.

canónico “qui tacet consentire videtur” (quien calla otorga); el silencio para nuestro código no importa un sí o un no, no es aceptación, ni consentimiento, ni tampoco negación o rechazo”. -

Se cita a Savigny,¹⁸ en la postura de que: “el simple silencio opuesto a actos o a una interrogación, no puede en principio considerarse como un consentimiento o confesión”. -

Ahora bien, el art. 918 del Código Civil establecía que “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria”

Al respecto Guillermo A. Borda¹⁹ señaló que: “Esta claro así que, ateniéndonos rigurosamente a los términos del art. 917, la única manifestación tácita de voluntad sería aquella que, en ciertos casos, se infiere del silencio”. -

En la obra dirigida por Augusto Belluscio,²⁰ se analiza que el silencio puede importar una manifestación expresa, si las partes atribuyen un significado particular al silencio en un caso determinado; puede importar una manifestación tácita, si frente a declaraciones expresas anteriores había obligación de explicarse positivamente, y puede importar una voluntad presumida por la ley, al haber obligación legal de explicarse. -

Entiendo que el silencio no es manifestación de voluntad salvo los supuestos de excepción previsto en el CCyC, y para los casos en el que la ley prevea un sentido al silencio, éste constituye una manifestación de la voluntad presumida por la ley. -

Se señala por otra parte, que el ciudadano tiene a su vez el derecho a callar, es decir la libertad de elegir no expresarse en los supuestos en los que no esté obligado convencional o legalmente a ello, y eso nos aproxima al derecho constitucional por imperio de lo establecido en el art. 19 de la norma fundamental.

El ciudadano tiene derecho a no exteriorizar su voluntad o sus sentimientos más que cuando él considere conveniente hacerlo, en pleno ejercicio de su derecho a la intimidad. Se

¹⁸ Savigny, F. K. *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, F. Góngora y Compañía, 1879, t II, p. 314.

¹⁹ Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, 12° ed., Abeledo Perrot, 2003, t.II, p. 70.

²⁰ Belluscio, A., *Código Civil y Leyes Complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. IV, p.138.

entiende que la persona tiene derecho a callar, así la popular expresión: “el hombre es esclavo de sus palabras y dueño de sus silencios”.-

La libertad del ciudadano conforme Enciclopedia Omeba,²¹ es el estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y sus opciones de vida, que elige y realiza sin influencia alguna de fuerzas exteriores a sí mismo. Con ello digo que el ciudadano es libre de callar, salvo imposición legal. –

La libertad del ciudadano como fundamento del derecho a callar cuando no exista obligación legal de expresarse es entonces un eslabón que me permite ingresar rápidamente a efectuar un repaso de las normas constitucionales que regulan el silencio de los poderes del estado, y cuál es el sentido que nuestra constitución confiere al silencio en los supuestos contemplados. –

1.C. – El Silencio en el Ambito de la Constitución

En lo que al sistema constitucional se refiere, existen diversas normas en nuestra CN, en las que se establece un sentido al silencio, tal como en adelante se analizara brevemente. -

La reforma constitucional de 1994, incorpora el art. 82 a la CN, que expresa “La voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, se excluye, en todos los casos, la sanción tacita o ficta”. Tal artículo está referido a la actividad netamente legislativa, prohibiendo la aprobación de una ley por el silencio del Poder Legislativo.-

Es necesario establecer que el art. 82 de la CN, está referido a la actuación del congreso en materias propias (art. 75 CN), restando valor al silencio del parlamento como manifestación de voluntad legislativa de ese órgano, es decir que no puede tenerse por sancionada una ley por el mero transcurso del tiempo.-

Pero el art. 82 de la CN no se aplica en cuanto se trate de la actuación del congreso en otras materias, como ser en la ratificación de actos dictados por parte de otros órganos, ya que en esos casos, si puede el silencio del congreso tener un sentido determinado.-

Debemos presuponer, que nada es casual, tampoco la ubicación de las normas en nuestra constitución. No es casual que el art. 82 de la CN, se sitúe en el Capítulo V, “DE LA

²¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964, t. XVIII, p.424 ss.

FORMACION Y SANCION DE LAS LEYES” ubicada dentro de la SECCION PRIMERA (DEL PODER LEGISLATIVO), por lo que la expresión: “en todos los casos” que usa el art. 82 CN, debe limitarse a “todos los casos” de formación y sanción de leyes, no pudiendo tener aplicación a la ratificación de actos del Poder Ejecutivo, desarrollados en la SECCION SEGUNDA (DEL PODER EJECUTIVO).

Una ley en sentido estricto (art. 75 CN), no podría considerarse aprobada una ley por el transcurso del tiempo, tal como al contrario si lo establece la Constitución de Chile con su sistema netamente presidencialista, similar al que se intentó implementar en la República Argentina en la Reforma Constitucional al entonces art. 69 C.N. contenida en el Estatuto de Facto del 24-AGOSTO-1972, con la solicitud formulada por el P.E.N. de tratamiento de urgencia teniéndose por aprobado el proyecto si no fuera expresamente desechado por el Congreso en el plazo de 30 días establecido como norma general, análoga a la que rige en el país trasandino donde el Poder Ejecutivo puede calificar la urgencia (urgencia simple: 30 días, suma urgencia: 10 días o discusión inmediata: 3 días).-

El art. 82 solo rige para sanciones legislativas o normativas propiamente dichas conforme atribuciones en materia legislativa (art. 75 CN), y su vigencia no puede extenderse para los casos en que el Poder Legislativo actúa como órgano de control respecto de los actos dictados por otro órgano, en particular cuando actos de materia propia del PEN (art. 99 CN) requieren ratificación legislativa, es decir no se aplica el art. 82 de la CN cuando estamos frente a decisiones del parlamento que deben dictarse en el marco del seguimiento y control de la actividad de otro órgano.-

El caso de los Decretos Delegados dictados por el PEN, (cláusula transitoria 8va. y 76 CN). Cuando la cláusula transitoria octava de la CN, refiere a la caducidad a los cinco (5) años, de toda legislación delegada preexistente, refiere a los Decretos Reglamentarios dictados por el PEN en uso de las atribuciones establecidas en el art. 76 de la CN, se trata de instrumentos dictados por el P.E.N. por delegación del Congreso al Presidente, con lo que conforme el criterio expuesto, la cláusula transitoria 8va. de la CN le otorga al silencio del congreso un valor negativo, es decir importa el rechazo a la vigencia de los decretos delegados si no fueron ratificados por el Congreso.-

El supuesto de la Declaración de Estado de Sitio, (art. 99 inc. 16 CN) en donde habiendo sido declarado el Estado de Sitio por el P.E.N., y faltare la aprobación por parte del congreso en el año legislativo, se produce en tal caso la caducidad del instituto por falta de ratificación parlamentaria en el año legislativo. La norma constitucional interpreta que el silencio del congreso importa rechazar tal declaración de estado de sitio. -

El caso de los nombramientos de los funcionarios que requieren acuerdo, que hubieren sido concretados por el PEN durante el receso legislativo (Art. 99 inc. 19). En cuyos supuestos, se produce la caducidad de los nombramientos si al fin de la próxima legislatura el Senado no prestare el acuerdo, con lo que también el silencio del parlamento es manifestación de voluntad de rechazo al nombramiento. En la provincia de Catamarca el art. 89 de la Constitución considera que transcurridos 30 días, si la cámara no prescribe, se considera prestado el acuerdo.

Por otra parte, sabido es que el silencio importa para el Poder Ejecutivo concreta expresión de voluntad, ya que conforme art. 80 CN, media promulgación tacita de los proyectos de ley transcurriendo 10 días útiles sin promulgación expresa, norma que le confiere al silencio valor positivo de promulgación tacita de la ley. -

En los casos antes señalados, (art. 76, cláusula transitoria 8va., art. 99 inc. 3; art. 99 inc. 16, art. 99 inc. 19 de la Cont. Nac.) el silencio parlamentario que importa un manifestación de voluntad, se refiere no a la actividad parlamentaria propiamente dicha, sino a la actividad del congreso relativa a las ratificaciones legislativas de actos dictados por otro órgano constitucional, es decir la ratificación de actos dictados por el PEN (Entre las Autoridades de la Nación, y dentro del Gobierno Federal, ubicado en la sección segunda) no pudiendo serle extensivos los alcances del art. 82 referido al valor del silencio del congreso como poder legislativo (Entre las Autoridades de la Nación, y dentro del Gobierno Federal ubicado en la sección primera) en materias propias (art. 75 CN).-

Contribuye a tal interpretación, de que el art. 82 CN solo rige para la actividad netamente legislativa (art. 75 CN) y no para pronunciamientos que se refieran a actos dictados por otros órganos, el alcance de la actuación cuasi-jurisdiccional del congreso a partir del análisis del art. 115 de la CN en donde una vez transcurridos 180 días desde la apertura del

procedimiento de remoción de magistrados, sin que se haya dictado fallo, tal silencio es interpretado por la norma constitucional como rechazo al enjuiciamiento correspondiendo el archivo de las actuaciones, donde también el silencio es manifestación de voluntad del cuerpo. Supuesto incluido en la sección tercera del PODER JUDICIAL. -

A modo de conclusión, existen normas en nuestra CN que le otorgan al silencio un sentido determinado, aunque se encuentra prohibido por el art. 82 que el Congreso en el “trámite de elaboración de leyes” proceda a la aprobación ficta de una ley, es decir que se la tenga por aprobada por mero silencio o inactividad del Parlamento. -

Ahora bien, la CN toca en el art. 14 un aspecto que deviene eslabón para salir del derecho constitucional e ingresar al análisis del silencio en derecho administrativo, puesto que de tal norma surge el derecho del ciudadano de petición a las autoridades, con el consecuente deber de la administración de dar respuesta, con lo que en el ámbito del derecho administrativo el derecho y la libertad de callar propio del ciudadano en el derecho civil, es para la administración el deber de dar respuesta al reclamo.-

1.D.- El Silencio en Particular en el Derecho Administrativo

Siguiendo a Guillermo Andrés Muñoz²², debemos entender que el principio de legalidad no puede ser concebido como mero límite al poder sino como una forma de imponer deberes a la administración prestacional, como una garantía contra la omisión. Al respecto, tenemos por una parte la inactividad material consistente en la mera inactividad, es el simple no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias y por otra parte la inactividad formal referida a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento. Es decir, esta última consiste en la simple falta de contestación a una petición. Luego agrega el autor citado que: “la figura del silencio de la administración nació en nuestro país para impedir que la conducta omisiva de la administración ocluyera el control judicial de sus actos”.-

²² Muñoz, G. A., *Inmunidad del Poder: La inactividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 1990, t.1990-B, p.891.

En relación a tal temática, señala Armando N. Canosa²³, que: “el silencio en su versión negativa evita que la administración acorrále al particular con su inactividad, quien con sólo guardar silencio impediría que este vea satisfecha su pretensión o en su caso impediría que acuda al Juez. ... El silencio negativo no importa la emisión de acto administrativo alguno, porque al no concurrir la voluntad de la administración, su valor lo tiene por una presunción que la ley le otorga. No hay acto tácito ya que no debemos interpretar en forma alguna la voluntad de la administración, tal voluntad se halla excluida en virtud del silencio, que implica sin más ausencia de todo acto”.-

En efecto señala Carlos M. Grecco,²⁴ que “el silencio viene a constituirse, paradójicamente como una respuesta estatal que la ley presume, en determinadas circunstancias, frente a la petición deducida por un interesado y que no es sino el reverso indispensable del derecho de petición, que, desde la sanción de la ley de procedimientos administrativos, cuenta con una regulación suficientemente sistemática, con todo lo que ello supone tanto para la progresiva juridización de la actividad Administración Pública, como para la edificación del equilibrio armónico entre las potestades administrativas y las garantías del particular”.-

Señala Miguel S. Marienhoff²⁵ que: “el sentido afirmativo o negativo que se le atribuya al silencio de la administración, sólo puede resultar de una norma válida que así lo establezca. Si tal norma no existiere, el silencio en cuestión sería irrelevante para el derecho: no trasuntaría afirmación ni negación. Tratándose de una ambigua situación estática: se estaría frente a un comportamiento inexpresivo”. -

En similar forma lo conceptualiza la Ley 3559 (Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Catamarca), en su art. 25 segundo párrafo, se establece que: “El silencio, de por sí, es tan sólo una conducta administrativa inexpresiva; únicamente cuando el orden normativo expresamente dispone que, ante el silencio del órgano,

²³ Canosa, A., *Silencio Administrativo, en CSJN - Máximos Precedentes – Derecho Administrativo – Dir. Juan Carlos Cassagne*, Buenos Aires, La Ley, 2013, t. I, p. 281.

²⁴ Grecco, C. M., *Sobre el Silencio de la Administración*, Buenos Aires, La Ley, 1980, t. 1980-C, p.777.

²⁵ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, t. II, p. 322.

transcurrido cierto plazo, se considerará que la petición ha sido denegada o aceptada, el silencio vale como acto administrativo”. -

Siguiendo con Miguel S. Marienhoff, sigue diciendo que: “La solución que antecede es la que corresponde en derecho administrativo, rama del derecho público, donde, aparte de que, en materia de interpretación del silencio, la solución, en principio, concuerda con la vigente en el derecho privado, tal temperamento se justifica por la importancia social que tienen los actos de voluntad del Estado y por el interés público que condiciona toda la actividad de la Administración Pública”.

Desde otro punto de vista, Rafael Bielsa²⁶ refiriéndose al silencio de la Administración, señala: “He aquí una cuestión ardua. En derecho privado el principio que regula la manifestación tácita de voluntad en los actos, y que se informa en una regla positiva, es distinto del principio que domina en el derecho público”. Señala luego como solución justa la de la fijación legal (por ley o reglamento autónomo) de un término, según la materia o el objeto de que se trate, y pasado ese término tener a la administración por decidida”. Luego en términos generales continúa Rafael Bielsa, destacando que: “Cuando se solicite una decisión del Poder Administrador o autoridad administrativa competente, y la decisión no se pronuncia o la autoridad no realiza un acto vinculado a la cuestión y que presuponga aprobación de lo pedido, debe considerarse que la petición no ha sido admitida, o ha sido rechazada, si “dentro del término” señalado no hay pronunciamiento”. Y resalta que: “El silencio no puede entenderse como aprobación o rechazo respecto de los actos sometidos a la autorización que se ejerce en virtud del contralor administrativo, si no media un término y una disposición que así lo declare, o no se produce decisión que presuponga de manera cierta esa voluntad de aprobar o rechazar”. Y luego añade que: “Cuando se trata de trámites necesarios, por ejemplo, reclamaciones en vía administrativa, se entiende que la falta de pronunciamiento en el plazo fijado en las leyes es rechazo de la petición”. -

Este último es el criterio seguido en el régimen administrativo nacional, la Ley 19549 (año 1972) en su artículo 10 en cuanto establece que: “El silencio o la ambigüedad de la administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto se

²⁶ Bielsa, R., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 3º ed., J. Lajouane y Cía., 1938, t. I, p. 190ss,

interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerara que hay silencio de la administración”. -

Sobre el particular, Roberto Enrique Luqui ²⁷ señala que: “El art. 10 de la LNPA regula en la primera parte el silencio cuando se lo considera como una manifestación tácita de voluntad, al establecer que, si se produce frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretará como negativa” y “solo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo”. De esta manera sienta como regla general que cuando se interpreta que constituye una manifestación tácita de voluntad, deberá ser desestimatoria de la pretensión, salvo que una norma expresamente disponga acordarle sentido positivo”.-

Al respecto, Hutchinson Tomás (Régimen de Procedimiento administrativo, ley 19.549, Astrea, Bs. As., 1997) citado por Norberto J. Novellino ²⁸ enseña que “El denominado silencio administrativo reviste dos modalidades plenamente concebibles y reguladas por el Derecho Positivo: a) el efecto y alcance de permisión total de lo concretamente pretendido (silencio positivo) y b) el de denegación, también total de lo que se hubiera pedido (silencio negativo). Es remarcable que, para que el silencio tenga el primer alcance, debe estar así determinado expresamente por Ley, en caso contrario, su latitud será la mencionada en segundo término”. -

El mencionado Tomás Hutchinson ²⁹ señala que: “El silencio administrativo viene a constituir una “respuesta” de la administración que la ley presume en determinadas circunstancias, frente a la petición deducida por un interesado y que no es sino el reverso indispensable del derecho de petición”. Luego agrega que “Suele caracterizarse al silencio negativo de la administración como un verdadero acto, aunque presunto, que remedia el

²⁷ Luqui, R. E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 7º ed., t. II, p. 568,

²⁸ Novellino, N. J. y González, A. C., *El Silencio y sus efectos en los Procesos Judiciales*, Santa Fé, Rubinzal - Culzoni, 2000, p. 19.

²⁹ Hutchinson, T., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, p. 21.

inconveniente de la inexistencia de una decisión previa que pudiera suscitar la competencia revisora del juez del contencioso administrativo. ... Por este camino, deben atribuirse al silencio negativo de la administración efectos no solo procesales de apertura de la vía jurisprudencia, que constituyen el origen de la institución, sino también jurídico-materiales, cual si se tratase de un verdadero acto o decisión de la administración”. -

Hernán J. Martínez,³⁰ bajo el título de “El Silencio administrativo no es acto administrativo ni forma tácita de expresión del mismo”, señala que: “El llamado silencio administrativo no es más que una técnica que deriva de una presunción iure et de iure: salvo que expresamente la ley le señale efecto contrario (silencio positivo), se presume que el silencio de la administración ante una petición o pretensión del administrado, cumplidos los requisitos procesales pertinentes, debe interpretarse como negativa de tal petición o pretensión (silencio negativo)”.-

En similar sentido, Pedro Guillermo Altamira³¹ señala que: “el silencio administrativo constituye un hecho jurídico al cual el derecho le otorga consecuencias jurídicas. Excluye toda declaración de voluntad. Solamente podría presumirse la existencia de una voluntad, pero esta presunción, por sí sola, resulta insuficiente para producir efectos jurídicos, por lo cual únicamente la ley puede otorgarle eficacia”. -

Por su parte Fernando García Pullés³² expresa que: “Para algunos autores el silencio administrativo constituye un verdadero acto presunto, un acto negativo equivalente a una manifestación tácita de voluntad. ... En nuestro ámbito, la doctrina considera que la denegatoria por silencio no configura un acto administrativo sino un hecho o una ficción legal, que no expresa ni declara nada, y no puede ser revocada ni anulada, de modo que mal puede constituir un acto administrativo tácito. Se trata en cambio de una institución nacida por imperio de la regla que establece que para tener acceso a la jurisdicción es necesaria la existencia de un acto que haya agotado la vía administrativa ...”. Luego destaca que: “A mi juicio, el modo armónico de conciliar los fines de la ley con los distintos preceptos de su articulado obliga a considerar que el silencio constituye una mera situación jurídica.”

³⁰ Martínez, H., *Derecho Administrativo*, Rosario, 1° ed., Nova Tesis, 2017, t. I, pp. 428-429.

³¹ Altamira, P.G., *Curso de derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1971, p. 369.

³² García Pullé, F., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pp. 254-257.

configurada a partir de la reunión de los antecedentes exigidos por el derecho positivo, que confiere al administrado legitimado en el caso a superar la incuria administrativa mediante el derecho de interpretar denegada su pretensión, al solo efecto de superar el obstáculo de la ausencia de acto administrativo que permita el control jurisdiccional de la omisión administrativa”.-

La disposición expresa que refiere el art. 10 de la Ley 19.549 para dar al silencio sentido positivo, exige la existencia de una cláusula contractual expresa o de una norma legal que así lo determine. En efecto, ha dicho la jurisprudencia que: “En el sistema legal argentino, la regla del silencio de la administración es el silencio negativo. La institución del silencio positivo exige, para su procedencia, la existencia de una cláusula contractual expresa o una norma legal que demuestre en forma indubitada la voluntad tácita de la administración de acogerse a las consecuencias de su omisión. Tal institución debe ser interpretada en forma restrictiva, toda vez que el silencio positivo es un instrumento peligroso, debido a que, luego de transcurridos los plazos legales, el particular quedaría habilitado para realizar actos sometidos a su control sin que éste se efectivizara” (C.N.Cont. Adm. Fed. Sala 2, 15-7-1992, “Worthington Arg. SAIC s/ Recurso de Apelación”). -

Es decir que, en el orden nacional, tal como enseña Juan Carlos Cassagne,³³ se admite que “la conducta omisiva o ambigua de la administración, cuando se requiera de ella un pronunciamiento concreto, sea interpretada como negativa”. En efecto, así lo establece el art. 10 de la Ley 19.549, exigiendo disposición expresa para dar al silencio sentido positivo. -

El mismo Juan Carlos Cassagne,³⁴ señala que: “En cuanto a la naturaleza del silencio administrativo se debate acerca de si se trata de un acto que traduce una voluntad tácita (Miguel S. Marienhoff) habiéndose sostenido que, al no existir la motivación ni otros requisitos (v.g. la firma) configura una ficción legal. (Grecco Carlos Manuel). -

Carlos M. Grecco,³⁵ señala que: “conforme a la doctrina más difundida, el silencio administrativo debe entenderse como una ficción legal de consecuencias esencialmente procesales que facilita al particular afectado la fiscalización y revisión ulterior -administrativa

³³ Cassagne, J.C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 10º ed. act., La Ley, 2011, t. I, p. 621.

³⁴ Cassagne, J.C., *El Acto Administrativo, Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 236 ss.

³⁵ Grecco, C.M., *Sobre el Silencio de la Administración, publicación*, Buenos Aires, La Ley 1980-C, p. 777.

o judicial- de la inactividad administrativa”. “De tal forma, promediando silencio administrativo -salvo, claro está que una norma jurídica le adjudique al mismo sentido positivo- no cabe formular interpretación alguna en punto a la voluntad administrativa desde que tal voluntad aparece excluida en virtud del silencio -que estrictamente implica la ausencia de todo acto- como así también de actos o resoluciones “tácitas” ya que sólo la necesidad de resguardar el acceso a la tutela judicial ha provocado el montaje técnico de la comentada ficción legal”. ... “Desde otro ángulo, resulta conveniente destacar que esta ficción legal que nuestro ordenamiento consagra, encontrasé establecida exclusivamente en beneficio del interesado que puede utilizarla si así lo desea”. -

La postura de Miguel S. Marienhoff ³⁶ se circunscribe a señalar: “De modo que el silencio únicamente valdrá como expresión tácita de la voluntad administrativa, sea ello en sentido favorable o contrario a la petición del administrado si la norma aplicable le reconoce o atribuye tales efectos. El mero silencio, por sí solo no permite deducir o establecer el sentido de la voluntad de la administración”. Luego aclara que: “El efecto atribuido por la norma al silencio de la administración vale como presunción del alcance o significado de la voluntad administrativa. La norma realiza aquí una interpretación razonable del sentido de ese silencio. No se trata, pues de una ficción de la norma sino de una presunción aceptada por ésta, basada generalmente en datos de la experiencia. Se ha dicho con razón que la presunción legal es un elemento que completa la realidad, considerando como real lo que en la mayoría de los casos es verdaderamente real”. -

Gordillo Agustín³⁷ destaca que: “En estos casos ha podido decirse que se trataría de un acto presunto, en el sentido de presunción legal, a diferencia de los actos tácitos en los cuales habría sólo una presunción racional; pero tal vez sea preferible considerar que no hay sino simplemente continuación de la impugnación en sede administrativa o judicial según el caso. Admitir como acto administrativo el acto tácito, en el supuesto de silencio negativo, importaría tolerar en desmedro del particular un acto sin fundamentación o motivación, sin dictamen previo, etc., lo cual no nos parece hoy una construcción razonable”. -

³⁶ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, t. II, p. 323.

³⁷ Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011, t. III, Cap.X, p. 33.

Vuelvo a Juan Carlos Cassagne,³⁸ quien en la obra citada, señala que: “Desde luego que el silencio traduce una ficción ideada por el ordenamiento para garantizar los derechos de los ciudadanos, el cual opera frente a la inactividad formal de la administración, cuando ésta no cumple con el deber de resolver, deber que se encuentra por otra parte, establecido por el derecho de los tratados internacionales de jerarquía constitucional. El silencio siempre juega a favor del particular o administrado. Pero ello no impide que, al configurarse el silencio, no pueda inferirse la existencia de una voluntad tácita, puesto que, tras ésta última, hay siempre una ficción legal o interpretativa. La voluntad tácita tampoco existe como expresión de una volición psico-física, sino que se infiere, en el caso del silencio, por la permisón legal y la decisión del particular afectado con la conducta morosa de los órganos estatales”. “En definitiva, tanto el silencio como los actos tácitos de la Administración constituyen la manifestación tácita de la voluntad administrativa, que se produce en forma tácita. Ahora bien, en el silencio no hay acto tácito, el cual presupone alguna conducta o exteriorización de la que se infiere la existencia de una declaración en determinado sentido. Por lo tanto, no hay declaración de voluntad sino una voluntad que se reconstruye, mínimamente, en el sentido negativo por obra de la ley”. -

En similar línea Ezequiel Cassagne³⁹ expresa que: “El silencio, en todo caso, tiene el efecto que le asigne la norma. Se trata de una ficción legal, que en modo alguno puede considerarse como acto administrativo, dado que el silencio es, por el contrario, ausencia de declaración de voluntad, y de manifestación”. -

Siguen las posturas al respecto, quienes consideran al silencio como presunción legal (García de Enterría Eduardo), producto de la voluntad tácita (Marienhoff Miguel S), ficción legal (Perrino Pablo Esteban), un hecho u omisión (Vincenti Rogelio W), aunque se señala que la doctrina al menos coincide en que el silencio negativo no constituye acto administrativo. -

³⁸ Cassagne, J. C., *El Acto Administrativo, Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 236.

³⁹ Cassagne, E., *El Control de la Inactividad Formal de la Administración*, Buenos Aires, La Ley 2010-C, p.1090.

Señala García de Enterría Eduardo,⁴⁰ que: “el silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa, está montado en beneficio del particular y como una facultad suya, al cual, por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar una resolución expresa, por cuanto el silencio no lo es, en todo caso, es una manera de pronunciarse de la administración, a la cual se recuerda su estricta obligación de resolver y de hacerlo fundadamente”. -

Asimismo, García de Enterría Eduardo⁴¹ advierte que: “Ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo”. -

Reafirma Juan Carlos Cassagne⁴² en el sentido de que: “tratándose de una presunción o ficción legal, es evidente que el silencio no configura un acto administrativo ya que le faltan todos los requisitos propios del acto administrativo (voluntad, formas previas, motivación, etc.)”. -

González Pérez,⁴³ destaca que el silencio administrativo: “sería una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud de la cual se considera estimada o desestimada la solicitud de aquel cuando la administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos en la ley”. -

Ernesto García Trevijano - Garnica,⁴⁴ describe al silencio administrativo como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración y producidas además ciertas circunstancias se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la concreta petición o el recurso formulado”. -

⁴⁰ García de Enterría, E., *Sobre Silencio Administrativo y Recurso Contencioso*, España, RAP N° 47, 1965 pp. 211-212.

⁴¹ García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, p. 600.

⁴² Cassagne, J., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Prov. de Buenos Aires., La Ley, 2009, p. 299.

⁴³ González Pérez, J., *La Ley 30/1992, del 26 de Noviembre*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 561-62.

⁴⁴ García Trevijano - Garnica, E., *El Silencio Administrativo en el Derecho Español*, Madrid, Civitas, 1990, p. 79.

En el mismo sentido José Parada Vázquez ⁴⁵ señala que: “el silencio es un acto presunto cuyos efectos pueden ser estimatorios como desestimatorios”. -

La jurisprudencia ha dicho que: “El silencio es un acto jurídico procesal, voluntario y lícito, cuyo alcance está determinado por la ley o fijado por decisión judicial. Pero es preciso que se configuren las circunstancias que la propia ley señala”. (C.N.Civ., sala E, 29-4-80, ED 89-405).-

Nuestra Corte de Justicia de la Nación, en las distintas épocas, ha tenido ocasión de analizar la interpretación del silencio, véase Fallo 149:218 en autos “Compañía Swift de la Plata v. Gobierno de la Nación” (año 1927) donde sostuvo que: “Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmación debe ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario”. Luego en Fallo 308:618 en autos “Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Estado Nacional” (año 1986) sosteniendo que: “el silencio de la administración es una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo (arts. 913, 918, 919, 1145, 1146 Código Civil y art. 10 Ley 19.549)”. Asimismo amplía el concepto en Fallo 321:1784 en autos “Maruba SCA Empresa de Navegación Marítima v. Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación” (año 1998) donde ha establecido que: “El silencio de la administración no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales ya que se trata de una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de la voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo (arts. 913, 918, 919, 1145, 1146 del Código Civil y 10 de la Ley 19.549)”. De igual modo en Fallo 329:972 en autos “Aeroandina S.A.” (año 2006) reitera este último criterio de que el silencio no vale como consentimiento tácito.-

Al respecto Julio Rodolfo Comadira ⁴⁶ señala que: “Existe coincidencia general en la doctrina respecto de la irrelevancia del silencio en sí mismo para poseer significación jurídica alguna, y de la necesidad, en consecuencia, de que para que él pueda ser interpretado en algún

⁴⁵ Parada Vázquez, J., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*, Estudios comentarios y texto de la Ley 30/1992 del 26 de Noviembre, Madrid, 1993.

⁴⁶ Comadira, J.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 410ss.

sentido (positivo, negativo o, eventualmente, hecho presupuesto procesal de la demanda) exista una norma que en forma expresa y concreta le impute un efecto jurídico cierto”. Luego agrega que: “Es decir que la posibilidad de interpretar el silencio de la administración, en algún sentido, depende de la existencia concreta de una prescripción normativa que aprehenda este silencio como dato presuntamente indicativo de la voluntad administrativa”. –

En la postura de la Dra. Blanca A. Herrera Villavicencio⁴⁷, señala que: “El silencio administrativo frente a la petición de un particular, en principio, es sólo silencio. No significa ni sí ni no. Sólo cobra entidad cuando una norma jurídica le acuerda un sentido negativo o positivo”.-

En relación a la naturaleza jurídica del silencio administrativo, Blanca A. Herrera Villavicencio, menciona cinco (5) posturas, a saber: a) consiste en una ficción legal, que le legislador establece en beneficio del particular a fin de facilitar la fiscalización y posterior revisión de la inactividad administrativa; b) es una presunción legal, la norma presume la existencia de un acto administrativo como si fuera expreso, pero al que la ley le asigna un significado estimatorio o desestimatorio; c) existe un acto tácito (Marienhoff, Cassagne, entre otros) refiere la autora que discrepa con esta postura, ya que para que exista un acto tácito debe existir uno previo que lo implique y no hay aquí voluntad de la administración sino del legislador; d) se trata de un hecho administrativo, (Rene Goane) al que la ley acuerda determinados efectos jurídicos positivos o negativos; e) se trata de una solución legal (Simón Selaya) dada por la normativa.-

En Derecho Administrativo ocurre una particularidad, y es que la Administración tiene el deber de resolver la petición formulada por el administrado, con lo que el transcurso del tiempo y el silencio como inexpresión lesiona de por sí el derecho de petición del administrado que puede exigirle el dictado del acto que resuelva su reclamo. -

Conforme art. 14 de la CN, el “derecho de peticionar a las autoridades”, importa por el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por imperio del art. 75 inc. 22 de la CN, el derecho de “obtener pronta resolución” a su reclamo,

⁴⁷ Herrera Villavicencio, B.A., “El Silencio Administrativo y el Deber de Responder de la Administración”, en *Procedimiento Administrativo. A los 20 años de la reforma constitucional*. en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 365.

con lo que, ante la actitud silente de la administración, tal silencio vulnera un derecho consagrado constitucionalmente. -

Carlos H. Pareja ⁴⁸ enseña que: “En muchas ocasiones la Administración perjudica más al ciudadano con su silencio que con su actuación, porque dejar sin resolver un pedimento es peor que rechazarlo; cuando un reclamo es resuelto negativamente, el ciudadano puede ocurrir contra esa negativa ante el juez correspondiente, pero cuando no es resuelto, el perjudicado queda impotente, sin remedio alguno”. -

Enseña Miguel S. Marienhoff ⁴⁹ que: “el derecho del administrado de peticionar a la Administración Pública, se traduce en el deber inexcusable de ésta de resolver o decidir la petición del administrado; de lo contrario el derecho de éste quedaría burlado y sin respeto por quien, en la especie, hallase particularmente obligada a ello: el administrado quedaría así a merced de la administración”. -

En conclusión, el derecho de peticionar por parte del ciudadano, pone en marcha un proceso en el que la administración tiene el deber de dar respuesta, con lo que el silencio de la administración afecta los derechos del peticionante.-

1.E. - Breve Análisis Comparativo

Analizando de modo comparativo al silencio, vale destacar que en la visión civilista de la temática, Ramiro Prieto Molinero señala que “Partiendo de la legalidad que pregona el art. 19 C.N., el silencio bien puede considerarse como una de las formas que adopta la libertad individual; de manera que, en principio, nadie tiene el derecho de forzar a otro a expresarse, ni de tomar su silencio como manifestación de algo determinado”. Y agrega que: “Dicho esto, lo cierto es que las personas viven en sociedad y es así que a la visión individualista que considera al silencio como un mero acto lícito sin interés para el derecho, también hay que oponérsele una perspectiva social, que importa la necesidad de que, en atención a los demás, la ley pueda como excepción asignarle a la reticencia del sujeto un determinado valor”.-

⁴⁸ Pareja, C. H., *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1939, t. I, p. 374.

⁴⁹ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, t. I, p. 775.

Tanto en el derecho Civil como en el Derecho Administrativo, el silencio constituye inexpresión que no es considerada como manifestación de voluntad, salvo que por ley se establezca un sentido a la actitud silente.-

Entonces, lo establecido en el art. 10 de la ley 19.549 en cuanto interpreta en el orden administrativo nacional al silencio como respuesta negativa, es un caso específico y concreto dentro del deber de expedirse establecido por ley, tal como a modo de excepción lo preceptúa el art. 263 del CCyC. -

Con la salvedad de que en el Derecho Administrativo vista la obligación de la administración de resolver y dar respuesta a los reclamos del administrado, puede este último tanto exigir que la administración se expida, como interpretar el silencio como rechazo para acudir a la vía judicial en procura de su revisión. -

Enseña Juan F. Linares,⁵⁰ que: “En el orden jurídico privado el silencio de un sujeto, frente a la actitud de acción o de omisión de otro, es una circunstancia que puede recibir del juez distintas interpretaciones salvo, claro está, cuando media contrato y se prevea en él, qué efectos tiene el silencio de un contrayente frente a cierta actitud del otro, o cuando medie norma legal expresa que siempre es excepcional. ... No es así en cambio en el orden del derecho administrativo en el que el silencio de la administración, ante un pedimento del administrado, tiene como contenido jurídico inequívoco el carácter de una denegatoria de lo requerido. Así lo determinan normas específicas y aunque éstas no existan, por vía de interpretación se ha llegado a establecérselo”. –

Varía el fundamento de tal idéntica interpretación según el ámbito analizado, puesto que en el Derecho Civil puede encontrárselo en la defensa protectoria de la libertad del ciudadano a callar si no está obligado a expresarse, mientras que en el derecho administrativo el sentido de inexpresión del silencio brinda la seguridad jurídica de no tener por concedido o acordado lo que no ha podido ser debidamente analizado por la administración con lo que si no se expidió bien vale mantener al asunto como no resuelto.-

⁵⁰ Linares, J. F., *El Silencio Administrativo Denegatorio en la Ley 19.549*, Buenos Aires, La Ley 1980-C, p. 768.

En el ámbito civil, Roberto H. Brebbia⁵¹, señala que “se funda en consideraciones que atañen a la seguridad y certeza que deben primar en la vida de relación. Si se tuviera la obligación de contestar todas las preguntas que se formulen o pronunciarse sobre los actos realizados por extraños so pena de que se considere que ha habido asentimiento con el interrogante o conformidad con el acto, sería en verdad arriesgado desplegar cualquier actividad lícita por los compromisos que tácitamente pudieran contraerse en el curso de la jornada sin haberlos en realidad querido”.-

En el ámbito del derecho administrativo, Juan Carlos Cassagne⁵² cita a Fernando Garrido Falla para quien “el silencio positivo es un instrumento peligroso, debido a que, luego de transcurridos los plazos legales, el particular quedaría habilitado para realizar actos sometidos a su control sin que éste se efectivizara”. -

Al respecto señala Budassi Iván⁵³ que el carácter negativo de la interpretación del silencio “se funda en elementales razones de conveniencia práctica y sana administración. Baste pensar las consecuencias que podrá tener un patrón general inverso al establecido en el art. 10 LNPA: se consideraría acogidos favorablemente un sinnúmero de pedidos no analizados por una administración recargada de expedientes y acostumbrada a andar a paso cansino”.-

Hay legislaciones provinciales, como el art. 28 de la LPA de Mendoza (Nº 3909) que establece que el silencio es “tan sólo una conducta inexpresiva administrativa” o el art. 25 de la LPA de Catamarca (Nº 3959) que expresa que “El silencio, de por sí, es tan sólo una conducta administrativa inexpresiva”. –

Si no hay ley que le asigne un significado volvemos a un clásico, Eduardo García de Enterría – Tomás Fernández⁵⁴ para quien “el silencio, en concreto, demuestra “ausencia de toda actividad volitiva de la administración”. -

⁵¹ Brebbia, R. H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, 1979, t. I, pp. 252-253.

⁵² Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 10ª ed. act., La ley, 2012, t. I, p. 621.

⁵³ Budassi, I., “Amparo por Mora”, en *Cassagne Juan Carlos Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II, p. 418.

⁵⁴ García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, p. 601.

Convencido de que *“el silencio, a veces, es más elocuente que todos los discursos”*, quiero finalizar volcando aquí el verso citado por Norberto J. Novellino en la obra referenciada, en cuando señala: *“Busco el silencio al fin de la jornada para atrapar al yo que había perdido y lo vuelvo a encontrar en la llegada de ese alguien que, al fin, me ha comprendido”*. *“Respeto el silencio de los viejos que callan para hablar con la mirada y, en su viaje interior, se van tan lejos que conversan con Dios, sin decir nada”*. -

2. EL SILENCIO DEL CONGRESO ANTE UN DNU

2.A.- Presentación y Relevancia del Problema. -

Ante el dictado de un DNU por parte del Poder Ejecutivo, y remitido dicho instrumento al Poder Legislativo, quiero adentrarme a analizar qué debiera suceder frente al silencio del Congreso.

Cuando digo que debiera suceder, incluyo un análisis respecto de lo que ha dicho la doctrina, lo que han establecido las legislaciones de otros países, lo que establece nuestra CN y la Ley N°26.122, lo que ha establecido nuestro derecho público provincial, lo que ha resuelto la jurisprudencia y en particular, los fundamentos de mi opinión respecto de cuál es el criterio más apropiado a la luz de nuestro sistema constitucional.-

Los mismos son analizados teniendo en cuenta diversas variables, para describir en qué medida tales Provincias siguen los lineamientos establecidos en la CN reformada en el año 1994, y si es necesario modificar el art. 99 inc. 3 de la Constitución y/o la Ley 26.122 a los fines de adecuarla a los parámetros delineados.-

2.B.- Justificación del Estudio de los DNU en el Ámbito Provincial. -

Dentro de los estudios sobre la materia, se encuentra el realizado por **Mario A. R. Midón** en su obra “Decretos de Necesidad y Urgencia”⁵⁵, en el que analiza los temas mencionados en el ámbito de la CN y también en los ordenamientos provinciales. **El autor referido, sostiene una posición contraria al dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia por parte de las Provincias, y afirma que los institutos de emergencia previstos en la CN son exclusivo patrimonio del Gobierno Federal por tratarse de facultades delegadas expresamente por los Estados de la Federación.** Agrega que las razones que determinan al Estado apelar a un instituto de emergencia tienen que ver con cuestiones de alta política, vinculadas inmediatamente con intereses de toda la sociedad, el que como tal no puede deambular en el variado “criterio” de las porciones autonómicas que representan tanto a los gobiernos provinciales como al de la ciudad de Buenos Aires.

Pese al criterio citado, vale reflexionar respecto de que las distintas posiciones a favor o en contra de la potestad de las provincias argentinas, para regular la materia de los

⁵⁵ Midón, M. A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, 2º ed., Hammurabi, 2012, p.306 - 307.

DNU, quedan superadas por **la realidad constitucional que nos marca que las provincias proceden efectivamente a regular el dictado de DNU, con lo que debemos abocarnos a su análisis.** –

Afirma Mario A.R. Midón, que “las provincias que facultan a sus gobernadores a emitir decretos de necesidad y urgencia están incursas en flagrante inconstitucionalidad. Ello, porque alteran la homogeneidad de las formas institucionales que desea prevenir el art. 5, y rompen la igualdad de las provincias, al tiempo que reasumen facultades que en su momento fueron delegadas al gobierno federal”.

Es decir que, remarco que, pese a la postura contraria, esbozada por autorizada doctrina, las provincias han regulado el dictado de DNU, con lo que el interés es describir el modo en el que lo ha hecho. –

En efecto, si conforme al principio de especialidad, los órganos de gobierno pueden hacer aquello que la constitución los autoriza expresamente, y partiendo de la existencia de tal regulación tanto en la CN, como al menos en nueve (9) constituciones provinciales, se trata de una realidad de nuestros sistemas constitucionales. –

El desafío consiste en aportar información al lector interesado en su estudio, para lograr así una fácil y ágil captación en cuanto al modo en el que se ha resuelto respecto de los DNU, el asunto vinculado al trámite posterior ante la legislatura para el caso de silencio de la misma. -

2.C.- Marco Teórico. -

La República Argentina, conforme art. 1 de la CN, ha adoptado la **forma de gobierno republicana**, que implica un sistema político de división y control del poder. Un Poder Legislativo, un Poder Judicial y un Poder Ejecutivo con funciones legislativas, jurisdiccionales y administrativas respectivamente. Ahora bien, tales funciones son las preponderantemente ejercidas, lo que impone reconocer al Poder Ejecutivo su función en general administrativa, aunque también en menor medida cumple las restantes funciones tanto jurisdiccionales como legislativas. Lo mismo acontece con el resto de los poderes, que también ejercen en menor medida el resto de las funciones.

Así, reconocemos que son fuentes del Derecho Administrativo no sólo la Constitución, los Tratados, la Ley del Congreso, sino además “los reglamentos” entendidos como actos administrativos de carácter general emanados del Poder Ejecutivo en ejercicio de esa función legislativa, que le es reconocida en nuestro sistema constitucional.

Siguiendo a **Juan Carlos Cassagne**,⁵⁶ en su trabajo sobre “La configuración de la potestad reglamentaria”, decimos que al hablar de Reglamentos, incluimos a) Reglamentos de Ejecución dictados para facilitar la aplicación de la ley; b) Reglamentos Autónomos en el ámbito de reserva de la administración; c) Reglamentos Delegados previa autorización legislativa por ley formal; y por último d) Reglamentos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo en los casos autorizados por la Constitución.

En relación con estos últimos DNU, y a partir de la doctrina del caso “peralta” la reforma de la CN operada en el año 1994 incluye en el art. 99 inc. 3 de la Constitución, un artículo regulatorio del dictado de este tipo de instrumentos.

En el ámbito nacional, el **art. 99 inc. 3 de la CN**, luego de establecer la regla de que **“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”**, se encarga de establecer una amplia excepción que establece: *“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”*.

El párrafo cuarto del mencionado art. 99 inc. 3 de la CN establece el trámite del DNU, que fuera en el año 2006 reglamentado por Ley N° 26.122 referida a la Comisión Bicameral permanente que regula el trámite y alcance de la intervención del Congreso Nacional, en tratamiento al DNU dictado por el Poder Ejecutivo.

Ahora bien, en las provincias argentinas, se repite similar fenómeno, es decir que han incorporado a sus constituciones normas que contemplan el dictado por parte del Poder

⁵⁶ Cassagne, J. C., *La configuración de la potestad reglamentaria*, Buenos Aires, La ley, 2004, A – 1144.

Ejecutivo Provincial de los llamados DNU, asumiendo cada jurisdicción provincial distintas modalidades en tal regulación, por lo que resulta de interés analizar el modo en el que cada jurisdicción ha tratado tal materia.

A poco que se analice, se observa que no sólo el Estado Nacional ha regulado el dictado de DNU en el art. 99 inc. 3 de la CN y Ley 26.122, sino que lo han hecho la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 91 y 103 de la Constitución), la Provincia de Rio Negro (art. 181 inc. 6 de la Constitución), Salta (art. 145 de la Constitución), Tucumán (art. 101 inc. 2 de la Constitución), Chubut (art. 156 de la Constitución), La Rioja (art. 126 inc. 12 de la Constitución), Santiago del Estero (art. 161 de la Constitución), San Juan (arts. 156 y 157 de la Constitución), Chaco (art. 141 inc. 18 y 142 de la Constitución); mientras que las otras Provincias siguen sin haber regulado este instituto del DNU en sus Constituciones Provinciales, con lo que en ocasión de hacerlo, tendrán una amplia gama de variantes conforme se analizan comparativamente las Constituciones que han incorporado tal previsión normativa. El análisis es además de gran utilidad para las provincias que aún no han incorporado la normativa, puesto que el panorama del derecho público provincial es amplio en su diversidad y brinda a las restantes jurisdicciones diversas variantes que pueden ser adoptadas.

Para el caso de la Provincia de Buenos Aires, **Miguel H. E. Oroz**⁵⁷ en su trabajo “DNU y Decretos delegados en el Ámbito de la Provincia de Buenos Aires”, no obstante insistir en su postura en relación a que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires es jurídicamente inviable, al menos desde el punto de vista teórico, el dictado de actos por parte del órgano ejecutivo, que impliquen la regulación de materia legislativa, culmina admitiendo que de los antecedentes en la Provincia de Buenos Aires (SCBA, causa B-64708 del 01-12-2004, causa Iberargen S.A. c/ Instituto Provincial de Lotería y Casino s/ Amparo) surge no sólo que el Poder Ejecutivo se adentra en zona de reserva del legislador, sino además, que la ley posterior ratificatoria otorga validez retroactiva a todos los actos dictados como consecuencia del mismo.-

⁵⁷ Oroz, M. H. E., *DNU y Decretos delegados en el Ámbito de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Sup. Administrativo, La ley, 2010, p.181.

Esta inquietud moviliza a investigar este aspecto del régimen constitucional de las Provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que redunda en un estudio útil para quien quiera abordar esta temática.

El objetivo es evaluar el modo en que ha sido regulado el silencio, y distinguir lo que ocurre con la validez del DNU en las distintas regulaciones, cuando el Poder Legislativo no expide su aceptación ni su rechazo y además si transcurre el plazo establecido para ello, es decir si se convierte en ley o pierde vigencia.

2.D.- Los DNU en Nuestro Sistema. -

Como se sabe, los DNU fueron proliferando en la práctica de nuestro país, señala **Alberto Ricardo Dalla Vía**⁵⁸ que “Hasta el gobierno de Alfonsín se habían dictado sólo quince (15) decretos de este tipo en toda la historia constitucional argentina. ... El gobierno de Alfonsín (diciembre 1983-julio 1989) emitió diez (10) decretos de necesidad y urgencia. ... Entre julio de 1989 y diciembre de 1993, el presidente Menem dictó 308 decretos de necesidad y urgencia. ... No todos los decretos han sido reconocidos como tales por el Poder Ejecutivo, no obstante, en la actualidad su número supera los seiscientos (600)”. -

Tal como lo reseña **Juan Carlos Cassagne**⁵⁹, “el crecimiento de las funciones del Poder Ejecutivo, operado en la evolución posterior del constitucionalismo, ha provocado el surgimiento de otras formas jurídicas de expresión de la actividad normativa, tales como los reglamentos delegados primero, los llamados reglamentos autónomos después, y finalmente los de necesidad y urgencia, desplazando la vigencia del principio que limitaba la actividad de la administración pública a la ejecución de la ley formal. Desde la óptica realista, **los reglamentos traducen el ejercicio de la actividad legislativa, en cuanto son actos unilaterales de la administración que crean normas jurídicas generales y obligatorias, operando sus efectos en el plano externo a través de la regulación de situaciones impersonales y objetivas**”. En tal sentido refiriéndose a este último de los reglamentos, Cassagne⁶⁰, considera que, “Hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía, especialmente en el campo doctrinario, sobre la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia. Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba

⁵⁸ Dalla Vía, A. R., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2º ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 421.

⁵⁹ Cassagne, J. C., *El Acto Administrativo, Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 147.

⁶⁰ Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 10ª ed. act., La ley, 2012, t. I, p. 155.

por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial, aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/1860, por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de poderes”.-

En relación al número de DNU dictados durante nuestra vida institucional argentina, los registros difieren según los autores que se consulte, algunos le adjudican determinada cantidad de decretos a determinados Presidentes, y otros una suma diferente. Este complejo panorama de análisis resulta aún más arduo por la circunstancia de que los DNU no poseen numeración ni identificación que los diferencie del resto de los Decretos presidenciales, con lo que la búsqueda y hallazgo requiere de una pormenorizada investigación.-

Vale señalar, que en reciente trabajo sobre la temática relacionada con la actividad normativa del poder ejecutivo, obra publicada por Alfonso Santiago⁶¹, contiene interesantes datos recogidos de fuentes oficiales (www.infoleg.gob.ar; www.saij.gob.ar; www.boletinoficial.gob.ar) respecto de que en el período 1983 al 31-12-2018, en la Argentina se dictaron unos 1139 DNU mientras que en ese mismo período, el Congreso Nacional sancionó un total de 4.461 leyes, lo que importa sostener que en esas fechas los DNU dictados representan un 25,5% del total de las leyes sancionadas por el Congreso, 1 DNU por cada 3,9 Leyes y aproximadamente 1 DNU cada 12 días en el período 1983 a dic-2018.-

Ahora bien, es de gran utilidad para el análisis de los DNU dictados en ese espacio temporal del año 1983 al 2018, poder separarlos como se efectúa en el desarrollo de la obra citada ut-supra, en tres períodos claramente diferenciados. Así un primer período que transcurre desde 1983 hasta la reforma constitucional de 1994; un segundo período que va desde la reforma constitucional de 1994 hasta la sanción de la Ley 26.122 (BO 28-07-2006) reglamentaria del dictado de los DNU en la República Argentina y en particular de la Comisión Bicameral Permanente; y un tercer período que va desde el año 2006 (Ley 26.122) hasta el 31-12-2018 como fecha de recolección de los últimos datos.-

⁶¹ Santiago, Alfonso - Castro Videla – Santiago, M., *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019.

En el primer período (1983-1994) se dictaron 464 DNU; sumando los 15 dictados por Raúl Alfonsín (dic-1983 a julio-1989) y los 449 dictados por Carlos Menem julio-1989-reforma constitucional de 1994).

En el segundo período (1994-2006) se dictaron 501 DNU; sumando los 101 de Carlos Menem (desde reforma de 1994-dic-1999), 51 de Fernando de La Rúa (dic-1999 a dic-2001), 6 de Rodríguez Saa (dic-2001 a dic-2001), 152 de Eduardo Duhalde (enero-2002 a mayo-2003), 191 de Néstor Kirchner (mayo-2003 hasta la ley 26.122 de julio-2006).-

En el tercer período (2006-2018) se dictaron 174 DNU, sumando los 46 de Néstor Kirchner (ley 26.122 de Julio-2006 a dic-2007), 81 de Cristina Fernández de Kirchner (dic-2007 a dic-2015), 47 de Mauricio Macri (dic-2015 a dic-2018).-

Los tres (3) períodos antes señalados, tienen una duración temporal similar de poco más de 10 años cada cual, lo que permite comparar y determinar que la sanción de la Ley 26.122 marca el inicio de un período de tiempo en el que disminuyó el dictado de los DNU, a casi un tercio del período anterior, en particular, la cantidad total de DNU dictados en el tercer período (2006-2018) representa un 34,6% de DNU dictado respecto del período segundo (1994-2006), o dicho de otro modo, se ha reducido en un 65 % la cantidad de dichos instrumentos en el último período considerado.-

2.E.- División de Funciones Atribuidas a los Poderes del Estado. -

Resulta de utilidad repasar la opinión de **Gastón Jéze**⁶², relacionada con la técnica jurídica del derecho público Francés, quien en esa época señala que: “El acto legislativo o reglamentario se caracteriza porque organiza, crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva; crea, organiza un poder jurídico impersonal, objetivo; contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica. **Toda manifestación de voluntad que, en ejercicio de un poder legal, crea u organiza una situación jurídica general, impersonal y objetiva, es una ley, un acto legislativo.** Poco importa la calidad del autor del acto, no interesando tampoco sus formas y el procedimiento seguido para realizarlo”. “En todos estos casos, cualquiera sea la calidad del autor del acto, las formas seguidas y el nombre dado al acto jurídico, hallamos siempre como efecto jurídico querido la creación de una situación jurídica

⁶² Jéze, G., *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. I, pp. 33-35.

general, impersonal, objetiva. Ello es necesario para que exista acto legislativo en el sentido material, pero esto basta. La identidad de naturaleza jurídica entre la ley y el reglamento determina consecuentemente la identidad del régimen jurídico aplicable a ambos: en principio, el mismo régimen jurídico rige la ley y el reglamento. Excepcionalmente, la calidad del autor del acto puede ejercer influencia sobre el régimen jurídico, pero esto, repetimos, es excepcional. Así **en Francia, es norma que las manifestaciones de voluntad de las Cámaras escapan absolutamente al control de los tribunales**". "De ahí resulta una diferencia en el régimen jurídico de la ley y del reglamento. **La ley propiamente dicha escapa en Francia a todo control jurisdiccional, no en razón de su naturaleza jurídica, sino en razón de la calidad del autor de la ley: el Parlamento. Como esta razón política no juega para los reglamentos, en Francia, sea ellos cuales fueren, están sometidos al control jurisdiccional**". Luego, amplía el mismo concepto diciendo que: "El reglamento difiere de la ley propiamente dicha, no por su contenido jurídico, sino por su forma, por la autoridad de la que él emana. Una regla general sancionada por las Cámaras legislativas es una ley propiamente dicha; la misma regla general, formulada por otra autoridad pública, es un reglamento. Ya hemos visto que las razones que han hecho descartar el control jurisdiccional de las leyes son de orden político, y no jurídico; estas razones políticas no existen para el reglamento, que se halla, pues, plenamente sometido al control jurisdiccional".

Este análisis resulta de utilidad pese al tiempo transcurrido desde aquellos principios vigentes en Francia, aunque el tiempo ha madurado la organización del Estado, aconsejando la delimitación de funciones atribuidas a los poderes del Estado, como un modo de lograr limitar la posibilidad de excesos por parte de quienes ocupan tales cargos. -

Charles Louis Montesquieu⁶³ supo expresar que: "nos ha enseñado una experiencia eterna, que **todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación**". Y por ello en su opinión la salvaguardia de la libertad de los ciudadanos, como la experiencia inglesa demostraba, quedaría idóneamente organizada por la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y por la existencia de frenos y contrapesos entre esos poderes. -

⁶³ Montesquieu, C. L., *Del Espíritu de las Leyes*, Buenos Aires, Claridad, 1971, t. XI, cap. II, p. 186.

Al respecto enseña **René M. Goane**⁶⁴ que “De allí que las constituciones, imbuidas por tales ideas, organizaron al moderno estado de derecho sobre la tripartición de “poderes” (en puridad, órganos), con la asignación parcialmente promiscua de actividades formalmente legislativas, administrativas y jurisdiccionales. De esta manera, a la par que se evitaba la concentración de todo el poder político en un único órgano estatal, se establecía, en la clásica tríada, un contralor recíproco. **Esta tripartición orgánica sin la correlación atributiva, con carácter exclusivo**, de las pertinentes actividades (*“Poder” Legislativo: actividad legislativa; “Poder” Ejecutivo: actividad administrativa; “Poder Judicial”: actividad jurisdiccional*) determinó, para la doctrina la dificultad para solucionar el problema de una satisfactoria definición esencial de las actividades jurígenas del Estado”. -

Luego, analizando la doctrina de Miguel S. Marienhoff, el autor René M. Goane⁶⁵ destaca que: “Por lo tanto, nada obsta que, con arreglo a la Constitución, **cada uno de los órganos supremos ejercite predominantemente una de las funciones, sin perjuicio de que se le asigne una porción de las restantes**. Así la función administrativa compete principalmente al órgano Ejecutivo, pero también podemos encontrarla en los otros dos órganos. Análogamente, respecto a las funciones legislativa y jurisdiccional, primordialmente, aunque no exclusivamente, atribuidas a los órganos legislativo y judicial, respectivamente. **El reparto promiscuo no altera la índole sustancial de la pertinente actividad; tampoco muta al régimen jurídico aplicable**”. -

Juan Carlos Cassagne⁶⁶ señala en ese sentido que: “Si se parte de la adopción del criterio material para realizar el deslinde de las funciones estatales y se abandona correlativamente el elemento orgánico o formal como nota distintiva de la pertinente actividad, el reconocimiento del ejercicio de las funciones legislativa y jurisdiccional (en sentido material) por órganos de la Administración Pública resulta una obligada consecuencia”. -

Analizando la doctrina de Agustín Gordillo, señala el mismo René M. Goane que: “Sin embargo, advierte que con arreglo al reparto de competencias instituido por la

⁶⁴ Goane, René M., *Estudios de Derecho Público*, San Miguel de Tucumán, Bibliotex, 2015, p.55.

⁶⁵ Goane, R., *Estudios de Derecho Público*, San Miguel de Tucumán, Bibliotex, 2015, p.59.

⁶⁶ Cassagne, J. C., *Los grandes principios del derecho público, Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2015, p. 123.

Constitución, aquel principio presupuesto no ha sido receptado, por cuanto encontramos actos materialmente legislativos –reglamentos- en los órganos ejecutivo y judicial; actos materialmente jurisdiccionales –decisión de un recurso jerárquico, juicio político- en los órganos ejecutivo y legislativo; finalmente, actos materialmente administrativos – nombramiento de empleados, contrataciones, etc- en los órganos legislativo y judicial”. Y luego cita textualmente a Agustín Gordillo (Tomo VII-2), en el sentido de que cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde, y que por lo tanto **la separación de sus funciones en cuanto atribución de éstas a órganos diferenciados, se realiza tan sólo imperfectamente**”. -

Nos enseña **Juan Vicente Sola**⁶⁷, que: “El régimen presidencial es el arquetipo del sistema de división de poderes. Tuvo su origen y desarrollo en los Estados Unidos, de donde surgió como paradigma para incorporarse al derecho constitucional argentino. Se trata de un sistema de separación de poderes y de frenos y contrapesos. De esta manera, cada una de las funciones de gobierno -la ejecutiva, la legislativa y la judicial- debe ser realizada por órganos independientes con un control mutuo. Esta idea fue producto de la racionalización del gobierno en el siglo XVIII y, juntamente con el control judicial, la principal contribución norteamericana a la doctrina política. Hasta ese momento, en todo el derecho medieval y moderno se asociaba la función de gobierno con la unidad de poder, el paradigma de la soberanía de Bodín. **Si bien la división de poderes tiene un fundamento en la obra de Montesquieu**⁶⁸, **su definición aparece en la obra del Constituyente de Filadelfia y su difusión en los Papeles Federalistas, la obra de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay**”. -

Así, se nos enseñó que, en lugar de concentrar la autoridad en una institución, pensaron en dispersarla en tres ramas independientes de gobierno, concediendo a quienes encabezaran cada uno de esos poderes los medios constitucionales y motivos personales necesarios para resistir las usurpaciones de los otros. -

Se analiza entonces que **el sistema de frenos y contrapesos limitaba el autoritarismo**. El establecimiento de un equilibrio entre quienes ejercían el poder, de tal

⁶⁷ Sola, J.V., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 654-655.

⁶⁸ Montesquieu, C. L., *Del Espíritu de las Leyes*, Buenos Aires, Losada, 2007, Libro XI - Cap. 6, p.205 ss.

manera que si una rama de gobierno era muy potente las demás se coaligarían para evitar el abuso, es un mecanismo que ha permitido a esa Constitución sobrevivir hasta el presente. -

Sigue Juan Vicente Sola, señalando que: “Al mismo tiempo del desarrollo del sistema presidencial apareció el predominio de otro poder que consolidó el sistema de frenos y contrapeso: **la creación del control judicial de constitucionalidad por el fallo “Marbury v. Madison” de la Corte Suprema**”.

De allí entonces que fruto de esa división de poderes, siguiendo a **Roberto Dromi**⁶⁹ podemos decir que, “**El principio es que le está prohibido al Poder Ejecutivo bajo pena de nulidad absoluta e insanable, ejercer funciones de carácter legislativo.** Así como le está prohibido por el art. 109 dictar sentencia, por los arts. 76 y 99 inc. 3 se le prohíbe dictar ley. Estos dos recaudos constitucionales están asegurando la absoluta independencia de los poderes y también vedando la invasión de competencias”. -

En esa línea el 04-DIC-1863 en “Ríos Ramón (alias Corro)”, sostuvo la CSJN⁷⁰: “Que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que **las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas**, pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno”.-

Este último criterio de la CSJN en el que define a las competencias y atribuciones de los poderes como “exclusivas” fue luego reiterado textualmente en el año 2015, en autos “Provincia de Catamarca c/Provincia de Salta” (considerando 24) fallos 338:1060, y al igual la cita se reproduce en el año 2016 en autos “Centro de Estudios para la promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/Ministerio de Energía y Minería” (considerando 26) fallos 339:1077.

⁶⁹ Dromi, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 7° ed., 1998, p. 324.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos, “Ríos, Ramón (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos”, Fallo 1:32, considerando 2, Buenos Aires, 04-12-1863.

Tal como cita J.A. **González Calderón**⁷¹, “El principio esencial de la división, independencia y coordinación de los poderes gubernamentales entraña necesariamente esa consecuencia. Porque, bien decía el informe de la comisión examinadora de 1860: “los poderes han sido instituidos para garantizar la libertad, y para que su acción sea eficaz es indispensable que tengan los medios de influir sobre los hombres y las cosas, **moviéndose dentro de las órbitas trazadas por ley. Trazar bien esas órbitas de acción, de modo que los poderes y todos los intereses sociales se muevan armoniosamente como las esferas siderales**, sin chocarse entre sí, esto es constituir gobierno. El problema del gobierno consiste, pues, en dejar moverse libremente a los poderes públicos y a los intereses sociales dentro de las órbitas que le son propias, dejándoles dilatarse tanto cuanto sea conveniente y necesario, sin pretender subordinar las leyes morales a las leyes mecánicas del equilibrio”. –

Tal como lo ha sostenido la CSJN⁷², “Acontecimientos extraordinarios reclaman remedios también extraordinarios”, con lo que partimos entonces por afirmar que la facultad para el dictado de DNU por parte del Poder Ejecutivo, es una excepción especialísima al principio de división de poderes. -

2.F.- La Cuestión del Silencio Frente al Dictado de un DNU. -

Conforme **Daniel Sabsay – Manili Pablo**⁷³, “Los reglamentos de necesidad y urgencia son actos de sustancia legislativa, que contienen normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias de competencia legislativa pero que, a diferencia de los reglamentos delegados, no vienen precedidos de una habilitación expresa del Congreso, sino que **traducen la asunción por parte del Poder Ejecutivo de facultades legislativas por razones de urgencia**”.-

El caso de los Reglamentos de Necesidad y Urgencia, es un “caso paradigmático” tal como lo expresa Alberto Ricardo **Dalla Via**⁷⁴, ya que: “la mayoría de la doctrina constitucional consideraba inválidos mientras que la doctrina de los administrativistas entendía procedente en casos limitados siempre que hubiera una ratificación legislativa

⁷¹ González Calderón, J.A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 2º ed., 1958, p. 491.

⁷² Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos, “*Perón Juan Domingo*”, Fallos 238:76, Buenos Aires, 21-06-1957.

⁷³ Sabsay, D., Manili, P., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, t. 4, p. 160.

⁷⁴ Dalla Vía, A. R., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot. 2º ed., 2009, p. 421.

inmediata, en cuyo caso contrario se considerarían inválidos”. Luego, con mayor claridad expresa que: “La Constitución establece que **no puede haber ratificación tácita por lo que se requiere el ejercicio de una voluntad expresa por el Legislativo**”. Este razonamiento es anterior a la ley 26.122, por ello luego agrega, que “Este procedimiento debería regularse expresamente por una ley que aún no ha sido dictada”. Conforme **Alberdi**⁷⁵: “Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible pero dádselo por medio de una constitución”, es por ello que dado que la CN habilita el dictado de DNU por el Poder Ejecutivo, es interesante ingresar al análisis del supuesto de silencio del congreso frente al dictado de un DNU, y si acaso no es la mejor solución para el caso otorgar al Congreso un plazo determinado para que se expida al respecto dando al silencio valor de rechazo ficto o tácito, y como ello se adecúa a la interpretación del art. 82 de la CN.-

Al respecto, **Gregorio Badeni**⁷⁶ expresa que: “El decreto de necesidad y urgencia tiene aplicación inmediata una vez publicado. Cabe la posibilidad de que la demora en que incurra el Congreso en su consideración, o su falta de tratamiento, susciten dudas sobre la vigencia temporal del decreto. Entendemos que la solución, por vía analógica, es la que prevé la Disposición Transitoria 8 que, con referencia a los casos de delegación legislativa (art 76 CN), le asigna una validez de cinco años a menos que el congreso lo ratifique expresamente. Por otra parte, una vez que funcione la Comisión Bicameral Permanente, consideramos que su despacho propiciando la derogación del decreto, podría determinar la suspensión hasta tanto no sea convalidado por ley del Congreso. Esto como consecuencia de la interpretación restrictiva que se impone frente a esta excepción al principio general de la división de los poderes. **En todos los casos, la falta de tratamiento del decreto por el Congreso o su demora en hacerlo, jamás podrá ser interpretada como una aceptación o sanción ficta.** Sobre el particular, el art. 82 de la Constitución dispone categóricamente que “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. -

⁷⁵ Alberdi, J. B., *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 5º ed. 1998, Cap. XXV, p. 136.

⁷⁶ Badeni, G., *Tratado Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2ª ed. La Ley, 2006, t. II, p. 1722.

Germán J. **Bidart Campos**⁷⁷, afirma que “Nos parece que queda suficientemente esclarecido que la ley reglamentaria del trámite y los alcances de la intervención final del congreso **nunca puede establecer que el silencio del mismo significa aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia**, ya que el art. 82 contiene una norma, que reputamos general para todos los casos y para cualquiera, conforme al cual la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, agregando para disipar cualquier duda que “se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. Luego, agrega el autor citado que, **“Y si, finalmente, el congreso no asumiera el tratamiento del decreto, y ni lo rechazara ni lo convirtiera en ley, esta última omisión debería equipararse al rechazo, con el efecto de que el decreto quedaría derogado”**. Agrega Germán Bidart Campos ⁷⁸, que: “Cuando el Decreto llega al Congreso, es absolutamente imposible que el silencio de sus Cámaras signifique aprobación, y por ende, mantenimiento de su vigencia; por ende, la ley reglamentaria a dictarse no puede establecer para este caso específico una aprobación tácita, porque de hacerlo violaría ostensiblemente el art. 82. A la inversa, **como lo vedado es la aprobación tácita, estamos seguros de que el rechazo tácito se ha de considerar implícito y válido, por manera que si el decreto de necesidad y urgencia no recibe sanción expresa, debe reputarse desechado**. Lo importante es que para la aprobación explícita se fije un plazo razonablemente breve”. -

Efectúa **Carlos F. Balbín**⁷⁹ una importante distinción, a saber: “Primero, **distingamos entre los diferentes modos de expresión de las decisiones en el plano abstracto, a saber, el carácter expreso, implícito o presunto**. El pronunciamiento expreso ocurre cuando el legislador se expide en modo claro y directo; mientras que el juicio tácito consiste en expresiones indirectas e implícitas, en cuyo caso sólo es posible discernir la voluntad estatal a través de las inferencias desde otros actos normativos expresos. Por ejemplo, si el Congreso aprueba una ley y cita entre sus fundamentos el decreto de carácter legislativo, es evidente que implícitamente convalidó este último acto. Otro supuesto de aprobación tácita ocurre cuando el Congreso deroga el decreto legislativo y esto supone reconocer que el acto estuvo vigente. Claro que distinto es el caso de rechazo del decreto

⁷⁷ Bidart Campos, G. J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2005, t. II-B, pp. 306-312.

⁷⁸ Bidart Campos, G., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2001, t.3 p. 255.

⁷⁹ Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. I, pp. 738-739.

porque aquí el legislador no reconoce su validez. Por su parte, el juicio presunto tiene lugar cuando el silencio es interpretado en sí mismo como acto de convalidación. En tal caso, no existe expresión de voluntad estatal, sino que el legislador simplemente omite expresarse y el silencio es interpretado como ratificación del acto normativo. Así, el operador debe distinguir entre tres supuestos diferentes. La aprobación expresa, esto es, si el Legislador claramente ratificó el decreto dictado por el Ejecutivo; la aprobación implícita, es decir si el legislador aprobó indirectamente el decreto, por caso, a través de fundamentos de cualquier proyecto de ley; y, por último, la aprobación de orden presunto que ocurre cuando el legislador simplemente guardó silencio y se le reconoce efectos positivos de convalidación del acto normativo”. -

María Angélica Gelli⁸⁰, razona en el sentido de que: “Finalmente, **el silencio de las Cámaras en un plazo que se fijará breve, o el rechazo de alguna de ellas, implicará la caducidad del decreto.** Como ya se dijo, el silencio del congreso no posee efecto convalidatorio. Ello así, pues es el criterio de la Constitución acerca del proceso de sanción de leyes y, aunque en el caso de los decretos de urgencia se trata de una atribución de control por parte del congreso, lo es en el proceso de convalidación de normas con efecto legal”.

Miguel Angel Ekmekdjian⁸¹ razona “Entonces ¿Qué pasa si el congreso no se pronuncia ratificando o revocando el decreto-ley?, ¿Qué pasa si el Congreso, como es su costumbre, guarda silencio pese a tan imperativas normas? El texto constitucional nada dice, sino que lo delega a una ley reglamentaria, la que, pese al tiempo transcurrido desde la reforma, aún no ha sido dictada. En otras palabras, se deja sin definir un tema clave como es el de los efectos del silencio del congreso, tema éste que puede ser modificado periódicamente conforme a las mayorías que se tenga en cada Cámara”. Luego en la obra citada, aclara que: “... ante la realidad abrumadora de los decretos-leyes es más adecuada la tesis de Quiroga Lavié y Alejandro Pérez Hualde, en el sentido de que **si el Congreso mantiene silencio respecto a un decreto-ley, corresponde la declaración de nulidad de la norma, atento a lo dispuesto por el art. 82 de la Constitución Nacional.** Esto es, si el silencio persiste más allá del plazo de diez días de haber sido elevado al plenario de cada Cámara el decreto-ley se debería considerar rechazado, por aplicación directa del mencionado art. 82 de la Constitución

⁸⁰ Gelli, M., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, p. 369.

⁸¹ Ekmekdjian, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma. 1999, t. V, pp. 93-94.

Nacional. **Se trataría de un típico caso de inconstitucionalidad por omisión, atacable, por la vía de la acción de amparo, siempre que se pueda demostrar los recaudos del art. 43”.**

En efecto, **Humberto Quiroga Lavie**⁸² señala que: “La Constitución no fija plazo para que el congreso se expida sobre la validez o no del decreto. La constitución dispone que una ley especial regulará “el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. Ya hemos adelantado que dicha ley no ha sido dictada aún, circunstancia que abre la polémica sobre si el silencio legislativo implica una vía libre al accionar del ejecutivo, o un impedimento de hacer uso de esta potestad en razón de que a falta de control no resulta republicano el ejercicio de potestades legislativas por parte del Ejecutivo: tesis de Bidart Campos y del Defensor del Pueblo Maiorano que compartimos. ... No podemos olvidar la plena vigencia del art. 82 de la Constitución que establece la prohibición de la sanción tácita o ficta de las leyes. De este modo, **si el Congreso guarda silencio frente a una toma de conocimiento de que el Presidente ha legislado por decreto, dicha omisión habilita el control judicial de la omisión legislativa y la correspondiente nulificación de la medida.** En cuanto a los efectos de un decreto de necesidad y urgencia que no obtenga ratificación legislativa, la doctrina correcta es que, si bien él debe valer en relación con los derechos adquiridos en el tránsito de su nulificación, dicha pretensión no podrá ser esgrimida si la nulificación se hubiera debido a que el decreto hubiera versado sobre materia prohibida bajo pena de nulidad absoluta. Nadie puede pretender buena fe en estos casos”.

En obra colectiva **Humberto Quiroga Lavié, Miguel Ángel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya**⁸³, señalan: “Efectos del control del Congreso: Ya señalamos que éstos decretos tienen fuerza provisoria al estar sujetos a revisión por parte del Congreso, quien debe pronunciarse expresamente (la norma dice expreso tratamiento) por la ratificación o por el rechazo de la medida, lo que se refuerza con el art. 82 que dispone que está excluida “la sanción ficta o tácita”. Esto significa que **la ausencia de pronunciamiento por el Congreso debe interpretarse como rechazo implícito, habida cuenta de que la norma recién citada sólo se refiere a la sanción como aprobación tácita o ficta. Entonces, el efecto del silencio (retardo u omisión) del Legislativo es negativo y nunca positivo o generador de efectos**

⁸² Quiroga Lavie, H., *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860*, Joaquín V. González actualizado por Humberto Quiroga Lavie, Buenos Aires, La ley, 2001, pp. 520-521.

⁸³ Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2009, t. II, p. 1195.

convalidantes (tesis llamada de la caducidad”. Luego agrega: ... “La última parte de la cláusula establece que la ley especial regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso. Respecto a esto último se refiere a los efectos del control congresional, lo que nunca podrá modificar lo establecido por la propia Constitución que prohíbe la sanción ficta (art. 82 CN). **De modo que no podrá la ley disponer que el no tratamiento expreso en tantos días por parte de las Cámaras tiene por efecto la ratificación del decreto sujeto a control.”-**

Así, Alejandro **Pérez Hualde**⁸⁴, afirma que: “Si el poder legislativo no se pronuncia en su primera reunión con quórum posterior a la crisis, ya sea que haya sido convocado o se haya autoconvocado, **si no se pronuncia en forma expresa ratificando el decreto-ley, éste habrá caducado automáticamente**”.

Carlos F. Balbín⁸⁵, al respecto considera que: “En este marco, **entendemos que el texto constitucional, en su art. 99 inc. 3, debe interpretarse a la luz del fin que persiguió el convencional e integrarse con el art. 82 de la Constitución Nacional. Es decir, el convencional con el propósito de limitar los poderes legislativos del presidente rechazó el acuerdo tácito -silencio- del legislativo**. Por su parte, la ley N° 26.122 dice que las Cámaras deben darle “inmediato y expreso tratamiento” (art. 21), y que “el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso, conforme lo establecido en el art. 82 de la Constitución Nacional (art. 22). **De modo que el texto legislativo rechazó, en principio, el acuerdo ficto del decreto, exigiendo el dictado de sendas resoluciones. De todas maneras, cabe advertir que el legislador también prohibió el rechazo ficto por el transcurso del tiempo – cuestión más controversial-**”. Luego Carlos Balbín agrega que: “El silencio del cuerpo legislativo no puede interpretarse, en principio y por mandato constitucional, como expresión de su voluntad. El Congreso debe expedirse en términos expresos. Sin embargo, también es cierto que el régimen constitucional sobre la formación y sanción de las leyes, y en este contexto el art. 82 de la Constitución Nacional, no es aplicable directamente sobre el trámite de los decretos de necesidad, debemos aplicar el mandato prohibitivo sobre el acuerdo tácito, pero no así el rechazo tácito. Por eso el legislador puede fijar un plazo para que el congreso se

⁸⁴ Pérez Hualde, A., *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires-, Depalma, 1995, p. 245.

⁸⁵ Balbín, C. F. “Los Decretos Reglamentarios y de Necesidad y de Urgencia” en *Constitución de la Nación Argentina*, Dir. Daniel A. Sabsay – Coord. Pablo L. Manili, Buenos Aires. Hammurabi, 2010, t.4, pp. 170-171.

expida sobre la validez de los decretos legislativos, y si no cumple con ese plazo, interpretar el silencio como rechazo tácito del decreto. **En síntesis, el acuerdo tácito está prohibido, pero el rechazo tácito del decreto puede estar permitido o prohibido por el legislador, y ello es o no constitucional según cómo estén regulados los otros aspectos del régimen jurídico de los decretos de necesidad**". -

Amplía esta misma posición Carlos F. Balbín⁸⁶, en relación a que el plazo del trámite del DNU ante el Congreso no puede exceder el período anual de sesiones ordinarias en el que fue dictado, y en caso de imposibilidad material de tratamiento, en el período siguiente al del dictado del decreto, aclarando que: “Ello es así, toda vez que **el estado excepcional que impidió seguir el trámite para la sanción de las leyes se refiere al período anual de sesiones ordinarias que, a lo sumo, puede extenderse al año siguiente**. Sin perjuicio del plazo de validez del acto normativo, subsisten las consecuencias de las situaciones jurídicas que nacieron, se modificaron o extinguieron bajo el amparo de aquel. **En efecto, el decreto no puede, en ningún caso, regular las situaciones jurídicas del período posterior al tiempo en que el Congreso debió expedirse sobre su validez. ¿Por qué? Porque transcurrió el período legislativo completo en el que el legislador pudo tratar el proyecto de ley sobre el asunto respectivo por el trámite ordinario**. En conclusión, los decretos que no tuvieron tratamiento por el Congreso dentro de las sesiones ordinarias en que fueron dictados, salvo claro los decretos dictados luego de concluido el período de sesiones ordinarias, deben ser rechazados. Por último, si el Poder Ejecutivo dictó un decreto de necesidad durante el receso del Congreso, debe convocar a sesiones extraordinarias, sin perjuicio del dictamen de la Comisión Permanente”.

Es que tal como lo resume **Bartolomé E. Frallicciardi**⁸⁷, “Los decretos de necesidad y urgencia, ahora regulados por el art. 99 inc. 3, C.N., constituyen una potestad completamente excepcional del Poder Ejecutivo mediante el cual éste se convierte en legislador. ... Pero, sin dudas, la mayor notoriedad en el tema la adquirió el dictado del Decreto 36/90 que generó, en la órbita de la justicia, el caso “Peralta, Luis y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía, Banco Central – CSJN 27-12-90, Fallos 313:1513), el que sentó el precedente de mayor importancia en cuanto admitió la aprobación ficta del Congreso,

⁸⁶ Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1ª ed. La Ley, 2011, t. I, pp. 745-746.

⁸⁷ Frallicciardi, B. E., *Teoría de la Organización y Administración Pública*, Cathedra Jurídica, 2016, pp. 94-95.

criterio que reiteró al resolver sobre el decreto de privatización de los aeropuertos (decreto 375/97). Es oportuno señalar, en tal sentido, que **la sanción tácita o ficta fue definitivamente prohibida con la redacción del art. 82 del nuevo texto constitucional luego de la reforma de 1994**”. –

Sostiene **Susana G. Cayuso**⁸⁸, que si bien expresamente se consigna en la reglamentación que el rechazo de ambas Cámaras implica la derogación, implícitamente se está disponiendo que si no hubiera coincidencia el decreto mantiene su vigencia por la sola voluntad de una de las Cámaras. **Tal resultado** –agrega la autora- **es manifiestamente contrario al sistema constitucional ya que el aval a las facultades del Ejecutivo debería traducirse en la voluntad concurrente de ambas Cámaras** mediante la implementación de los votos de mayoría y minoría a través del juego de Cámara iniciadora y revisora. -

En similar postura, **Fernando García Pullés**⁸⁹, cita a García Sanz Agustín A.M. “Libertad y Reglamentarismo” LL-2010-F, en los siguientes términos: “En igual sentido, se ha sostenido que, en realidad, **se debería requerir para el mantenimiento de la vigencia de los decretos**, más allá del plazo para su tratamiento, **la aprobación expresa por ambas Cámaras** ya que resultaría inadmisibles que el Poder Ejecutivo pudiera obtener con el voto afirmativo de una sola Cámara lo que el propio Congreso no puede lograr por iniciativa propia, siendo el titular de la función legislativa. Así, el primer rechazo recibido de cualquiera de las Cámaras, debería ser suficiente para hacer cesar la vigencia del decreto”. -

En igual sentido, **Javier Indalecio Barraza**⁹⁰, afirma que: “**En cuanto a este tipo de reglamentos, se prohíbe la ratificación tácita**, pues se impone que el Congreso Nacional se expida, por si o por no, pero que diga si el Decreto de Necesidad y Urgencia es válido o no”. “... El hecho de que no se haya creado tal comisión, impone que se eleve dicho Decreto de Necesidad y Urgencia para el tratamiento en el plenario de cada Cámara, y aquí el Congreso debe expedirse expresamente, admitiendo o rechazando este Decreto de Necesidad y Urgencia. **No hay posibilidad alguna de admitir una actitud silente por parte del Congreso**”. -

⁸⁸ Cayuso, S. G., *La Delegación Legislativa, los Decretos de Necesidad y Urgencia la Promulgación Parcial. Control Político Real o Aparente*, LL 2006-D-1435.

⁸⁹ García Pullés, F., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 219.

⁹⁰ Barraza, J.I., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 373.

En opinión de **Juan Vicente Sola**⁹¹, señala que: “El procedimiento para su ratificación es el siguiente: dictado el decreto de necesidad y urgencia aquel deberá poner el decreto a consideración de la Comisión Bicameral permanente prevista en el texto constitucional dentro de los diez días de haber sido emitido. Dicha comisión tendrá diez días para elevar su despacho al plenario de cada Cámara para que el decreto sea tratado por las Cámaras”. Esta norma debe ser integrada con aquella que dice que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, excluyendo así la sanción ficta o tácita, so pena de nulidad absoluta. La Constitución, dispone que una ley especial sancionada con mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso,” lo **cual no quiere significar que se podría disponer por ley la aprobación tácita de un decreto de necesidad y urgencia, pues si los convencionales hubiera querido incorporar la sanción ficta lo hubieran incluido en el texto constitucional**”. Y a renglón seguido agrega: “... **La ley nunca podrá disponer que a través del silencio se pueda convertir un decreto en un acto jurídico constitucional del Congreso**. Si el Congreso no trata un decreto de necesidad y urgencia en el sentido de que dicho acto legislativo no merezca ni aprobación ni rechazo por parte del legislador, **significa que la Constitución considera que el decreto se ha rechazado en forma ficta, este es así porque la aprobación ficta si está prohibida expresamente, más sobre el rechazo ficto la constitución guarda silencio**”. El mismo Juan Vicente Sola ⁹² en su Tratado de Derecho Constitucional refuerza su postura diciendo textualmente que: “**Está además prohibida en la Constitución Nacional la aprobación tácita de esos decretos, y en forma correspondiente dispuesta la deslegalización ficta si no existe resolución legislativa expresa**”. -

Véase lo expresado por **Roberto Dromi**⁹³ quien concluye en que “El jefe de gabinete es el responsable personal para someter esta medida a la consideración de la Comisión bicameral permanente. Ella deberá elevar un informe dentro de los diez días para su expreso tratamiento por el Congreso de la Nación. **Vale decir que, congruente con lo establecido en el art. 82 de la Constitución, no cabría una aprobación o rechazo tácito**. El Congreso

⁹¹ Sola, J.V., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, p. 817.

⁹² Sola, J. V., *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, t. III, p. 661.

⁹³ Dromi, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 7° ed., 1998, p. 325.

podrá rechazarlo o aprobarlo libremente sin ningún impedimento, ... Este tema hace sin duda al control o fiscalización del Legislativo sobre el Ejecutivo.” -

Julio Rodolfo Comadira⁹⁴, expresa al respecto que: “Nada se dice respecto del silencio de la comisión o de las Cámaras. ¿Cuál habrá de ser, entonces, el efecto atribuible al silencio congresual? **En nuestra opinión, es discutible la generalización de la solución que consagra el art. 82, CN** -que exige la manifestación expresa de voluntad de las cámaras, excluyendo, en todos los casos, la voluntad tácita o ficta-, **porque ella está referida, y fue, en realidad, pensada para los casos de leyes de urgencia (en definitiva, no aceptadas) y para las relaciones de las cámaras entre sí. Su ubicación sistemática también evidencia que está referido al trámite de formación y sanción de las leyes.** Existen, asimismo, otras disposiciones constitucionales que bien podrían ser invocadas para sostener una conclusión distinta o, en todo caso, para propiciar su aprobación ficta provisional. Así, el art. 80, primera parte, sigue estableciendo que se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Si el silencio es de efectos positivos cuando el Poder Ejecutivo no se pronuncia respecto de la actuación del Congreso, ¿por qué no podría asignarse, paralelamente, igual consecuencia al caso inverso? Téngase en cuenta, por lo demás, que, si bien esta cláusula está contenida en el capítulo relativo a la formación y sanción de leyes, su objeto se refiere, a diferencia del art. 82, a las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, y no a vínculos intralegislativos, es decir, de cámaras entre sí. Podrá, quizá, argumentarse que en el caso del decreto de necesidad y urgencia se trata de una competencia propia del Congreso, ejercida, excepcionalmente, por el Poder Ejecutivo. Empero, la promulgación es también una competencia propia de ese poder. Y el dictado del decreto no deja de ser una competencia, también propia del Ejecutivo, al menos inicialmente. Por lo demás, ¿Por qué no propiciar, justamente en razón de la dejación de su propia competencia por el Congreso, derivada de la inacción, una respuesta estimulante de la dinámica legislativa? ¿No es ésta, acaso, la solución que procede frente al silencio congresual respecto del estado de sitio declarado durante su receso por el Poder Ejecutivo? Cabe recordar que, en este tema, se ha llegado a sostener, incluso, que la potestad congresual no incluye la “desaprobación” del estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo, limitándose a la posibilidad de suspenderlo y “nada más”. Y en todo caso, ¿no sería posible interpretar el

⁹⁴ Comadira, J. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 67.

silencio como una aprobación ficta provisional del decreto hasta tanto el Congreso se pronuncie expresamente, o concluya el lapso de sesiones extraordinarias durante el que se dictó el decreto, o el tiempo de extraordinarias para que éste hubiera sido convocado? ¿No sería esta respuesta coherente con el criterio constitucional de asignar validez hasta el fin de la próxima legislatura, a los nombramientos que, requiriendo acuerdo del Senado, son efectuados por el Poder Ejecutivo, por sí sólo, durante el receso de aquel?”. -

Y concluye diciendo **Julio Rodolfo Comadira**⁹⁵ que: “**No existe argumento terminante que impida atribuir efecto positivo al silencio del Congreso.** Y menos aún que obste a la posibilidad de que sea el propio Congreso quien, mediante la ley, así lo establezca. Esta es una solución con acogida en el derecho público provincial que, en su momento, también mereció el apoyo de la doctrina nacional y la jurisprudencia administrativa, parece derivar de un antiguo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Sup. 1872 “Criminal v. Andrade Crisólogo, fallos 11:405), es la receptada en “peralta” (Corte Sup. 27-12-1990 Peralta Luis A. y otro v. Estado Nacional - Ministerio de Economía – Banco Central – fallos 313:1513) y resulta, asimismo, el criterio legislativo del propio Congreso, aunque no parece ser la predominante en el derecho comparado ni en la doctrina extranjera”. -

Es el criterio de la **Procuración del Tesoro Nacional**⁹⁶ al sostener que: “A partir del conocimiento que el Parlamento toma de los reglamentos mencionados, éstos se emancipan de la voluntad del Poder Ejecutivo, de suerte tal que **el transcurso del tiempo sin que se produzca una derogación expresa deriva en la aprobación tácita**”.-

Luego **Julio Pablo Comadira**⁹⁷ actualiza la obra *Curso de Derecho Administrativo*, con motivo de que el 20-07-2006 el Congreso finalmente sancionó la Ley 26.122, y al respecto expresa: “Así las cosas, entonces, cabría interpretar, siguiendo la literalidad de la norma, que la falta de pronunciamiento de las cámaras o, incluso, el silencio de una y el rechazo de la otra, o bien la negativa de una y la aprobación de otra, no obstan a la vigencia del decreto”. -

⁹⁵ Comadira, J. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 68.

⁹⁶ PTN Dictámenes 121:93 reproducido en 207:272.

⁹⁷ Comadira, J. P., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 75.

En relación a los reglamentos, **Miguel S. Marienhoff**⁹⁸ expresa que “La doctrina reconoce cuatro clases o especies de reglamentos: los de ejecución; los autónomos, independientes o constitucionales; los delegados; los de necesidad y urgencia. ...”, luego bajo el título “Reglamentos de Necesidad y Urgencia” expresa: “Estos, lo mismo que los reglamentos delegados, tienen contenido legislativo; es decir, la materia sobre la cual versan es propia del legislador e integra la competencia de éste. **De ahí que, en definitiva, su eficacia ulterior dependa de la ratificación o aprobación del Parlamento.** En cambio, los reglamentos de ejecución y los autónomos, por ser su contenido exclusivamente administrativo, no requieren ni admiten la ratificación parlamentaria. En el reglamento delegado el asentimiento del Congreso aparece expresado a-priori, a través de la ley que contiene la delegación; en los reglamentos de “necesidad y urgencia” dicha aprobación es a posteriori, pero en ambos supuestos se requiere esa conformidad o aquiescencia del parlamento”. Luego agrega Miguel S. Marienhoff⁹⁹ que: “Puede ocurrir, asimismo, que el parlamento no se pronuncie sobre el o los reglamentos de necesidad y urgencia emitidos en su período de inactividad e incluso en su período de sesiones. En tal supuesto, el reglamento ¿sigue o no rigiendo? **La doctrina predominante coincide en que el reglamento debe seguir surtiendo sus efectos. Es también mi modo de pensar, por cuanto si el Congreso, pudiendo rechazar el reglamento, no lo rechaza, su actitud debe interpretarse como una aprobación virtual**”. -

Al respecto, el profesor **Agustín Gordillo**¹⁰⁰, señala que: “La admisibilidad del reglamento de necesidad y urgencia es excepcional. Fue de antaño admitido a pesar de que no estaba previsto en la Constitución, en base al estado de necesidad. Ahora bien, la Constitución de 1994 mantiene como regla, la prohibición de que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo. **Ello ha motivado que** -como lo ha sostenido en un interesante voto la jueza Argibay (CSJN – Massa Juan Agustín Fallos 329:5913 considerando 3 a 5)- **los reglamentos de necesidad y urgencia padezcan de presunción de inconstitucionalidad**, presunción que sólo puede ser abatida por quien demuestre que al momento de su dictado estaban reunidas las condiciones constitucionalmente exigidas al efecto”. ... “Tras reconocer

⁹⁸ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, t. I, p. 258.

⁹⁹ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, t. I, p. 278.

¹⁰⁰ Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, t. I, VII-27ss.

como excepción la facultad del Poder Ejecutivo de emitir reglamentos de necesidad y urgencia, el art 99 inc. 3° de la Constitución establece, en el tercer párrafo, un régimen de control legislativo”. ... “La ley 26.122 -sancionada doce años después de la reforma-reglamentó el trámite y los alcances de su intervención respecto de los reglamentos de necesidad y urgencia. Pero lo hace inconstitucionalmente”. “Para que el reglamento de necesidad y urgencia tenga validez y vigencia requiere ... que se cumplan todos y cada uno de los pasos previstos en ella, incluyendo la ratificación legislativa expresa en la primera sesión del Congreso posterior al envío del despacho de la Comisión Bicameral (*y si no hay despacho ni envío, esto ya es suficiente decaimiento del decreto; si no hay tratamiento o votación inmediata en el Congreso, lo mismo*)” ... **“Si se omite cualquiera de los requisitos de procedimiento, alguno de los cuales como veremos son sustantivos y no meramente formales, cae la validez y vigencia del reglamento: Sea:** a) porque no se cumple la comunicación a la Comisión Bicameral, b) porque ésta no produce su despacho en término, o **c) porque cada una de las cámaras no le dan expreso tratamiento resolutivo de forma inmediata.** Puede ocurrir, en la práctica, que se cumplan los primeros pasos, pero no el último; o que en la sesión donde corresponde tratarlo las cámaras no arriben a ninguna decisión”. ... “La cuestión volvió a cobrar interés tras la sanción de la ley 26.122. Si bien en ella se establece -en sintonía con la norma constitucional- que “el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional” (art. 22), no se fija plazo alguno para tal pronunciamiento y, a la par, se dispone que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el art. 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (art. 24). Es criticable la técnica legislativa utilizada ya que **una interpretación literal de las normas transcritas podría conducir a creer que sólo el rechazo expreso del reglamento de necesidad y urgencia por ambas cámaras legislativas -y no, en cambio, su silencio o el rechazo por una sola de ellas- tendría la virtualidad de dejarlo sin efecto**”. “Si bien ésta ha sido la interpretación que, con mirada crítica o no, ha efectuado de aquellas normas la generalidad de la doctrina, algunos tribunales han comenzado a interpretarlas a la luz del texto constitucional, sosteniendo que **cuando no media aprobación expresa de ambas cámaras legislativas el reglamento de necesidad y urgencia no puede superar el control de constitucionalidad**” (CNFed. CA sala II, Arte

Radiotelevisivo Argentino SA, 13-III-08). “Si no se dan los recaudos de fondo y de forma para su validez el reglamento cae automáticamente, porque **“el expreso tratamiento” requerido por la Constitución no puede interpretarse de otro modo que su ratificación o modificación legal. A falta de tratamiento y resolución legislativa, cabe entender que la decisión parlamentaria es no sostenerlo: no existe en el texto de esa norma constitucional aprobación tácita del reglamento de necesidad y urgencia, ni es válida la regulación legislativa que se ha hecho del pronunciamiento “expreso”**. Antes bien y, al contrario, es de clara aplicación el principio general del art. 82, pensado específica y principalmente para este supuesto: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. -

Rafael Bielsa¹⁰¹ refiriéndose a los Decreto-ley, expresa: “Los llamados decretos leyes, porque emanan del Poder Ejecutivo en forma de decretos, pero tienen el carácter de ley, desde que contienen reglamentaciones o prescripciones generales propias o privativas del legislador. Hay entonces, verdadera sustitución de poder. Pero ello solo se justifica en casos excepcionales o urgentes, por una necesidad súbita de anticipar ciertas normas a la sanción de una ley. **De ahí que la ulterior aprobación del Congreso dé a estos reglamentos o decretos el carácter y fuerza de ley** (Fallos de la Corte Suprema, II, 88, a contrario sensu, XXIII, 257). ... A juicio nuestro, la atribución de dictar decretos leyes no emana de la potestad reglamentaria, pues **el decreto – ley necesita para integrarse un acto de legislación formal, o sea, la ulterior aprobación del Congreso**. En página 296 expresa: “... **el reglamento delegado tiene validez originaria y fuerza ejecutoria definitiva hasta tanto se lo enerve o extinga**, en todo o en parte, por una ley sobre materia de competencia del Congreso, o se lo declare inaplicable en el caso concreto, por decisión judicial en virtud de recurso extraordinario o de inconstitucionalidad, **al paso que el decreto-ley requiere, para su validez, aprobación del Congreso**”. Y continúa en página 298 diciendo: “Si el Poder Ejecutivo dicta un decreto con disposiciones cuya emanación es privativa del legislador, reglamentando o no una ley, ese decreto será *praeter legem*, y en el sistema nuestro será un mero decreto inconstitucional, nunca un decreto-ley. Pero será, si, decreto-ley el que dicta el Poder Ejecutivo por una grave razón de interés público, en receso del Congreso, y **cuya validez definitiva el mismo Poder Ejecutivo subordina a la aprobación o ratificación del**

¹⁰¹ Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, J.Lajouane y Cia. 3º ed., 1938, t. I., p. 293.

Congreso". En página 300 expresa: "Entonces, **la ulterior aprobación del Congreso sólo sanciona formalmente la norma, al paso que la no aprobación implica extinguir esa norma con efecto retroactivo**". Luego en pág. 302 insiste en que: "Así, pues, todo decreto ley que no importe sustituir al poder legislativo, en su esfera normal, sino suplir (sea por falta de leyes, sea por receso del Congreso) atribuciones de ese poder, y siempre que él se funde en una necesidad de hecho, es válido y obligatorio para individuos a quienes sus normas se refieren y para las autoridades que deben ejecutarlas (Administración Pública) o aplicarlas (Los jueces). No es, desde luego, obligatorio para la autoridad que tiene la potestad de dictar la norma como una función normal, es decir para el Congreso, el cual puede aprobar o no ese decreto, así sea constitucional o no. Pero el **régimen jurídico de su existencia condicional, esto es, desde que se dictó hasta que se aprobó o rechazó**", Reitera Rafael Bielsa su opinión en Derecho Administrativo Tomo II, pág. 486 diciendo: "... **la ulterior aprobación por el Congreso da el carácter y fuerza de ley**". -

Juan Carlos Cassagne¹⁰² señala: "Pero la Constitución reformada no ha prescripto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, los que han quedado subordinados al dictado de una ley especial (ley N° 26.122). **En ese interregno cobra trascendencia la doctrina** -apoyada por la jurisprudencia de la Corte Suprema- **que admitía la ratificación tácita si el Congreso no se pronunciaba, a condición de que no se alteren los criterios fundamentales de la política legislativa**. En este sentido, se ha opinado que ni siquiera la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso podría prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, con fundamento en el **art. 82, C.N.**, que, al referirse al procedimiento de formación y sanción de las leyes indica que "se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta". **Esta norma se refiere a la forma que debe adoptar la sanción de las leyes formales del Congreso, mientras que en la hipótesis de los decretos de necesidad y urgencia no se ha cumplido el procedimiento formal ni sancionado ley alguna**. De todas maneras, aun cuando no se aceptará la doctrina de la aprobación tácita, **la seguridad jurídica exige que se mantenga la vigencia del decreto de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso o declarado inconstitucional por el Poder Judicial**. De lo contrario, sería

¹⁰² Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 10ª ed. act., La ley, 2012, t. I, pp. 159-160.

prácticamente imposible determinar la fecha de cesación de los efectos mientras dura la inactividad o las demoras del Parlamento en pronunciarse por la aprobación o el rechazo”. –

En obra “La Constitución en 2020 – 48 propuestas para una sociedad igualitaria – Roberto Gargarella– Coordinador”, se publica un artículo de **Hernán Gullco**¹⁰³, en el que señala entre otras cosas que: “Ahora bien, es claro que al no fijar plazo alguno dentro del cual el Congreso debe expedirse acerca de la validez de los DNU, los arts. 22 y 24 de la Ley 26.122 **han establecido un verdadero sistema de aprobación ficta o tácita** ya que, como vimos, permiten que los DNU mantengan su validez en tanto el congreso no se pronuncie al respecto. Tal procedimiento frustra completamente, entonces, el objetivo del constituyente al sancionar el art 82 de la Constitución que hemos reseñado antes, lo cual configura una razón adicional para cuestionar la validez de los citados arts. 22 y 24 de la ley 26.122”. -

En obra coordinada por Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, titulada “Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina”, se publica columna del mismo **Hernán Victor Gullco**¹⁰⁴, quien al respecto de la temática en análisis señala: “En efecto, **el principal problema que presenta el citado art. 99 inc. 3° es que no establece**, a diferencia de su modelo español, **que la falta de convalidación expresa del DNU por parte del Congreso, en un plazo determinado, determinará la invalidez insanable de aquél**, tal como se señaló en el artículo mencionado. Es por eso que, en esa misma oportunidad se propuso, en una eventual reforma constitucional, modificar el citado art. 99 inc. 3 CN, con el objeto de limitar fuertemente las facultades del Poder Ejecutivo de dictar DNU, en forma similar a la del citado antecedente español, en el sentido de exigir que **la omisión del Congreso de expedirse en un plazo determinado a favor de la validez del DNU, determinará su nulidad insanable**”. Se cita en la nota, que “El carácter de fuente, que la Constitución española tuvo para el art. 99 inc. 3°, CN, fue señalado en el voto concurrente del Juez Petracchi, de la Corte Suprema de la Nación, en el caso “Verocchi” (fallos 322:1726), en donde se transcribieron las opiniones de los miembros de la Convención Nacional Reformadora de 1994 a favor de esa Conclusión”. -

¹⁰³ Gullco, H. V., en obra coord. por Gargarella, R., *La Constitución en 2020*, Siglo veintiuno editores, pp. 271-279.

¹⁰⁴ Gullco, H. V., en obra coord. por Gargarella – Guidi, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Thomson Reuters – La Ley, t. I, pp. 729-731.

En la misma obra, se publica un trabajo autoría de **Juan Ignacio Sáenz**¹⁰⁵, quien refiriéndose al art. 99 inc. 3 de la CN en pág. 659 expresa: “Sin embargo, el texto de esa disposición conserva cierta imprecisión en relación a la causa que justifica la emisión de un DNU, y asimismo **omite ciertas cuestiones fundamentales, como fijar un plazo para que el Congreso se pronuncie –como condición de validez del decreto-**, y que esa intervención reúna ciertas condiciones de carácter deliberativo. En lugar de ello, la Constitución sólo dispone que el Congreso debe dar “inmediato” y “expreso” tratamiento al DNU”. Luego en pag. 664 amplía diciendo que: “La reforma constitucional revirtió el principio de convalidación tácita sostenido en “Peralta”, estableciendo la necesidad de un tratamiento “expreso” para los DNU y prohibiendo en general la sanción tácita o ficta del Congreso (art. 82). La regla tuvo su primera aplicación en “Verocchi”: la Corte no otorgó allí carácter ratificatorio a la ley 24.714, a pesar de que ésta dispuso los mismos contenidos materiales que el DNU 770/1996, lo que según el tribunal no equivalía a su convalidación expresa. Sin embargo, con posterioridad la Corte toleró la ratificación tácita en el caso “Aceval Pollachi” (2011), donde consideró que la ley N° 25.972, en cuanto reiteró el objeto de anteriores DNU debía entenderse como convalidatoria de aquellos. Tampoco se han opuesto reparos a la ratificación “vacía” (donde no hay verdadero tratamiento del DNU, sino sólo una votación favorable), ni a la ratificación “tardía” (en casi todos los casos la ratificación del Congreso se produce años después de dictado el DNU, lo cual es contrario al tratamiento “inmediato” que impone el art. 99.3 CN). Y para concluir expresa: “En definitiva, ni la Constitución ni la jurisprudencia de la Corte han resuelto los problemas relativos a la oportunidad y la forma en que el Congreso interviene en forma posterior a un DNU. **La reforma suprimió el silencio positivo, pero al no fijar un plazo para la intervención parlamentaria** –como sí lo hacen la Constitución española o la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires-, **dejó las cosas casi en el mismo lugar que antes, al permitir que los DNU produzcan sus efectos durante todo el tiempo en que el Congreso no se pronuncia sobre ellos**, para lo cual pueden pasar años o no ocurrir nunca, como en el caso de muchos DNU”. “El obrar el Congreso agravó las cosas. En la demoradísima ley N° 26.122, del año 2006, que reglamenta su intervención, no sólo omitió fijarse un plazo sino que además consagró la eficacia de los

¹⁰⁵ Sáenz, J. I., en obra coord. por Gargarella - Guidi, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Thomson Reuters – La Ley, t. I, pp. 645-678.

DNU con la voluntad de una sola de las Cámaras, al prever en su art. 24 que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trata implica su derogación”, lo cual significa –a contrario sensu- que basta la aprobación de una sola, o peor, su silencio o reticencia para tratarlo, para que el DNU continúe vigente a pesar de haber recibido el rechazo de la otra Cámara. **En definitiva, el silencio o la indefinición del Congreso carecen de sanción jurídica, y un DNU puede agotar sus efectos sin intervención del Congreso, lo que nos retorna al Estado de cosas pre-reforma”-**

Mario A.R. Midón¹⁰⁶ resalta que: “**El art. 82**, acerca de cuyos alcances nos ocupamos en el capítulo donde tratamos el proceso de formación de la ley, ha sido cuestionado y en forma justificada, porque la disposición **no ha disciplinado el valor negativo del silencio en el tiempo, como si lo hacen las constituciones italiana y brasileña**, ella se presta a que el Ejecutivo de turno opere especulando con la apatía Congressional, sea porque está en condiciones de impedir su tratamiento en ese ámbito o porque es previsible que los órganos representativos mantengan un status quo como históricamente lo hicieron con relación a los decretos de necesidad y urgencia”.-

Con vehemencia, **Mario A. R. Midón**¹⁰⁷ señala que: “... entre nosotros existen dos categorías de decretos de necesidad y urgencia, a saber: a) los decretos de necesidad y urgencia perfectos, que son aquellos que luego de emitidos por el Poder Ejecutivo consiguen aprobación del Congreso. b) Los decretos de necesidad y urgencia imperfectos –que tienen vida también por vía del hecho consumado que el sistema tolera-, categoría que no cuenta con la aquiescencia del órgano representativo. La distinción es apenas un preciosismo jurídico, porque tanto uno como otro tienen vigencia en el ordenamiento ... Pero esa penosa realidad contra legem no puede hacernos ignorar un hecho incuestionable predicado por toda la teoría y perfectamente establecido por la Constitución. **Todo justiciable que alegue y pruebe sus agravios, puede válidamente requerir la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia que no sea aprobado por el Congreso. Y, frente a ese cuadro fáctico, no habrá tribunal en la tierra que sea capaz de sostener lo contrario”**. -

¹⁰⁶ Midón, M. A. R., *Manuel de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2º ed., 2004, p. 780.

¹⁰⁷ Midón, M. A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y en los Ordenamientos Provinciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2º ed. 2012, p.229.

El mismo autor, **Mario A.R. Midón**¹⁰⁸ señala: “Antes, nos referimos a las épocas de la monarquía absoluta, era malo que el monarca legislara, pero a la vuelta de los tiempos se ha convertido lo ruin en bueno. Seguramente que, si Heráclito viviera, en presencia de este particular ingrediente, no se mostraría tan seguro para afirmar su axioma de que no podemos bañarnos dos veces en el mismo torrente”. “Otro presupuesto que como consecuencia de estas prácticas se ve desnaturalizado es el de la exclusividad, en cuya virtud la ley mayor de la Nación confirió ciertas potestades a determinado órgano o poder. En el caso, ella confirió al Legislativo, exclusiva y excluyentemente, la potestad de hacer la ley ¿Por qué? Porque ese poder es emanación directa de la soberanía popular y su heterogeneidad y pluralidad sugieren que **para arribar a consensos que legitimen la ley ha de mediar un intercambio de opiniones que enriquezca la tarea del Congreso**”. -

Interesa destacar la opinión de **Javier Salas**¹⁰⁹, quien enseña que: “Llegamos al momento en que el titular del atributo legislativo, es decir el Congreso, debe emitir juicio acerca del acto emitido por el presidente. Si el Congreso no pudiese controlar el ejercicio de la potestad legislativa por parte del Gobierno, no cabría decir que la potestad de hacer las leyes reside, exclusivamente, en aquél. Por una cuestión de orden constitucional, de mantenimiento de los principios de división de poderes y de soberanía parlamentaria es por lo que se encomienda dicho control a las Cámaras”.

Señala **Oswaldo Pérez Sammartino**¹¹⁰, que “Sin embargo, no debe perderse de vista en la interpretación en este aspecto tanto de la Constitución como de las leyes que la reglamenten que **el primer objetivo manifestado por la ley declarativa de la necesidad de la reforma sancionada en diciembre de 1993 fue la “atenuación del sistema presidencialista” (ley 24.309, art. 2, núcleo de coincidencias básicas, apartado A)**. En consecuencia, las ambigüedades o lagunas de las normas que rigen la materia que examinamos deben analizarse a la luz de ese principio rector. No es difícil conciliar lo que parece una contradicción (menos presidencialismo con más facultades presidenciales)”.

¹⁰⁸ Midón, M. A. R., *Organización y funcionamiento del Congreso de la Nación Argentina. Legislaturas Provinciales y de la CABA. Constituciones sudamericanas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 411.

¹⁰⁹ Salas, J., *Los Decretos – Leyes en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1979, p. 93.

¹¹⁰ Pérez Sanmartino, O., *El Procedimiento Parlamentario de Control de los Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos Delegados y de Promulgación Parcial en Tratado de Derecho procesal Constitucional. Dir. Pablo Manili*, La Ley, 2010, t. II p. 655ss.

Luego en relación a la ley N° 26.122, aclara que: “Quienes promovieron y defendieron legislativamente la ley N° 26.122 pretendieron basarse también en el art 82 CN, pero asignándole una interpretación antojadiza, según la cual para que no haya sanción ficta sólo cabe esperar la aprobación del decreto por ambas Cámaras. ... **Tal criterio consagra un modo irregular de legislar diverso del que prevé la Constitución Nacional y es, por lo tanto, inconstitucional.** El legislador se excedió claramente del marco de posibilidades interpretativas que le asignó el Constituyente. ... Es necesario enfatizar que los decretos de necesidad y urgencia son una anomalía en la arquitectura constitucional. **El silencio parlamentario, luego de cierto plazo razonable, debe interpretarse como un rechazo. La solución opuesta de la ley, es como se ha expresado, inconstitucional**”.-

Y por último, interesante resulta la opinión de **Santi Romano**¹¹¹, quien al respecto de la actuación del Congreso ante el dictado de un decreto de este tipo, señala que: “Mediante su intervención y al declarar si la competencia del Ejecutivo se ha ejercido o no en forma jurídica, **se produce la ficción de restauración – reintegración de la competencia legislativa usurpada** a favor su dominus natural, **sanándose el vicio de incompetencia normativo producido**”.-

2.G.- El Art. 82 CN no se refiere a Ratificaciones Legislativas de Actos de otros Órganos.

El Dr. Guillermo Carlos Schinelli¹¹², en “Decisiones expresas del Congreso” (el art. 82 de la CN) efectuó útiles consideraciones en torno a los alcances de tal normativa constitucional. -

A partir del caso “Peralta”¹¹³ la CSJN no solo convalidó los DNU, sino además impuso la doctrina legal de que tales decretos son plenamente validos mientras el Congreso Nacional no adopte una posición que contradiga el contenido de los mismos. -

Ha sido tanto como aceptar que el “silencio” del Congreso Nacional, tiene como valor el de convalidar a los DNU, al punto que el silencio del Parlamento importa a partir del caso “Peralta” la aceptación de la validez de los DNU. –

¹¹¹ Santi Romano, citado en la obra *La configuración constitucional del Decreto Ley* de Carmona Contreras, Ana M. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 118.

¹¹² Schinelli, G.C., “Decisiones expresas del Congreso (el artículo 82 de la Constitución Nacional)” en *El Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universitas, 2006, pp. 477-484.

¹¹³ Peralta Luis Arcenio c/ Estado Nacional s/ Amparo” Fallos 313:1513 (27-DIC-1990). La Ley 1991-C-158.

Luego, con la reforma constitucional de 1994, se incorpora el art. 82 a la CN, que expresa “La voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, se excluye, en todos los casos, la sanción tacita o ficta”. Esta norma no afecta la interpretación dada por la CSJN en el caso “Peralta”, ya que refiere a la voluntad de “cada cámara”, con lo que el silencio de tales cámaras no afecta ni altera la validez de los DNU dictado por el PEN. -

Mientras las cámaras no se expresen, no puede considerarse a tal silencio como manifestación de las cámaras a favor de la validez de los DNU ya que, como lo impone el art. 82 de la CN, es necesario una declaración expresa de las cámaras. -

Ahora bien, si como luego veremos al analizar algunos supuestos en particular, hay casos en los que se considera al silencio del congreso como manifestación de voluntad (de rechazo o de aprobación), hay que encontrar una interpretación coherente con el propio texto del art. 82 de la CN, y para ello partimos de la pregunta: ¿A quién está referido el art. 82 de la CN?

Es necesario establecer que el art. 82 de la CN, está referido a la actuación del congreso en materias propias (art. 75 CN), restando valor al silencio del parlamento como manifestación de voluntad legislativa de ese órgano, pero que dicha norma del art. 82 de la CN no se aplica en cuanto se trate de la actuación del congreso en otras materias, como ser en la ratificación de actos dictados por parte de otros órganos, a saber: cuando se trate de la aprobación de decretos dictados por el PEN.-

Debemos presuponer, que nada es casual, tampoco la ubicación de las normas en nuestra constitución. No es casual que el art. 82 de la CN, se sitúe en el Capítulo V, “DE LA FORMACION Y SANCION DE LAS LEYES” ubicada dentro de la SECCION PRIMERA (DEL PODER LEGISLATIVO), por lo que la expresión: “en todos los casos” que usa el art. 82 CN, debe limitarse a “todos los casos” de formación y sanción de leyes, no pudiendo tener aplicación a la ratificación de actos del Poder Ejecutivo, desarrollados en la SECCION SEGUNDA (DEL PODER EJECUTIVO) donde se ubican los DNU (art. 99 inc. 3 CN). -

En efecto, Miguel Ángel Ortiz Pellegrini ¹¹⁴ quien tuvo un rol activo en la redacción del art. 82 de la CN expresa que: “no estamos ante un trámite legislativo propiamente dicho,

¹¹⁴ Ortiz Pellegrini, M. Á., ED-179-1134.

sino que estamos ante un decreto que debe ser ratificado o desechado como tal, no existe prioridad de cámara iniciadora, porque este trámite es el trámite normal para las leyes...”. -

Una ley en sentido estricto (art. 75 CN), no podría considerarse aprobada por el transcurso del tiempo, tal como al contrario si lo establece la Constitución de Chile con su sistema netamente presidencialista, similar al que se intentó implementar en la República Argentina en la Reforma Constitucional al entonces art. 69 C.N. contenida en el Estatuto de Facto del 24-AGOSTO-1972, con la solicitud formulada por el P.E.N. de tratamiento de urgencia teniéndose por aprobado el proyecto si no fuera expresamente desechado por el Congreso en el plazo de 30 días establecido como norma general, análoga a la que rige en el país trasandino donde el Poder Ejecutivo puede calificar la urgencia (urgencia simple: 30 días, suma urgencia: 10 días o discusión inmediata: 3 días).-

La Ley 24.309 de Declaración de la Necesidad de la reforma de la CN, bajo el NUCLEO DE COINCIDENCIAS BASICAS en el art. 2, G, f, tituló “Procedimientos de aprobación de leyes en general en plenario y en particular en comisiones; y la compatibilización de las posiciones de las Cámaras por comisiones de enlace bicameral. **Exclusión de la sanción ficta de proyectos legislativos**”, y luego en el párrafo segundo parece clarificar la intención del legislador al establecer que: “**De común acuerdo se ha resuelto excluir reformas tendientes a introducir la sanción tácita, tanto en proyectos de leyes de necesidad y urgente tratamiento, como en casos de proyectos aprobados por una de las Cámaras**”, con lo que surge nítido que el legislador se estaba refiriendo a esos dos supuestos cuya redacción quedo librada a la Convención Constituyente.-

Pero es así entonces, que dicho art. 82 de la CN, no puede extenderse para interpretar el silencio de las cámaras, en cuanto transcurra el plazo para ratificar la validez de DNU dictados por el P.E.N., y con ello afirmamos **que sin contrariar la norma del art. 82 CN pudo la Ley 26.122 establecer la caducidad del DNU ante la no ratificación legislativa en un término determinado.**-

No es posible asimilar por analogía la vigencia de dicho art. 82 de la CN, por lo que dicho art. 82 solo rige para sanciones legislativas o normativas propiamente dichas conforme atribuciones en materia legislativa (art. 75 CN), y su vigencia no puede extenderse para retacear validez a instrumentos dictados por otro órgano, en particular cuando actos de

materia propia del PEN (art. 99 CN) requieren ratificación legislativa, es decir cuando estamos frente a decisiones del parlamento que deben dictarse en el marco del seguimiento y control de la actividad de otro órgano.-

En el caso de los arts. 76, cláusula transitoria 8va., art. 99 inc. 3; art. 99 inc. 16, art. 99 inc. 19 de la CN, hay una coincidencia importante, ya que el silencio parlamentario que importa una manifestación de voluntad, se refiere no a la actividad parlamentaria propiamente dicha, sino a la actividad parlamentaria relativa a las ratificaciones legislativas de actos dictados por otro órgano constitucional, esto es la ratificación de actos dictados por el PEN (Entre las Autoridades de la Nación, y dentro del Gobierno Federal, ubicado en la sección segunda) no pudiendo serle extensivos los alcances del art. 82 referido al valor del silencio del congreso como poder legislativo (Entre las Autoridades de la Nación, y dentro del Gobierno Federal ubicado en la sección primera) en materias propias (art. 75 CN).-

Prueba de ello es que bastaría la simple aprobación de las dos cámaras para otorgar al DNU fuerza de ley, sin necesidad de transitar el proceso normal de aprobación de una ley, sino que puede efectuarse la aprobación a través de una resolución o declaración aprobada por las dos cámaras. (véase Sagues Nestor Pedro citado por Padilla Miguel en ED 178-1147 y ED 179-1134), con lo que queda claro que no estamos frente a la actividad parlamentaria propiamente dicha, entendida como la función de sancionar leyes en materias propias (art. 75 CN). –

Por último, en el mismo sentido **Mario A. R. Midón** en su publicación “DNU: una ley más próxima al desencanto que a la ilusión”, expresa que: “cuando el congreso se pronuncia desestimando un Decreto de Necesidad y Urgencia no ejecuta un acto de naturaleza legislativa, aunque tenga efectos de este tipo, sino de índole política y, con más especificidad, de control al ejecutivo”. –

El caso de los DNU dictados por el PEN (art. 99 inc. 3 CN), no puede escapar a ese criterio de interpretación. Así también, la Ley N° 26.122 en relación al trámite de los DNU, bien pudo haber establecido que el silencio del Congreso por un término determinado importaba el rechazo al contenido del DNU, ya que no es obstáculo para tal interpretación el art. 82 de la CN puesto que estamos frente a instrumentos (DNU) dictados por el PEN, esto es un órgano distinto al que se refiere el art. 82 de la CN.-

A partir de la sanción de la Ley N° 26.122 (B.O. 28-JULIO-06) se estableció el régimen legal para los DNU, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes, normativa que equipara e iguala el trámite legislativo, y requiere para ambos supuestos (decretos de necesidad y urgencia – decretos delegados) el dictamen de la comisión bicameral permanente y el tratamiento ante el plenario de cada cámara. –

La solución parece ahora más sencilla, no obstante la simplificación no es sinónimo de bondades, ya que la Ley N° 26.122 ha venido a convertir en natural el dictado de DNU que antes revestían carácter de excepcional, y además no impone un plazo al parlamento para el tratamiento del dictamen de la comisión bicameral permanente, con lo que ante el supuesto de no tratamiento legislativo, se abre la posibilidad de la validez de los DNU sine die, hasta tanto una mayoría parlamentarias adversas en ambas cámaras resuelva dejar sin efecto el DNU, la necesidad del rechazo en ambas cámaras (art. 24 Ley 26.122) exhibe el propósito del legislador sintetizado en la pretensión de que los DNU sean válidos salvo excepcionales circunstancias en las que ambas cámaras se pronuncien por el rechazo.-

Estimo que pudo haberse establecido en la Ley N° 26.122, -e incluso que debió establecerse- un plazo perentorio a las cámaras legislativas, para que procedan al tratamiento de los DNU dictados por el PEN, imponiéndose que en el supuesto de no ser ratificados en dicho termino pierdan los DNU su validez, ya que tal interpretación no contraría los alcances del art. 82 de la CN, y además, constituye una útil herramienta para limitar las potestades del presidente, contribuiría a incentivar un mayor protagonismo del parlamento argentino, cumpliendo con un reclamo mayoritario que encarna la sociedad que requiere de un congreso protagónico.-

En una futura y necesaria reforma a la Ley N° 26.122, debe establecerse que el silencio de al menos una de las cámaras se interprete como rechazo del DNU, para mantener coherencia con el principio general del art. 99 inc. 3 CN, que establece el principio general de que el PEN no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta insanable, emitir DNU, ello si en realidad lo que se quiso fue condenar esa práctica, aspecto este último que genera a esta altura, justificadas dudas. –

Así lo han establecido, como luego veremos, las Constituciones de Italia (art. 77) en la que “... los decretos perderán toda eficacia si no son convertidos en ley dentro de los 60

días de su publicación”, e igualmente en la Constitución de Brasil la que establece que: “... perderán toda eficacia, desde su edición, si no fueran convertidas en ley en el plazo de 30 días, a partir de su publicación”. -

Hoy más que nunca, las cosas están como siempre estuvieron, como si la CN no hubiera sido modificada en 1994, como si no hubiera sido dictada la Ley 26.122, rige hoy más que nunca la doctrina “Peralta” emanada de la CJSN (FALLO 313:153 - Plena vigencia de los DNU mientras no sean derogados por el Congreso sin plazo de caducidad alguno), con lo que quienes dijeron que quisieron limitar sus alcances han logrado el efecto contrario, han consolidado su vigencia hoy intacta a casi 30 años de tan trascendental fallo.-

Casualmente, los convencionales querían limitar tal práctica, véase que el Convencional Alberto M. García Lema¹¹⁵ expresa en sesión del 27-07-1994 acerca del alcance del proyectado art. 71 bis (actual art. 82), lo siguiente: “Se ha entendido que los procedimientos de sanción ficta, que en su momento recomendó el justicialismo, afectaban la eficacia del contralor legislativo por los partidos de oposición. Ello se ha considerado una razón suficientemente válida como para que el justicialismo no insistiese en esa solución para proyectar una norma de las características del art. 71 bis propuesto...”. -

A modo ilustrativo, Miguel A. Ortiz Pellegrini¹¹⁶, sostuvo “derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del congreso. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto...” (textual). A esta último habría decir: “el muerto que vos veláis, goza de buena salud”. -

2.H.- La Normativa en el Ámbito del Comparado y Nacional. -

Tal como lo señala Maximiliano **Toricelli**¹¹⁷, “Nuestro instituto fue tomado del modelo español, al decir del convencional Alasino, para quien “el régimen de los decretos de necesidad y urgencia que adoptamos es el del sistema español... **Es cierto que discutimos mucho acerca de cuál de los dos sistemas íbamos a adoptar, si el español o el italiano.** Además, las limitaciones que en este aspecto se estipulan en razón de la materia están tomadas textualmente de la Constitución española, a las que se ha agregado la vinculada con

¹¹⁵ García Lema, A. M., *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*, pp. 2217.

¹¹⁶ Ortiz Pellegrini, M. A., *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*, pp. 2776- 2452.

¹¹⁷ Toricelli, M., *Organización Constitucional del Poder*, Astrea, 2010, t. 2, p. 66.

el sistema electoral... es cierto que estamos creando un híbrido” (Diarios de Sesiones, p. 2687). -

Es útil analizar los materiales jurisprudenciales y doctrinarios del derecho comparado para interpretar normas constitucionales nacionales que son análogas a las extranjeras, ya que ello posee una larga tradición en el derecho argentino, la cual ha sido mantenida hasta la actualidad. Confirma esta afirmación, los casos “**Sojo**” Fallos 32:120-1887 y “**Barra**” Sentencia del 09-03-04, LL 2004-D, 141, entre otros. –

i) Normativa, Doctrina y Jurisprudencia comparada. -

En España, los DNU están contemplados en el art. 86 de la CE, ubicado en el capítulo segundo, denominado “De la Elaboración de las Leyes”. Esta norma establece que: “1) *En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las comunidades autónomas, ni al derecho electoral general.* 2) *Los decretos leyes deberán ser **inmediatamente** sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido en el **plazo de treinta días** siguientes a su promulgación. **El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación**, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.* 3) *Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlo como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”*.-

En cuanto al supuesto habilitante -extraordinaria necesidad y urgencia- se dijo que su apreciación “*es una facultad discrecional del Gobierno, controlable políticamente por el Congreso de los Diputados, pero sólo jurídicamente, por el propio Tribunal Constitucional, cuando el Ejecutivo haga de ella un uso abusivo o arbitrario*”¹¹⁸.-

Agrega Maximiliano Toricelli ¹¹⁹, en relación al Sistema Español, que: “*Con respecto al control posterior, el silencio del Congreso se interpreta como el incumplimiento de una obligación constitucional en cabeza propia que hace que el decreto ley mantenga su*

¹¹⁸ Fernández Segado, F. *El sistema Constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 638.

¹¹⁹ Toricelli, *Organización Constitucional del Poder*, Astrea, 2010, t. 2, p. 68.

provisionalidad, adquiriendo un carácter definitivo cuando es convalidado por el Legislativo. El Congreso puede también optar por darle urgente tratamiento como ley, con lo cual modifica la naturaleza del decreto, al transformarlo en ley, no siéndole aplicable los límites fijados por la Constitución”. –

En España ya la Constitución del 27 de Diciembre de 1978 admitía dicho tipo de reglamento que denominaba decretos-leyes ¹²⁰.-

Oscar Alzaga Villaamil¹²¹ señala al respecto que: “Aunque el laconismo del art 86 puede hacer dudar sobre si el plazo juega para el pronunciamiento expreso del Congreso o, simplemente, para su convocatoria si no estuviese reunido, es notorio que el propósito del precepto se encamina en la primera dirección”. El mencionado autor rechaza la posibilidad de que el silencio del Parlamento pueda ser considerado como una convalidación implícita y señala que: “La generalidad de los comentaristas ha interpretado, sin embargo, que **el silencio del Congreso ha de estimarse como silencio negativo. El Decreto – Ley, definido como norma provisional, deja de surtir sus efectos en el caso de no ser ratificado en el plazo constitucional**, sin que sea admisible hablar de “ratificación tácita” que desvirtuaría la provisionalidad, ni de “convalidación posteriori”, dado que no estamos ante un nuevo diálogo entre órganos constitucionales, sino ante garantías establecidas para la defensa del ciudadano”.-

Eduardo García de Enterría – Tomás Ramón Fernández, ¹²², en relación al régimen español, razona en los siguientes términos: “¿Qué ocurrirá si en el plazo de treinta días que el art 86 establece para proceder a la revisión parlamentaria el Congreso no llega a adoptar formalmente decisión alguna? El artículo 77 de la Constitución Italiana dispone expresamente que los Decretos-Leyes perderán en tal caso toda eficacia. Esa misma solución se preveía expresamente en el Anteproyecto de nuestra Constitución que empleaba la expresión “caducarán”, luego desaparecida en el curso de la tramitación del mismo. La nota de provisionalidad que el artículo 86 predica de tales normas y los términos imperativos que

¹²⁰ González Navarro, F., *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, 1987, t. I, pp. 412-413. citado por Miguel Marienhoff en *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 277.

¹²¹ Alzaga Villaamil, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, EDERSA, 1998, t. VII, p. 223.

¹²² García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, p. 151.

dicho precepto emplea al exigir un pronunciamiento expreso para que la convalidación se produzca, que es lo único que podría eliminar la tacha inicial de provisionalidad, obliga a concluir que, en efecto, **transcurrido el plazo, el Decreto-Ley perderá toda eficacia**. El parecer de la doctrina es conforme en este sentido”. “En conjunto, la normativa constitucional no resulta muy satisfactoria desde un punto de vista técnico, aunque, por supuesto, asegura la reducción de esta técnica de normación extraordinaria a sus justas proporciones, que es, desde luego, lo esencial”.-

Vale recordar que en el sistema español, siguiendo a Eduardo García de Enterría, “Se entiende por Decreto-Ley toda norma con rango de ley que emana, por vía de excepción de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de Ministros”, y vale señalar que en dicho régimen español, en materia de revisión parlamentaria del Decreto-Ley, sucede algo peculiar ya que como lo resalta el autor conforme art. 86 de la CE, **“Hacemos observar que es al Congreso de los Diputados sólo y no a las dos Cámaras al que corresponde esta revisión”**, y ello tiene consecuencias en el trámite de aprobación, ya que: “... de la observación de que la ratificación del Decreto-Ley se realiza por una sola de las Cámaras, con total exclusión de la otra del procedimiento correspondiente, **lo que impide, evidentemente, su equiparación a la Ley propiamente dicha**”. Dicho, en otros términos, expresa Eduardo García de Enterría, (*ob. cit.* pág. 150), que: **“La decisión favorable a la ratificación del Decreto-Ley no convierte a éste en ningún caso en una verdadera Ley”**. Y sigue diciendo. “En este sentido se ha orientado también la jurisprudencia constitucional, según la cual “no puede considerarse que el Decreto-Ley se haya convertido en Ley formal del Parlamento tras el acuerdo de convalidación, sino únicamente que se ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución”. –

El prestigioso español Santiago Muñoz Machado¹²³ con toda claridad señaló que a partir de la publicación, el Congreso tiene treinta días para decidir, en los términos indicados, sobre la convalidación o derogación. Y agrega: *“Toda la doctrina ha coincidido en estimar*

¹²³ Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, T. VI La ley, pp. 94-107.

que dicho plazo es de caducidad, de modo que si no se adopta el acuerdo en dicho plazo, la vigencia del decreto-ley se extingue”.-

A continuación, en un repaso de los fallos más trascendentes dictados por el TCE en relación a la flexibilidad con la que debe interpretarse el art. 86 de la CE referido a los Decreto-Ley, pueden observarse Sentencias primeramente más flexibles y permisivas hasta llegar luego a otras en las cuales las exigencias han sido más estrictas y rígidas, conforme se analizara.-

El artículo 66.2 de la CE establece el principio de que “*Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado*”, mientras que por su parte el art. 86 reglamenta a modo de excepción el dictado de Decretos-Leyes por parte de El Gobierno, “*En caso de extraordinaria y urgente necesidad*”.-

A modo ejemplificativo, una breve mención de algunos fallos llega a percibirse el modo en que estos Decretos-Ley si bien excepcionales, han sido admitidos con criterios flexibles y matizados, esto es, como instrumentos normativos lícitos a disposición de los Gobernantes.-

El TCE, por Sentencia 29/1982 del 31-Mayo, aclaró algunos conceptos en materia de competencia legislativa, señalando: *a) el reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario; b) la primacía de la Ley, norma sancionada y promulgada por el Rey (art. 62) en cuanto expresión de la voluntad soberana del pueblo representado por las Cortes, únicamente sometida a la supremacía de la Constitución y c) que en el proceso ordinario de elaboración de las leyes, la Constitución reconoce al Gobierno la iniciativa legislativa, que comparte con el Congreso y el Senado en su ejercicio directo, ...”*

Y en relación a la posibilidad de que el Gobierno en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad dicte Decretos-Leyes como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de leyes, señaló la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos: “*a) la exigencia de que el Decreto-Ley se dicte exclusivamente para afrontar una **situación de extraordinaria y urgente necesidad** (art. 86, núm.1); b) la limitación en cuanto a la materia sobre la que puede incidir un Decreto-Ley, lo que supone el que en ningún caso pueda afectar al ordenamiento de las instituciones básicas de Estado, a los derechos, deberes y*

libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la C.E., al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho Electoral general (art. 86, núm. 1); y c) la necesidad, por último, de que los Decretos-Leyes sean sometidos inmediatamente al Congreso de los Diputados para su debate y votación de totalidad, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación, con objeto de que se resuelva por el mismo en cuanto a su convalidación o derogación (art. 86, núm.2)”.-

En el fallo en cuestión, hay un párrafo importante referido al sentido de la convalidación que efectúe el Congreso de Diputados, y es aquel que señala: “*en aquellos supuestos en que el Congreso de Diputados se haya limitado a ejercitar sus competencias fiscalizadoras contempladas en el apartado 2 del art. 86 de la C.E., sin acudir a la vía del núm. 3, no puede considerarse que el Decreto-Ley se haya convertido en Ley formal del Parlamento, tras el acuerdo de convalidación, sino únicamente que se **ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuera y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución**”.-*

Este párrafo subrayado, significa que en la interpretación del TCE, de no mediar la convalidación del Congreso de Diputados en el plazo previsto en el art. 86.2 de la C.E. el Decreto-Ley pierde su vigencia, ya que señala que de ello dependía la pervivencia en el tiempo.-

Otro dato interesante en el fallo, es el relacionado con la necesidad de verificar si el Gobierno se encontraba amparado o no por un presupuesto habilitante, es decir, si el Decreto-Ley se dictó en caso de extraordinaria y urgente necesidad, puesto que para esos fines, se destaca que es necesario “*acudir a la valoración, en su conjunto, de todos aquellos factores que hayan aconsejado al Gobierno a dictar el Real Decreto-Ley de referencia, los cuales han quedado reflejados en la **expresión de motivos de la norma, a los largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma**”.-*

En Sentencia 6/1983 del 4 de Febrero el Tribunal Constitucional, razonó que “*De este modo, **nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada** respecto del fenómeno del Decreto-Ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de poderes, ni se limita a permitirlo en forma*

totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-Ley como un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas”.

Amplía esa flexibilidad diciendo que: *“Lo primero quiere decir que la necesidad justificadora de los Decretos-Leyes no se puede entender como un necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que **hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes”.***-

Interesante resulta de destacar que en este Fallo el Tribunal para reforzar esta interpretación flexible del Decreto-Ley regulado en el art. 86 de la CE, se apoya en *“el hecho de que el ámbito de actuación del Decreto-Ley como instrumento normativo no se defina de manera positiva, sino que se restrinja de modo negativo mediante una lista de excepciones”.* En efecto el art. 86 contiene un grupo de asuntos o materias a las que de antemano se excluye de posibilidad de regularlas por Decreto-Ley, con lo que ello supone la permisón como actuación lícita en el resto de las materias que no fueras las prohibidas. Es decir la interpretación de que el Decreto-Ley es instrumento normativo lícito en los límites del art. 86 de la Constitución.-

Esta Sentencia 6/1983 del Tribunal Constitucional, tiene un valioso voto particular en disidencia del Dr. Rafael Gómez-Ferrer Morant, quien discrepa con la mayoría, y vota por declarar la inconstitucionalidad de la disposición, por entender que el Decreto-Ley viola el art. 86 de la Constitución, ya que la norma establece que los Decreto-Ley *“no podrán afectar los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I”*, sosteniendo el magistrado que entre tales deberes se encuentra el de contribuir al gasto público, materia regulada en el Decreto-Ley cuestionado, por lo que razona que la medida excede el posible

ámbito del Decreto-ley, y que es necesario para ello la existencia de una Ley emanada del poder sobre el que recae tal competencia legislativa.-

Interesa además destacar la Sentencia 111/1983 del 02 de Diciembre del Tribunal Constitucional, por ser un caso en el que se observa en el Tribunal una discrepancia en torno a la interpretación de la expresión contenida en el art. 86 de la CE que prohíbe que a través de un Decreto-Ley se puedan “afectar” determinadas materias, resolución judicial en la que se advierten distintas posiciones.-

Me refiero a la interpretación del art. 86 de la CE en cuanto a las materias que la norma prohíbe su regulación por Decreto-Ley, esto es lo referido al límite de no afectar al “ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho Electoral general”, en particular el caso se trató de un Decreto-Ley de expropiación y la discusión radicó en si tal medida afectaba el derecho de propiedad el que tiene reconocimiento en el art. 33 que forma parte del Título I de la Constitución.-

Al respecto en la Sentencia se destacan las posturas para interpretar la limitación que impone el art. 86, por una parte una tesis “restrictiva” de la prohibición contenida en la letra de la CE, “**para reducir el ámbito de la limitación de modo que se hagan coincidir las menciones referentes a los derechos y libertades con la materia reservada a la Ley Orgánica, tal como lo define el art. 81.1 con trascendencia también para la legislación delegada, aunque implica un esfuerzo hermenéutico que no deja de contar con algunos apoyos, no es conciliable con una interpretación vinculada a unos cánones atentos no sólo al propio sentido literal del precepto, sino además a un análisis comparativo con los otros artículos (los arts. 81 y 82) y a lo expuesto en nuestra Sentencia de 4 de Febrero de 1983 ... en las que, a propósito del art. 31 de la C.E., situado en la misma sección que el art. 33 ahora invocado, el criterio adoptado no fue el de la coextensión de los arts. 81.1 y 86.1 de la C.E.”** y otra tesis más “expansiva”, descrita como “**la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el art. 86.1 de la C.E., se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-Ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo “afectar” de un**

contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del Decreto-Ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible absurdum, tampoco puede ser aceptada”.-

Según el criterio mayoritario del Tribunal, *“Entre una y otra líneas interpretativas, ambas, por extremas, rechazables, la cláusula restrictiva del art. 86.,1 de la C.E. (no podrán afectar ...) debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-Ley, que es instrumento normativo previsto en la Constitución, ni permita que por Decreto-Ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni de pie para que por Decreto-Ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos”.*

El criterio de la mayoría en cuanto a rechazar la inconstitucionalidad se vio reforzado por la circunstancia de que en el caso particular el Decreto-Ley 2/1983 de expropiación había sido luego sustituido por la Ley 7/1983 con identidad de contenido, y de no haberse dado esa circunstancia otro pudiera haber sido el fallo de la mayoría, y esa cuestión contribuyó para sostener que: *“El Decreto-Ley ha sido sustituido por la ley 7/1983, que no habiendo sido impugnada proporciona cobertura inatacables aquí a la expropiación; y es que la expropiación por voluntad de los impugnantes, ha quedado preservada de todo pronunciamiento que pudiera conducir a situaciones anteriores a la misma”.* La Ley 7/1983 dio cobertura a las anomalías anteriores que se le objetaban al Decreto-Ley 02/1983 de expropiación.-

Pero del caso, me interesa destacar el voto en discrepancia de seis (6) magistrados del TCE, -entre los que se encuentra Don Rafael Gomez-Ferrer Morant quien ya planteara su discrepancia en Sentencia 6/1983 del 4 de Febrero-, quienes entienden que *“la existencia de una situación de hecho que justifique el recurso al Decreto-Ley no permite, como es obvio, promulgar cualquier Decreto-Ley, sino sólo una disposición de esta naturaleza cuyo contenido no exceda de los límites que el art. 86.1 de la Constitución Impone”.* Luego adentrándose al análisis de la expropiación motivo del recurso de inconstitucionalidad, señalan: *“A nuestro juicio, a diferencia del parecer mayoritario, por flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo “afectar” resulta claro que la norma recurrida, que*

*lleva a cabo una privación singular del derecho de propiedad a determinados ciudadanos por medio de la expropiación, **afecta sin duda a tal derecho***”.-

Los magistrados que votan en minoría aclaran que no disienten del parecer mayoritario en lo relativo al alcance del verbo “afectar” en el sentido de que la prohibición “*no excluye toda incidencia en los mismos*”, aunque interpretan que en el caso en particular el Decreto-ley excedió el límite impuesto en el art. 86.1 de la CE por el modo en que llevo a cabo una privación singular del derecho de propiedad, afectó materia prohibida para un Decreto-Ley conforme art. 86 de la C.E., y de ese modo que votan en el sentido de declarar su inconstitucionalidad.-

Consideran que la declaración de utilidad pública en sí misma no afecta el derecho de propiedad, aunque entendieron que el Decreto-Ley en cuanto dispuso que el Estado adquiere el pleno dominio de las acciones por Ministerio de la ley, al margen por completo del sistema general expropiatorio, es decir, importa la privación del derecho de propiedad, y con ello afecta ese derecho.-

Es así que conforme el voto de la minoría, el art. 86 de la C.E. habilita que en caso de extraordinaria y urgente necesidad el gobierno pueda dictar disposiciones legislativas provisionales adoptadas en forma de Decreto-Ley, cuidando de no “afectar” a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos.-

Destaco además la Sentencia 166/1986 del 19 de Diciembre, en la que el Tribunal Constitucional señaló que: “*Procede señalar que la **evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de Ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y la singularidad de otra***” “*A pesar de ello, no puede desconocerse que la constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales -art.66.2- y la ejecución al Gobierno -art.97- y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro*”. Y agregó: “*el ejercicio por el Gobierno de la potestad legislativa que, a título excepcional, le concede el art. 86.1 de la Constitución para supuestos de*

“extraordinaria y urgente necesidad” debe utilizarse tan sólo cuando tales supuestos requieren una prontitud de respuesta que no puede dar el poder legislativo de las Cortes”.-

Luego por Sentencia 23/1993, del 21 de Enero, el Tribunal Constitucional, en el análisis sobre la concurrencia o no del presupuesto habilitante que legitima la utilización de tal instrumento normativo que es el Decreto-Ley, agregó además que *“puede por último ser contrastado el presupuesto habilitante en relación a los intervalos temporales que han existido en la aprobación, publicación, entrada en vigor y efectos de la norma, ya que todo ello puede generar indicios jurídicamente controlables de la inexistencia de la pretendida urgencia”.-*

Por cierto que además debe existir conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante concreto: el caso de extraordinaria y urgente necesidad, pudiendo el Tribunal Constitucional en supuestos de uso abusivo o arbitrario rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad.-

Es lo ocurrido en Sentencia 68/2007 del 28 de Marzo, donde el TCE, declaró inconstitucional y nulo un Decreto-Ley, por no concurrir el presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” exigido por el art. 86.1 de la CE. Al respecto señaló que para controlar la concurrencia de ese presupuesto habilitante, como ha quedado dicho, es preciso analizar dos elementos: *“en primer lugar, los motivos que habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada y en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada par subvenir a la misma”.-*

Destacó que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contienen en la Constitución (art. 86) no es en modo alguno: *“una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-Leyes”.* E insistió el Tribunal Constitucional, en que *“Es función propia de este Tribunal el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución”.-*

Es entonces reiterado el criterio ya sentado en la Sentencia 29/1982, en cuanto a que los órganos políticos no sólo deben definir la situación “extraordinaria y de urgente necesidad” de un modo explícito y razonado, sino que además debe existir una “relación de adecuación” o “conexión de sentido” entre la situación de emergencia definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que se adoptan en el Decreto-Ley de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar.-

El Tribunal Constitucional, en ejercicio de un control constitucional externo, examinó la concurrencia en el caso de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que constituye el presupuesto habilitante exigido por la Constitución, y declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ley por concluir en que el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 de la CE.-

En el análisis de la justificación del presupuesto habilitante, se señala en el fallo que los argumentos utilizados en el preámbulo del Decreto-Ley son marcadamente teóricos y abstractos impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad, y además que tales argumentos han sido matizados por la propia percepción de la realidad transmitida por el Gobierno en el debate parlamentario de convalidación. Y además señaló que: *“En ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia”*.-

Finalizó reafirmando que como función propia de ese Tribunal Constitucional, *“el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada”*.-

Esta última Sentencia 68/2007 va en marcha contraria a la “matización” antes declarada en la Sentencia 6/1983, y se encarga de poner algunos límites a esa “flexibilización” del criterio para determinar la existencia y justificación de la “situación de extraordinaria y urgente necesidad”, y sobre ello han coincidido la doctrina, pudiendo sintetizarse tal criterio

en aquel párrafo donde a propósito de ello el Tribunal Constitucional señala: “*En efecto, aun habiendo descartado que la utilización por el Gobierno de su potestad legislativa extraordinaria deba circunscribirse a situaciones de fuerza mayor o de emergencia, es cierto que hemos exigido la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia*”.-

En Italia, se señala que cuentan con un sistema que se presenta como un modelo superador en cuanto a las consecuencias posteriores a su dictado, aun cuando tiene el defecto de no establecer límites materiales.

Así, el art. 77 de la Constitución Italiana expresa que “*no podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tenga fuerza de ley ordinaria*”. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. **Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación.** Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”.-

Ello con una curiosidad, ya que no obstante lo establecido en la norma, en la práctica se desvirtuó la ausencia de conversión dentro del plazo establecido mediante la renovación del decreto ley.-

En Italia, existe un acto “especial”, “le ordinanze”, que se distingue del decreto-ley común, de los reglamentos comunes y de los actos ordinarios de necesidad, el cual puede ser emitido por el órgano administrativo en supuestos de necesidad y urgencia. (Luigi Galateria: I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze, paginas 18-19, 21-30 y 65 y siguientes, Milano 1953; Sandulli: “Manuale di diritto amministrativo” pág. 257, citados por Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo tomo I, pág. 277).-

Respecto del ordenamiento Italiano, apunta Alfonso Santiago¹²⁴, que se creó una práctica viciosa de que si un decreto-ley no era convalidado por el Parlamento en el plazo constitucionalmente previsto, el gobierno dictaba uno de contenido idéntico para lograr que la regulación siguiera vigente. En efecto, se señala que: “*Se llegó al extremo de que un Decreto-Ley había sido reiterado en veintinueve oportunidades, sin que el Parlamento se hubiera pronunciado*”. Hasta que se pronunció la Corte Constitucional Italiana en la Sentencia n°360 (año 1996) declarando la invalidez de esta práctica y se resalta que fue tan importante la impronta de este fallo que se produjo una reducción drástica en el número de Decretos-Leyes pasado de 361 dictados en el año 1996 tan sólo 8 dictados en el año 1998.-

En Brasil, ocurre algo similar, ya que la caducidad del DNU se produce si no se convierte en ley dentro de los siguientes treinta (30) días.-

Humberto Quiroga Lavié – Miguel Ángel Benedetti – María de las Nieves Cenicacelaya,¹²⁵ señalan que “En cambio, aparecen como más descriptivas algunas denominaciones utilizadas en el derecho comparado. La Constitución de Italia de 1947, que dice **provvedimenti provvisori con forza di legge** (art. 77), o la de Brasil de 1988, **medidas provisorias com forza de lei** (art.62), destacan dos notas esenciales en estas normas dictadas por el Ejecutivo: que tienen carácter transitorio hasta que se pronuncie definitivamente el congreso, y que, mientras tanto, valen como si fueran ley. A su vez la Constitución de España de 1978 luego de mencionarlos como **disposiciones legislativas provisionales**, al agregar que “tomarán la forma de decretos – leyes” (art. 86.1) destaca que tienen forma de decreto, aunque contenido, rango y valor de ley”. -

Agrega **Maximiliano Toricelli**, que “Como salvaguarda final, además de preverse la caducidad transcurrido un plazo breve, como en Italia o el Brasil, sería conveniente establecer que su no convalidación en el plazo establecido genera la imposibilidad del Ejecutivo de dictar un nuevo decreto con similar contenido, dentro del mismo año legislativo, para evitar así el vicio de la reedición. -

¹²⁴ Santiago, Alfonso - Castro Videla – Santiago, M., *El Control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley, 2019, p. 27

¹²⁵ Quiroga Lavié, H., Benedetti, M.A., Cenicacelaya, M., *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2009. t. II, pp. 1187-1188.

En la República Argentina, el art. 99 inc. 3 de la Constitución, incorporado en la reforma constitucional de 1994, establece que “*El Presidente de la Nación tienen las siguientes atribuciones: Participa de la formación de las leyes con arreglo a esta Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros. El Jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.*

Al respecto, **Gordillo Agustín**¹²⁶, sostuvo que la constitución mantiene como regla la prohibición de que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo, lo cual ha motivado que los reglamentos de necesidad y urgencia, según Gordillo, padezcan de presunción de inconstitucionalidad, presunción que sólo podría ser abatida por quien demuestre que al momento de su dictado estaban reunidas las condiciones constitucionalmente exigidas al efecto.-

El mencionado Dr. Agustín Gordillo, cita en apoyo de su postura un **voto de la Jueza Carmen Argibay en el caso “Massa Juan Agustín v. Poder Ejecutivo Nacional – Decreto 1570/2001 y otros/ Amparo ley 16.986” (CSJN fallos 329:3913)**, en el cual la ministra sostiene que cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única

¹²⁶ Gordillo, A., *Tratado derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, t.I, VII-28.

excepción admitida en la Constitución a la prohibición general ante sentada, establecida en el art 99 inc. 3 (considerando 3 a 5).-

Luego de varios años, se dictó la ley N° 26.122 (B.O. 28-7-2006) reglamentaria del control legislativo de los DNU, y allí bajo el título de pronunciamiento, se estableció en el art. 22 que “*Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata*”. Luego el art. 24 estableció que: “*El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia*”.

Es decir que para el rechazo del DNU es necesario rechazo expreso de ambas Cámaras, con lo que el silencio del Congreso importa que el Decreto mantenga su vigencia.-

Dictada la ley 26.122, **María Angélica Gelli**¹²⁷, argumentó que: “Sobre el procedimiento del examen que debe ejercer el Congreso, el control establecido por la ley N° 26.122 es más aparente que real. Y ello a pesar de la exigencia de que las Cámaras se pronuncien expresamente por el rechazo o por la aprobación de los decretos de cualquiera de los tipos mencionados porque otra disposición establece que la derogación de cualquiera de los decretos de marras procede por el rechazo de ambas Cámaras. En consecuencia, basta con que una de las Cámaras del Congreso no se pronuncie para que el decreto permanezca vigente y produzca plenos efectos. A más de ello la ley no fijó plazo para que se expidan las Cámaras del Congreso en función del examen de validez y control de los decretos mencionados. Dicho de otro modo, los decretos delegados, los decretos de promulgación parcial de leyes y los decretos de necesidad y urgencia mantendrán su validez y producirán efectos sobre los derechos de las personas, hasta que ambas Cámaras lo rechacen expresamente. Sin embargo, según lo exige una interpretación razonable de los artículos 82 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, se requiere que las dos Cámaras se expidan expresamente de forma inmediata acerca de la validez constitucional de los tres tipos de decretos. De resultas de esas normas constitucionales **la finalidad de control -y el eventual rechazo de esos decretos- se cumple**

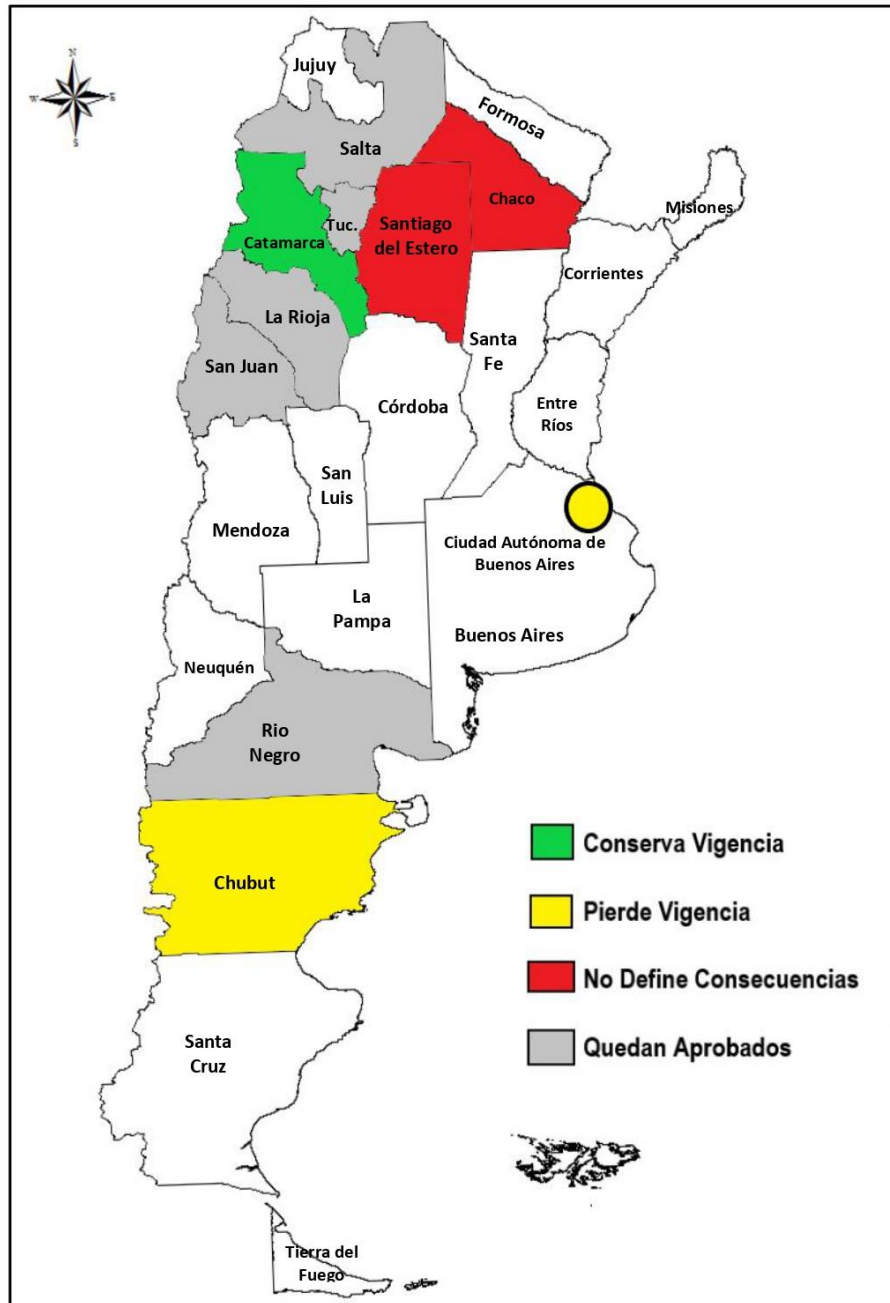
¹²⁷ Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 4° ed. t. II, pp. 384-385.

con la manifestación de desaprobación de cualquiera de las Cámaras del Congreso o **con el silencio de ambas o de una sola, en un plazo que necesariamente deberá ser breve**”.

Tal como lo expone **Miguel Ángel Ekmekdjian**¹²⁸, en el derecho comparado el silencio del Poder Legislativo tiene dos valores distintos. Así, v.gr. en la Constitución de España, el silencio del Parlamento no está previsto (art. 86). El inciso 2 de ese artículo establece que los decretos leyes deben ser sometidos de inmediato al congreso de los diputados y éste debe pronunciarse expresamente dentro de los treinta días siguientes, convalidándolos o derogándolos. En cambio, en la Constitución de la República de Italia, el silencio del Parlamento en un plazo de sesenta días, significa la derogación del decreto-ley (art. 77), criterio que comparto, que marca el rumbo que debiéramos seguir en esa materia.

¹²⁸ Ekmekdjian, M. Á., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1999, t. V, p. 93.

2.I- Los DNU en las Provincias Argentinas. - en relación al Silencio.



i) El Silencio como Rechazo

En la Provincia de Chubut, la Constitución Provincial, en el art. 156 se estableció que: “... **El decreto pierde efectos jurídicos si la Legislatura no lo ratifica** con el voto de dos tercios del total de sus miembros dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de su comunicación”. –

En la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su art. 91 inserto dentro del capítulo tercero del Poder legislativo, dispone que: “Debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días de su remisión. ... **Pierden vigencia los decretos no ratificados.** ... “

ii) El Silencio como Tacita Aprobación

El resto de las provincias que tienen constitucionalizado los DNU, le han dado al silencio el valor de aprobación. –

La Constitución de la Provincia de San Juan, en su art. 157 establece que: “... Si en ese período no hubiese pronunciamiento de la Cámara, la ley **quedará aprobada**”.

La Constitución de la Provincia de Río Negro, en el art. 181 inc. 6 al señalar que: “... Transcurridos noventa días desde su recepción por la legislatura, sin haber aprobado o rechazado el decreto de necesidad y urgencia **queda convertido en ley**”. –

La Constitución de la Provincia de Salta, en su art. 142 establece que: “... Transcurridos noventa días desde su recepción por la legislatura, sin haber sido aprobado o rechazado por ésta, el decreto de necesidad y urgencia **queda convertido en ley**”. –

La Constitución de la Provincia de Tucumán, en su art. 102 inc. 2, establece que: “... Dentro de veinte días hábiles de haber sido recibido por la legislatura, ésta deberá expedirse sobre su validez. En caso que fuera ratificado o venciera el plazo establecido por el presente artículo, sin que la legislatura se pronunciare, su contenido **adquirirá fuerza de ley a partir de la fecha en que fue dictado**”. -

En Constitución de la Provincia de La Rioja (art. 126 inc. 12) se establece que: “... transcurrido dicho término sin que la Cámara se expida el decreto se considerara aprobado”.-.

Hay también provincias, como la de Santiago del Estero, y Chaco que han insertado en sus constituciones un régimen relativo al DNU pero que no han previsto que sucede cuando la Legislatura no trata el DNU, es decir que no han tomado postura al respecto. -

En la Provincia de Catamarca, el art. 184 de la Constitución, aunque sin referirse expresamente a los DNU, establece que: “Los decretos dictados por el Gobernador en el receso legislativo... **conservarán su vigencia si no fueren derogados**, total o parcialmente,

por la Legislatura en el primer período ordinario subsiguiente”, con lo que cabe interpretar que se le ha dado al silencio valor de tácita confirmación. -

El resto de las provincias no tienen contemplado el DNU en sus textos constitucionales. -

2. J.- La Jurisprudencia Nacional. -

Debemos partir por sostener que conforme la normativa constitucional el dictado por el Poder Ejecutivo de un DNU supone lógicamente como presupuesto, la existencia de esas “razones de necesidad y urgencia” descritas en el 3er párrafo del 99.3 CN como aquellas “circunstancias excepcionales” que hicieran imposible seguir los trámite ordinarios previstos por la Constitución Argentina para la sanción de las leyes.-

Algunos autores como Fèlix R. Loñ¹²⁹, señalan que “*La excepcionalidad se refiere a que no se pueda aplicar el procedimiento constitucional para la aprobación de una ley o se dé un caso de urgencia -cuyo tratamiento no admite dilaciones- que acaecerá cuando sobrevenga una emergencia*”, lo que nos introduce a esta eventualidad correlacionando “urgencia” con “emergencia” de modo que se nutre uno y otro concepto. En el trabajo citado, se caracteriza a la emergencia como un suceso, accidente imprevisto que modifica la realidad imperante. Citando al Diario de sesiones del Congreso en la sanción de la Ley de Emergencia 25.561 (debate de fecha 06-01-2002), se describe a la emergencia como “*un acontecimiento inusitado de extrema gravedad que marca una repentina mudanza en la situación existente y que afecta a la sociedad en forma global al abarcar aspectos económicos, sociales, bancarios y financieros. Es decir no tiene un mero alcance sectorial*”.-

Debemos pues atender por un lado a la emergencia como situación extraordinaria que justifica por parte del Estado el dictado de una Ley como la 23.696 de Emergencia Administrativa, la 23.697 de Emergencia Económica, o la más reciente ley de Emergencia 25.561 las cuales constituyen un conjunto de normas dictadas por el Congreso, aplicables ante un peligro a conjurar con motivo de esa situación de extrema gravedad global padecida.-

¹²⁹ Loñ, F. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia*, La Ley, 2010-B, 826, cita on line AR/DOC/685/2010.

Al respecto, la CSJN estableció en el caso “Cadagán”¹³⁰ que *“Si bien la propiedad puede ser regulada, como asimismo los contratos, cuando una situación de emergencia impone esa regulación por razones de orden público, la calidad excepcional de esa facultad exige de manera indispensable la declaración por ley de esa emergencia y de ese orden público”*. El caso trataba respecto de una normativa que prohibía el cobro de cierta suma de dinero pagada en concepto de alquiler de un medidor de energía, la CSJN ingresó al análisis de la razonabilidad de esa normativa (ordenanza) de emergencia y sostuvo que ella era contraria a las garantías de los art. 14 y 17 de la Constitución Nacional, ya que no se da razón ninguna de orden público para privar a dichas compañías de toda remuneración por el uso de aparatos de medición. Sostuvo que ninguna ley podía obligar a que esa prestación sea gratuita.-

Este criterio de la CSJN consistente en ingresar al análisis de la razonabilidad de una Ley de Emergencia ya había sido concretado en el caso “Ercolano”¹³¹ analizando la Ley 11.157 que reglamentó el precio de los alquileres prohibiendo por 2 años desde el 01-01-1920 un precio de locación superior al que se pagaba a esa fecha. Señaló el tribunal cimero que: *“Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se imponen para asegurar el orden, la salud y la moralidad pública y asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen”*.-

Es decir que aún establecida por ley formal esa emergencia, el Poder Judicial cuenta con facultades para verificar la razonabilidad de esa medida dispuesta por el legislador, con lo que resulta razonable concluir en que tal potestad de examen pueden más aún concretarse cuando esa situación de emergencia sea calificada para el dictado de un DNU por parte del Poder Ejecutivo a quien por regla le está vedada tal competencia normativa.-

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Cadagán Carlos c/ Compañía de Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos”, Fallos 173:65, Buenos Aires, 07-06-1935.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Ercolano Agustín c/ Lanteri de Renshaw Julieta”, Fallos 136:170, Buenos Aires, 28-04-1922.

En relación al dictado de una ley de emergencia, la CSJN en la causa “Russo”¹³², se analizaron los requisitos a cumplir por la normativa, se resaltó la persecución de un fin público, la transitoriedad de la regulación excepcional y razonabilidad del medio elegido, cuyo control corresponde a los jueces conforme su misión de guardianes de la constitución. Se citaron entre tales como condición **a) situación de emergencia definida por el Congreso** (Fallos 173:65 caso “Cadagán”); **b) Persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país** (Fallos 202:456 caso “Ghinaldo Héctor c. Pacho Samuel); **c) Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales** (Fallos 200:450, caso “Vicente Martini e Hijos SRL) y **d) Razonabilidad del medio elegido por el legislador, o sea la adecuación de ese medio al fin público perseguido** (Fallos 199:483 caso “Inchauspe Hnos. Pedro c/ Junta Nacional de Granos”) y **respeto del límite infranqueable tratado de razonabilidad trazado por el art 28 en orden a las garantías constitucionales** (Fallos 68:20).

Puede verse ese análisis de la razonabilidad de la emergencia también en el caso “Videla Cuello”¹³³ donde se precisa, que ante la emergencia declarada por ley, los poderes del Estado, no son ilimitados y han de ser utilizados, siempre, dentro del marco del art. 28 de la Constitución y bajo el control de los jueces independientes, quienes, ante el riesgo al menos teórico de extralimitación de los órganos políticos del gobierno, tienen que desempeñar con “cuidadoso empeño” su función de custodios de las libertades de las personas.

En esa línea, señaló la CSJN en el considerando 7 del caso “Russo” (Fallos 243:467) que *“Con relación al indispensable cumplimiento de estos cuatro requisitos, por cuyo intermedio se asegura la conciliación de los derechos de la sociedad con los del hombre, las facultades de los jueces son plenas y deben ser ejercidas con celo proporcionado a la magnitud de los bienes jurídicos protegidos”.-*

Pues bien, por otro lado, el tema que nos atañe refiere a la emergencia pero referida a una “situación de emergencia” o “estado de emergencia” revelador de una “situación de peligro” que bajo determinadas pautas hace viable el dictado de un DNU por parte de un

¹³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Russo Angel y otra c. C. de Delle Donne E.*”, Fallos 243:467, Buenos Aires, 15-05-1959.

¹³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Videla Cuello Marcelo Sucesión de v/ Provincia de la Rioja s/ Daños y Perjuicios*”, Fallos 313:1638, Buenos Aires, 27-12-1990.

Poder Ejecutivo al que por regla le está prohibido el dictado de disposiciones de carácter legislativo, conforme veremos en los criterio de la Corte Suprema Argentina.-

Allí hay que tener algo de cuidado, puesto que refiriéndose a los DNU señala Juan Carlos Cassagne¹³⁴, que ha sido un error bastante generalizado aplicar a estos reglamentos, sin la debida cautela, el bagaje doctrinario y jurisprudencial elaborado alrededor de la llamada “emergencia constitucional”, pues esta situación no constituye un requisito sine qua non para la admisión de este tipo de reglamentos. Señala que la competencia para dictar estos reglamentos (DNU) debe interpretarse siempre restrictivamente, y luego aclara que de configurarse una situación de “emergencia constitucional”, corresponde ser todavía más estrictos ya que en tal supuesto se comprimen o suspenden transitoriamente, las libertades y demás derechos fundamentales de las personas.-

Amplía el autor citado, señalando que a las “**circunstancias excepcionales**” se las identifica con esas “**razones de necesidad y urgencia**”, y puntualiza que ellas existen, en una situación que se caracteriza por: a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis social y que la emisión del acto sea inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, si no imposible reparación ulterior; b) una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; c) la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves consecuencias comunitarias.-

Al respecto, la situación de emergencia que justifica como “circunstancia excepcional” el dictado de un DNU debe importar un “*grave riesgo social*”, o un “*descalabro económico generalizado*” conforme descripción dada por la CSJN en el caso “Peralta” (considerando 33 a 35), es decir contiene también notas de afectación “global”, pero que además son esas circunstancias las que hacen imposible seguir los trámite ordinarios de sanción de una ley cuyo dictado resulta imperioso o urgente para paliar la situación de gravedad padecida, y es por ello que el régimen constitucional habilita de modo excepcional el dictado de un DNU.-

¹³⁴ Cassagne, J. C., *Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Buenos Aires, Euros Editores, 2020, pp. 331-332)

Tal requisito de que la situación excepcional no sea de un sector sino generalizada, ha sido remarcado por la CSJN en particular en la causa “Leguizamón”¹³⁵ señalando que *“Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjurados sin dilaciones puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias de excepción”*.-

En similar línea de razonamiento, la CSJN en “Risolia de Ocampo”¹³⁶ el tribunal expresó que una norma de emergencia debe tener como finalidad proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos, y señaló: *“no se advierte de qué forma la crisis económica que atraviesan las empresas prestadoras del servicio público de pasajeros y las compañías aseguradoras de dichas entidades por el servicio mencionado afecta a “los intereses generales de la sociedad” o al “interés público” que los decretos de necesidad y urgencia deben proteger”*.-

La Corte Suprema de Justicia Nacional, convalidó la práctica del dictado de DNU. Al respecto, interesante resulta el análisis que de la jurisprudencia realiza Humberto Quiroga Lavié¹³⁷, ya que luego de analizar que “La doctrina de la Corte en esta materia, antes de la reforma constitucional, ha sido la siguiente: en el caso “Porcelli”, donde se cuestionó la validez del denominado **Plan Austral**, la Corte desestimó la pretensión en razón de que al momento del fallo el Congreso ya había ratificado el correspondiente decreto (fallos 312:555)”, y “En el caso “Peralta” la Corte convalidó la instalación del **Plan Bonex** por decreto, sosteniendo que el silencio legislativo (el Congreso tenía conocimiento de lo actuado por el Presidente) tenía por efecto sanear su vicio de origen” agregó entre paréntesis: **“esto de dar efectos sancionatorios al silencio del congreso es de terror”**.-

Es que en el caso “Peralta v. Gobierno Nacional” (Fallo del 27-DIC-1990) la Corte convalidó la práctica siempre que se dieran las siguientes circunstancias: a) **“Que el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados”** y b) **“Que medie “una**

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Leguizamón Romero Abel y otra c/ I.N.S.S.J.yP.”, Fallos 327:5559, Buenos Aires, 07-12-2004.

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Risolia de Ocampo María J. c/ Rojas Julio C. y otros”, Fallos 323:1934, Buenos Aires, 02-08-2000.

¹³⁷ González, J.V.M., *Constitución Argentina 1853-1860*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié.

situación de grave riesgo social frente al cual existió la necesidad de medidas súbitas... cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados”. Es decir que con este fallo tal como lo reseña Ricardo Dalla Vía ¹³⁸, “la Corte dispuso que en la medida en que el Congreso no dicte normas expresas que contradigan las disposiciones de un decreto de necesidad y urgencia, debe presumirse que existe el consentimiento de la legislatura”.-

Razonó la CSJN en “Peralta” (Fallos 313:1538/9), en el sentido de que: “La Constitución por la previsión de sus autores, fue elaborada para ser guía del progreso nacional. La Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación. ... La Constitución Nacional provee reglas concretas para organizar el Estado y asegurar los derechos individuales y sociales en situaciones imaginables por sus autores, pero **sólo podemos recurrir a sus principios rectores más profundos, frente a situaciones que no pudieron imaginar**”.-

El caso “Peralta” trató de una acción de amparo interpuesta contra el Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina, peticionando la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 36/90 en cuanto dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excedieren de determinada cantidad, fuesen abonados con títulos de deuda pública. La CSJN reconoció validez constitucional al DNU 36/90 dictado por el PEN, fundado principalmente en que había sido dictado mediando una notoria y pública situación de grave riesgo social y que luego el Congreso Nacional no había adoptado una decisión diferente en lo puntos de política económica involucrados.-

Se valoró en particular que el Congreso Nacional había tenido efectivo conocimiento de modo y por un tiempo suficiente de la situación planteada, sin que haya mediado por su parte un rechazo de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo.-

Numerosos fallos se han dictado por la CSJN en torno a la regulación de los DNU, poniendo límites a la actuación del Poder Ejecutivo en esta materia, pudiendo citarse “Video Club Dreams” (Fallos 318:1154); “Della Blanca” (Fallos 321:3123); “Verrocchi” (322:1726); “Franco” (322:1868); “Famyl” (Fallos 323:2256); “Selcro” (Fallos 326:4251); “Craviotto” (Fallos 322:752); “Tobar” (Fallos 326:2059); “Zofracor” (Fallos 325:2394); “San Luis”

¹³⁸ Dalla Vía, A.R., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2009, p. 422.

(Fallos 326:1289); “Colegio de Abogados” (Fallos 331:2406); “Consumidores Argentinos” (Fallos 333:633); “Camaronera Patagónica” (Fallos 337:388); “Asociación Compañías de Seguros” (Fallos 338:1048), entre otros.-

De ese importante listado de fallos de la CSJN, cabe señalar aquellos que han sostenido el criterio de que la ley posterior del Congreso ratificatoria del DNU importa su convalidación, aún en el caso de que se tratase de una ley de presupuesto. Al respecto vale señalar el caso “Guida”¹³⁹, donde se estableció que la necesidad y urgencia invocadas para el dictado del DNU 290/95 fueron convalidadas por el Congreso diez meses después con el dictado de la Ley de Presupuesto n°24.624. En igual sentido el caso “Aceval Pollacchi”¹⁴⁰ donde el máximo Tribunal, entendió que el DNU 883/02 dictado por el Poder Ejecutivo el cual prorrogó en el tiempo la indemnización agravada por despido sin causa, había sido reconocido en su eficacia al haberse sancionado la ley 25.972 cuyo art. 4 expresamente lo ratificaba, con lo que el DNU supera por ello el control de constitucionalidad. Incidió para tal decisión que la materia regulada en la norma cuestionada no se refería a una materia prohibida expresamente en el 99 CN (penal, tributaria, electoral, o el régimen de los partidos políticos).-

También hay que destacar los fallos de la Corte Suprema Nacional que han hecho aplicación de la limitación material de los DNU (art. 99.3 CN), por haberse dictado en materia constitucionalmente prohibidas, en particular los fallos “Video Club Dreans”¹⁴¹, donde por aplicación del principio de legalidad tributaria, se declaró la inconstitucionalidad de los DNU 2736/91 y 949/92 por implicar el ejercicio de facultades legislativas en materia impositiva ya que el Poder Ejecutivo por DNU extendió el hecho imponible creado por ley violando el principio de que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal. Igualmente vale señalar el antecedente del caso “Zofracor”¹⁴², donde se cuestionó el DNU 285/99 que previó ciertas franquicias tributarias para otra zona ubicada en la Provincia de la Pampa. La CSJN, declaró la insanablemente nulo el DNU, por oponerse al

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Guida Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional*”, Fallos 323:1566, Buenos Aires, 02-06-2000.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Aceval Pollacchi Julio Cesar c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/ Despido*”, Fallos 334:799, Buenos Aires, 28-06-2011.

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Video Club Dreams c/ Instituto de Cinematografía*”, Fallos 318:1154, Buenos Aires, 06-06-1995.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Zofracor SA c/ Estado Nacional*”, Fallo 325:2394, Buenos Aires, 20-09-2002.

principio de legalidad que rige en materia tributaria y al claro precepto del art. 99.3 de la CN, y que por ende se encontraba privado de todo efecto jurídico. A su vez, como dicho DNU había sido ratificado por ley n°25.237 de Presupuesto, se estableció siguiendo la doctrina del “Spak”¹⁴³ que tal ratificación legislativa carece de efectos retroactivos en virtud de la insanable inconstitucionalidad original.

Asimismo, otros fallos del Tribunal cimero se han explayado sobre el control del presupuesto habilitante en el dictado de un DNU, en cuyo repaso no se puede omitir el contenido de los fallos “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos” por su trascendencia como doctrina legal del tribunal en la materia.-

Nos interesa el estudio del caso “Verrocchi Ezio D. c. Administración Nacional de Aduanas”, de la CSJN (Fallo 322:1726 del 19-08-1999), por el análisis que surge de la competencia del máximo tribunal judicial en el control respecto de la existencia del presupuesto habilitante de estado de necesidad y urgencia invocado por el PEN como requisito o recaudo a justificar para el dictado del excepcional DNU.-

El caso “Verrocchi” trató sobre una impugnación judicial a través de acción de Amparo, de los DNU 770/96 y 771/96 derogatorios del texto entonces vigente de Ley 18.017, DNU que contuvieron una exclusión de las llamadas “asignaciones familiares” a un determinado grupo de personas cuyas remuneraciones superaban determinado monto (\$1.000). Es decir se trató de un DNU que privó al actor de beneficios gozados bajo el imperio de una ley formal vigente emanada del Congreso Nacional. En las instancias inferiores habían declarado la inconstitucionalidad de los Decretos en función de que en los mismos Poder Ejecutivo no había expresado en los considerandos ni demostrado en el sub lite sobre qué bases sostenía la necesidad de acudir al excepcionalísimo DNU. Sostuvo el a-quo que los DNU no referían razones objetivas para justificar la necesidad y urgencia de las medidas adoptadas.-

La Corte de Justicia vota en forma dividida. Los Dres. Fayt, Belluscio, y Bossert confirman la Sentencia, en igual sentido según sus votos lo hacen los Dres. Petrachi y Boggiano, mientras que votan en disidencia los Dres. Nazareno, Moliné O Connor y Lopez.-

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central*”, Fallos 321:366, Buenos Aires, 17-03-1998.

La Corte de Justicia de la Nación, inicia el fallo con el voto de los Dres. Fayt, Belluscio y Bossert, destacándose el considerando 10 del fallo, donde reprochan que el Poder Ejecutivo en los considerandos del DNU afirma que “*resulta indispensable adecuar el régimen a la disponibilidad de los recursos*” y agrega que “*la prolongación del statu quo imperante agravaría tanto el deterioro financiero del régimen de asignaciones familiares*”; y al respecto los magistrados sostienen que esas afirmaciones incluidas en el DNU resultan “*dogmáticas e insuficientes pues no alcanzan a justificar la imposibilidad de revitalizar el régimen de las asignaciones familiares por medio del ejercicio de la función legislativa del Congreso de la Nación*”. Y afirman que en tales condiciones “*cabe concluir en la invalidez de los decretos cuestionados en el sub lite, por cuanto no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la norma constitucional describe con rigor de vocabulario*”.-

Agreden en el mencionado considerando n°10 que: “*Máxime cuando se trata de derechos sociales, tutelados explícitamente en la Constitución Nacional, los cuales pueden y deben ser reglamentados por leyes formales fruto de los debidos consensos obtenidos por los representantes ...*”

Por su parte en su voto el Juez Petracchi, adhiere al citado considerando n°10, pero es interesante lo que este magistrado agrega en su voto individual, consideraciones que me permito transcribir, dado el enfoque que trae sobre la temática.-

El primer razonamiento del Juez Petracchi, es que **al no haberse sancionado a esa fecha la ley que reclama el art. 99 inc. 3, no puede cumplirse con la denominada “subetapa” legislativa, lo que determina la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia**”. Recordemos que la Ley 26.122 fue sancionada recién en el año 2006, mientras que el fallo comentado data de fecha 19-08-1999, con lo que a esa fecha no había sido reglamentada la creación de la Comisión Bicameral Permanente que debía analizar los DNU.-

En base a ello sostiene que el DNU cuestionado no se ajusta a las exigencias constitucionales, y luego razona que si por mera hipótesis el Poder Ejecutivo pudiera dictar esa clase de decretos , analiza que el Congreso no se ha expedido sobre su rechazo o aprobación, y por tanto ello equivale a su rechazo.

Es ese el segundo razonamiento, así introducido por el Juez Petracchi, que afirma **“Frente al dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia, la omisión de pronunciamiento del Congreso de la Nación equivale a su rechazo”**.-

Resulta interesante destacar como llega a tal conclusión. Señala el Juez Petracchi, que: “Es preciso establecer los alcances de la norma transcrita, para lo cual es necesario tener presente las exposiciones de los convencionales en los debates que precedieron su sanción. ... La última intervención, previa al cierre del debate, fue la del convencional Alasino, presidente del Bloque Justicialista Antes había hablado el convencional Álvarez quien manifestó, con relación a esta clase de decretos, que no se había adoptado la “fórmula italiana” ni la “fórmula española” sino la “fórmula Bauzá”: Llegaron a la formula criolla que nos impide saber qué pasa luego de que el ministro coordinador someta a la consideración del Congreso de la Nación los Decretos de Necesidad y Urgencia. ¡Caso Inédito! [...] los decretos de necesidad y urgencia quedarán atrapados en las relaciones de fuerza circunstanciales que se den en la Cámara de Diputados (diario de sesiones de la Convención nacional Constituyente, Santa Fé, Paraná 1994, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, tomo III, pág. 2680)”. “Alasino respondió a esa crítica y dijo: “Por otra parte, no quiero que en el Diario de Sesiones quede un error producto quizás de la facilidad que tiene mi amigo y compañero convencional Álvarez para comunicar sus ideas. **El régimen de los Decretos de necesidad y urgencia que adoptamos es el del sistema español**, no es el llamado sistema Bauzá”.

Al respecto, concluye diciendo que: “En efecto, aun desde ese punto de vista sería preciso comprobar que el Congreso no se ha expedido sobre el rechazo o la aprobación del Decreto de Necesidad y Urgencia 770/96. **En tales supuestos, la doctrina española coincide en atribuir al silencio efectos similares a la desaprobación expresa del decreto ley**”. También en la Convención de 1994 se dijo –trayendo a colación el art. 82 Carta Magna- que el silencio del Congreso no podría ser interpretado como consentimiento al Poder Ejecutivo (conf. Intervención de los convencionales Natale y Ortiz Pellegrini en la 19ª. Reunión, 3ª sesión ordinaria, del 28-7-94, diario citado, tomo II, ps. 2355/2356 y, del último de los nombrados op. cit., ps. 2452/2453). En esta última intervención se dijo: “derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como

expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país”. “Por fortuna, pues, la Reforma Constitucional desplazo la doctrina del caso “peralta” que hipotecaba el porvenir de la jurisprudencia republicana”.

Y termina el Juez Petracchi diciendo: “*En suma, la omisión de pronunciamiento congresal –silencio- es equivalente a un rechazo, con lo cual, también en esta hipótesis, el dec. 770/96 carece de validez*”.-

Luego vota del Juez Boggiano quien adhiere también a esta mayoría, y remarca que el ejercicio de la prerrogativa del Poder Ejecutivo en cuanto al dictado de normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además, una intervención posterior del Poder Legislativo. Al respecto, destaca el Juez Boggiano que en los considerandos del Decreto 770/96 sólo se hace una **escueta referencia** a la imperiosa necesidad de impulsar en forma perentoria una Reforma de la Ley de Asignaciones Familiares, pero señala que “*Ello resulta insuficiente para justificar una situación de riesgo social que el Congreso no puede remediar por los causes ordinarios, máximo cuando las medidas se adoptaron durante el período de sesiones ordinarias*”.-

En “Verrocchi” la CSJN ratifica que corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio.-

No hubo tan claro acuerdo sobre cuáles son esas circunstancias, ya que en el considerando 9 los jueces Fayt, Belluscio y Bossert precisan que son dos, “*1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor ... y 2) Que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes*”. Puede verificarse como el Juez Petracchi se cuida de compartir los considerandos 1 al 6 del voto de la mayoría, y luego expresamente al considerando 10, pero

nada dice de ese considerando 9 que permanece con sólo los tres jueces que inician el pronunciamiento, sin otras adhesiones. Algo similar ocurre con el Juez Boggiano, quien con otras palabras adhiere al contenido del considerando 10 pero nada dice sobre el cuestionado considerando 9 que parece definir las condiciones de aplicación del art. 99.3 de la CN.-

Pero lo interesante entonces el fallo en cuestión, es que pone el acento en la competencia del poder judicial a los efectos de controlar la justificaciones que el Poder Ejecutivo efectúe respecto de la utilizations de la herramienta excepcional del DNU así concebido en nuestro régimen constitucional.-

Debe destacarse el fallo de la CSJN en el caso “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN s/ Decreto 558/02 – Ley 20.091” (Fallos 333:633) dictado el 19-05-2010, es decir casi una década después de “Verrocchi”, con lo que vino a constituir una ratificación del criterio expuesto por la Corte, con el dato de interés de que el Tribunal que había variado la mayoría de su integración.-

El caso se trató de acción de amparo iniciada por una Asociación para la defensa del Consumidor, cuestionando la constitucionalidad del DNU 558/02 dictado por el PEN, que introdujo modificaciones a la Ley Nacional de Entidades de Seguros n°20.091, fundado en que la emergencia pública declarada por Ley 25.561 había modificado el escenario económico del país. En la causa, los tribunales inferiores habían declarado su inconstitucionalidad por no estar dadas las circunstancias excepcionales vinculadas con la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes. Sostuvo el tribunal a-quo, que no basta que la situación sea de emergencia, sino que debe haber una circunstancia excepcional en grado tal de hacer imposible el trámite legislativo y que en el caso, si bien se había dado lo primero, no se cumplía lo segundo.-

En el presente caso “Consumidores Argentinos”, los Jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni inician el acuerdo e incorporan como considerando n°13 una expresa ratificación de lo resuelto en el considerando 9 del caso “Verrocchi” y ratifican que es necesaria la concurrencia de alguna de las dos circunstancias excepcionales para que el Ejecutivo pueda hacer uso de un DNU, a saber: **“1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan ... 2) Que la situación que**

requiere soluciones legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite norma de las leyes”. Es de importancia señalar que los Jueces *Highton de Nolasco y Maqueda* adhirieron ambos expresamente al contenido del considerando n°13 del fallo.-

No encontramos entonces ante una ratificación de la atribución de la CSJN para evaluar y controlar la existencia del presupuesto fáctico que justifique la adopción de un excepcional decreto previsto en el 99.3 CN. Tal como reza el considerando 13, “*El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto*”. El poder judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias son excepcionales.-

Los Jueces *Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni*, en ese análisis del presupuesto, coincidieron en que no habían existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3 de la CN describe con rigor de vocabulario, ratificando el considerando 10 de la causa “*Verocchi*”, más aun cuando las modificaciones introducidas por el DNU 558/02 no traducían una decisión del tipo coyuntural sino de carácter permanente.-

A su turno, la Juez *Highton de Nolasco* además de adherir a la doctrina Verocchi (considerando 10) agregó que las presentaciones efectuadas por el Estado Nacional no convencen de que la normativa “*no pudiera ser implementado por los causes ordinarios que la Constitución prevé*” con lo que niega la existencia de las circunstancias excepcionales, como presupuesto fáctico que hubieran habilitado al dictado del DNU.-

En igual sentido el Juez *Maqueda*, ex convencional constituyente en la reforma del año 1994, luego de expresar con toda claridad que “*En nuestro sistema constitucional el Congreso Nacional es el único órgano titular de la función legislativa*”, analiza el presupuesto fáctico y concluye al igual que los restantes en que el decreto no supera el test de validez constitucional fundado en el examen de la concurrencia de razones de necesidad y urgencia. Agrega que las presentaciones efectuadas por el Estado Nacional en el curso del proceso no aportan ningún elemento que permita al tribunal llegar a la convicción de que no podían implementarse los causes ordinarios que prevé la Constitución. Y vota por no tener por configurada la existencia de las circunstancias fácticas del art. 99 inc. 3 de la CN. Cabe destacar que al finalizar define al DNU como acto complejo, y señala la invalidez

constitucional del DNU 558/02 “*en tanto no constituye -por ausencia de ratificación del congreso- un acto complejo en el que concurren la voluntad del Poder Ejecutivo con la el Poder Legislativo*” coherente ello con su postura de que la ausencia de una intervención legislativa que permita inferir la voluntad del congreso nacional de ratificar o derogar el decreto, resulta suficiente para determinar su invalidez constitucional.-

La jueza *Argibay* insiste con su postura desarrollada en el caso “*Massa*” (Fallos 329:5913), de que los DNU deben presumirse inconstitucionales, y que en tal cometido es el Estado quien debe acreditar la existencia de los extremos exigidos por la Constitución como presupuestos, y adhiere a que el DNU 558/02 ha sido dictado en infracción al mecanismo constitucional propio de la excepción conforme párrafo 3 y 4 del 99.3 de la CN. A su turno el Juez *Petracchi*, reitera su criterio expuesto en “*Verrocchi*” en el sentido de que al no haberse dictado a la época del DNU 558/02 la ley especial reglamentaria de la Comisión Bicameral Permanente (ley 26.122 recién sancionada en el año 2006), el DNU deviene nulo.-

Así las cosas, el caso “*Consumidores Argentinos*” ha sido de fundamental importancia para que la CSJN ratifique su doctrina legal expuesta antes en “*Verrocchi*” y por tanto encauce el análisis del control del presupuesto fáctico para el dictado de un DNU a través de pautas concretas y precisas respecto de cuándo se configuran esas circunstancias excepcionales las que pueden advertirse en el considerando 13 de “*Consumidores Argentinos*”, ratificando más de 10 años más tarde el mismo contenido del considerando 9 de “*Verrocchi*”, en cuanto a qué debe entenderse por situación de emergencia que haga imposible seguir con los trámites ordinarios de sanción de las leyes, conforme art. 99.3 de la CN.-

Es decir que la Corte ha fijado la interpretación constitucional respecto de cuáles son los requisitos que se deben cumplir a los efectos de considerar válidamente emitidos este tipo de Decretos en cuanto a la existencia de ese estado de necesidad y urgencia, independientemente de la necesidad de que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral y régimen de partidos políticos y que además se concrete la debida consideración del DNU por parte el Poder Legislativo. Uno puede o no estar de acuerdo con los recaudos fijados, pero es indudable que ellos han sido establecidos por el tribunal.-

La doctrina de “Verrocchi” y “Consumidores Argentinos” fue luego ratificada por el máximo tribunal en el caso “Asociación Argentina de Compañías de Seguros”¹⁴⁴, en particular en el considerando 6. El caso trató de una demanda promovida con el objeto de que se declare la invalidez de los arts. 2 del DNU 1654/2002 y 2 del DNU 1012/2006 (ratificatorio del primero) en cuanto permitieron que las empresas de transporte aerocomercial nacionales aseguren los riesgos de jurisdicción nacional en compañías aseguradoras del exterior, que no están sujetas al control de la Superintendencia de Seguros de la Nación, sin observar el régimen establecido por la ley 20.091 y violando los arts. 2 y 3 de la Ley 12.988 en cuanto prohíbe asegurar en el extranjero a personas o bienes o cualquier otro interés asegurable de jurisdicción nacional. La CSJN confirmó la invalidez del DNU y entendió que el Estado Nacional en el curso del proceso no había aportado ningún elemento que permita al Tribunal llegar a la convicción de que el complejo contexto económico general en el que fue dictado el decreto haya afectado al sector de Transporte aerocomercial de forma tal que exigiera, a los efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento y regularización que no pudiera ser implementado por los causes ordinarios que la Constitución Nacional prevé. Agregó que en ese contexto, no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas, pues no se ha demostrado el riesgo existente en el sector ni cómo, en su caso, podría comprometer el interés general.-

En el considerando 6 de “Asociación Argentina de Compañías Aseguradoras” insiste la CSJN en una cuestión importante, que ya venía siendo señalada en los anteriores pronunciamientos, y es que cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. Y expresa textualmente: “*El texto dela Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de un ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto*”.-

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ Nulidad de Acto administrativo”, Buenos Aires, 27-10-2015 cita on line AR/JUR/39871/2015.

Hay autores que han manifestado sus críticas respecto de este fallo “Consumidores Argentinos”, así Mario A.R. Midón¹⁴⁵ ha señalado su reproche al fallo en particular en cuanto en el considerando 13 alberga estas dos hipótesis que antes señalamos, y al respecto manifiesta que: *“Puede apreciarse que entre este supuesto y el primero existen siderales diferencias. Una cosa es que el Ejecutivo legisle ante la imposibilidad de que el Congreso produzca normas, en un contexto de necesidad y urgencia; otra, sustancialmente diversa, es que lo haga para dar solución inmediata a un problema, cuya entidad requiere una prisa tal que no puede esperar los trámites ordinarios para la hechura de la ley. Lo primero se aloja en el perímetro constitucional, lo segundo es antítesis de lo que ella autoriza. Ello así porque una cosa es el estado de necesidad y otra, la necesidad ordinaria”*.-

Al respecto, valga recordar que la Corte de Justicia de la Nación, estuvo hasta Septiembre del año 2021 integrada por los Jueces **Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz**, con lo que siendo que los tres primeros ya integraron la Corte en ocasión del dictado del fallo “Consumidores Argentinos”, podemos concluir en que al menos por mayoría se mantuvo la mencionada doctrina legal del considerando 13 del fallo referida a las circunstancias que necesariamente deben concurrir para el dictado de un DNU. Es decir respecto de cuándo estamos frente a una circunstancia excepcional que haga imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.-

Para finalizar, destaco el voto de los Dres. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti en los autos “Asociación Bancaria Sociedad de Empleados de Bancos y otros vs. Estado Nacional”, en Fallo de la CSJN del 14-NOV-2006, donde sostuvieron, que: “... la excepción no puede convertirse en regla, y los remedios normales no pueden ser sustituidos por la anormalidad de aquellos”. “...El derecho es experiencia que nos enseña de modo contundente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho. De ahí que la prudencia aconseja volver a un criterio estricto en el control procedimental y sustantivo de la legislación de emergencia, de modo de asegurar una efectiva participación del Congreso Nacional, una

¹⁴⁵ Midón, M. A.R., “El cono de sombras de la Reforma: los Decretos de Necesidad y Urgencia”, en *Constitución de la Nación Argentina – A 25 años de la reforma de 1994*, Coord. Pablo L. Manili, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pp. 413-423.

temporalidad real de las medidas, así como una proporcionalidad de aquellas que no afecte la tutela constitucional ...”-

3. ANÁLISIS FINAL DEL VALOR DEL SILENCIO LEGISLATIVO ANTE UN DNU.

Como primer objetivo secundario de la investigación se planteó definir cuál es el valor que debe asignársele al silencio del Poder Legislativo ante un DNU dictado por el Poder Ejecutivo.-

He desarrollado en este capítulo al silencio en los diferentes tópicos, y así, luego del análisis realizado respecto del valor del silencio, se advierte que en los diversos ámbitos hay una identidad en la matriz del silencio como manifestación de voluntad, tomándose como principio general como inexpressión, para solo darle un sentido determinado en los supuestos en los que la normativa expresamente lo establezca. -

Con ello surge que, lo que otorga al silencio el sentido de denegatoria o rechazo en el ámbito administrativo nacional no es sino la ley (art. 10 Ley 19.549), con lo que se aproxima a la interpretación que surge en el ámbito privado del art. 919 del Código Civil y luego en el art. 263 del CCyC en cuanto el silencio es inexpressión, salvo que la ley impugna la obligación de explicarse. -

Siguiendo a Savigny, Hutchinson, entre otros, decimos que el silencio por principio no es manifestación de voluntad. Ahora bien, en Derecho Administrativo cuando la ley le asigna un sentido (negativo o positivo) al silencio, estamos frente a una presunción legal, esa es su naturaleza jurídica ya que no hay acto ni expreso ni tácito sino una ficción legal que autoriza tener por resuelta su petición a través de ese acto presunto. Del mismo modo en derecho civil, hay voluntad presumida por la ley, y esa es su naturaleza cuando la norma establece una obligación legal de explicarse con lo que si pese a ello el sujeto calla, acarrea las consecuencias de su actitud silente en cuanto a que se presume su manifestación de voluntad en un sentido determinado. Tampoco hay una manifestación de voluntad expresa o interpretada tácitamente, sino presumida por la ley. -

Tanto en el ámbito del Derecho Privado como Público, el silencio deja de ser inexpressión sólo cuando la ley (normas legales o reglamentarias que rigen la cuestión), le asigna un significado, ello surge del art. 263 del C.C. y C (antes art. 919 del C.C.) como así también de las normas de Derecho Administrativo (art. 10 Ley 19.549 y normas provinciales

que tratan la cuestión), ya que en todos los casos es la ley la generadora de una presunción en el sentido de que el silencio se convierta en silencio negativo o positivo.-

Volviendo al principio, el silencio no es negación ni confesión. El silencio es inexpressión. Es la ley la que puede hacer presumir la existencia de manifestación de voluntad en un sentido determinado. –

En particular, en cuanto refiere al silencio del congreso frente al dictado de un DNU, surge del art. 24 de la Ley 26.122 que rige un sistema que importa en la práctica la aprobación tácita del DNU al permitir su vigencia transitoria sine-die mientras no sea derogado.-

Ante ello, y visto que el DNU debe ser una medida provisoria, debe establecerse un plazo determinado a fin de que el Parlamento se manifieste de modo expreso en relación al DNU dictado por el Poder Ejecutivo debiendo interpretarse claramente su silencio como rechazo al DNU.-

Si no se expide el Congreso, no hay “ley” que pueda válidamente limitar los derechos de los ciudadanos, con lo que el DNU, ante la falta de pronunciamiento del Congreso, debe perder su vigencia.-

Debemos seguir la orientación constitucional de Italia y Brasil, tal como ya lo hicieron las Constituciones de la Provincia de Chubut y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dándole al silencio del Congreso frente al dictado de un DNU, el sentido de rechazo al vencer el plazo estipulado. -

A mi criterio, debe modificarse la ley 26.122 art. 22 y 24 estableciendo un plazo para que el Congreso se expida, y adoptando el criterio legal de considerar que media rechazo para el supuesto en el que no exista un pronunciamiento del Congreso en ese período de tiempo que habrá de establecerse, que bien puede ser el plazo de treinta (30) días conforme Constitución Española, Constitución de Brasil, Constitución de Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de Provincia de Chubut. –

Tal postura resulta compatible con el art. 82 de la CN que prohíbe la sanción ficta de leyes, no así el rechazo presunto de DNU en el ejercicio de competencia legislativa de control de los actos dictados por el Poder Ejecutivo.-

4 . ATENUAR EL PRESIDENCIALISMO COMO PROPÓSITO DE LA REFORMA

La reforma constitucional de 1994, si bien sancionada con el objeto de atenuar el presidencialismo, introdujo el art. 99.3 que estableció el principio general de que “*El poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*”, pero permitió excepciones a ese principio que se transformaron en el conducto jurídico para viabilizar el dictado de DNU como modo de legislar por el Poder Ejecutivo.-

Recordemos que la ley 24.309 estableció la necesidad de la Reforma de la Constitución Nacional y en su art. 2 precisó como objetivo de la misma, entre otros, la atenuación del presidencialismo.

Se explica ello en razón del abultado y numeroso dictado de decretos de necesidad de urgencia durante la presidencia del Dr. Menem¹⁴⁶, más el fallo de la CSJN en el caso “Peralta”¹⁴⁷ lo que implicaba la aceptación de este mecanismo legislativo en manos del Poder Ejecutivo, con validez para el supuesto en que el Congreso no hubiera adoptado una decisión derogatoria de tal DNU.-

Es sabido que el logro de los objetivos de atenuación del presidencialismo bosquejados en el art. 99.3 desnuda desde su misma sanción algunas falencias a saber:

1. Tras el segundo párrafo cuya regla general prohíbe al ejecutivo la emisión de disposiciones de carácter legislativo, le sigue un tercer párrafo que por vía excepcional termina admitiendo tal competencia desnaturalizando la prohibición.
2. Las nociones de “circunstancias excepcionales” y las razones de “necesidad y urgencia” justificantes de la excepcional medida, a 25 años de la reforma, no terminan de alcanzar sus justos límites conceptuales que varían según el operador jurídico que los analice.-
3. Entre las materias prohibidas para el dictado del DNU (penal, tributario, político, electoral) omite incluir como prohibición el dictado de DNU para “restringir derechos

¹⁴⁶ Carlos Menem dictó 308 DNU en su primer período, y otros 246 DNU con el nuevo art. 99.3 CN, totalizando 554 DNU en 10 años y 6 meses de gobierno.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos, “*Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central)*”, Fallos 313:1513, Buenos Aires, 27-12-1990.

de los ciudadanos”. Prohibición incluida en el art. 86 de la Constitución Española que fuera el modelo seguido según el convencional Sr. Augusto J. M. Alasino¹⁴⁸.

4. Se encuentra ausente en la norma constitucional un plazo a fin de que el Congreso ejercite el control de ese DNU apartándose de los antecedentes de Constituciones como las de Brasil, Italia y España, al igual que lo hicieran en nuestro país la mayoría de las Constituciones que previeron dicho instituto (Constitución de Chubut art. 156; CABA art. 91; San Juan art. 157; Rio Negro art. 181 inc. 6; Salta art. 142; Tucumán art. 102 inc. 2; La Rioja art. 126 inc. 12)
5. Siguiendo el carácter excepcional del DNU se omite establecer en coherencia con el art. 82 de la CN que la falta de ratificación del DNU por parte del Congreso implique su rechazo de igual modo al que lo establecieron en nuestro país las Constituciones de Chubut (art. 156) y Ciudad Autónoma de Bs. As (art. 91), siguiendo el modelo brasileiro (Constitución de Brasil art. 88 “medias provisionarias”) y modelo italiano (Constitución de Italia art. 77 “medidas provisionales”).

Lo que no hizo -o no pudo hacer- la Convención Constituyente en 1994, tampoco era de esperar lo concrete el legislador ordinario. Así, tras doce años de la Reforma Constitucional, se dictó por fin en el año 2006 la Ley 26.122 regulatoria de los DNU que poco hizo por enmendar los defectos antes apuntados ya que dicha normativa.

1. Exige para la derogación del DNU el rechazo por parte de ambas cámaras tornando insuficiente a tales fines el rechazo de una de ellas, así entonces, el Poder Ejecutivo que no cuenta con mayoría para obtener la sanción de la Ley en ambas cámaras le basta con contar con la mayoría en una de ellas para impedir la derogación del instrumento. Dicho de otro modo, para sancionar una ley requiere de mayoría en ambas Cámaras, mientras que para mantener la vigencia de un DNU le basta con la mayoría en una de ellas.-
2. Mantiene la ausencia de un plazo para que las cámaras controlen al DNU con lo que habilita la validez sine die del DNU, sin límite en el tiempo, mientras no se logre el doble rechazo por las Cámaras Legislativas.

¹⁴⁸ Alasino, A. J. M., “*Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994*”, Santa Fé, Paraná. Tomo III, p. 2680.

3. Asimismo la norma exige por parte de ambas Cámaras, un rechazo expreso del Decreto de Necesidad y Urgencia, cuando hubiera podido reglamentar un rechazo tácito, ya que el art. 82 de la Constitución Nacional no lo prohíbe. Dicha norma lo que prohíbe es la aprobación tácita no su rechazo tácito.-
4. Se desentiende la Ley 26.122 de las pautas dadas por la Corte IDH en la opinión consultiva 6/86 que solo autoriza una restricción de derechos de los ciudadanos por Ley formal emanada del Congreso, pese a que la misma reforma le otorgó jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN) al Pacto de San José de Costa Rica. La Corte IDH ha controlado dicho requisito de legalidad en autos “Tristan Donoso vs. Panama” (27-01-2009) y en “Esther vs. Brasil” (06-07-2009).-

Si para el logro de los objetivos es necesario el marco normativo constitucional y legal que con esa finalidad y en esa dirección reglamente a los DNU, también es necesario que los operadores jurídicos (funcionarios, abogados, jueces) actúen con ese idéntico objetivo, adecuando el comportamiento y la mirada en procura de separar claramente las competencias evitando que pueda ser una opción para el Poder Ejecutivo enviar un Proyecto de Ley al Congreso y aguardar su sanción, o la simpleza de dictar un DNU y a esto lo identifico como “sustento conductista” e incluyo en ello a la predisposición al cumplimiento de la ansiada atenuación del presidencialismo, me refiero al comportamiento de los operadores jurídicos.-

En tal sentido, en la República Argentina, se vino desempeñando como Procurador del Tesoro de la Nación, es decir, como jefe de los abogados del Estado Nacional el prestigioso tratadista de derecho administrativo, Dr. Carlos F. Balbín quien previo a su nombramiento publicó su Tratado de Derecho Administrativo¹⁴⁹ de riguroso convencimiento de que el DNU es un remedio excepcional y con límites precisos. Tal postura previa doctrinaria sin dudas significó una sana limitación ya que, la Procuración del Tesoro como máximo asesor de la presidencia de la Nación mal hubiera podido aconsejar el dictado del DNU en contradicción con sus opiniones vertidas en los trabajos publicados.-

Si de sustento conductista se trata, señalo que por decreto 513/17 (BO 04/05/2017) se designa como nuevo Procurador del Tesoro al Dr. Bernardo Saravia Frías, quien publica su opinión en La Ley, de fecha 17/04/2018 (La Ley, 2018 – B, 990), en un artículo referido a los

¹⁴⁹ Balbín, C.F., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 640-750.

DNU en el que básicamente señala que cuando la Constitución habla de Necesidad y Urgencia no se refiere a emergencia. Que *“Es lo perentorio de un asunto, que exige una respuesta urgente, y que no puede esperar la demora natural de Congreso”*. Que la Constitución prevé en el art. 99.3 un *“dialogo entre dos, no una conversación entre varios, de allí entonces que una apropiada aplicación de la separación de poderes es respetar y facilitar ese dialogo, más que incitar la intervención disruptiva de un tercer poder, que al menos desde el punto de vista del texto constitucional no tiene mucho que hacer en esta instancia”* (SIC).

Parece entonces que en la interpretación del Jefe de los abogados del Estado Nacional, es inoportuna constitucionalmente la intervención del Poder Judicial en el análisis del presupuesto fáctico que justificaría la adopción de los DNU, al punto que textualmente expresa *“uno propone, el otro controla y dispone de la última palabra”*, con lo que en ese dialogo entre dos se califica al Poder Judicial como ajeno, carente de competencia para el control de las *“condiciones de rigurosa excepcionalidad”* que habilitan el dictado del DNU.-

Todavía parece sonar en el histórico recinto Paraninfo la voz de Raúl Alfonsín¹⁵⁰ señalando que *“... es obvio que si dichas circunstancias excepcionales no existieron, los jueces deberán declarar la nulidad del decreto”*, aunque el actual Procurador del Tesoro Nacional Dr. Bernardo Saravia Frías, descalifique a que quienes posibilitaron la reforma constitucional, señalando *“... la anuencia vergonzante de un sector del radicalismo llamado “pactista”*¹⁵¹.

Ocurre en consecuencia que tal postura se contrapone con la doctrina que la CSJN desarrollada en *“Verrocchi”*¹⁵², *“Consumidores Argentinos”*¹⁵³, *“Asociación Argentina de Compañía de Seguros”*¹⁵⁴, en cuanto a que *“Es atribución de la Corte evaluar del presupuesto fáctico que justificaría la adopción de DNU, y en este sentido corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la*

¹⁵⁰ Alfonsín, R., *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*, Santa Fé, Paraná. Inserción N°2, p. 2729

¹⁵¹ Saravia Frías, B., *“Los Decretos de Necesidad y Urgencia”*, La Ley 2018-B,990, Diario 17-04-2018, Nota 7.

¹⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos *“Verrochi Ezio Daniel v. Administración nacional de Aduanas s/Acción de Amparo”*, Fallos 322:1726, Buenos Aires, 19-08-1999.

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos *“Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-Dto. 558/02 ss-Ley 20.091”*, Fallos 333:633, Buenos Aires, 19-05-2010

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos *“Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/EN-PEN s/Nulidad del Acto Administrativo”*, Cita online AR/JUR/39871/2015, Buenos Aires, 27-10-2015

constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

De modo contundente la Corte de Justicia Nacional en “Consumidores Argentinos”¹⁵⁵ (CSJN.) afirma: “Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo pueda sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto a control judicial”.-

No parece casualidad entonces, que el Poder Ejecutivo Nacional haya dictado el DNU 62/19 de fecha 21/01/2019, “Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio”, el cual a contrapelo de toda la doctrina y jurisprudencia reinante fundamenta su emisión en la circunstancia de que el trámite legislativo del proyecto de ley respectivo lleva más de dos años de trámite sin resolución (describe que el Senado Nacional lo trató en recinto el 22/08/18 y lo giró a Diputados introduciendo modificaciones) con lo que, se consolida la postura por parte del Poder Ejecutivo Nacional de que puede elegir discrecionalmente entre tramitar un proyecto de ley con los tiempos que ello implica, o ante la demora del Poder Legislativo, proceder al más ágil dictado de un DNU, convencidos parecen de que ese presupuesto fáctico no puede ser controlado por el Poder Judicial, tercero en discordia entre ese diálogo entre dos.

La Corte Suprema de Justicia Nación ha interpretado claramente que “La convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial”¹⁵⁶ y además ha remarcado que “La ley fundamental consagra una limitación a las facultades del Poder Ejecutivo con la innegable finalidad de resguardar el principio de división de poderes. Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad, o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar norma que de suyo integran atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a este dar respuesta las circunstancia de excepción”¹⁵⁷.-

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-Dto. 558/02 ss-Ley 20.091”, Fallos 333:633, considerando 7, Buenos Aires, 19-05-2010.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Consumidores Argentinos c. EN – PEN – Dto. 558/02 – Ley 20.091”. Fallos 322:1726 considerando 8, Buenos Aires, 19-05-1999.

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Leguizamón Romero Abel y otra c/ INSSJ y P”, Fallos 327:5559 considerando 5, Buenos Aires, 07-12-2004

Ocurre que ante las señaladas deficiencias que para el efectivo logro de la atenuación del presidencialismo adolecen tanto el art. 99.3 de la CN como la Ley 26.122 (art. 22 y 24) que conforman el sustento normativo del instituto en la debida perspectiva, se le suma ahora, a mi criterio, un cambio de rumbo en lo que se refiere al asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional, con lo que vale concluir en que la verdadera atenuación del presidencialismo también requiere que los operadores jurídicos actúen en el convencimiento de la real excepcionalidad de las situaciones que habilitan el dictado del DNU, ya que cuando el sustento normativo es deficiente, se requiere de un sustento conductista fuerte, un adecuado comportamiento de los operadores jurídicos de la constitución, lo que no aparece tan claro en los últimos tiempos.-

Recordando al convencional constituyente, Ortiz Pellegrini¹⁵⁸, quien señaló que el nuevo artículo constitucional 99.3 dado a luz, venía a poner fin definitivo a la doctrina Peralta y un freno a tal competencia normativa del Poder Ejecutivo, y dijo textualmente que: “*El caso Peralta ha fenecido, ha muerto ...*”, debo expresar que me queda la sensación, a 25 años de concretada la reforma constitucional, que nunca ha sido más oportuna aquella expresión atribuida a Pierre Cornielle en su obra “*Le menteur (El Mentiroso)*” de 1643 que señala “*los muertos que vos matais, gozan de buena salud*”.-

¹⁵⁸ Ortiz Pellegrini, M. A., *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*. Santa Fé, Paraná. pp. 2276-2452.

5.- LA MOTIVACIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Debo señalar en esta investigación un detalle vinculado con el deber de motivación de los actos dictados por los funcionarios públicos, que es una exigencia propia del sistema republicano instaurado en nuestra carta magna, en particular, la motivación que debe tener un Decreto de Necesidad y Urgencia.-

A la par de la división de poderes, la periodicidad en el mandato de los representantes, la independencia de los mismos en el cumplimiento de sus cometidos constitucionales, la transparencia hacia la comunidad en relación a la actuación de los poderes públicos, parece una decantación natural, que la actuación estatal brinde razones y publicite los actos estatales, explique debidamente las motivaciones que justifican su accionar, todo ello expresado en el mismísimo instrumento, posibilitando su examen por el ciudadano afectado y el cotejo o control por parte de los órganos competentes, en particular por el poder judicial.-

La jurisprudencia fue construyendo el perfil y las características del acto administrativo y en particular de sus elementos, baste recordar el caso “Carman de Cantón”¹⁵⁹ y “Ganadera los Lagos”¹⁶⁰ con el acompañamiento de la doctrina clásica, avances y desarrollos que luego fueron volcados en la ley de procedimiento administrativo.-

La ley 19.549 (B.O. 27-04-1972) incluyó como elemento esencial reglado de los actos administrativos a la “motivación”, imponiendo que el acto debía expresar en forma concreta las razones que inducen a emitirlo. Aclaró que debía consignarse en el acto administrativo, cuáles eran los hechos y los antecedentes que le sirven de causa y cuál era el derecho aplicable que sustenta su dictado.-

En la normativa (art. 7 inc. e de ley 19.549) tal como resalta Julio R. Comadira¹⁶¹ la motivación se definió como la exteriorización en el acto de la existencia de la causa y de la

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Carman de Cantón Elena c/ Estado Nacional”, Cita On Line AR/JUR/4/1936, 14-08-1936.

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional”, fallos 190:142, 30-06-1941.

¹⁶¹ Comadira, J.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, Tomo I, p. 404.

finalidad. Siguió el criterio amplio propiciado por parte de la doctrina¹⁶² apartándose de autores que limitaban la motivación a la expresión de la causa, es decir, de los antecedentes de hecho y de derecho que originan el acto¹⁶³. Señala en la obra citada por Julio R. Comadira, que la administración al motivar el acto cumple con explicar por qué (causa) y para que (fin) lo emite.-

Para Carlos F. Balbín¹⁶⁴ la motivación es, por tanto, la relación o correspondencia entre la causa y el objeto y, a su vez, entre el objeto y la finalidad. Y luego agrega que el vínculo entre la causa y el objeto debe guardar razonabilidad y además proporción entre ambos, igual que el trato entre el objeto y el fin del acto. *“En otras palabras, el elemento motivación del acto debe unir, pero no de cualquier modo sino de forma racional y proporcional, las causas, el objeto y el fin dándole al acto un sentido coherente y sistemático”*.-

Más allá de la expresa referencia contenida en el art. 7 de la Ley 19.549, puede sostenerse con razón que la “motivación” resulta una característica propia del sistema republicano de gobierno contenida en el art. 1 de la Constitución Nacional (CN), ya que implica como tal la transparencia y la publicidad, al dar cuenta de los actos de gobierno. En igual sentido, en tanto conocer los fundamentos o motivos de un acto permiten a su destinatario su impugnación, se entiende que la “motivación” hace además al derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.-

Mucho ha sido el desarrollo que la doctrina y la jurisprudencia le ha dado al referido elemento hasta encontrar su justo contenido y alcance, aunque con motivo de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), el dictado de la ley 23.054 y el reconocimiento a la Corte IDH como intérprete final de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ha significado una apertura de la dimensión y ámbito de aplicación de la motivación en la actuación estatal.-

¹⁶² Cassagne, J.C., *El Acto Administrativo – Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 243-244.

¹⁶³ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, Tomo II, p. 327.

¹⁶⁴ Balbín, C.F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. III pp. 64-65.

A esta altura, nadie podría discutir que la exigencia de “motivación” no está limitada como elemento esencial al ámbito del derecho administrativo, sino que es recaudo exigible también en la actuación del poder judicial en cuanto la exigencia de fundamento y motivación de las decisiones jurisdiccionales.-

En esta línea de pensamiento, en el presente trabajo pretendo destacar la necesidad de que la normativa imponga la exigencia de que el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) deba contener debida y suficiente motivación, dando justificación del necesario cumplimiento de los requisitos que el art. 99.3 CN establece para su dictado, es decir que el DNU deba expresar en sus propios fundamentos la concurrencia en el caso de los presupuestos habilitantes para su dictado.-

5.A- La Motivación en los Fallos de la Corte IDH

La propia Corte IDH ha dictado una serie de sentencias que han venido profundizando la exigencia de la motivación en la actuación de los poderes del estado, tal como dan cuenta algunos de los que citaré sin pretender agotar los existentes.-

La Corte IDH¹⁶⁵, ha sostenido que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Las disposiciones del art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica en cuanto a observar las “debidas garantías” que aseguren el derecho al “debido proceso”, es de aplicación al supuesto en que alguna autoridad pública no judicial.-

Luego la Corte IDH en “Yatama vs. Nicaragua” (Sentencia 23-junio-2005), ante el cuestionamiento a una decisión que había rechazado la solicitud de registrar a determinadas personas como candidatos, impugnación basada en que en los considerandos no aludían a fundamentos para su dictado, señaló en el párrafo 152 que **las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias**. Luego en el párrafo 153 señaló que estar debidamente fundamentadas implicaba señalar las normas en las que se

¹⁶⁵ Corte IDH, en autos “*Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú, Sentencia*” 31-enero-2001, párr. 71 y en autos “*Claude Reyes y otros vs. Chile*” 19-sept-2006 párr. 119.

fundamentaban los requisitos que se estaba incumpliendo, los hechos en los que consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello.-

En “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, (Sentencia 21-noviembre-2007), se trataba de una medida cautelar de restricción de la libertad, la Corte IDH destaca que las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantienen la restricción y señala en el párrafo 107 que **la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión**. En párrafo 118 señala: “*La Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad de garantizar el derecho de defensa*”.-

Luego en “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela” (Sentencia 05-agosto-2008) en cuanto al deber de motivación, en el párrafo 77 remarca que **la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores**.-

Finalmente en “López Lone vs. Honduras” Sentencia 05-octubre-2015 párrafo 207 reitera la Corte IDH que **las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad no judicial adopte decisiones que afecten la determinación de los derechos de las personas, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria**”. Cabe recordar los anteriores pronunciamientos en los que señalo que la falta de motivación importa arbitrariedad.-

Pues bien, en “San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela” (Sentencia del 08-feb-2018), se trataba de la desvinculación contractual de ciudadanos con la administración pública, donde la Corte IDH, puntualiza que en el considerando 149 que más allá de la naturaleza del vínculo o de la necesidad de determinar si la autoridad respectiva tenía o no una facultad discrecional de darlo por terminado en cualquier momento, incluso sin motivación, **en el caso, el Estado no ha dado una explicación circunstanciada y precisa acerca de los motivos de su decisión**. Por ello la Corte IDH concluye que **la terminación de los contratos constituyó una forma de desviación de poder**, utilizando dicha cláusula como velo de legalidad para

encubrir la verdadera motivación o finalidad real. Es decir que de la falta de motivación deduce desviación de poder, lo que constituye un importante razonamiento.-

Los fallos antes citados de la Corte IDH nos dan una dimensión de la importancia que reviste la motivación en la actuación de los Estados, con lo que es fácil advertir que se trata de un elemento que ha adquirido un nuevo ímpetu a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional, y de la interpretación dada al respecto, razonamientos que irradiarán más temprano que tarde su doctrina hacia el funcionamiento de los Estados miembros dado el necesario deber de adecuación asumido.-

Es así como la motivación no es sólo una exigencia legal agotada en la normativa ordinaria, sino que se trata de un elemento central en la constitución convencionalizada, al punto que aún si no tuviéramos normativa interna, deberíamos su acatamiento en el orden local por deber de adecuación convencional.-

5.B- Jurisprudencia Nacional en torno a la Motivación.-

Existen varios fallos de la CSJN en torno a la motivación del acto administrativo, en particular en la materia relacionada con el empleo público, que permiten advertir la trascendencia de su cumplimiento.-

La CSJN en “Piaggio de Valero”¹⁶⁶ calificó como un ritualismo descalificante la exigencia de una expresa motivación en actos de cese respecto de agente públicos con funciones de conducción. Ese criterio fue luego reiterado por la mayoría en “González Vilar”¹⁶⁷, aunque resulta interesante el voto en disidencia de los Dres. Levene (h) y Moliné O’Connor en cuyo considerando 5 expresan que: “*Requerir la **motivación** explícita como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que es establecida como elemento condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno”.-*

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Piaggio de Valero María Elena v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, fallos 311:1206, 07-07-1988.

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “González Vilar Carmen c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, fallos 314:625, 18-06-1991.

Se reeditó la discusión de la motivación en el acto administrativo de cese de agentes en “funciones de conducción” en el caso “Escudero”¹⁶⁸ en el cual la CSJN con distinta integración reiteró el voto de la mayoría plasmada en el Fallo “Gonzalez Vilar”, con similar disidencia de Dres. Levene (h) y Moliné O’Connor.-

En “Lema”¹⁶⁹, la CSJN comparte fundamentos del Procurador en cuanto a que “*No se puede revocar el mandato sin expresar las razones que lo justifican. La omisión torna ilegítimo el acto revocatorio*” el que si bien se fundó en las facultades discrecionales de la administración, ello no lo dispensa de observar el recaudo de **motivación suficiente**.-

Adviértase que el considerando 6 del voto en disidencia de los Dres. Levene (h) y Moliné O’Connor, en el citado Fallo “Gonzalez Vilar” en cuanto respecto de la motivación destacaron que: “*no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad, o en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales*”, fue luego citado compartido por Corte Suprema en el considerando V del voto de la mayoría en el Fallo “Lema”.-

En “Schnaiderman”¹⁷⁰ la CSJN hace suyos los argumentos de la procuradora fiscal en cuanto no se podía revocar el nombramiento del agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican. Y señaló que “*la resolución impugnada omite invocar fundamento alguno que, además, torne razonable la revocación del nombramiento efectuado. Por ello, el acto atacado carece de otro de sus requisitos esenciales, en este caso, el de **motivación***”.-

En “Silva Tamayo”¹⁷¹ reitera la CSJN que la exigencia de motivación no puede ser obviada aún cuando se invocare el ejercicio de atribuciones discrecionales, pues “*Dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto*

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Escudero Carlos c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, fallos 318:896, 04-05-1995.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Lema Gustavo Atilio c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia de la Nación, fallos 324:1860, 16-06-2001.

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Schnaiderman Ernesto Horacio c/ Estado Nacional – Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, fallos 331:735, 08-04-2008

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “S.T.G.E. c/ E.N. – Sindicatura General de la Nación”, fallos 334:1909, 27-12-2011.

*administrativo exige la ley 19.549; obliga a una observancia más estricta de la **debida motivación***”.-

En “Granillo Fernández”¹⁷² en la misma línea señala con cita al antecedente “Shnaiderman”, que la cancelación de una designación en planta permanente dentro del período de prueba constituye una facultad discrecional, más ello no exime a la administración de respetar los recaudos que la ley de procedimiento administrativo exige para la validez de los actos administrativos, ni tampoco puede justificar una decisión arbitraria, irrazonable o discriminatoria.-

Por último, en “Scarpa”¹⁷³, nuevamente compartiendo la CSJN los fundamentos de la Procuradora Fiscal Dra. Laura M. Monti, se razona que “*el control judicial de los actos denominados discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -competencia, forma, causa, finalidad y **motivación**- y, por el otro, el examen de su razonabilidad*”. Se objeta que la disposición de cese no invocó ningún hecho concreto como causa de la remoción, ante bien solo se fundó en “razones de servicio” que no constituye fundamento suficiente. “*Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar la ausencia de las razones que lo justifiquen por el hecho de haberse ejercido facultades discrecionales, las que, por el contrario, imponen una observancia mayor de la debida motivación*” (párrafo al que no adhiere la Dra. Highton de Nolasco).-

Pues bien, más allá de los citados fallos que son ilustrativos y por supuesto no agotan el listado de los emitidos por la CSJN en materia de empleo público, cabe señalar que el tribunal también se ha expedido en torno a la necesaria motivación en otros ámbitos de actuación de los poderes del Estado.-

¹⁷² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Granillo Fernández Alejandro J. c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, fallos 335:1523, 14-08-2012.

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Scarpa Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ Amparo”, fallos 342:1393, 22-08-2019. (Resuelto por mayoría de votos, de los Dres. Rosatti, Maqueda y con adhesión de la Dra. Highton de Nolasco – a excepción de párrafo que justifica que a mayor discrecionalidad mayor motivación).

Así respecto del Poder Judicial, recientemente, en la causa “**Flamenco**”¹⁷⁴, la CSJN señaló “*Que, en tal sentido, la forma republicana de gobierno, adoptada en el art. 1 de la Constitución Nacional, exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional y obliga a los magistrados del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones*”.

Y antes había señalado en la causa “**Canales**”¹⁷⁵ que “*la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo -no electivo- en ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuenta de sus decisiones...*”

5.C- Jurisprudencia Española en la Motivación de los DNU

Conforme lo destaca el Juez Petracchi, en su voto en la causa “**Verrocchi**”¹⁷⁶ con citas de la exposición en la Convención Constituyente de 1994 del Convencional Alasino Augusto¹⁷⁷, el régimen de los Decretos de Necesidad y Urgencia que adoptamos es el del sistema español.

La Constitución Española en su art. 86.1 prevé que “*En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativa provisionales...*” luego el Tribunal Constitucional Español (TCE Sentencia 06/1983 del 04-febrero) justificó este tipo de medidas “*que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de leyes*”. Al igual que en Sentencia 166/1986 del 19-diciembre, en cuanto señala que la potestad de art. 86.1 “*debe utilizarse tal sólo cuando tales supuestos requieren una prontitud de respuesta que no puede dar el poder legislativo de las Cortes*”.-

¹⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Flamenco Néstor Atilio c/ Policía Federal y otros s/ Daños y Perjuicios”, considerando 5, fallos 343:506, 02-07-2020.

¹⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Canales Mario Eduardo y otros s/ Homicidio Agravado – Impugnación Extraordinaria”, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, considerando 19 y voto del Juez Rosatti, considerando 12, fallos 342:697, 05-05-2019.

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Verocchi Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, fallo 322:1726, 19-08-1999.

¹⁷⁷ *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente - Diario de Publicaciones*, Santa Fé, Paraná 1994, Tomo III, p. 2680.

Respecto de la verificación de si el Gobierno se encontraba amparado o no por un presupuesto habilitante para su dictado, es decir si se dictó en caso de extraordinaria y urgente necesidad, señala el Tribunal Constitucional Español (TCE Sentencia 29/1982 del 31-mayo), que es necesario “*acudir a la valoración, en su conjunto, de todos aquellos factores que hayan aconsejado al Gobierno a dictar el Real Decreto-Ley de referencia, los cuales han quedado reflejados en la expresión de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma”.-*

Es importante la Sentencia 68/2007 del 28-marzo, del Tribunal Constitucional Español, que declaró inconstitucional un Decreto-Ley por no concurrir el presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” exigido por el art. 86.1 de la Constitución, puesto que señala para ello que hay que analizar en primer lugar: “**los motivos que habiendo sido tenidos en cuenta por el gobierno en su aprobación, hayan sido explicados de un una forma razonada**” y luego en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la **situación de urgencia definida** y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma”.-

En conclusión, surge de los fallos citados del Tribunal Constitucional Español, que al dictar el Decreto, deben expresarse de modo razonado cuál es la situación de urgencia que motiva su dictado, en la propia expresión de motivos o considerandos, de la medida, ya que ello permitirá al tribunal el análisis respecto de la acreditación del presupuesto habilitante.-

5.D- Las razones de su Dictado expresadas en el Decreto.-

El 99.3 de la CN, en su 3er párrafo, con claridad habilita el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia: “**Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes**”

Respecto de cuáles son esas circunstancias excepcionales, ha tenido oportunidad de expresarse nuestro tribunal cimero en diversas causas con idéntico sentido.-

La CSJN en “Verrocchi”¹⁷⁸, considerando 9 (voto de los Jueces Fayt, Beluscio y Bossert) precisan como presupuesto habilitante del DNU “1) ***Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) Que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite norma de las leyes***”.

Luego la CSJN en “Consumidores Argentinos”¹⁷⁹ reitera en el considerando 13 iguales presupuestos habilitantes (voto de los jueces Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni).-

La Doctrina de “Verrocchi” (considerando 9) y “Consumidores Argentinos” (considerando 13), fue nuevamente ratificada por la CSJN en “Asociación Argentina de Compañías de Seguros”¹⁸⁰, en el considerando 6, debiendo recordarse que vota en dicha resolución los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco.-

Vale decir que esos son los 2 presupuestos habilitantes del dictado de un DNU conforme la doctrina del tribunal cimero.

Así las cosas, conforme mandato constitucional del 4to párrafo del art. 99.3 de la CN, se dictó una ley especial (ley n°26122) regulatoria del trámite y los alcances de la intervención del congreso en el examen del DNU dictado.-

Dicha norma en el art. 10 establece que: “***La comisión bicameral permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento***”. Luego agrega que: “***El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado***”.-

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Verrocchi Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, fallo 322:1726, 19-08-1999.

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Consumidores Argentinos c/ EN PEN s/ Decreto 558/02 – Ley 20.091”, fallos 333:633, 19-05-2010.

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo”, AR/JUR/39871/2015, 27-10-2015.

Respecto de los requisitos para el dictado de un DNU la doctrina¹⁸¹ ha señalado entre los requisitos formales: a) *Que el decreto haya sido dictado en acuerdo general de ministros* b) *Que el decreto haya sido refrendado por el jefe de gabinete y los demás ministros, y c) Que el Jefe de Gabinete lo haya sometido dentro de los diez días a consideración de la Comisión Bicameral permanente*, mientras que entre los requisitos sustanciales se incluyen: a) *Que al momento del dictado del decreto mediaren circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes* y b) *Que el decreto no regule materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.*-

Tal requisito sustancial identificado como “a” referido a que mediaren las circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes nos lleva inexorablemente a las pautas establecidas por la CSJN en “Verrochi” (fallos 322:1726), ratificadas luego en “Consumidores Argentinos” (fallos 333:633) y en “Asociación Argentina de Compañías de Seguros” (fallos 338:1048).-

Es por ello que se encuentra justificado proponer una modificación en la normativa vigente, agregando en el mismo artículo 10 de la Ley 26.122 un párrafo que establezca: “**El Decreto de Necesidad y Urgencia debe ser motivado. Sus fundamentos deben dar suficientes razones respecto de cuáles fueron las circunstancias excepcionales que hicieron imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes**”.-

Los poderes del Estado deben dar cuenta y explicar razonadamente el fundamento de sus acciones, más aun tratándose de competencias excepcionales. La motivación es elemento esencial del sistema republicano, y su exigencia se amplía a toda actuación del funcionario público.-

¹⁸¹ Santiago, A., Veramendi, E., Castro Videla, S. M., *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 98 y ss.

Como señala Mirian M. Ivanega¹⁸², no se trata de coartar facultades de los poderes estatales, sino de que se ejerzan en el marco del Estado Constitucional de derecho que obliga a dar cuenta de sus acciones.-

La motivación del DNU es esencial a los efectos de poder controlar el cumplimiento de la habilitación constitucional para su dictado expresamente limitada en el texto del 99.3 CN a circunstancias excepcionales concretas que deben ser explicadas debidamente.-

El control puede llevarlo a cabo la Comisión Bicameral Permanente (ley 26.122), luego las propias Cámara Legislativas y el propio poder judicial, siendo de importancia y utilidad una modificación normativa que imponga la motivación del DNU con expresión explícita del presupuesto habilitante -requisito sustancial- referido a las circunstancias excepcionales que autorizan su dictado (99.3 tercer párrafo CN) en los propios fundamentos o considerandos del DNU.-

La exigencia de motivación hunde su raíz en el propio texto del art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994 al texto del art. 75 inc. 22 de la CN. La motivación expande la justificación de su exigencia a toda actuación de los poderes del Estado, más allá de que esté también en el art. 7 de la Ley 19.549.-

Es al poder judicial a quien en última instancia le incumbe el control respecto del cumplimiento de esos recaudos habilitantes del dictado de un DNU, para la cual la exigencia en la normativa de que el DNU deba contener explícita motivación justificando los presupuestos habilitantes de su emisión contribuirá a un mejor ejercicio y desarrollo del control de la actuación de los poderes públicos.-

Así como las esferas siderales¹⁸³, -el sol, la luna y la tierra-, se mueven armoniosamente, se acercan y se alejan sin chocarse, así los poderes del Estados deben

¹⁸² Ivanega, M. M., *Apuntes acerca del alcance de la Discrecionalidad Administrativa en el Empleo Público*, Publicado en RDA 2012-890, 01/03/2012, 365, cita on line AR/DOC/6288/2013.

¹⁸³ González Calderón, J.A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 1958, p.491. El autor cita el informe de la comisión examinadora de 1860 “Los poderes han sido instituidos para garantizar la libertad, y para que su acción sea eficaz es indispensable que tengan los medios de influir sobre los hombres y las cosas, moviéndose dentro de las orbitas trazadas por la ley. Trazar bien esas orbitas de acción, de modo que los poderes y todos los interés sociales se muevan armoniosamente como las esferas siderales, sin chocarse entre sí, esto es constituir el gobierno.”

respetar cada cual su órbita de actuación, sin invadir las competencias de los restantes. El Poder Ejecutivo debe moverse, como el Poder Legislativo y el Judicial, armoniosamente.-

El control que se lleve a cabo respecto de los fundamentos que justifiquen como presupuesto habilitante el dictado de un DNU, debe consultar necesariamente esa “motivación” que debe estar inserta en los fundamentos del Decreto.-

No puede bastar la lacónica referencia en el DNU, de que es dictado en función de la competencia atribuida por el art. 99.3 de la CN. El DNU debe ser debidamente motivado en cuanto a los presupuestos habilitantes de su dictado, justificando las circunstancias excepcionales que justifican su emisión.-

6. LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE UN DNU

En cuanto a los Reglamentos, hay coincidencia en doctrina respecto de que los Decretos de Ejecución (art. 99 inc. 2 CN) y los Decretos autónomos (Art. 99 inc. 1 CN) están sometidos al régimen de impugnación administrativa previsto en el art. 24 y 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos, por ser considerados actos administrativos en sentido amplio.-

El asunto es determinar si le son aplicables tales pautas a los reglamentos equiparados a la ley, esto es los Decreto delegados y los Decretos de Necesidad y Urgencia.-

En cuanto a los Decretos Delegados (art. 76 CN) la Procuración del Tesoro (Dictámenes 199:97 entre otros), estableció que tienen el mismo valor y la misma jerarquía normativa que las leyes, por lo tanto “no son actos administrativos” y por ende “no son impugnables en sede administrativa por la vía de los recursos previstos en la ley 19.549 y su reglamento.-

La cuestión a analizar aquí, es si le resulta aplicable el régimen impugnatorio de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (art. 24, 25 y conc. de ley 19.549) a los Decretos de Necesidad y Urgencia.-

En la doctrina, hay autores¹⁸⁴ que sostienen que los Reglamentos de Necesidad y Urgencia son susceptibles de impugnación por vía de reclamo mientras no hayan sido ratificados expresamente por ley formal, porque, más allá de la fuerza de ley que les resulta inherente, en tanto ésta no se sancione nada impide que el Poder Ejecutivo los derogue, de oficio o a pedido de parte, mediante el dictado de otro reglamento del mismo nivel jerárquico normativo.-

Y por otro lado se argumenta que para la doctrina administrativa¹⁸⁵ los reglamentos equiparados a ley no están sometidos al régimen particular de revisión en sede administrativa

¹⁸⁴ Comadira Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2002, T. I, pp 464-465. Igual conclusión sostiene, en relación con los reglamentos delegados, cuya vigencia, en ausencia de ley expresamente ratificatoria, se mantiene mientras el Poder Ejecutivo no decida, de oficio o a petición de parte, derogarlos.-

¹⁸⁵ Sammartino Patricio Marcelo E., *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, T. I, p. 552-553. En igual sentido, el autor en nota fallo en autos “Alpert Enrique D. y otros v. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos”, CNACF, sala II, JA-1996-III-334 (cita on line 963128).-

en virtud de la posición jerárquica que ellos ostentan y por tanto los DNU no están sujetos a control administrativo previo.-

En la jurisprudencia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, analizó la cuestión.-

En el caso “Fernandez”¹⁸⁶ el tribunal, a partir del voto del Dr. Alejandro Uslenghi, entendió que la impugnación de esta clase particular de reglamentos (DNU) no requiere el agotamiento previo de la instancia administrativa, ni está sujeta a plazos de caducidad. Añadieron que las disposiciones contenidas en el art. 24 de la ley 19.549 no pueden ser considerados para cuestionar los DNU que poseen una naturaleza mas similar a las leyes que a típicos actos administrativos.-

Luego en el caso “Luaces”¹⁸⁷, el mismo tribunal reiteró este criterio de que el DNU no traduce el ejercicio de facultades administrativas sino de claro carácter legisferante, en tanto se trata de la regulación de materias que en el orden normal de las cosas compete al Poder Legislativo. Por tanto, concluyen en que la impugnación de esta clase particular de reglamentos no requiere el agotamiento de la via administrativa.-

Igual sentido fue el seguido en la causa “Graco SRL”¹⁸⁸ en cuanto a que es improcedente la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa a los fines de la impugnación de un decreto dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de las facultades conferidas por el art. 99.3 de la Constitución Nacional, ya que no es aplicable -al menos en forma directa- el régimen de la ley de procedimientos administrativos y su reglamentación, porque se trata de procesos institucionales o políticos y no administrativos.-

En la Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, existen numerosos dictámenes que fijan posición al respecto, a saber: Dictamen PTN 211:171 señala que los decretos de necesidad y urgencia (...) revisten características específicas, entre las cuales se cuenta la de no resultar aplicable a su respecto, al menos en forma directa, la ley Nacional de Procedimientos Administrativos; n°19.549 y su decreto reglamentario. Dictamen PTN 177:76

¹⁸⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, 09-02-2000 - Fernández Horacio E. c. Estado Nacional, JA 2000-III-664-666.-

¹⁸⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, 31-05-2000 - Luaces Roberto J. c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, cita online AR/JUR/41/2000.-

¹⁸⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 11-09-2008 – Graco SRL y otro c. Estado Nacional – AFIP-DGI, cita online AR/JUR/9468/2008.-

sostiene que los decretos de necesidad y urgencia (...) reviste naturaleza legislativa, tal como lo ha reconocido esta Procuración del Tesoro. Dictamen PTN 255:209 destaca que por tratarse del ejercicio de una competencia de naturaleza legislativa, el control le corresponde por principio al Congreso Nacional. Dictamen PTN 231:332 en cuanto a que el sistema de recursos y reclamos previstos para los procedimientos administrativos no puede ser utilizado para atacar actos de naturaleza legislativa como los reglamentos de necesidad y urgencia. Dictamen PTN 232:49 señala que no son impugnables en sede administrativa normas de decretos de necesidad y urgencia, en razón de tratarse de actos formalmente administrativos, pero de sustancia legislativa. Dictamen PTN 232:252 ratifica la improcedencia de impugnar en sede administrativa por vía de recursos y reclamos normas de decretos de necesidad y urgencia en razón de la sustancia legislativa que ellas revisten. Dictamen PTN 236:273 destaca que la impugnación de los reglamentos de necesidad y urgencia -que guardan clara similitud con las leyes- no requiere del agotamiento de la vía administrativa, sino que por el contrario, al igual que cuando se intenta obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, basta acudir directamente a la instancia judicial. Criterios ratificados en Dictámenes PTN 232:250; 268:358; 237:341; 236:138 entre muchos.-

Así entonces, la impugnación judicial de un DNU no requiere agotamiento de la vía administrativa, y debe acudirse a la instancia judicial tal como si se procurase la declaración de inconstitucionalidad de una ley.-

El control jurisdiccional respecto de los DNU abarca aspectos, vinculados a la razonabilidad de la medida, como asimismo al procedimiento que para su dictado establece los párrafos 3 in fine y 4 del art. 99.3 CN y luego la Ley 26.122, pero en particular el control judicial debe verificar que no se incluyan materias prohibidas en el dictado de los DNU (penal, tributario, electoral y partidos políticos) ante la ausencia de competencia del Poder Ejecutivo para su dictado, y por la otra el vinculado al control respecto de la existencia del presupuesto factico habilitante del dictado de la medida corroborando la existencia de una situación excepcional, de grave riesgo social, que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la constitución para la sanción de las leyes.-

En lo relacionado a las materias prohibidas, hay antecedentes de la CSJN¹⁸⁹ vinculados con el riguroso examen que debe atravesar el DNU, al punto que determinado el dictado de un DNU en materia prohibida, ni siquiera el dictado de una posterior ley que ratifique su contenido puede convalidar la validez de tal DNU que se considera adolece de nulidad absoluta e insanable, conforme lo había indicado la propia ley 24.309 (art. 2, G, a) de declaración de necesidad de la reforma constitucional. En efecto una ley posterior ratificatoria del contenido del DNU sólo tiene efectos ex nunc hacia el futuro y no convalida ex tunc la validez del DNU dictado en competencias expresamente prohibidas¹⁹⁰.-

En cuanto al último aspecto, la CSJN¹⁹¹ tiene doctrina en cuanto a que las circunstancias excepcionales que autorizan el dictado de un DNU se relacionan por una parte con *“Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, vale decir, que las Càmaras no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan”*, y por otra parte: *“Que la situación que requiere soluciones legislativas sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”*.-

Resulta competencia del poder judicial controlar la existencia de ese presupuesto fáctico habilitante, vinculado con el estado de necesidad y urgencia, tal como lo estableció la CSJN¹⁹² en el caso “Verrocchi”¹⁹³ marcando una doctrina similar a la establecida por el

¹⁸⁹ Fallos 318:1154 del 06-06-1995 “Video Club Dreans” considerando 12, Fallos 319:3400 del 27-12-1996 “La Bellaca” considerando 10; Fallos 321:366 del 17-03-1998 “Spak de Kupchik” considerando 11 y 13; Fallos 325:2394 del 20-09-2002 “Zofracor” considerando 7; Fallos cita on line 700071469 del 23-06-2011 “Austral Cielos del Sur SA” considerando 12.-

¹⁹⁰ La ratificación legislativa careció de efectos retroactivos para convalidar un DNU insanablemente inconstitucional, en el caso “Zofracor” Fallos 325:2394 la ley 24.156 art. 20 respecto del DNU 285/99; al igual en el caso “Spak de Kupchik” Fallos 321:366 la ley 23.757 art. 9 respecto del DNU 560/89 y en el caso “Austral Cielos del Sur” -cita online 70071469- la ley 24.447 art. 22 respecto del DNU 879/92.-

¹⁹¹ Fallos 332:1726 del 19-08-1999 Verrocchi” considerando 9, Fallos 333:633 del 19-05-2010 “Consumidores Argentinos” considerando 13 y Fallos cita on line AR/JUR/39871/2015 del 27-10-2015 “Asociación Argentina de Compañías de Seguros” considerando 6.-

¹⁹² Ya en el caso “Peralta” (fallos 313:1513 considerando 48) la CSJN estableció: *“No es función de un tribunal de justicia pronunciarse por cual debió ser el remedio, sólo constatar su necesidad y razonabilidad”*; y en el caso “Video Club Dreans” (fallos 318:1154 considerando 9) amplió diciendo: *“corresponde que esta Corte estudie tanto la procedencia del ejercicio de facultades legislativa en materia impositiva, como asimismo, si en la especie se hallan presentes las circunstancias de hecho que justifican la adopción de decretos de necesidad y urgencia. Examen, este último, en el que, no existen óbices para que esta Corte valore la calificación de excepcionalidad y urgencia ...”*.-

¹⁹³ En el caso “Verrocchi” (fallos 322:1726) considerando 9 la CSJN señala que: *“corresponde al Poder judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia”*.-

Tribunal Constitucional Español¹⁹⁴, a partir de la Sentencia TCE 6/1983 que vinculó el presupuesto habilitante del dictado de decretos (art. 86 CE) con “*situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal ...*”

Si alguno de los aspectos antes señalados, se presenta con ilegalidad patente, evidente y manifiesta, la vía adecuada para su impugnación judicial es la acción de amparo, la que ha sido aceptada por nuestra Corte Suprema de Justicia, como el instrumento judicial idóneo para atacar un DNU que en su dictado hubiera omitido los procedimientos constitucionales, se haya dictado en ausencia del presupuesto fáctico habilitante, hubiera incursionado en materias prohibidas o incluso para el supuesto de que la medida dictada fuera irrazonable o siendo razonable no tuviere la necesaria vinculación con el presupuesto fáctico excepcional invocado para su dictado.-

En síntesis, conforme doctrina y jurisprudencia señalada, la impugnación judicial de un DNU no requiere del agotamiento de la vías de reclamo y recursos previstas en el régimen de procedimientos administrativos (art. 24, 25 y conc. de la Ley 19.549) y además, la vía idónea para su impugnación judicial es la acción de amparo siempre que se encuentren presentes las condiciones de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” que exige el art. 43 CN.-

La decisión del constituyente de incluir en la Constitución Nacional a los DNU cargó con el peso de dar aceptación a un instrumento que parece romper con la armonía en la distribución de competencias entre los poderes del Estado, pero paralelamente permitió que con la inserción de requisitos y condiciones para su dictado, sea factible el control judicial de tales presupuestos constitucionales necesarios. Incluir o no a los DNU en la Constitución, tenía inconvenientes cualquiera sea la postura que se adoptase, como el dilema de Protágoras y Evalto, ambas respuestas merecía reproches.-

Los 464 DNU¹⁹⁵ dictados desde 1983 hasta la reforma constitucional de 1994 se movieron en las tranquilas aguas de la anomia. La inserción expresa en la constitución de los DNU parece aceptar peligrosamente que el Poder Ejecutivo invada competencias legislativas,

¹⁹⁴ La cita de la doctrina del Tribunal Constitucional Español, que se enriquece con las Sentencias 29/1982; 6/1983; 111/1983; 166/1986; 23/1993; 68/2007 entre otras, obedece a que nuestro sistema constitucional en la reforma de 1994, siguió el modelo español (art. 86 CE) conforme versión taquigráfica de la convención constituyente.-

¹⁹⁵ Cifra aportada en obra de Santiago Alfonso – Castro Videla Santiago M., *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019.-

aunque ello era necesario para perfilar sus límites constitucionales y por tanto permitir el control judicial de sus presupuestos habilitantes.-

CAPITULO II

1. LA NULIDAD ABSOLUTA E INSANABLE

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA EN MATERIA PROHIBIDA

La desobediencia legítima ante el acto con nulidad manifiesta

Introducción

La constitución nacional establece como regla que el poder ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

En este capítulo, analizando las nulidades y sus consecuencias, se demostrará que los decretos de necesidad y urgencia dictados en las materias prohibidas, revisten el carácter de categorías sospechosas, y por lo tanto a esta normativa hay que presumirla inconstitucional, cesando el deber de obediencia del ciudadano por su manifiesta ilegitimidad.-

La Constitución Nacional en su art. 99.3 segundo párrafo previo a regular los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), establece que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.-

Como vemos el constituyente de 1994 ha encontrado ajustada a derecho la calificación de “nulidad absoluta e insanable” para referirse en general a las disposiciones legislativas emitidas por el poder Ejecutivo. Luego en los párrafos siguientes del art. 99.3 la Constitución Nacional establece un procedimiento legislativo para la ratificación de los DNU a los que admite por excepción cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta constitución para la sanción de las leyes.-

El art. 2 G a de la Ley 24.309 de declaración de necesidad de la reforma que contuvo el llamado núcleo de coincidencias básicas en torno a la regulación de la facultad presidencial para el dictado de DNU acordó como texto que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos”.

Es decir que en cambio, se observa que en la Ley 24.309 la calificación de nulidad absoluta e insanable fue diseñada para los DNU que regulen materia penal, tributaria,

electoral o régimen de los partidos políticos. Es decir sólo para tales DNU en las materias señaladas y no extendida tal calificación para el resto de los DNU que dictara el Poder Ejecutivo ajenos a las materias prohibidas expresamente.-

La propia regulación constitucional (99.3 4to. Párrafo) referida a la Comisión Bicameral luego regulada por Ley 26.122, y el procedimiento previsto para la ratificación de un DNU por parte del Poder Legislativo, hace suponer que dicho instrumento pueda ser ratificado legislativamente, con lo que en tal caso no habría nulidad absoluta e insanable.-

Todo parece indicar entonces que la nulidad absoluta e insanable es una calificación que debe reservarse para el caso de DNU en materias prohibidas (penal, tributario, electoral y partidos políticos) y que con ese alcance deba interpretarse el texto constitucional.-

Pero entonces, nace el interés por concretar la presente investigación, referida al significado jurídico de la nulidad absoluta e insanable, indagar si la nulidad absoluta del derecho privado es la misma que la del derecho público, preguntarnos cuál es la consecuencia de que un acto estatal adolezca de nulidad absoluta, y cuáles son las consecuencias o efectos de la existencia de esa nulidad absoluta cuando es además manifiesta son aspectos que surge inmediatamente de planteada la temática.-

El objeto del presente trabajo tiene entonces como objetivo principal desentrañar la conceptualización de la nulidad absoluta e insanable con la que el art. 99.3 de la CN califica a los DNU, y cuál es el alcance de tal calificación.-

Para ello, en un primer lugar se desarrollará a las nulidades en el derecho civil pasando revista por el código civil derogado y en nuevo código civil y comercial dando un panorama conceptual de las nulidades.-

Luego, habré de avanzar respecto de las nulidades en materia de derecho administrativo a fin de encontrar los puntos de semejanza con el derecho civil antes desarrollado.-

Para finalmente, abordar la nulidad absoluta y manifiesta de los actos administrativos como presupuesto habilitante para la desobediencia de los actos que padezcan tales vicios, y en particular se analizará si un DNU en materia prohibida puede encasillarse en el concepto de “categorías sospechosas” junto a las ya existentes y por tanto dar fundamento a una presunción de inconstitucionalidad.-

Finalizado el desarrollo, se arribaran a conclusiones, por una parte vinculada a si está bien usada la expresión “nulidad absoluta e insanable” con la que el 99.3 de la Constitución

califica al DNU y si debe clarificarse su alcance. Por otra parte, se razonará sobre cuál es la consecuencia de que un DNU se dicte en materia prohibida y en particular razonar sobre si persiste en tales casos el deber de obediencia del ciudadano.-

1.A.- Nulidades en el Nuevo Código Civil y Comercial.

El fin de la clasificación de actos nulos y anulables

Decimos con Julio Cesar Rivera¹⁹⁶ que *“La nulidad es una sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, por adolecer de defectos originarios, orgánicos y esenciales, a través de un proceso de impugnación y declaración”*.

Ahora bien, cuando la normativa en general habla de nulidades, y refiere a actos nulos y actos anulables, como igualmente al hacer mención a nulidades absolutas o relativas, aparece el interrogante de cómo han sido tratadas ellas en el CC, si perduran dichas distinciones luego de la sanción del nuevo CCyC, y si tiene sentido efectuarlas. -

Para desentrañar tal dificultad será de utilidad hacer un repaso de las nulidades en el derecho civil, en un recorrido desde el Código Civil de Vélez Sarsfield, hasta el nuevo CCyC vigente a partir del 01 de Agosto de 2015 (Art.7 de la Ley 26.994 modificada por Ley 27.077), lo que nos ayudará a comprender en qué medida los conceptos se mantienen.-

La Ley nº340 promulgada el 29-09-1869 sancionó el CC, con vigencia a partir del 01 de Enero de 1871 (art. 1), el cual diferenciaba claramente los actos nulos de los actos anulables (art. 1038 y 1046) y a su vez, nulidad absoluta de la relativa (arts. 1047 y 1048) y es a tal diferenciación en la que me quiero detener, ya que a primera vista el nuevo CCyC no contiene tal clasificación que diferencia entre actos nulos y anulables, aunque sigue manteniendo la diferenciación de nulidades absolutas y relativas.-

Conforme art. 19 de la CN, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. En esa misma línea de pensamiento, solo la ley puede establecer nulidades. Y el propio art. 19 de la CN establece un límite a la actuación de los particulares, cuando expresa: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados”*. -

¹⁹⁶ Rivera, J. C., *Derecho Civil, Parte General*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 875.

En efecto el “orden y la moral pública” no pueden ser ofendidas por las acciones privadas de los hombres, nos marca la mencionada norma constitucional. Y veremos cómo la violación de ese orden público es una pauta trascendente a fin de determinar la validez del acto jurídico. -

Interesa en primera medida respecto de los actos nulos y anulables y luego en igual medida respecto de la nulidad absoluta y relativa, investigar y desarrollar, cuál ha sido la fuente tomada por el codificador del año 1869 (ley 340) para su incorporación al derecho argentino, y por otra parte cual ha sido la situación de tales clasificaciones en el marco del nuevo CCyC vigente a partir del 1 de Agosto de 2015.-

i) Fuentes del CC

Señala la doctrina de modo unánime que el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield en materia de nulidades abrevó en tres fuentes distintas: El Esboço de Freitas, el Código Civil Chileno, y la Doctrina Francesa.

Al respecto Roberto H. Brebbia¹⁹⁷ enseña que la primera de esas fuentes (Esboço de Freitas) influyó para que Vélez Sarsfield estableciera las bases de una doble e independiente clasificación de las nulidades (nulidad absoluta y relativa; acto nulo y anulable), que constituye la principal característica del sistema legal argentino, no obstante que el autor expresamente reconoce los aportes específicos tanto del derecho francés y chileno.-

Recuerda Eduardo A. Zannoni¹⁹⁸ que lo que tiene de sustancial e innovador nuestro Código Civil lo debe a Freitas que, siguiendo el Reglamento 737 del 25 de Noviembre de 1850, organizó en el Esboço una doble clasificación de las nulidades de los actos jurídicos que juegan con autonomía. Lo notable es que esa doble clasificación, tomada del Reglamento cuya autoría se atribuye a Nabuco de Araujo, quien, a su vez, la habría tomado de Solón, un jurista francés que escribió en la primera mitad del siglo pasado. Se describe que en la época el tema era presentado a partir de la irreductible dicotomía: nulidad absoluta – anulabilidad (o nulidad relativa), mientras que el Esboço de Freitas distinguió, por un lado, entre actos nulos o de nulidad manifiesta y actos anulables o de nulidad dependiente de juzgamiento y por otro lado distinguió entre nulidad absoluta y nulidad relativa. -

¹⁹⁷ Brebbia, R. H., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. II p. 570.

¹⁹⁸ Zannoni, E. A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 164.

El desarrollo de las nulidades, tiene entonces aporte y aroma francés. El prestigioso jurista Jorge Joaquín Llambias¹⁹⁹ luego de describir su criterio en relación a la clasificación de actos nulos y anulables, señala que el criterio expuesto remonta al jurista Francés V. H. Solón, de la primera mitad de Siglo XIX, quien tuvo de él un conocimiento apropiado. En la obra de Solón se informó sin duda Nabuco de Araujo, considerado autor del Reglamento n°737 para el Imperio de Brasil, del 25 de Noviembre de 1850, en su capítulo de las nulidades. A su vez, Freitas adoptó el criterio de dicho Reglamento, según lo ha mostrado el jurisconsulto brasileño Clovis Bevilacqua. Vélez Sarsfield tomó de su habitual mentor Freitas la clasificación de los actos nulos y anulables, con la significación que ella tiene entre nosotros.-

Supo destacar Raymundo M. Salvat²⁰⁰ que el régimen de nulidades del CC (Ley n°340 vigente desde el 01-enero-1871) que en realidad las fuentes del código han sido las tres siguientes: 1° el proyecto de Freitas para todo lo referente a la clasificación de actos nulos o anulables, nulidad manifiesta o no manifiesta (art. 1038 y 1040 a 1046); 2° El proyecto de Freitas por lo menos como idea general de ella, y el Código Chileno, para la clasificación en nulidad absoluta o relativa (art. 1047 y 1049); 3° Estas mismas fuentes y las doctrinas de los jurisconsultos franceses, para todo lo relativo a los efectos de la nulidad y a la confirmación de los actos jurídicos. A su vez destaca Salvat, en relación con el Proyecto de Freitas, que el Código Civil Brasileño consagró también salvo diferencias de detalle la distinción en actos nulos y anulables con el sentido y alcance práctico que tienen en el sistema francés. -

Resalta Salvat que, en Francia, “Los actos nulos” eran aquellos que reuniendo todos los elementos esenciales para su existencia, están afectados de un vicio que les impide ser válidos, mientras que “Los actos anulables” presentaban todas las condiciones y elementos necesarios para su existencia, pero la ley, en razón de estar afectados por un vicio y como medida de protección para su autor, los declara anulables, es lo que se llamó vulgarmente anulabilidad. -

La diferencia estuvo en que nuestro CC estableció dos grados de invalidez (actos nulos y anulables) a diferencia del sistema francés que establecía una clasificación tripartita (actos inexistentes, nulos y anulables) de invalidez de los actos jurídicos. A partir de allí la diferencia que señala Salvat en el sentido de que en el derecho civil francés la clasificación de

¹⁹⁹ Llambias, J. J., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, t. II, p. 538.

²⁰⁰ Salvat, R. M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, parte general*, Buenos Aires, 1944, p. 1077.

actos inexistentes o nulos por una parte y anulables por otra es correlativa con la clasificación en nulidad absoluta y relativa. Mientras que, en nuestro Código Civil, las dos clasificaciones en actos nulos y anulables por una parte y nulidad absoluta y relativa por otra son independientes una de otra, dando lugar a actos nulos con nulidad absoluta o con nulidad relativa y a la inversa actos anulables con nulidad absoluta o relativa. -

Lo importante es señalar, como lo hace María Isabel Benavente²⁰¹ que en el Derecho Alemán, Francés, Italiano y Español, no se mantiene la doble clasificación que regía hasta ahora en nuestro ordenamiento y por eso refiere a la eliminación de las categorías de actos nulos y anulables. Y respecto de Francia, señala la autora, que a modo de ejemplo, vemos que **la doctrina francesa** identifica en términos generales la **nulidad absoluta** con la sanción que afecta específicamente a los actos jurídicos concluidos en contravención al orden jurídico. En consecuencia, podrá ser declarada de oficio por los jueces, es imprescriptible y no es susceptible de confirmación. En cambio la **nulidad relativa** constituye una sanción para los vicios del consentimiento o de la voluntad, como la falta de discernimiento o la lesión. La nulidad así concebida está destinada a proteger el interés particular, ya sea del incapaz o de la víctima. Por tanto, la nulidad solamente puede ser articulada por el sujeto afectado, puede ser confirmada y es susceptible de prescribir.-

Baste señalar entonces, que nuestro CC a partir de su vigencia el 01-01-1871 (Ley 340) puso en funcionamiento en cuanto a la nulidad la doctrina francesa, y que a partir del 01-08-2015 con el nuevo CCyC, nuevamente nuestro País parece haberse enrolado en la orientación que han seguido las legislaciones modernas extranjeras, en particular europeas y entre tales la seguida en Francia, tal como se señaló anteriormente. -

ii) Nulidades en el CC.

Es útil hacer un repaso de la opinión de la doctrina en torno a la clasificación de actos nulos y anulables, como asimismo en cuanto a la nulidad absoluta y relativa, para conocer cuál era la postura de los autores respecto de las pautas para diferenciar a cada tipo de nulidad, a fin de advertir los puntos de coincidencia. -

²⁰¹ Benavente, M. I., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ricardo Luis Lorenzetti Director, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. II, p. 516.

José Olegario Machado²⁰² destaca que es la ley la que determina el límite de la acción individual, precisando que las nulidades deben ser expresamente declaradas por la ley, y por esa razón los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen (art. 1037), pues no hay otro límite a la actividad individual que el creado por la ley. -

En la obra citada, rechaza la división de nulidades absolutas y relativas señalando que la verdadera división es la de actos nulos y anulables, describe que la nulidad absoluta comprende el modo de obrar y la extensión de la acción, facultando para alegarla a todos los que intervinieron en el acto, mientras la relativa sólo puede deducirla el incapaz o el que sufrió el dolo, violencia, fraude, etc. A su criterio, las nulidades se pueden dividir en nulidades de orden público inconfirmables, hasta que la ley no haya levantado el obstáculo legal y en nulidades de orden privado, que interesan solamente a los particulares que sólo pueden ser declaradas a solicitud del poseedor del derecho. Las primeras provienen de la prohibición de la ley que las ha impuesto teniendo en mira un interés superior, las segundas las crea como una defensa para cierta clase de personas cuya inexperiencia y debilidad debe proteger.-

Luego destaca el autor, que se llama acto nulo al ejecutado contra la prohibición de la ley, y en que la voluntad humana es impotente para darle eficacia, no habiéndose formado relación alguna de derecho entre las partes; mientras el acto anulable es válido, y su anulación solo depende de una de las partes que por su voluntad puede suprimir el obstáculo que lo invalidaba.-

Al respecto, Raymundo M. Salvat²⁰³ en relación a la nulidad absoluta que supone: “*un interés de orden público comprometido*”, mientras que la nulidad relativa constituye: “*una medida de protección, establecida por la ley a favor de determinadas personas*”.-

Y a los efectos de caracterizar a los actos nulos: 1. La nulidad esta impuesta por la ley misma y es en ese sentido que ella la considera manifiesta. ... 2. En los actos nulos la nulidad existe de pleno derecho, desde el instante mismo de la celebración del acto, sin necesidad de que ella sea declarada por la autoridad judicial: ante los ojos de la ley, un acto de esta clase es como si nunca hubiese existido. 3. La intervención de la autoridad judicial puede

²⁰² Machado, J. O., *Exposición y Comentario del Código Civil*, Buenos Aires, Imprenta Europea de M.A. Rosas, 1915, t. III, pp. 302-332.

²⁰³ Salvat, R. M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, Buenos Aires, 1944, pp. 1085-1089.

indudablemente llegar a ser necesaria, por no estar las partes de acuerdo en la nulidad del acto, cuya intervención se limita a juzgar si concurren o no las condiciones necesarias para que el acto sea nulo y en caso afirmativo constatar su nulidad. En los actos anulables, señala que el acto presenta todas las apariencias de haber sido otorgado en condiciones perfectamente regulares: aparentemente concurren en el todos los elementos y requisitos esenciales para su existencia. 1. La nulidad del acto, si bien está autorizada por la ley, depende de la apreciación judicial acerca de si concurren o no las condiciones que ella exige. 2. Por lo mismo que los actos anulables presentan exteriormente, todas las apariencias de un acto perfecto, ellos son provisionalmente válidos. 3. La función del juez en el caso de actos anulables es mucho más activa que en el de los actos nulos: la nulidad, en efecto, depende en los actos anulables de la prueba de los hechos invocados por quien lo solicita, quedando librada, por consiguiente, como todas las cuestiones de hecho, a la apreciación de los jueces y tribunales.-

A su turno Luis De Gaspari²⁰⁴ en obra actualizada por Augusto Morello, señala que distingue también el Código el “acto nulo” del “anulable”. Reserva el nombre de “nulo” al acto cuya nulidad es manifiesta, patente, evidente, sin necesidad de investigación alguna. Es la que resulta del acto mismo. Y ella es tal cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. ... Actos anulables son aquellos cuya nulidad, por no resultar de la exterioridad del acto, son provisionalmente válidos y eficaces hasta el día en que, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se los anulase. Luego destaca que la nulidad absoluta sugiere la idea suprema e incondicionada de una sanción ilimitada e irrestricta. Ella es la nulidad sustantiva que, existiendo por sí misma, independientemente de toda otra prueba y de todo juzgamiento, actúa contra las partes y contra terceros, contra particulares y contra el ministerio público, como un vicio insanable, inconfirmable e imprescriptible, que los jueces “deben” declarar, cuando aparece manifiesto en el acto y “pueden” declarar, cuando no es manifiesto. Nulidad relativa por el contrario, sugiere la representación de la sanción referida a determinado sujeto, y que, por tal motivo, es condicionada en su ejercicio y restricta en sus efectos. Ella es adjetiva, porque carece de substancia, en el sentido de depender de prueba y juzgamiento. No existe contra todos, sino contra el causante del vicio generador de la nulidad... Por su naturaleza, ella está siempre oculta bajo la superficie de un acto aparentemente regular.-

²⁰⁴ De Gaspari, L., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, tea, 1964, t. I, pp. 563-630.

Santos Cifuentes²⁰⁵ resume la clasificación del siguiente modo, los nulos hacen referencia al caso en que la ley por sí misma, sin cooperación de ningún otro órgano o poder, reduce a la nada el acto vedado, por ser su defecto rígido, determinado o taxativo, perfilado o dosificado por la norma, sin posibilidad de graduación, y sin que sea necesario hacer una investigación de hecho con la correspondiente prueba que lo acredite. Los actos anulables, en cambio, tienen en la ley solamente un esbozo o un principio de sanción que el juez debe desarrollar o destacar, definirlo y regularlo según las circunstancias del caso, con su criterio y apreciación, se dice, entonces, que el defecto es elástico, indefinido, susceptible de más o de menos (graduación). Refiriéndose a la siguiente clasificación añade que si la imperfección del acto atenta contra los intereses generales o colectivos, será de nulidad absoluta, mientras que, si sólo afecta a los intereses privados o particulares de los sujetos del acto, la nulidad será relativa. Aclara que esta subdivisión no responde a la esencia de la invalidez ni a su causa, sino al fundamento de ella, para determinar la intensidad de la sanción legal. -

Por su parte Guillermo A. Borda²⁰⁶, enseña que la nulidad es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración. Luego señala, que Acto Nulo es aquel cuyo vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo. En este caso, el papel del juez es pasivo: se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley. Es una nulidad precisa, rígida, insusceptible de estimación cuantitativa, taxativamente determinada por la ley. En cambio, en el Acto Anulable, la causa de la invalidez no aparece manifiesta en él, sino que es necesaria una labor de investigación o apreciación por parte del juez. Por sí misma, la ley es impotente para aniquilar el acto. La anulación depende de circunstancias de hecho, es flexible, variable, susceptible de valoración judicial. Más adelante, distingue: La nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que pueda pedirla cualquiera y que, inclusive el juez pueda y deba declararla de oficio, si aparece manifiesta, aunque nadie la hubiera pedido; de ahí también que los actos viciados de tal nulidad no pueden confirmarse, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social. Por el contrario, la nulidad relativa se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla.-

²⁰⁵ Cifuentes, S. *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 608-610.

²⁰⁶ Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, t. II pp. 374-414.

Jorge Joaquín Llambías,²⁰⁷ refiriéndose a los actos nulos (nulidad de derecho) y anulables (nulidades dependientes de apreciación judicial), distingue: En una primera situación, la ley puede por sí misma, y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En la segunda situación, la ley por sí misma es impotente para aniquilar el acto cuando la imperfección de éste es, por su propia índole, variable en los actos de la misma especie, indefinida, susceptible de más o de menos, ligada a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto. En esta segunda situación la ley no puede sino establecer un principio de sanción, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presente, valoradas de acuerdo a su criterio: es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial. Luego continúa señalando, que si en la primera situación, en razón de que la causa de invalidez es rígida, definida, invariable, insusceptible de estimación cuantitativa, la ley puede invalidar el acto y declararlo nulo, en la segunda situación no puede sino reputarlo anulable, es decir, susceptible eventualmente de ser anulado por la sentencia que determine, defina y declare que la causa de imperfección existe, y aun a veces que ella reviste la intensidad suficiente como para arrastrar la invalidez del acto. Para la otra clasificación añade que la nulidad absoluta que es la sanción de invalidez más rigurosa afecta a los actos que pugnan con el orden público, en tanto que la nulidad relativa que constituye el grado benigno de la sanción, alcanza a los actos inválidos que por no entrar en conflicto con el orden público son reprobados por la ley en resguardo de un interés particular. Agrega Jorge J. Llambías²⁰⁸ que La nulidad es relativa cuando sólo afecta un interés privado, es una nulidad de protección, razón por la cual únicamente puede ejercerla la parte a cuyo favor se ha establecido, el acto es confirmable y la acción prescriptible.-

Eduardo A. Zannoni²⁰⁹ refiere al criterio inspirador de la distinción de actos nulos y anulables, y señala que ese criterio no es sino el modo en que se presenta el vicio que provoca la invalidez del negocio. En algunos casos el vicio ha sido objetivamente determinado, es rígido al decir de Llambías, no depende de una apreciación judicial que resulte indispensable

²⁰⁷ Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, t. II pp. 507-512.

²⁰⁸ Llambías, J. J., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, t. II-B p. 213.

²⁰⁹ Zannoni, E. A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 172-173.

para descubrirlo. El vicio es definido, o mejor, es taxativo porque está prefigurado por la ley que a priori dispone la invalidez del negocio que se celebrara mediando tal vicio. ... En estos casos el vicio es, a lo sumo, objeto de constatación; en otros, el acto presenta aparentemente reunidos los presupuestos de validez, pero hay un vicio que está oculto, agazapado en la estructura compleja del acto jurídico. Es necesario rastrear antecedentes, producir pruebas, traer otros elementos de convicción. El acto, en apariencia, tiene todos los requisitos, y el observador más avezado no podría, con sólo leerlo, sin ayuda de otros elementos, encontrar el defecto que lo invalida. Se presenta latente, fluido, indefinido. Es el caso de los actos anulables, cuya nulidad es dependiente de juzgamiento. El referido Eduardo Zannoni, en relación a la nulidad absoluta y relativa, (obra citada pp. 204-205) luego de reconocer que en el Código Civil el criterio para diferenciar una y otra nulidad debería resultar de la naturaleza del interés en juego. Cuando el vicio trasciende el interés meramente circunstancial, individual de los sujetos del negocio, se estaría ante una nulidad absoluta; si, por el contrario, el vicio o la causa de la nulidad está sólo prevista en tutela de los intereses privados, la nulidad ha de ser meramente relativa, luego aclara su parecer en el sentido de que debe abandonarse la pretensión de obtener a priori una categoría de orden público referible a la clasificación de la nulidad absoluta. En cambio, sí es posible que el intérprete advierta que en toda nulidad existe un interés privado comprometido que puede estar en función del reconocimiento, simultáneo, de intereses generales. Agrega que es preciso trascender las genéricas alusiones al interés de la moral, de las buenas costumbres, e incluso del orden público, dotando de contenido los intereses generales que aquí y ahora el derecho privado encarna, también en las normas protectoras del interés individual.-

El autor Manuel Arauz Castex²¹⁰ describe una doble clasificación, a saber: 1) Atendiendo a si la causal de nulidad es rígida y sujeta solamente a verificación, o bien gradual y sujeta a apreciación, se divide en actos nulos y actos anulables. 2) Atendiendo a si la norma que establece la nulidad es imperativa o supletoria, se los divide en actos de nulidad absoluta y actos de nulidad relativa. Luego añade que hay actos (los nulos) cuya nulidad se produce de pleno derecho; basta verificar la causal que la motiva para que ni los jueces ni normalmente los particulares deba atribuirles efectos. Otros en cambio (los anulables) aparecen como válidos, pero adolecen de un vicio recóndito, por lo que la nulidad se obtendrá previo juzgamiento y declaración de la existencia de ese vicio. Y luego agrega que la nulidad es

²¹⁰ Arauz Castex, M., *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Técnico Jurídica, 1968, t. II, pp. 389-429.

absoluta cuando se funda en razones de seguridad, moralidad o interés generales; las leyes que la instituyen son imperativas. La nulidad relativa está instituida en interés de alguna de las personas vinculadas al acto, las leyes que la instituyen son supletorias. Aclara el concepto de imperativa en el sentido de que la ley prevalece aún contra la voluntad de los interesados, mientras que el concepto de supletorio indica que puede ser renunciada por aquel en cuyo beneficio se ha instituido. -

También debe destacarse la opinión de Roberto H. Brebbia ²¹¹ quien luego de señalar que a su juicio es correcta la tesis tradicional de la que resulta que todos los actos nulos son casos de vicios manifiestos, en razón de no exigir más que la verificación de la falla por el Juez; mientras que en el caso de los actos anulables, sólo es posible descubrir el defecto mediante la realización de una investigación de hecho. Al respecto, el autor formula dos observaciones a esa tesis. Por una parte, que no pierde ese carácter de nulo el acto si el vicio en cuestión no resulta además evidente para los terceros que se ven afectados patrimonialmente por la nulidad. Y por otra, que para que la falla sea manifiesta es menester que surja del acto mismo, y de igual modo también lo es cuando se complementa con elementos extrínsecos que demuestren en forma manifiesta la falla que aqueja al acto. -

Continúa el prestigioso Dr. Roberto H. Brebbia, en relación a la nulidad absoluta y relativa, destacando que el fundamento de la clasificación tiene en cuenta el interés afectado por el vicio que determina la anulación y que si se trata de un interés particular, que afecta primordialmente la esfera jurídica individual será relativa; si, aparte de ello, conculca también el interés general, lo que ocurre cuando el acto viciado sea contrario a la ley y a la moral y buenas costumbres la invalidez será absoluta. Al respecto formula nuevamente a ello dos observaciones: a) Que en todos los casos de nulidad existe siempre un interés particular afectado, aunque la nulidad tenga carácter absoluto y b) Que cada vez que un acto jurídico afecte un interés particular, el interés general sufre también un menoscabo indirecto al violarse el principio del *nemin ladere*. Lo que obliga a que, en cada caso, se entre a considerar cuál de esos dos intereses es el que el ordenamiento considera prevalente al imponer la sanción.-

²¹¹ Brebbia, R. H., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. II p. 592.

iii) La Nulidad en el CC y C (LEY 26.994). -

El reciente CCyC no contiene la clásica distinción entre actos nulos y anulables que como vimos ut-supra, tanto había dado que hablar a la doctrina argentina hasta la reforma y mantiene sí la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, con la novedad de que trae además una definición conceptual de la clasificación. -

Advierte Julio Cesar Rivera²¹² que durante la vigencia del Código de 1869 se discutió y trabajó intensamente sobre las clases de nulidades; llegándose a la conclusión generalizada de que el Código distinguía las nulidades expresas y virtuales (o implícitas), absolutas y relativas, totales y parciales y los actos nulos y anulables. El CCyC, siguiendo en esto al Proyecto de 1998 ha simplificado la cuestión y hoy incluye dos clasificaciones. Nulidades absolutas y relativas (arts. 386 a 388) y totales y parciales (art. 389), con lo que se ha abandonado la clasificación de actos nulos y anulables. -

Es así, como con toda claridad el actual art. 386 del CCyC: “*NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. CRITERIO DE DISTINCIÓN. Son de **nulidad absoluta** los actos que contravienen el orden público, la moral y las buenas costumbres. Son de **nulidad relativa** los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas*”.-

Al respecto, conforme señala Anahí Malicki²¹³, en comentario al art. 386, el Código abandona la categoría de actos nulos y anulables, y mantiene la categoría de nulidad absoluta y relativa de acuerdo al criterio de distinción que se incorpora expresamente. Destaca la autora que el art. 386 funda el criterio de distinción entre nulidad absoluta y relativa en el interés predominantemente protegido. Si los vicios o defectos que padece un acto jurídico afectan intereses generales o colectivos, dados por el orden público, la moral o las buenas costumbres, la nulidad será **absoluta**. En cambio, si el interés afectado por el acto es particular, individual de los sujetos del negocio, la nulidad será **relativa**.-

²¹² Rivera, J. C., *Derecho Civil, Parte General*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 860-861.

²¹³ Malicki, A., *Ineficacia de los actos jurídicos en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Julio Cesar Rivera y Graciela Medina”*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La ley, 2015, t. I pp. 859-869.

Comenta Rubén H. Compagnucci de Caso²¹⁴ que su base de diferenciación se encuentra en el interés protegido. En cuanto a la **nulidad absoluta**: es aquella cuyo acto resulta contrario a normas de orden público o imperativas, a la moral, a las buenas costumbres, o afecta al interés general. En relación a la **nulidad relativa**: tiene lugar considerando el interés protegido que, en el caso, es el particular. De ese modo se considera el cuidado de los derechos individuales, con efectos menos graves o más débiles, y una legitimación especial para demandar su invalidez. -

María Isabel Benavente²¹⁵, luego de insistir en que la reforma eliminó la doble clasificación entre actos nulos y anulables, destaca la clasificación de actos de nulidad absoluta y relativa, en función del interés jurídicamente tutelado, además agrega que la **nulidad absoluta** procede cuando el interés inmediatamente vulnerado es el interés general, esto es, el orden público, la moral y las buenas costumbres. La **nulidad relativa**, en cambio, está instituida en beneficio de las personas que resultan perjudicadas por un acto viciado y es viable en los casos en que el defecto afecte el interés individual. Pero luego vuelve la autora sobre el asunto y remarca: la **nulidad absoluta** es aquella en que el vicio afecta en forma inmediata y preponderante el interés general o particular cuando éste ha sido especialmente protegido por la legislación. El código considera a los actos afectados de nulidad absoluta como aquellos que son contrario al orden público y a la moral. Y luego refiriéndose a la **nulidad relativa**, señala que puede definirse como la sanción legal que priva de efectos al acto jurídico en razón de un vicio congénito que produce perjuicios a intereses particulares o privados. Finaliza la autora en el sentido de que para determinar si la nulidad es absoluta o relativa, será preciso entonces examinar hacia donde apunta la potencialidad destructora del vicio congénito y cuál es el bien jurídico que lesiona, hiere o infringe.-

José W. Tobías²¹⁶, señala en relación al criterio de distinción entre actos nulos y anulables, que existía coincidencia en la doctrina en relación a que el factor inspirador de la distinción debía centrarse en el “modo” en que se presentaba el vicio. Desde este aspecto, la pauta había sido ubicada en su visibilidad o subrepción: si éste resultaba patente, ostensible,

²¹⁴ Compagnucci de Caso, R. H., Código Civil y Comercial de la Nación, Dirección Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. 1B pp. 590-594.

²¹⁵ Benavente, M. I., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ricardo Luis Lorenzetti Director, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. II, pp. 515-525.

²¹⁶ Tobías, J. W., *Código Civil y Comercial – Comentado – Tratado Exegético*, Dir. Alterini Jorge Horacio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t. II, pp. 1009-1012.

manifiesto, se estaría en presencia de un acto nulo; si por el contrario se encontrara oculto, larvado y requería una investigación de hecho para exteriorizarlo, el acto sería anulable. Por otra parte, señala que la doctrina en general coincidió en que el criterio distintivo entre nulidad absoluta y relativa, debía encontrarse en la naturaleza del interés protegido, el art. 386 del CCyC recepta el criterio que vincula la nulidad absoluta al acto que contraría el orden público, la moral o las buenas costumbres. Señala el autor sobre ese aspecto que debió agregarse que el acto que contravenga la “dignidad humana” esté también afectado de nulidad absoluta y señala que hubiera preferido, en fin, un criterio caracterizador que ubicara el criterio de distinción en la naturaleza del interés en juego, según cual fuera el protegido de modo directo e inmediato: el particular o el general.-

En sintonía, ha dicho la CSJN (Fallos 321:277 17-03-1998) que *“Si los vicios que padece un acto jurídico atacan contra los intereses generales o colectivos, la nulidad será absoluta. En el supuesto de la nulidad relativa, lo que está en juego es la tutela de los sujetos determinados que padecen el vicio”*. En similar línea la CSJN (Fallos 313:173 06-03-1990) estableció que: *“En consecuencia, es el examen del fundamento y fin de la disposición legal el que permite diferenciar si el acto está afectado de nulidad absoluta o relativa”*. -

En la obra dirigida por Augusto C. Belluscio²¹⁷ se efectúan citas de opiniones del propio director de la obra para señalar que los actos nulos, por tanto, están ya prefijados y valorados objetivamente por la norma. Los actos anulables apenas si están contemplados en ella y dependen del juzgamiento; su valoración habrá de hacerla el juez que aplica la norma; hasta que no recaiga sentencia se los considera válidos, y luego introduce una cuestión que resulta de interés para el análisis del concepto de orden público ya que agrega Belluscio que muchas veces se confunde la nulidad absoluta con atentado al orden público, y nulidad relativa con ausencia de relación a dicho orden público, pero esto no es del todo exacto, pues hay normas de orden público (v. gr. las que establecen la capacidad e incapacidad de las personas), que dan lugar a la nulidad relativa, pues el punto de mira es el derecho protegido (en ese caso el del incapaz, y no el de la sociedad).-

Esta opinión de Belluscio, nos obliga a efectuar algunas precisiones respecto de la conceptualización del orden público, cuya vulneración algunas veces da lugar a nulidad absoluta y otras a nulidad relativa. -

²¹⁷ Belluscio, A. C., *Código Civil y Leyes Complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 686-688.

iv) Orden Público

Quiero efectuar algunas referencias en torno a este concepto de orden público, puesto que con el nuevo art. 386 del CCyC se trata de una caracterización que dará lugar a controversias, dado que resulta difícil precisar el alcance del concepto. -

Algo similar también ocurre con el resto de las pautas dadas por el art. 386 del CCyC, para definir la nulidad absoluta, referidas a los standards de la Moralidad pública vinculada con presupuestos éticos de una sociedad y las Buenas Costumbres, relacionadas con las convenciones sociales de una comunidad histórica determinada, aunque su desarrollo daría lugar a una investigación independiente por separado dado los alcances de la temática que superan el propósito de la presente. Se trata de pautas de validación o invalidación de conductas.-

Baste decir con Horacio Rosatti²¹⁸ que “La moral pública constituye un standard o criterio que se identifica con ciertos principios, creencias y usos considerados por una comunidad histórica determinada como valiosos y/o convenientes para garantizar la convivencia social. También en Derecho Público, el concepto de “moral pública” suele relacionarse a otras nociones tales como “decencia pública”, “honestidad pública”, “pudor público”, “decoro público” o “buenas costumbres”, utilizadas para ponderar el grado de juridicidad de determinadas conductas humanas”. -

En relación a qué es el orden público, cito a Manuel Arauz Castex²¹⁹ quien expresa que: “El orden público es una característica que se atribuye a ciertas relaciones jurídicas, para afirmar la aplicación imperativa, territorial y retroactiva de la ley respecto de dichas relaciones”. Y agrega: “orden equivale a categoría, clase; y “público” alude a lo propio del pueblo, de la nación, de la sociedad entera. En la frase “el matrimonio es una institución de orden público (por ejemplo) la expresión está usada con propiedad, significando que el matrimonio es una institución que está por encima del mero interés de los contrayentes; afirmando que es de otro “orden”, pues interesa a la sociedad”. -

²¹⁸ Rosatti, H., Código Civil Comentado, El Código Civil desde el Derecho Público, Santa Fe, Rubinzal. Culzoni, 2007, p. 159.

²¹⁹ Arauz Castex, M., *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Técnico Jurídica, 1965, t. II, p. 186.

Horacio Rosatti²²⁰, alude a que la doctrina civilista no es pacífica en torno a lo que debe entenderse por orden público, por una lado el criterio “iuspositivista” conforme al cual una norma es de orden público cuando tiene la nota explícita de la imperatividad, entendida como su capacidad para limitar o anular el principio de autonomía de la voluntad, determinando la invalidez total o parcial de un acto celebrado bajo ese principio. Mientras que conforme al criterio “iusnaturalista”, el orden público no puede ser definido por la nota de imperatividad (en cualquier caso la imperatividad es una consecuencia del orden público) sino por su contenido, delimitado por el conjunto de principios estructurales de la organización de la sociedad (Alterini) o el conjunto de principios de orden superior (políticos, económicos, morales, religiosos) a los que una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de su organización social (Salvat). Luego de analizar los artículos 502 y 794 del Código Civil y la circunstancia de que la norma diferencia entre leyes y orden público, Horacio Rosatti concluye en que ello deja la impresión de que “puede haber orden público aunque no lo diga expresamente la ley”. Y agrega que en cualquier caso, las normas de orden público se revisten de las siguientes características: No pueden ser derogadas por acuerdo de partes; impiden la aplicación de la ley extranjera, y pueden en ocasiones aplicarse retroactivamente.-

El propio Roberto H. Brebbia²²¹ distingue “entre interés general y orden público: el primero comprende todo interés cuya desprotección afecte primordialmente a la sociedad por entero; el segundo, hace referencia al conjunto de principios jurídico-políticos supremos que determinan una organización jurídica concreta, y tiene aplicación preferente en el derecho constitucional, del cual derivan tales principios”.-

Amplía ese concepto Roberto H. Brebbia²²² señalando que estos principios y normas jurídicas fundamentales que fijan los caracteres fundamentales del ordenamiento jurídico se dan principalmente en la Constitución, pero se encuentran también en el Código Civil, en el que sienta las bases del Derecho Privado, aplicables en gran parte al Derecho Público, y marcan las pautas generales a las que necesariamente deben sujetarse las demás normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico de una comunidad determinada.-

²²⁰ Rosatti, H., *Código Civil Comentado, El Código Civil desde el Derecho Público*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2007, pp. 177-180

²²¹ Brebbia, R. H., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. II p. 614.

²²² Brebbia, R. H., *Institucionales del Derecho Civil*, Rosario, Juris, 1997, p. 79.

Luis De Gaspari²²³ como caracterización de las leyes que son de orden público señala a todas las que forman el sistema general de derecho público: Constitución Nacional, ley orgánica de los Tribunales, ley de organización administrativa, ley orgánica militar, ley hipotecaria, Código Penal, etc. Y las leyes civiles que, por estar inspiradas más en el interés general que en el interés privado, no admiten su derogación por la convención de los particulares y que son: 1º las que reglan el Estado y capacidad de las personas; 2º las que organizan la familia, la propiedad y el régimen de adquisición y pérdida de dominio, 3º las que imponen a las partes prohibiciones o medidas dictadas en el interés de terceros. -

Recordemos en esa línea de pensamiento, tres (3) normas del Código Civil: el art. 1 que establece como principio general que: “*las leyes son obligatorias para los que habitan el territorio de la República ...*”; luego autoriza en el art. 1197 que: “*las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”, y por último a fin de armonizar la normativa, en el art. 21 del CC, se estableció que: “*Las Convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*” con lo que viene a limitarse la autonomía de la voluntad poniendo como límite las normas de orden público.-

Se cita habitualmente y lo hace Horacio Rosatti, para referirse al orden público a Lucía María Aseff²²⁴, quien describe que “el de orden público es un término estratégico de todo orden jurídico positivo, perteneciente en primer lugar por legitimidad de origen al ámbito de la política jurídica, pero también, en una instancia posterior pero no de inferior jerarquía, al ámbito de la política estatal propiamente dicha”.-

No escapa al análisis del autor, que la doctrina diferencia a su vez entre el orden público de “protección” generador de nulidad relativa, que se vincula con los “*incapaces de hecho, a las de amparo de terceros, como las de publicidad de determinados actos y el equilibrio interno de contratos y convenciones*”, diferenciado de aquel otro orden público que nos interesa, generador de la nulidad absoluta, al cual se lo caracteriza como orden público de “dirección” que comprende “*el estatuto de derecho público de organización del Estado, los principios morales de las buenas costumbres, el estatuto de la personalidad y familiar, y el*

²²³ De Gaspari, R., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, tea, 1964, t. I, p. 564.

²²⁴ Aseff, L. M., *La noción de orden público: entre la tónica jurídica y el análisis crítico del discurso*, XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Córdoba, 30-10 al 01-11 de 2003.

orden público económico y social”, el último de los cuales, el autor vincula con la noción de emergencia desde el Derecho Público.-

Como se observa, el orden público se nos presenta como un concepto jurídico indeterminado, vinculado a los principios estructurales de una sociedad. -

1.B.- Nulidades en el Derecho Administrativo

En derecho administrativo la nulidad sigue siendo al igual que en el derecho privado una sanción legal que priva al acto viciado de sus efectos propios, aunque el criterio o la pauta para determinar su existencia tiene sus particularidades.-

Existe para la doctrina, en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (19.549 arts. 14 y 15), entre los actos nulos y anulables una correlación con la nulidad absoluta y nulidad relativa, respectivamente, con lo que al hablar de actos nulos referimos a los de nulidad absoluta y los anulables están equiparados a los de nulidad relativa.-

Claro que hasta el dictado de la Ley 19549 (año 1972) se vino aplicando en relación a las nulidades los principios del Código Civil (ley 340 vigente desde 1871), pero adaptando las normas del derecho civil a los principios propios del derecho administrativo, tal como lo destaca la CSJN, en el caso “Ganadera Los Lagos”.-

Por cierto que luego, el derecho administrativo fue tomando su propia impronta al punto que hoy el criterio diferenciador en materia de nulidades en derecho público se estructura en base a pautas distintas a las desarrolladas por el derecho civil.-

Ya lo señala Tomás Hutchinson²²⁵ en cuanto a que: *“Hay que tener presente que un sistema de invalidez construido en un derecho que tiene su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados, no puede ser totalmente aplicado a un derecho que tiene su centro en el problema de la dialéctica autoridad - libertad”*.-

El Juez contencioso construyó la dogmática jurídica-administrativa sobre la base de la doctrina iusprivatista. Así lo señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández²²⁶ al decir con claridad que: *“La dogmática jurídico-administrativa no se ha construido de forma apriorística, sino como resultado de la labor del juez y, más concretamente, en el origen, del Consejo de Estado Francés. Esta formulación explica que la*

²²⁵ Hutchinson, T., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 1 p.293.

²²⁶ García de Enterría, E., Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I p. 617.

teoría de las nulidades de los actos administrativos sea tributaria, en principio, de la dogmática iusprivatista, que era el modelo con el que inicialmente contaba el juez del Contencioso”.-

i) El Caso “GANADERA LOS LAGOS”

El caso judicial se trató de una acción interpuesta por “Ganadera Los Lagos S.A.” en contra del Estado Nacional, demanda deducida en el año 1934 reclamando la nulidad de un Decreto del PEN dictado en el año 1917 por el cual se declaró caducas las ventas hechas y formalizadas por el gobierno nacional a sus antecesores en el dominio respecto de las tierras propiedad de la empresa actora.-

Como se observa, la demanda judicial fue interpuesta 17 años después de dictado el Decreto por el PEN declarando caducas las ventas de tierras, con lo que como dijo la Corte, *“el punto sometido a la decisión del tribunal consiste en determinar cuál es la naturaleza de la nulidad que se atribuye al decreto del P.E. del año 1917 ya que de la elucidación de esa cuestión depende que la defensa de prescripción proceda o no”.-*

Dicho esto, debo señalar, que es una verdad innegable que los principios relativos a la nulidad nacida en el ámbito del derecho civil, se han extendido al resto de las ramas jurídicas, y al respecto resulta interesante el caso “Ganadera Los lagos” puesto que en ese fallo la Corte de Justicia Nacional extendió su aplicación al derecho administrativo. Esta aplicación extensiva de los principios de la nulidad al derecho público, no implica negar que para ello es necesario una adaptación de tales reglas, tal como se encargó de aclarar el propio tribunal cimero.-

A mediados del año 1941 la Corte de Justicia de la Nación dicto el Fallo 190:142, en autos “Los Lagos S.A. Ganadera c. Gobierno Nacional” resolución que reviste importancia dado que el tribunal declaró la nulidad absoluta de un Decreto del PEN, aplicando las reglas del CC.-

Recordemos que la Ley 19.549, fue sancionada luego de 30 años de aquel fallo, el 03-04-1972 y vino recién a regular en sus arts. 14, 15 y concordantes las nulidades en derecho público, con lo que el precedente “Ganadera los Lagos” tiene la importancia de haber extendido la aplicación del instituto de la nulidad del derecho privado a un caso de derecho administrativo ante la ausencia de previsión legal al respecto en el derecho público.-

Señaló la CSJN “*Que las reglas de los arts. 1037 y siguientes del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquella con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina*”.-

Se trató de una aplicación analógica de segundo grado, es decir con las adaptaciones necesarias dado que la regulación de las nulidades establecidas por el legislador para el ámbito del derecho privado, debía ser adaptada para su aplicación al derecho administrativo, “con las discriminaciones impuestas” por la naturaleza de la disciplina de derecho público, tal como reza el fallo.-

Así, se analizó que las nulidades en el derecho administrativo, como en el civil, se consideran respecto de los distintos elementos que concurren a la formación del acto considerado, esto es, a la competencia del funcionario que lo otorgó, al objeto, a la finalidad del mismo y a las formas de que debe hallarse investido.-

Para ello razonó la CSJN que: “*la competencia (en el sentido de jurisdicción) es un elemento esencial en el acto administrativo tanto como su equivalente la capacidad lo es en el derecho privado*”

En definitiva, entendió la Corte Suprema que el Decreto del PEN era nulo de nulidad absoluta, juzgando que un acto que allana disposiciones de carácter constitucional lesiona al orden público o a la colectividad. En efecto, al entender la CSJN que se trataba de una nulidad manifiesta y absoluta, aun cuando requiera una investigación de hecho para determinar su verdadera naturaleza, dispuso que tales nulidades no son “susceptibles de prescripción”.-

Se extendió la aplicación de la nulidad del Derecho Civil a ámbitos del derecho administrativo, y a tales fines, ya marcaba Alberto G. Spota²²⁷, bajo el título “*El estándar jurídico en el derecho administrativo*”, que la ausencia de una codificación del derecho administrativo, lo hacía aparecer como un derecho “in fieri” o en formación, al que le aplicaban los principios del derecho civil. Así lo señala en particular en materia de nulidad, al destacar que “*La ausencia de la regla de derecho escrita permite esa autolimitación, que vemos en tantas materias, siendo una de las más significativas, la que se relaciona con el*

²²⁷ Spota, A.G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, t. I, pp. 354-355.

régimen de la concesión de servicios públicos y con la revocabilidad o anulación de los actos administrativos”.-

Señala Horacio Rosatti ²²⁸ como razones que explican la aplicación extensiva del Derecho Civil a otras ramas del Derecho, a dos factores concurrentes: “a) *Un factor genealógico, derivado del status fundante del Derecho Civil con relación a otras ramas del Derecho y la consecuente paternidad que sobre ellas ejerce (o ejerció), asumiéndose como un común denominador del ordenamiento jurídico y b) un factor histórico, explicable por el desarrollo prematuro del Derecho Civil en la Argentina con relación a las otras ramas y consecuente paternidad histórica que sobre ellas ejerce (o ejerció)*”.-

ii) La Gravedad del Vicio en los Elementos Esenciales del Acto

Carlos F. Balbín ²²⁹ analizando el caso “Ganadera Los Lagos” (Fallos 190:142), señala que los jueces fijaron otros principios sobre el régimen de los actos administrativos, y destaca puntualmente que de dicho fallo surge que: “a) *La teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo, igual que en el Derecho Civil, se construye a partir de los elementos del acto, y a su vez, b) Los elementos del acto administrativo son la competencia, el objeto, la finalidad y las formas*”.-

El acto administrativo, sabemos que tiene elementos esenciales (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad) señalados en el propio art. 7 de la Ley 19.549 que deben hallarse presentes y sin vicios en el acto.-

Ahora bien, hay autores para los que la nulidad tiene relación con los vicios en los elementos esenciales del acto administrativo, mientras que para otros, se trata de la gravedad del vicio en sí, independientemente de los elementos del acto administrativo.-

Ya enseñaba el maestro uruguayo Enrique Sayagués Laso ²³⁰ que en “*todo acto administrativo hay ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia*”. Luego (p. 512) aclara con toda contundencia que: “*El análisis de las irregularidades que pueden afectar los actos administrativos conviene hacerlo vinculándolo a sus elementos esenciales*”, y es así como toda una corriente de administrativistas vincula la nulidad con la afectación de los elementos del acto.-

²²⁸ Rosatti, H., *Código Civil Comentado*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2007, pp. 115-116.

²²⁹ Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. III, p. 149.

²³⁰ Sayagués Laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, t. I p. 431.

En ese primer grupo, puede hallarse a Julio Rodolfo Comadira²³¹ que señala que “*El criterio que informa esta clasificación deriva de la gravedad del vicio que afecta los elementos esenciales del acto*”. Y luego agrega que “*si los elementos esenciales del acto administrativo constituyen el conjunto de requisitos que deben necesariamente concurrir para que el acto sea plenamente válido, se impone la invalidez de los actos que carezcan de alguno de aquellos elementos o bien padezcan en éstos de vicios*”. Sintetiza luego su pensamiento diciendo que: “*Por eso se puede afirmar que un acto administrativo es nulo de nulidad absoluta cuando carece de alguno de sus elementos esenciales, o padece en ellos de un vicio grave. En cambio, es anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren, pero alguno adolece de un vicio “leve” o “no fundamental”*”.-

Así entonces, la pauta de apreciación es la gravedad en la afectación de los elementos esenciales del acto, de lo que se sigue que ante la exclusión del elemento o vicio grave en él el acto es nulo de nulidad absoluta y ante la existencia de un vicio leve o no fundamental, el acto es anulable de nulidad relativa.-

En esa misma línea de pensamiento, Alfonso Buteler²³² destaca: “*Desde nuestra perspectiva, los actos administrativos son ilegítimos o tienen una nulidad absoluta cuando carecen de alguno de sus elementos esenciales, salvo que se trate de un vicio que sea subsanable, en cuyo caso la nulidad es relativa*”.-

En sintonía con ello Hernán J. Martínez²³³ señala que “*La anulación de los actos administrativos por el Poder Judicial tiene relación absolutamente directa con el sistema de nulidades que establece la ley; sistema que, en rigor, contempla la relación que existe entre los elementos del acto administrativo y sus vicios*”.-

En igual pensamiento Manuel María Diez²³⁴, para quien: “*Los vicios que afecten los elementos esenciales del acto administrativo, ya sea en cuanto a la legitimidad o al mérito del mismo, traen aparejada su invalidez*”.-

En otra obra, el mismo Manuel María Diez²³⁵, amplía diciendo que: “*Los vicios de los actos administrativos se relacionan con los elementos de los mismos. ...*” Y agrega que: “*El vicio del acto depende de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico vigente. Se*

²³¹ Comadira, J. R., *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I. p. 424.

²³² Buteler, A., *Derecho Administrativo Argentino*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, t. I p. 334.

²³³ Martínez, H. J., *Derecho Administrativo*, Rosario, Nova Tesis, 2017, t. I, p. 473.

²³⁴ Diez, M.M., *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1956, p. 395.

²³⁵ Diez, M.M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II pp. 311-312.

agrega que no se podrá decir que el acto es nulo, anulable o inexistente porque falta o está viciado uno de los elementos esenciales del acto sino en base a la importancia que concretamente tenga el vicio de que se trate”.-

Aquí parece enrolarse también Rodolfo Carlos Barra²³⁶ al señalar que: *“En realidad ya desde su origen, la LPA equiparaba las categorías de acto nulo con la de nulidad absoluta, y las de acto anulable con la de nulidad relativa. (arts. 14 y 15, respectivamente), ... La **nulidad absoluta** prescripta en el art. 14 procede cuando la voluntad de los individuos creadores materiales del acto se encuentra “excluida” (inc. a) o por vicio grave en los elementos estructurales del acto (inc. b), lo que será una clara lesión al orden público, coincidiendo así con el art. 386 del Código Civil y Comercial, mientras que en la **nulidad relativa**, en razón de no resultar el vicio excluyente de alguno de los “elementos esenciales” del acto (art. 15; ya veremos que se refiere tanto a la voluntad presupuesta como a los elementos estructurales) se encuentra impuesta no ya en “protección del interés de ciertas personas”, como indica el art. 386, sino -podría decirse- en mero interés del acto del caso concreto o, más precisamente, de la relación jurídica generada por el acto”.-*

A su turno Héctor Jorge Escola²³⁷ en igual sentido enseña que el acto administrativo irregular está afectado en su validez por la presencia de vicios en sus elementos integrantes, y recalca que: *“Cuando la irregularidad es grave, se estará en presencia de actos afectados por “nulidad”; cuando la irregularidad es menor, se estará en presencia de actos afectados por “anulabilidad”, con la advertencia de que en caso de duda el acto administrativo será sólo anulable, puesto que la categoría de actos nulos debe ser excepcional y limitada a casos claramente determinados. El mismo autor Héctor Jorge Escola²³⁸ agrega que: “La anulabilidad, como queda expresado, es la sanción general que corresponderá a un acto administrativo irregular, puesto que la nulidad queda limitada a los casos excepcionales, especialmente previstos por la ley aplicable, o señalados, en su defecto, por la doctrina o la jurisprudencia”.-*

En la misma línea de pensamiento, Rafael Bielsa²³⁹, destaca que: *“Toda teoría de nulidad del acto administrativo debe fundarse, pues, sobre el principio del examen de la validez del acto, lo cual supone el examen de sus elementos constitutivos”.* Ocurre que a esa

²³⁶ Barra, R.C., *Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2018, t. 2, p. 264.

²³⁷ Escola, H. J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 107.

²³⁸ Escola, H. J., *Compendio de derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. I p. 535.

²³⁹ Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cia., 1938, t. I p. 226

época aún no sancionada la Ley 19.549 (año 1972), las pautas aun no estaban definidas respecto de los elementos del acto, y señala Bielsa que: *“En punto a la validez del acto administrativo puede decirse que si la manifestación de voluntad no está viciada (vicio de consentimiento, error, dolo, violencia) y se dirige al fin de la ley (legalidad), y la autoridad ha obrado dentro de los límites de sus facultades (competencia) el acto es válido. En general, las causas de nulidad se reducen a dos: a) Falta o vicio de la voluntad o de consentimiento: b) Falta da aptitud legal”*.-

Cabe señalar que el Tratado de Derecho Administrativo de Rafael Bielsa, fue actualizado por Roberto Enrique Luqui ²⁴⁰ quien al respecto agrega que *“Las dos cuestiones que se deben tener en cuenta para declarar la nulidad de los actos administrativos son la naturaleza del interés protegido por la ley y la gravedad del vicio, sin que sea necesaria la existencia de una norma que disponga en forma expresa cuáles son los vicios que producen la nulidad absoluta del acto o su anulabilidad”*. Luego analiza el contenido del art.14 de la Ley 19549, y agrega que: *“A nuestro juicio, sólo cabe declarar la nulidad absoluta e insanable en situaciones de gravedad extrema, como sería si el acto constituye un delito, o es contrario al orden público, o dispone lo contrario a lo que establece la ley, pero no cuando existe en la ley un cierto grado de indeterminación”*.-

Siempre resulta clarificador Miguel S. Marienhoff ²⁴¹, quien respecto a las clasificaciones a las que dan lugar las irregularidades del acto administrativo, señala que *“Estimo aceptable la siguiente clasificación de las irregularidades del acto administrativo: actos nulos y anulables, correlativa a la de nulidad “absoluta” -manifiesta o no manifiesta- y “relativa”*. Y agrega que: *“Esta clasificación considera plena y satisfactoriamente las gradaciones de los vicios de legalidad de los actos administrativos”*. Luego aclara que: *“La nulidad” responde a razones graves; en cambio, la invalidez determinante de la “anulación” del acto obedece a razones menos graves. Tratase, pues, de una cuestión de “grado” determinada por la trascendencia o gravedad del vicio”*.-

Añade Marienhoff, que *“Así, se considera que el acto ha de tenerse por “nulo” cuando “carezca” de alguno de los elementos esenciales para su existencia; en cambio, se estima que el acto será “anulable” cuando, reuniendo todos sus elementos esenciales, éstos,*

²⁴⁰ Luqui, R. E., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2017, t. II, p.732.

²⁴¹ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. II, pp 495-496.

o alguno o algunos de ellos aparejen un “vicio”. En el caso concreto podrá determinarse si el acto es nulo o anulable”.-

Pero, tal como lo destaca Julio R. Comadira²⁴², otro sector de la doctrina argentina, en cambio, sostiene el criterio de relacionar la invalidez del acto, no con la afectación de los elementos esenciales de éste, sino con la entidad o gravedad del vicio en sí, con independencia del elemento afectado. (Cassagne - Hutchinson - Gordillo).-

Así, Juan Carlos Cassagne²⁴³ señala como síntesis del sistema de invalidez en el Derecho Administrativo, la siguiente característica: *“el sistema reposa en la clasificación entre nulidades absolutas y relativas, la cual tiene su fundamento en el mayor o menor gravedad del vicio o defecto del acto administrativo”*.

Para Tomás Hutchinson²⁴⁴, *“Cabe agregar, además, que el vicio del acto proviene, no tanto de que le falte un “elemento esencial”, cuanto de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico que signifique el requisito concretamente violado. O sea, la importancia que concretamente tenga en el caso el vicio de que se trata. Es opinión doctrinaria mayoritaria que un acto administrativo será nulo o anulable, de conformidad, con la mayor o menor gravedad del vicio”*.-

A su turno Agustín Gordillo²⁴⁵, destaca que: *“la validez o invalidez no depende en absoluto de dónde haya puesto a este vicio el decreto-ley 19.549/72, ni de si el elemento esencial falta o deja de faltar, sino de una apreciación concreta, caso por caso, de la gravedad de la infracción de que se trate al orden jurídico”*. Insiste luego en que *“estamos en realidad en presencia de un criterio cualitativo: Todos los vicios enumerados y los demás no enumerados pueden ser, según los casos, intrascendentes, o dar lugar a la anulabilidad o nulidad del acto; todos pueden en alguna situación excepcional presentarse como groseros y producir la inexistencia o la vía de hecho administrativa”*.-

Resumiendo, señala Gordillo que: *“En general los vicios determinan las consecuencias que a continuación se expresan, conforme a un criterio cualitativo, de práctica jurisprudencial y política jurídica: a menor entidad del vicio, el acto puede ser tanto válido*

²⁴² Comadira, J.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. 1, p. 424.

²⁴³ Cassagne, J.C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. I, p. 680.

²⁴⁴ Hutchinson, T., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 1 p.294.

²⁴⁵ Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011, t.3, XI, pp. 39-43.

como anulable; si el vicio es grave o muy grave el acto será nulo y sólo en casos de grosera violación del derecho o falta de seriedad, inexistente. En caso de duda, se está por el vicio y la consecuencia menor”.

En esta misma línea se enrola Javier Indalecio Barraza²⁴⁶ quien describe que: *“En el derecho administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse al ordenamiento jurídico, es decir, hay una violación objetiva de principios jurídicos. ... las nulidades administrativas no dependen de cual elemento del acto está viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico”.-*

Se resalta que la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes, 198:115,116 vta.) también ha adoptado el criterio de la “gravidad o importancia del vicio” como criterio distintivo entre actos nulos y anulables.-

Y a veces no es solamente la magnitud del vicio, así vemos como para Gastón Jéze²⁴⁷ para quien *“El elemento esencial que influye en la severidad de la sanción no es solamente la gravedad de la irregularidad cometida, sino también, y sobre todo, la importancia del interés, social o individual, en juego”.* Es claro el sentido de ello, puesto que señala que el papel esencial del jurista, consiste en observar los hechos sociales, el medio social, económico y político, conciliando los intereses en juego. Recuerda que las soluciones en materia de sanción de las irregularidades de los actos jurídicos son contingentes, relativas y cambiantes.-

A su turno, Carlos F. Balbín²⁴⁸ elabora el siguiente esquema de nulidades en el derecho público, a saber: *“a) Los actos nulos de nulidad absoluta, también llamados irregulares que impiden la existencia de uno o más de sus elementos esenciales ... b) los actos anulables de nulidad relativa, también llamados en parte regulares, que tienen un vicio, defecto o irregularidad que no impida la existencia de sus elementos esenciales”* y luego vuelve a aclarar que: *“El criterio básico para distinguir entre ambas categoría de nulidades de los actos administrativos es, tras el vicio, la subsistencia o no de los elementos esenciales”.-*

En síntesis, para Carlos F. Balbín, *“El criterio madre es, que las nulidades son absolutas (actos nulos) o relativas (actos anulables) según el vicio impida o no la existencia*

²⁴⁶ Barraza, J.I., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. 1, pp. 447-448.

²⁴⁷ Jéze, G., *Principios Generales del Derechos Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. 1 p. 80.

²⁴⁸ Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. III, pp. 155-156.

de alguno de los elementos esenciales del acto administrativo”. Pero dado que el pilar básico del régimen de nulidades del derecho público tras la existencia o no de los elementos esenciales es la violación del interés colectivo, agrega que: “*El legislador establece un criterio o guía que es la presunción de que la lesión es grave sobre el interés público cuando, en virtud del vicio del acto bajo análisis, desaparece alguno o varios de los elementos esenciales*”. Dicho de otro modo, “*El legislador presume que en caso de inexistencia de cualquiera de los elementos esenciales se ha violado gravemente el interés colectivo*”.-

Respecto de cómo hacerlo, Carlos F. Balbín señala: “*Por ello creemos que el camino a seguir por el operador debe ser el siguiente: En primer lugar, analizar los elementos por separado, a saber, competencia, procedimiento, forma, causa, objeto y fin y tratar de encuadrar el vicio con la mayor precisión posible en el marco de estos elementos. Luego, en segundo lugar, en caso de no advertirse vicio alguno en el plano anterior, estudiar particularmente el elemento motivación, entendido como el vínculo entre los elementos causa, objeto y fin, es decir, el carácter racional y proporcional de éstos. En tercer lugar, ver si el elemento subsiste*”.-

iii) El Acto es Nulo cuando allana Disposiciones Constitucionales

Si la teoría de las nulidades en el ámbito del derecho civil nació explicando lo que ocurre cuando un acto ha sido realizado con “defecto” de alguno de sus requisitos (sujetos, voluntad, capacidad, objeto, causa, forma), con sus debidas adecuaciones, se extendió al ámbito del derecho administrativo donde el acto con “defecto” en sus elementos esenciales (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad) implica de igual modo aplicación de la misma teoría, de la cual surge que la nulidad es una sanción legal por la que se priva de sus efectos a un acto jurídico.-

Miguel S. Marienhoff²⁴⁹ luego de preguntarse cuándo según la CSJN, la nulidad de un acto administrativo debe considerarse absoluta, aclara que “*siempre es posible vincular a alguno de los elementos esenciales del acto administrativo*”, y señala que “*Sostuvo la Corte que la nulidad del acto es “absoluta” cuando dicho acto vulnera o lesiona el orden público, lo que así ocurrirá cuando el acto allana disposiciones de carácter constitucional*” citando el caso “Blas Cáceres Cowan y otros s/ Recurso de Amparo” (CSJN Fallos tomo 190, páginas

²⁴⁹ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. II p. 479.

151, 153 y 156 y Tomo 250, página 501) y señala que en estos casos se habían vulnerado los elementos “competencia” y “contenido”.-

Luego el Maestro Marienhoff, (p. 480) agrega que en dicho Fallo (“Sociedad Anónima Ganadera “Los Lagos” c/ Nación Argentina s/ Nulidad de Decreto” - CSJN Tomo 190, páginas 151-152) declaró la Corte Suprema que la nulidad del acto es absoluta cuando dicho acto contravenga las respectivas normas sobre competencia, objeto, finalidad y formas de que debe hallarse revestido. Y agregó textualmente dicha resolución que: *“La falta de aptitud del Poder Ejecutivo, derivada de carecer de facultades para poner en movimiento su actividad en un sentido determinado o la prohibición de realizar ciertos actos que, por motivos especiales, chocarían con la organización y contenido de las ramas del gobierno o con las garantías individuales; o la omisión de aquellos requisitos de carácter formal prescriptos por las leyes y los reglamentos, constituirían otras tantas causas esenciales de invalidez en la apreciación y examen de un acto administrativo”*.-

Claro, cuando un poder del Estado invade la competencia de otro poder del Estado, está actuando fuera de la competencia que constitucionalmente le ha sido asignada y tal invasión competencial es sancionada con nulidad.-

Será por ello que el art. 99.3 de la Constitución Argentina establece en su segundo párrafo que: *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*.

Y otro tanto podrá decirse por ese mismo motivo en relación a que en el Derecho Público Provincial, el art. 3 de la Constitución de Catamarca establece que: *“El poder de Gobierno de la Provincia estará dividido en tres Departamentos: el legislativo, el Ejecutivo y el Judicial y ninguno de ellos podrá arrogarse facultades que no le hayan sido conferidas por esta Constitución, ni delegar las que la misma les acuerda, so pena de insanable nulidad que debe ser declarada de oficio por los Tribunales de la Provincia”*.

De igual modo el art. 3 de la Constitución de Tucumán, bajo similar contenido dice: *“Los poderes que esta Constitución establece, no pueden adoptar disposiciones en su contra, ni ejercer otras atribuciones que las que la misma les confiere, ni delegarlas implícita ni explícitamente en otros poderes o particulares. El acto realizado en virtud de la delegación es nulo, y los jueces no podrán aplicarlo. ...”*

En los tres (3) ejemplos antes citados, de normas constitucionales nacionales y provinciales se establece la sanción de nulidad para el caso en el que un poder del Estado se arroge facultades de otro poder.-

Si el acto es nulo, lo será porque hay una grave afectación del elemento “competencia” del poder emisor del acto, ello para los autores que como vimos relacionan el vicio generador de la nulidad con un elemento esencial del acto, pero incluso para los otros autores, aún sin esa relación (vicio – elemento esencial) será esa grave irregularidad del acto la generadora de la sanción de nulidad.-

De este modo, se encuentra plenamente justificado que las normas constitucionales refieran a actos nulos o de nulidad absoluta, cuando aluden a actos dictados por uno de los poderes invadiendo competencia de otro poder, ya que ello lesiona aparte al principio de separación de poderes, pero en particular exhibe afectación en un elemento esencial del acto, como lo es la competencia.-

iv) Consecuencias de que el Acto sea Nulo o Anulable

Se ha explicado que los actos administrativos pueden clasificarse en actos regulares y actos irregulares. Se habla de actos irregulares para referirse a los actos nulos o afectados con nulidad absoluta, reservando la expresión actos regulares para incluir tanto a los válidos como a los anulables o afectados por una nulidad relativa.-

Además, respecto de los actos administrativos viciados, hay una discusión doctrinaria entre quienes se inclinan por la teoría bipartita y los que optan por la tripartita. Tal como enseña Manuel M. Diez ²⁵⁰ *“La bipartita acepta la existencia de dos clases de nulidades. La nulidad absoluta y la nulidad relativa, mientras que la teoría tripartita agrega un tercer caso de acto viciado, que sería el acto jurídicamente inexistente. Sobre este último tipo de acto se ha hecho cuestión en derecho administrativo y se sostiene que no existen los actos jurídicamente inexistentes, que por su propia denominación denotan ser una nada y que ha de hablarse en cambio de vía de hecho, como violaciones groseras de la administración”*.-

Esta última postura, la de referirse a un tercer supuesto de “vías de hecho” sin hablar expresamente de “inexistencia” del acto, es la adoptada por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, en cuyo art. 9 se refiere a ese supuesto, como lo

²⁵⁰ Diez, M.M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II p. 294.

hacen algunas normativas en derecho público provincial. Debemos sin embargo precisar que por “vías de hecho” se está refiriendo a comportamiento viciado, es decir se trata de una acción material de la administración contraria al ordenamiento jurídico.-

Respecto de las consecuencias de la clasificación de actos administrativos de nulidad absoluta y nulidad relativa, por su síntesis es esclarecedor Juan Carlos Cassagne ²⁵¹, quien señala que: *“Las características que tipifican el régimen jurídico de la nulidad absoluta en el ordenamiento positivo nacional son las siguientes: a) El acto no es susceptible de saneamiento; b) la acción para demandar la nulidad absoluta es imprescriptible; c) el acto afectado de nulidad absoluta debe ser revocado en sede administrativa, excepto que le mismo estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. La nulidad relativa, en cambio, es susceptible de saneamiento, es prescriptible y tiene un peculiar régimen de estabilidad”*.-

Por ende la determinación de que la nulidad es absoluta impone consecuencias de relevancia, cuyos efectos repercuten útilmente para el operador jurídico.-

v) La Competencia Material, sus Vicios y la Nulidad Absoluta.-

Como se dijo, la Ley 19.549 en su artículo 14 regula los supuestos del acto administrativo nulo de nulidad absoluta e insanable, incluyendo en el inciso b) el caso del acto *“que fuera emitido mediando incompetencia en razón de la materia”*.-

Destaca al respecto Enrique Sayagués Laso ²⁵² analizando como elemento esencial del acto administrativo el elemento “competencia”, que *“El órgano de administración debe mantenerse dentro de los límites de su competencia, si lo excede el acto resulta viciado. Este vicio puede afectar el acto con más o menos intensidad, según sea la naturaleza del exceso cometido”*. Luego en relación a los excesos de competencia en que puede incurrirse, esquematiza 3 supuestos: *“**a)** El órgano administrativo actúa ejerciendo potestades de que carece y que tampoco tiene otro órgano de la administración. Es el exceso de competencia típico, pues el órgano sobrepasa los límites de su competencia, sin invadir competencia ajena. **b)** Al dictar el acto el órgano administrativo invade la competencia propia de los órganos legislativos o jurisdiccionales, o a la inversa, alguno de estos órganos dicta un acto que compete a la administración. **c)** El órgano administrativo sale de su competencia,*

²⁵¹ Cassagne, J.C., *El acto administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 290.

²⁵² Sayagués Laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, t. I pp. 432-433.

*usurpando la competencia de otro órgano de administración. Esta hipótesis presenta diversas modalidades. Ambos órganos pueden pertenecer al mismo ente o a distintas personas públicas. En el primer caso los órganos pueden integrar una misma jerarquía o ser independiente”. Antes Enrique Sayagues Laso (T. I p. 191) aclaró que “En derecho público la competencia puede definirse como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Ella determina, pues, los límites dentro de los cuales han de moverse unas y otros. Este concepto desempeña en el derecho público un papel equivalente al de capacidad de las personas físicas en el derecho privado”. Luego (T. I p. 203) bajo el título de excesos de competencia, señala que: “En el ejercicio de su actividad los órganos pueden exceder los límites de su competencia. En tal caso los actos que realicen estarán viciados y esto aparejara las sanciones administrativas y aún penales que correspondan”. Luego el autor (Tomo I p. 512) señala con toda claridad que: “**Si el acto fue dictado careciendo la administración de toda competencia, el acto es radicalmente nulo e insanable; lo mismo si se invadió competencia de los órganos legislativos o jurisdiccionales**”.-*

En el esquema de las diversas posibilidades trazadas por Enrique Sayagués Laso, se cita como nota al pie de la obra, la opinión de la doctrina Italiana (Zanobini, Vitta, Ranelletti), para quienes cabe distinguir la incompetencia absoluta calificada como exceso de poder que se produce cuando un órgano administrativo invade la esfera de acción de un órgano legislativo o jurisdiccional (hipótesis b), de la incompetencia relativa que se produce cuando afecta la competencia de otro órgano administrativo (hipótesis c). Por otra parte, se explica que en cambio en la doctrina Francesa (Bonnard) la hipótesis a) del texto no es un caso de incompetencia, sino de ilegalidad en cuanto al objeto; y las otras dos Hipótesis b) y c), las analiza como incompetencia por invasión de funciones, distinguiéndolas de la usurpación, que se produce cuando se ejerce una función pública sin designación o con designación irregular.-

La opinión del autor antes citado, es esclarecedora respecto del alcance que en derecho administrativo tiene que un acto sea dictado en exceso de competencia material, o invadiendo el Poder Ejecutivo la competencia materialmente legislativa que por principio corresponde al Poder Legislativo.-

Se entiende que si el exceso de competencia se configura con vicios sumamente graves, inexcusables, empezamos a hablar no ya de un acto nulo sino de un acto inexistente, tal como el propio autor Enrique Sayagués Laso (T. I p. 505) identifica en los casos de

“*incompetencia absoluta del órgano administrativo, usurpación de funciones, ilicitud grosera, etc.*”, pero incluso, autores de la talla de Manuel María Diez²⁵³ señalan que: “*También serían jurídicamente inexistentes los actos que dictara la administración invadiendo la zona de reserva legal que corresponde exclusivamente al legislador*”.-

Profundiza Manuel María Diez²⁵⁴, en relación a los vicios en el elemento competencia, en particular en relación a la incompetencia en razón de la materia, agregando que: “*El órgano administrador debe realizar las funciones que específicamente le competen, es decir, debe actuar dentro de la esfera de competencia que le corresponde. Puede ocurrir que el órgano administrativo exceda su competencia invadiendo la de los órganos legislativo o judicial o que invada la esfera de competencia de un órgano que no forma parte de su pirámide jerárquica*”. Y amplía con un claro razonamiento: “*Si el órgano administrativo dictara un acto con contenido jurisdiccional, este acto será nulo de nulidad absoluta e insusceptible de ser saneado. La acción para defender su nulidad sería imprescriptible. Este supuesto, sería de incompetencia absoluta, determinante de un acto nulo de nulidad absoluta. También tendría esta característica el acto que dictara el órgano administrativo invadiendo la esfera del legislativo y con mayor razón si llegara a invadir la llamada zona de reserva legal, zona en la cual sólo está permitida la actividad del legislador*”.-

En síntesis, cada órgano tiene señalada su competencia, y en particular el Poder Ejecutivo debe actuar en el marco de esa competencia material que tienen asignada, ya que como se señaló, al excederse de los límites de competencia fijados, el acto dictado incurre en una nulidad absoluta.-

Se entiende entonces claramente el sentido del art. 99.3 de la Constitución Argentina, en cuyo segundo párrafo se señala que: “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso **bajo pena de nulidad absoluta e insanable**, emitir disposiciones de carácter legislativo*”, es decir que al calificar de nulidad absoluta e insanable está adelantando que en tal supuesto hay invasión de competencia determinante de tal nulidad absoluta.-

Que además es coherente con el Decreto ley 19.549, cuyo artículo 14 inc. b) expresamente considera nulo de nulidad absoluta e insanable el supuesto de un acto emitido mediando incompetencia en razón de la materia.-

²⁵³ Diez, M.M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II p. 307.

²⁵⁴ Diez, M.M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II pp. 312-313.

Al respecto, Miguel S. Marienhoff ²⁵⁵ agrega: *“La doctrina distingue dos tipos de incompetencia: la absoluta y la relativa. La incompetencia “absoluta” se produce cuando se invaden esferas de otros poderes del Estado o materias de otros órganos; ejemplos: cuando la Administración invade la esfera de actuación del poder legislativo o del poder judicial y asimismo cuando dentro de la administración se violan competencias por razón de la materia (un ministerio que regule materias de otro). Este tipo de incompetencia es también llamado por algunos incompetencia “funcional”. Los demás supuestos de incompetencia constituyen la incompetencia relativa”*.-

Y sigue el profesor Marienhoff (p. 524) aclarando conceptos: *“En doctrina es unánime la opinión de que la incompetencia “absoluta” constituye un acto nulo, de nulidad absoluta. Así, cuando el Poder Ejecutivo se arroga el ejercicio de facultades legislativas o judiciales, incurre en un caso de incompetencia absoluta, determinante de un acto nulo, de nulidad absoluta. Entre nosotros, tal tipo de nulidad implica un acto inconstitucional, pues el Ejecutivo habría ejercido funciones propias del Legislador o del Juez, invadiendo así las zonas de reserva de la “ley” o de la “justicia”, con el consiguiente agravio al principio constitucional de separación de poderes”*.-

Sintetiza Manuel María Diez ²⁵⁶ que *“La competencia de cada órgano de la administración está señalada por la ley y todos ellos deben actuar dentro de la que tienen asignada. Al excederse de la esfera que le había fijado, el acto es nulo de nulidad absoluta”*. Y se cita a González Pérez Jesús, ²⁵⁷ para quien la incompetencia es siempre, en razón de la materia, causal de nulidad.-

Juan Carlos Cassagne ²⁵⁸ coincide en esta postura señalando que: *“Para determinar el tipo de invalidez (absoluta o relativa) que afecta a un acto viciado de incompetencia, debe acudir a la clasificación que subdivide la competencia en relación con los aspectos en que ella se presenta (es decir del territorio, de la materia, del tiempo y del grado) y luego vincular el grado de violación del ordenamiento jurídico con el criterio que preside la principal clasificación de la invalidez, que como ya se ha visto, se basa en la gravedad del vicio”*.-

²⁵⁵ Marienhoff, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. II, pp. 522-523.

²⁵⁶ Diez, M.M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II pp. 313.

²⁵⁷ González Pérez, J., *Justicia Administrativa*, p. 116.

²⁵⁸ Cassagne, J. C., *El acto administrativo*, Buenos Aires, La ley, 2012, pp. 320-322.

Luego aclara Juan Carlos Cassagne, que: “*La incompetencia por razón de la materia puede referirse tanto a la circunstancia de que la Administración dicte actos en materias ajenas a su competencia propia, invadiendo la esfera que corresponde a los órganos legislativos o judiciales, como en el supuesto de que se dicten decisiones en materias que correspondan a otros ente u órganos administrativos*”. Y finalmente concluye en que: “*En virtud de que las disposiciones que adjudican la competencia en razón de la materia integran un verdadero orden público administrativo, el acto viciado de este tipo de incompetencia configura una nulidad absoluta, y como tal, insusceptible de saneamiento*”.-

1.C.- Consecuencias de la Nulidad Absoluta del DNU en Materia Prohibida. Sus Efectos en Relación a la Presunción de Legitimidad como Fundamento de la Obediencia.-

Enseña Bartolomé A. Fiorini²⁵⁹ que todos los actos de derecho público, de cualquier clase que fueren, llevan impresa la presunción de su validez jurídica inmediata, sin necesidad de que lo establezca una norma expresa.-

En este trabajo, analizaré la presunción de validez desde ese punto de vista del derecho público, aunque doy por sentado que hay autores como señala Rodolfo Carlos Barra²⁶⁰, que señalan que “*no resulta erróneo afirmar que el acto jurídico privado, es decir el emanado de un sujeto integrante del sector privado del ordenamiento jurídico, goza también de las cualidades de presunción de legitimidad*” y cita el mencionado autor el ejemplo del ordenamiento canónico, “*el canon 124, §2, del Corpus Iuris Canonicum (CIC) afirma: Se presume válido el acto jurídico debidamente realizado en cuanto a sus elementos externos*” y luego agrega que aunque nuestra legislación civil no contiene una norma semejante, debe considerársela implícita.-

La presunción de legitimidad, conforme Miguel S. Marienhoff²⁶¹ consiste en la suposición de que el acto administrativo fue emitido conforme a derecho, es decir que su emisión corresponde a todas las prescripciones legales. Luego aclara que el vocablo legitimidad debe entenderse como sinónimo de perfección, como equivalente a acto perfecto, o sea el acto valido y eficaz. -

²⁵⁹ Fiorini, B. A., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, t. I, p. 348.

²⁶⁰ Barra, R. C., *Derecho Administrativo, Acto Administrativo y Reglamentos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 6.

²⁶¹ Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t.II, pp. 372-373.

Ello supone que el Estado cumple sus funciones apegado a la legalidad en su actuación, para lo cual sigue una serie de procedimientos que tienden a garantizar ese resultado de la emisión de actos jurídicamente válidos. -

Julio Rodolfo Comadira²⁶² señala que la presunción de legitimidad implica la suposición de que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión.-

O como señala Gregorio Badeni²⁶³, que uno de los principios elementales que acarrea el Estado de Derecho, reside en considerar que todos los actos emanados de los órganos gubernamentales se presumen constitucionales, hasta tanto no se pruebe fehacientemente lo contrario. Agregándose a ello el conocido principio de “in dubio pro constitutio”. -

En igual sentido lo resolvió la CSJN²⁶⁴, al señalar que se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por un órgano competente.-

Esa presunción de validez de la actuación estatal se traduce en que las leyes se presuman constitucionales, como asimismo que los actos administrativos se presuman legítimos, carácter que pese a admitir prueba en contrario, implica desde su mismo dictado una serie de consecuencias legales propias. -

Tal presunción de validez reviste el carácter no absoluto sino relativo, en tanto es una presunción iuris tantum, que admite que pueda ser impugnado o recurrido por el particular. -

Así, para el ciudadano, la principal consecuencia de ello radica en que debe obedecer la norma general dictada, como asimismo debe obedecer el acto administrativo emanado de la administración. -

Así, Julio Rodolfo Comadira²⁶⁵ enseña que la presunción de legitimidad es un juicio de valor lógico jurídico acerca de la validez de un acto estatal, encuadrado en el marco jerárquico normativo que le es propio, y señala como consecuencia de tal presunción de legitimidad, las siguientes: a) No es necesario que la justicia declare la legitimidad de los

²⁶² Comadira, J. R., *El Acto Administrativo – En la ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, la ley, 2004, p. 137.

²⁶³ Badeni, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, p.124.

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Alcántara Díaz Colodrero Pedro c/ Banco de la Nación Argentina*”, Fallos 319:1476, Buenos Aires, 20/08/96.

²⁶⁵ Comadira, J. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I pp. 464-465.

actos administrativos; b) los actos administrativos no podían ser anulados de oficio por los jueces, idea hoy superada²⁶⁶; c) Ante un acto que no esté afectado de un vicio grave y manifiesto es necesario, para quien sostiene su nulidad, alegarla y probarla; d) **El particular tiene que obedecer los actos administrativos**; e) Entre dos interpretaciones posibles, se debe escoger la que favorezca la validez del acto. A mayor abundamiento luego señala el profesor Julio Rodolfo Comadira que *“la presunción de legitimidad del acto administrativo no es absoluta sino meramente simple, pues no puede ser predicada respecto de actos que adolezcan de vicios graves, que aparezcan de modo evidente, ostensible o notorio”*. -

Tal deber de cumplimiento, ofrece sin embargo algunos supuestos de excepción, a los que abre de referirme en adelante, por una parte vinculado con la existencia de leyes que se presumen inconstitucionales por establecer discriminaciones arbitrarias, y por la otra lo relacionado con los actos administrativos manifiesta y ostensiblemente ilegítimos, supuestos en los cuales se diluye aquella presunción de legitimidad, y por tanto desaparece el deber de obediencia. -

De modo contundente Julio Rodolfo Comadira²⁶⁷ expresa que: **“Ahora bien, la consecuencia principal de la carencia de presunción de legitimidad es la posibilidad que se abre al particular para desobedecer válidamente el acto** que denote esa ausencia, inicialmente, si el vicio es manifiesto o, a partir de su comprobación, si se trata de un vicio grave sólo evidenciado con posterioridad”.-

Juan Carlos Cassagne²⁶⁸ coincide en que la presunción de legitimidad constituye un carácter del acto administrativo que encuentra fundamento en la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales. Y señala que en esa presunción *“se basa a su vez el deber del administrado de cumplir el acto administrativo”*, para luego aclarar que *“basta con negar la presunción de legitimidad en aquellos supuestos en que los vicios surjan patentes y notorios”*, concluyendo en que *“la presunción de legitimidad no reviste un carácter absoluto pues cede frente a la aparición de vicios manifiestos en el acto administrativo”*.-

²⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos *“Mill de Pereyra Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes”*, Fallos 324:3219, Buenos Aires, 27/09/2001.

²⁶⁷ Comadira, J.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 468.

²⁶⁸ Cassagne, J.C., *El acto administrativo –Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 358-360

En esa línea, Carlos F. Balbín²⁶⁹ refiere “*Creemos que cuando un vicio del acto nulo de nulidad absoluta es además manifiesto, entonces, debe ceder el principio de presunción de legitimidad porque se trata simplemente de una ficción legal que es posible desvirtuar por las circunstancias del caso. En síntesis, los actos que gozan de presunción de legitimidad son los actos legítimos, los actos ilegítimos anulables de nulidad relativa y, por último, los actos nulos de nulidad absoluta pero cuyo vicio no es manifiesto. En consecuencia, el acto que no goza de este carácter presuntivo es el acto nulo de nulidad absoluta y manifiesta*”.-

Ya nos enseñaba el referido Bartolomé A. Fiorini²⁷⁰ en relación a la presunción de legitimidad, que el principio que representa no se aplica en forma absoluta, pues no puede regir frente a actos de la actividad de la administración pública que ostentan defectos flagrantes en forma manifiesta. Agrega que la Presunción de legitimidad es valor práctico no absoluto, y se excluye de los actos jurídicos que no tienen existencia, los prohibidos y los de vicios ostensibles.

Ya enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández²⁷¹ que “*Para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. ... El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por lo tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. Así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo al ordenar conductas imposibles o delictivas o al adoptar sus decisiones con total o absoluto olvido de los procedimientos legales. En tales supuestos, se dice que el acto es absoluta y radicalmente nulo y por ello insusceptible de producir efecto alguno*”.

El máximo Tribunal de la Nación²⁷², sostuvo que: “*Conviene precisar que la presunción de legalidad de los actos administrativos, que es garantía de seguridad y estabilidad, sólo cede cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o*

²⁶⁹ Balbín, C.F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. III p. 93.

²⁷⁰ Fiorini, B. A., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, t. I, p. 350.

²⁷¹ García de Enterría E. y Fernández T., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La ley, 2006, t. I, pp. 585-586.

²⁷² Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Gobierno de la Nación c/ Alou Hermanos. s/ Nulidad de Contrato*”. Fallos 294:69, Buenos Aires, 19-02-1976.

fehacientemente comprobados, pues los actos administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio”.-

Al respecto, la Corte de Justicia de la Nación en la causa “Pustelnik”²⁷³ estableció que el acto administrativo que incurre manifiestamente en un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley, no ostenta apariencia de validez o legitimidad y debe calificarse como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene. Señala la Corte en el considerando 2: *“Que dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta”.-*

En similar línea, nuestro máximo tribunal judicial en la causa “Barraco Aguirre”²⁷⁴ sentó el principio de obediencia al señalar que si el acto administrativo no aparece desprovisto de fundamentos, no carece de la presunción de legitimidad y el agente debe acatarlo, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyera con derecho.

De igual modo, la Procuración del Tesoro Nacional (PTN Dictámenes 199:138) también ha coincidido en que la presunción de legitimidad es la base que sustenta el deber del administrado de cumplir el acto, quien debe cumplirlo, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyere con derecho. Aunque a su vez aclaró en Dictámenes 233:329 que los actos que poseen un vicio manifiesto carecen de presunción de legitimidad.-

Lo expresado relacionado con la situación del administrado destinatario del acto o norma estatal que debe presumirse legítima y como tal cumplirse, puede extenderse a la situación del agente o funcionario público en cuanto a su deber de obediencia hacia la orden impartida por su superior jerárquico.-

La diferencia radica en que el deber de obediencia del ciudadano hacia el acto estatal obedece al principio de presunción de legitimidad de los actos públicos, mientras que el deber de obediencia del subordinado a la orden del superior encuentra su justificación en el principio de jerarquía propio de la administración pública.-

²⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Pustelnik, Carlos Arnaldo y otros”, Fallos 293:133, Buenos Aires, 07/10/75.

²⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Barraco, Aguirre Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 302:1503, Buenos Aires, 11/12/80, considerando n°7.

Ya el maestro Miguel S. Marienhoff ²⁷⁵ enseñaba que en materia de deber de obediencia hay dos criterios. El de obediencia absoluta donde la voluntad del agente aparece prácticamente aniquilada por la del superior, resultando entonces el inferior un instrumento de la voluntad ajena, respondiendo el inferior en forma casi mecánica y en consecuencia: “*la ejecución de órdenes ilegítimas lleva a la total irresponsabilidad del inferior*”. El otro criterio es el del llamado derecho de examen, donde se admite, en determinadas condiciones y circunstancias, la desobediencia, el derecho a desobedecer es siempre una excepción. Al respecto señala el autor que: “*el límite del deber de obediencia, pasado el cual aparece el derecho a la desobediencia, que se hace efectivo a través del derecho de examen, está fijado por la competencia del órgano superior*”. Y luego aclara que: “*En general se acepta que el inferior o subordinado tiene el derecho de control formal (legalidad externa, competencia del superior y del inferior) y de control material, que se vincula con el contenido mismo de la orden, lo cual permitirá comprobar si ésta significa o no una violación evidente de la ley*”. Por tanto el cumplimiento de una orden que no supera ese control le hace pasible de responsabilidad al inferior. Menciona además el profesor Marienhoff una tercera postura llamada teoría de la reiteración, en cuyo mérito, “*si el agente público considera que la orden es contraria a la ley, está en el deber de observarla al superior. Si es reiterada, el agente está en el deber de cumplirla y su responsabilidad civil o penal queda cubierta por la confirmación*”. -

Respecto de esto último, autores más modernos, como Alfonso Buteler²⁷⁶, a los efectos de analizar los supuestos en los que puede haber desobediencia del inferior, señala estas tres (3) teorías, (a. obediencia debida. b. derecho de examen. c. teoría de la reiteración), y agrega otras dos (2) a saber: teoría de la existencia de vicios graves: sosteniendo que si la orden impartida por el superior jerárquico porta de vicios graves puede ser desobedecida. Y por último la teoría de la nulidad manifiesta: que estima que si la orden impartida es manifiestamente ilegítima, puede ser desobedecida por su destinatario. -

Como vemos, la argumentación sostenida para validar la desobediencia del administrado frente a un acto estatal, resulta similar al basamento que autoriza la desobediencia del inferior respecto de la orden del superior jerárquico. Aunque en un caso

²⁷⁵ Marienhoff, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, t. I, pp. 615-617.

²⁷⁶ Buteler, A., *Derecho Administrativo Argentino*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 153-155.

parece afectar a la presunción de legitimidad y en otro la ruptura refiere al instituto administrativo de la jerarquía propio de la organización administrativa, en ambos supuestos, es la existencia de vicios graves o es la nulidad manifiesta del acto estatal o de la orden impartida, lo que autoriza excepcionalmente la desobediencia. -

Estas teorías señaladas, tanto la teoría de la reiteración, como la teoría de la existencia de vicios graves y la teoría de la nulidad manifiesta, como posturas acerca del alcance del deber de obediencia, han sido plasmadas en el derecho público local. Así el art. 22 de la Ley 1284 (Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Neuquén. “*El órgano subordinado tiene el deber de controlar la legitimidad de la orden que se le imparta, a los efectos de verificar si adolece de vicios jurídicos calificados como muy graves en los términos de esta ley. Comprobada la concurrencia de tales vicios, el inferior queda exceptuado de la obediencia debida. El cumplimiento de la orden jurídicamente inexistente hace pasible de responsabilidad al órgano ejecutante*”). Y el art. 22 del Dec-ley 971 (BO 29/12/1980) modificado por Ley 532 (BO 27/8/1985) régimen de procedimiento administrativo de la Provincia de Formosa, establece que: “*Frente a órdenes manifiestamente ilegítimas en su forma y contenido, el inferior tiene el deber de advertir a su superior sobre dicha circunstancia, en cuyo caso cesará su responsabilidad*”. -

Plantea Rafael Bielsa²⁷⁷ que “*Entonces, una orden del superior jerárquico, cuyo cumplimiento resultase incompatible con las obligaciones que la ley le impone ¿debe ser obedecida? La función y el empleo público no son atribuidos por el superior sino por la ley; ésta limita la función y sanciona la responsabilidad*”. Luego resume que: “*el deber de obediencia es una obligación genérica, al paso que las prescripciones legales expresas señalan obligaciones específicas determinadas; y se comprende que hallándose en conflicto una y otra clase de obligaciones del funcionario debe optar por la última, pues ella genera su responsabilidad legal*”. -

Esta es la postura predominante, la que entiende que pese a la existencia de jerarquía administrativa en el funcionamiento de la administración pública, ello no supone que la voluntad del agente se vea anulada o aniquilada por la orden del superior jerárquico. -

Así es la interpretación que debe darse al art. 23 inc. e) de la Ley 25.164 de Empleo Público, cuando establece entre los deberes de los agentes públicos “***Obedecer toda orden***

²⁷⁷ Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, 1938, t. II, pp. 171-172.

emanada de su superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente”, esto significa que el agente debe realizar un control de legalidad formal y material de la orden. -

i) Los actos Administrativos con Manifiesta Ilegitimidad

El art. 12 de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos establece que: “*El acto administrativo goza de presunción de legitimidad*”, lo que sin embargo merece una aclaración, ya que leído tal como está el artículo tiene un alcance inapropiado. -

Los actos administrativos tienen dos (2) caracteres, por una parte, la presunción de legitimidad y por otra parte la ejecutoriedad que importa la potestad de ponerlo la administración en ejecución de oficio. Cabe aclarar que no puede sostenerse una presunción de legitimidad amplia, que abarque a todos los actos administrativos. -

Debemos separar por una parte los actos administrativos regulares, que comprende a los válidos es decir los emitidos sin vicio alguno, y los anulables es decir los que tienen vicios intrascendentes o no demasiados graves. Por otra parte los actos administrativos irregulares que aluden a los actos nulos, es decir los que tienen vicios graves o muy graves, mientras que en el caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente comprensivo de lo que algunos denominan vías de hecho. -

Aclarado ello debemos decir que la presunción de legitimidad está limitada a los actos administrativos regulares, con lo que los actos administrativos irregulares carecen de presunción de legitimidad. -

Esta salvedad fue tenida en cuenta por el derecho público local, ya que a modo de ejemplo, el código de procedimientos administrativos de Catamarca (ley 3959) en su artículo 38 señala: “*El acto administrativo regular se presume legítimo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente*”. Es decir limita la presunción de legitimidad a los actos administrativos regulares excluyendo a los actos administrativos irregulares es decir a los nulos. -

Cuando el acto carece de presunción de legitimidad, se produce una consecuencia importante hacia el ciudadano, ya que no existe deber de obediencia al acto y se puede resistir su cumplimiento. La presunción de legitimidad, tiene como consecuencia principal la

obligatoriedad o exigibilidad del acto lo que implica que los ciudadanos tengan el deber de cumplirlos. -

Señala Roberto Dromi ²⁷⁸ que la CSJN (Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional, Fallos 190:98, 30-06-41) ha entendido, con un criterio restrictivo semejante al del Código Civil, que la presunción de legitimidad sólo favorece a los actos válidos y a los actos anulables, no así a los nulos absolutos, y que a partir de “Pustelnik” (fallos 293:133) ha comenzado a admitir la no exigibilidad de los actos nulos absolutamente, con vicio “evidente”, “patente”, manifiesto”, y luego señala con contundencia: *“Nos parece incuestionable el derecho del administrado a desobedecer un acto manifiestamente nulo o inexistente”*.-

Enseña Francesco Carrara²⁷⁹ que *“cuando la política se mezcla con las cuestiones jurídicas, frecuentemente se escucha más la voz de la pasión que de la lógica”*, y distingue dos direcciones opuestas de pensamientos, por una parte los “secuaces de la obediencia pasiva e idólatras del dominio del Estado” que señalan que *“los agentes del gobierno tienen derecho de mandar, los súbditos tienen el deber de obedecer ciegamente a todos sus mandatos. A los súbditos no se les puede dar la potestad de criticar las órdenes y los actos de la autoridad pública, ellos están en la sociedad solamente para obedecer. Si la orden o el acto son injustos, que recurran a la justicia entablado querrela contra el oficial delincuente, pero, ante todo que obedezcan”*. Por otro lado, los publicistas que respetan el sagrado derecho de la libertad individual rechazan la tiránica doctrina de la obediencia pasiva y propugnan el derecho de libre resistencia a los actos injustos de los funcionarios públicos. *“Así como el pueblo tiene el derecho de reaccionar contra el soberano del Estado cuando se vuelve tirano, de la misma manera todo ciudadano tiene el derecho de reaccionar contra los funcionarios subalternos cuando realizan actos tiránicos. Se puede imponer la obediencia a la ley cuando ella es tal, aunque no sea muy justa, porque siempre expresa el mandato de quien representa a la sociedad; pero no se puede establecer la ciega y perpetua obediencia a los caprichos de un hombre”*.-

²⁷⁸ Dromi, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 7º ed., 1998, p. 262.

²⁷⁹ Carrara, F., *Programa de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 325.

Enseña Trebutián²⁸⁰ que para establecer cuando el ciudadano debe soportar el acto injusto, es adecuado el criterio de la soportabilidad, encontrado en la duda o en la certidumbre de la ilegitimidad de la orden, y así reza, que: *“Si el acto que se quiso impedir estaba claramente prohibido por una ley, el particular pudo resistir impunemente con todas su fuerza”*. -

Finaliza Francesco Carrara²⁸¹ siguiendo a los ecléticos franceses, señalando que ellos *“distinguían entre injusticia notoria e injusticia incierta y dudosa, y mientras admitían las reglas de la legítima defensa en la repulsión de la primera, mantuvieron la imputabilidad en la repulsa la segunda”*. Y luego refiere que esta solución es un desenvolvimiento del precepto moral *“in dubiis abstine”*, que de Epicteto pasó a la filosofía cristiana, según el cual *“si tú no tienes la certeza de que en tu perjuicio se emplea una violencia injusta no debes hacer uso de violencia, pero cuando tengas la certeza te es lícito usarla”*. Queda entonces claro que en caso de duda no es factible la resistencia, aunque está permitida en caso de certeza. -

Así como con Francesco Carrara, la injusticia del acto legitima la resistencia, ello permite con lógica afirmar que también legitima su desobediencia. -

Afirma con razón Agustín Gordillo²⁸² que *“El acto nulo, en consecuencia, no puede en ningún caso tener presunción de legitimidad”*. Luego refiriéndose al acto administrativo nulo señala que: *“es un acto insanablemente viciado y entonces no tiene sentido jurídico ni práctico cumplir o exigir el cumplimiento de un acto que deberá finalmente ser extinguido por razones de ilegitimidad”*. -

Aclara el concepto Agustín Gordillo señalando que: *“de resultar acreditado que un acto manifiestamente viciado fue desobedecido, no puede además de ello castigarse a quien lo desobedeció, a la inversa, que si una persona desobedece un acto y no prueba que acto estaba gravemente viciado, recibirá las sanciones pertinentes”*. *“Y tocará al fin a la justicia resolver si el individuo tuvo o no razón en considerar al acto como nulo”*. *“cabe si indicar al particular que puede desobedecer a su propio riesgo, pues la protesta transmutada en*

²⁸⁰ Trebutián, *Cours de droit criminel*, 1854, t. I, p. 146, citado por Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Depalma 1947, p. 336.

²⁸¹ Carrara, F., *Programa de Derechos Criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1947, pp. 341-342.

²⁸² Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011, t. III, V-11.

desobediencia no es legítima sino cuando puede demostrar que lo que desobedece es nulo de nulidad absoluta". Luego señala que: *“Nuestras sociedad está bastante madura en esta materia como para no incurrir en desobediencia generalizada a actos administrativos regulares”*. -

Analiza Hernán J. Martínez²⁸³ que la presunción de legitimidad cede cuando el acto es portador de un vicio manifiesto, que lo conducirá a la nulidad del mismo. Y agrega que: *“El carácter manifiesto del vicio debe surgir in re ipsa, notorio, sin necesidad de prueba alguna, del propio acto”*. -

Que tal como lo ha resuelto la CSJN ²⁸⁴ *“la presunción de validez que debe reconocerse a los actos gubernamentales, no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad de los administrados”*, con lo que quien ante la ilegitimidad que advierte opta por desobedecer, asume la carga de alegar y probar ante la administración y por ante la justicia los extremos que invoca como fundantes de su postura. No es la sola voluntad del administrado, ya que debe estarse frente a un vicio grave y manifiesto, que debe sostener como defensa de su postura renuente al cumplimiento del acto a través de las vías pertinentes.-

Así lo remarca Fernando García Pullés²⁸⁵, en el sentido de que la presunción de legitimidad de los actos administrativos implica que la sola disconformidad del particular no es óbice suficiente para cuestionar efectivamente la legalidad de una determinada decisión, como también que **el control que hará el Poder Judicial sobre estos actos nunca será para ratificar su legitimidad**, pues su licitud se presume, sino que sólo podrá estar encaminado a determinar su desapego al bloque de juridicidad.-

En efecto, en la misma línea Juan Antonio Stupenengo²⁸⁶, destaca que: *“al contener el acto una declaración administrativa que es presumida legítima y considerada obligatoria por el ordenamiento jurídico, ningún sentido tiene que su ejecución judicial deba tener lugar por medio de un proceso declarativo que, como tal, culminara con una sentencia*

²⁸³ Martínez, H. J., *Derecho Administrativo*, Rosario, Nova Tesis, 2017, p. 441.

²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos *“Lipara Napoleón c/ Nación Argentina”*, Fallos 250:36, Buenos Aires, 6-06-61.

²⁸⁵ García Pullés, F., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p.282.

²⁸⁶ Stupenengo, J. A., *Ejecución judicial del acto administrativo*, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 7.

definitiva que, en el mejor de los casos, no hará otra cosa que convalidar la legalidad de la declaración contenida en el acto cuya ejecución se pretende”.-

Así lo ha resumido la Suprema Corte de Justicia de Mendoza²⁸⁷, en el sentido de que *“la presunción de legitimidad de los actos administrativos responde a la finalidad de asegurar la ejecutabilidad de éstos y evitar el riesgo de que la simple oposición de un particular pudiera paralizar los efectos de la acción administrativa dejando ésta, en consecuencia, al arbitrio de aquel. Su efecto esencial, con consecuencia, consiste en trasladar al afectado por dichos actos la carga de impugnarlos y de promover el correspondiente proceso”.-*

En síntesis, el acto administrativo nulo es irregular y carece de presunción de legitimidad. Si esa nulidad es además manifiesta, el destinatario no tiene el deber jurídico de obediencia para cumplirlo, aunque en tal caso, asume la carga de demostrar la ilegitimidad que alega.-

ii) Presunción de Inconstitucionalidad

a. Normativa con categorías sospechosas

En opinión de Julio Pablo Comadira²⁸⁸, la Corte ha abierto una línea jurisprudencial que se refiere a la **“presunción de inconstitucionalidad”** o sospecha de ilegitimidad de las normas cuando establecen ciertas discriminaciones, la que sólo puede ser remontada, por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés que las justifique. Luego señala, que de tal forma **se invierte la carga de la prueba sobre la constitucionalidad** o ilegitimidad de la norma, la que sólo puede ser levantada *“con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto”.-*

En igual sentido Juan Carlos Cassagne²⁸⁹ refiere a que diversos fallos de la CSJN han recogido el concepto de *“categoría sospechosa”* para referirse a un grupo de supuestos en los que existe una presunción de inconstitucionalidad en la discriminación efectuada. Luego señala, que *“El principal efecto de esa categoría consiste -a juicio de la jurisprudencia- en la circunstancia que, en tales casos, se invierte la carga de la prueba y quien debe demostrar*

²⁸⁷ Suprema Corte de Justicia, en autos *“Consortio Surballe – Sadofski c/ Provincia de Mendoza”*, Mendoza, 10-06-1997.

²⁸⁸ Comadira, J.P., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I p. 466.

²⁸⁹ Cassagne, J.C., *Los Grandes Principios del Derecho Público*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, p.208.

que la discriminación resulta constitucional es la Administración demandada, además de que el análisis de los jueces acerca de la razonabilidad ha de ser más estricto”.-

Al respecto destaca Jorge Alejandro Amaya²⁹⁰, que así como la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado un escrutinio estricto del control de constitucionalidad de las normas, la Corte Suprema Argentina viene desarrollando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características.-

Esto se fue acentuando generándose la doctrina legal que identifica a estas discriminaciones como clasificaciones sospechosas que afectan a grupos vulnerables o desventajados, a las que se las presume inconstitucionales. -

El origen en la jurisprudencia de los Estados Unidos, se encuentra en el caso *Korematsu*²⁹¹, referido a un ciudadano americano de ascendencia japonesa condenado por permanecer en un área militar en California, en contravención a una orden que estableció que a partir del 09-05-1942 todas las personas de ascendencia japonesa debían ser excluidas de esa área, disposición fundada en razones de política militar en cuanto a evitar sabotaje y espionaje en un contexto histórico de estado de guerra de EEUU con Japón luego del ataque japonés a los Estados Unidos. Allí la Corte de EEUU sostuvo que: *“todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un solo grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones sean inconstitucionales. Significa que los tribunales deben someterlas al más rígido escrutinio”.-*

En nuestro país, si bien como postura minoritaria, es importante el caso “*Repetto*”²⁹², en particular el considerando 7 del voto de los Ministros de la CSJN, Dres. Petracchi Enrique Santiago y Bacqué, señalan: *“Que en consecuencia, cabe concluir que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una **presunción de inconstitucionalidad**. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquella, y no es suficiente al efecto que la medida adoptada sea razonable”.-*

²⁹⁰ Amaya, J.A., *Control de Constitucionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 460.

²⁹¹ *Toyosaburo Korematsu vs. United States*, 323 US 214, 18/12/1944.

²⁹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “*Repetto Inés M. c/ Provincia de Buenos Aires*”, Fallos 311:2272, Buenos Aires, 08/11/88.-

Este criterio fue luego ratificado por la mayoría de los miembros del tribunal en el caso “Calvo y Pesini”²⁹³ declarando la inconstitucionalidad de una ley provincial que exigía ser argentino para el ingreso como personal permanente en un hospital público de la Provincia de Córdoba. Fundó dicha declaración de inconstitucionalidad en que la Provincia no había dado una justificación suficiente de la restricción contenida en la ley, con lo que puso en cabeza del emisor de la normativa la prueba de su justificación. Cabe aclarar que el actor nació en Huesca, España.

En el caso “Hooft”²⁹⁴ el actor *-ciudadano argentino naturalizado-* nacido en Holanda promovió acción para declarar la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en cuanto prescribía como requisito para ser Juez de Cámara el de *“haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano argentino nativo, si hubiera nacido en el extranjero”*. La Corte señaló que: “Es juez de primera instancia provincial, pero está excluido de la posibilidad de ser camarista por su ”origen nacional”. “El actor es discriminado por la norma local por no ser argentino, sino por ser argentino naturalizado”. Consiguientemente, su situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben. Ello hace aplicable la doctrina europea según la cual la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 Convención Europea de Derechos Humanos, hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, **con desplazamiento de la carta de la prueba**” Luego agregó: “También en Canadá, donde el art. 15.1 Carta de los Derechos y Libertades veda, entre otras, la discriminación por el motivo de origen nacional, la presencia de un criterio de distinción sospechoso dentro de una legislación impugnada hace pesar sobre ésta una **presunción de inconstitucionalidad**”. Dicha presunción sólo podía ser levantada por la provincia con una “cuidadosa prueba” sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. -

En la causa “Gottschau”²⁹⁵ *-ciudadana de nacionalidad alemana-* el fallo en el considerando 5), el máximo tribunal señaló: “Sin embargo, esta Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen

²⁹³ Corte Suprema de la Justicia de la Nación, en autos “Calvo y Pesini Rocío c/ Provincia de Córdoba s/ Amparo” Fallos 321:194, Buenos Aires, 24/02/98.

²⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Hooft Pedro Cornelio c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 327:5118, Buenos Aires, 16/11/04.

²⁹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Gottschau Evelin Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos 329:2986, Buenos Aires, 08/08/06.

nacional” corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”. Luego agrega que: “Después de señalar la inversión del onus probando que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas en la regulación cuestionada”. “Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente para **cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. Aquí se requiere aplicar un escrutinio más severo**”.-

Luego en la causa “Mantecón Valdez”²⁹⁶, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de una resolución administrativa de la propia Corte, y volvió a señalar que: “*Cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” a los fines del acceso a un cargo público corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar*”.-

En igual sentido en el caso “Pérez Ortega”²⁹⁷ declaró la inconstitucionalidad de una ley y señaló que: “El art. 7 inc. d de la ley 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional, por imponer una distinción basada en la nacionalidad para el ingreso a la Administración Pública Nacional que, **al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el existente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos**”.-

²⁹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Mantecón Valdez Julio c/ Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación – Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Fallos 331:1715, Buenos Aires, 12/08/08.

²⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Pérez Ortega Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ Empleo Público”, Buenos Aires, 21/02/13.

Así, las clasificaciones prohibidas por establecer discriminaciones, son sometidas a un control o escrutinio estricto, con mayores exigencias, lo que sumado a la “presunción de inconstitucionalidad” establecida por la Corte de Justicia Nacional para tales casos, coloca al destinatario en condiciones lógicas de desobedecer a la norma ya que resultará difícil al emisor de la normativa eludir la presunción de inconstitucionalidad con una prueba relativa a los fines de la medida y la validez de los medios empleados para lograr tal arbitraria discriminación al sujeto vulnerable.-

Cabe señalar que Juan Pablo Comadira²⁹⁸ refiriéndose a las consecuencias de la teoría de la presunción de inconstitucionalidad, señala que: *“En efecto, la primera derivación concreta y de gran trascendencia es que, si una norma, a tenor del criterio de la Corte, debe presumirse inconstitucional, el particular no estaría obligado a obedecerla. Es decir, sería lícito que el particular que resultara obligado por una norma presumiblemente inconstitucional pueda, sin acudir a la administración ni a la justicia, desobedecerla legítimamente”*. -

En síntesis, la normativa que establece categorías discriminatorias de sectores considerados vulnerables, distorsiona el principio de igualdad, y a criterio del tribunal cimero, deviene sospechosa y se presume inconstitucional lo que trae como consecuencia, que carezca de presunción de legitimidad, y que por ende pueda ser desobedecida por el destinatario asumiendo la carga de su oportuna impugnación judicial, como asimismo que en ese proceso judicial, el impugnante contara con a su favor con una inversión de la carga probatoria, que corresponderá al Estado levantar.-

b. Restricción a la libertad de expresión

En materia de libertad de expresión, acontece algo similar, ya que la CSJN ha establecido que su restricción se ve afectada por la fuerte presunción de inconstitucionalidad.

En autos “Servini de Cubría María R.”²⁹⁹, considerando 10 el máximo tribunal expuso: “Que, no obstante ello, es evidente la estrecha relación que existe entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión, pues ésta resultaría una mera declaración teórica sin los instrumentos que permitieran publicar las ideas, brindar

²⁹⁸ Comadira, J.P., *El Derecho Administrativo – serie especial 2015*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 686.

²⁹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Servini de Cubría María R.”, Fallos 315:1943, Buenos Aires, 08-09-1992.

información, o acceder a su conocimiento. Bastaría una simple restricción a la libertad de tales medios, para coartar el pleno ejercicio de esa libertad. Es por ello que, dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión y que a ese contenido dedican primordialmente su actividad, **toda censura previa que sobre ella ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad**”.-

Al año siguiente la CSJN, vuelve sobre el asunto en autos “Pérez Arriaga Antonio c. Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.”³⁰⁰, y en el considerando 6 expone: “Que la libertad que la Constitución Nacional otorga a la prensa, al tener un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa, ha de imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes que impida la obstrucción o entorpecimiento de su función”. Luego en el considerado 11 señala: “Que el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que **las restricciones, sanciones o limitaciones deba imponerse únicamente por ley y su interpretación deba ser restrictiva**”.-

Finalmente el tribunal cimero, en autos “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y Perjuicios”³⁰¹, en el considerando 26 ratifica su doctrina legal en cuanto a “Que en esa línea esta Corte ha requerido que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”, y luego en el considerado 27 remarca: “Que, en este aspecto, es interesante tener presente la doctrina constitucional de los Estados Unidos, pues al margen de las diferencias que se observan en los textos fundamentales, no puede discutirse su autoridad paradigmática en la interpretación de modelo democrático y del ejercicio de las libertades que le son inherentes. Así, **la Corte Suprema de los Estados Unidos ha manifestado que cualquier sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad** (“Freedman v. Maryland”, 380 U.S. 51, 1965; “Carroll v. President and Commissioners of Princess Ann”, 393 U.S. 175, 1968; “Bantam Books, Inc. v. Sullivan”, 372 U.S. 58, 1971; “Organización for a Better Austin et al. V.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Pérez Arriaga Antonio c. Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.”, Fallos 316:1623, Buenos Aires, 02-07-1993.

³⁰¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 337:1174, Buenos Aires, 28-10-2014.

Keefe”, 402 U.S. 4315, 1971; “Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad”, 420 U.S. 546, 1976)

De modo que la CSJN, siguiendo la jurisprudencia de los Estados Unidos, y bajo el principio rector de que el derecho de prensa y la libertad de expresión gozan de una posición privilegiada, ha entendido que toda limitación a su libertad tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad.-

c. Los DNU en Materias Prohibidas

Señala Bartolomé A. Fiorini³⁰² que “Cuando un órgano de la Administración Pública resuelve un acto sin estar previamente autorizado por una norma constitucional, legislativa o administrativa, le falta a éste la causa fundamental que crea la presunción jurídica de legitimidad. Esto mismo podría acontecer **cuando la administración pública dicta un acto que le ha sido prohibido**, pues le falta a la actividad la fuente previa de su nacimiento, en virtud de que una norma expresa, declara su exclusión para adquirir la presunción de validez”.-

Debe analizarse si esto ocurre también cuando el titular del Poder Ejecutivo, dicta un DNU, en materias prohibidas. Ello puesto que la CN expresamente prohíbe al titular del Poder Ejecutivo el dictado de disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable.-

Cabe reparar en que aunque el texto del art. 99.3 segundo párrafo de la CN refiere en general a que “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*”, no podemos perder de vista que la Ley n°24.309 de declaración de la necesidad de la reforma de la CN, habilitó a la Convención Constituyente a la modificación del texto constitucional conforme un “núcleo de coincidencias básicas”, con motivo de lo cual la Ley 24.309 art. 2 G a, en orden a la “regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos para agilización del trámite de discusión y sanción de leyes”, en particular referido a los DNU acordó como texto del nuevo articulado el siguiente: “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones*

³⁰² Fiorini, B. A., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, t. 1, p. 350.

de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.-

Con ello quiero señalar que la nulidad absoluta e insanable fue diseñada por el legislador que aprobó la ley de declaración de necesidad de la reforma constitucional, en particular para el caso de DNU en materias prohibidas. Y recordemos además que el art. 6 de la Ley 24.309 estableció que *“Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración”.-*

Ahora bien, en relación a los DNU restrictivos de derechos dictados por el PEN y no ratificados expresamente por el Congreso Nacional, resulta interesante el voto la jueza doctora Argibay en el año 2006 caso “Massa”³⁰³, cuando señala que: *“Debe señalarse en primer término que el art. 99.3, segundo párrafo, de la Constitución Nacional establece la siguiente prohibición general: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 CN) está especialmente alcanzado por esta prohibición. Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes señalada”.-*

Dicho criterio fue reiterado por la Dra. Argibay en el año 2010 en el caso “Consumidores Argentinos”³⁰⁴, donde a los ya dicho agrega que: *“el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable”.-*

³⁰³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Massa Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 329:5913, considerando 3 a 5, Buenos Aires, 27-12-2006.

³⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/023 SS – Ley 20.091”, Fallos 333:633, Buenos Aires, 19-05-2010.

Nuevamente la Dra. Argibay en el año 2011 en el caso “Aceval Pollacchi”³⁰⁵ refiriéndose a los DNU, reitera su postura de considerar prima facie inconstitucional cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo.-

En similar línea de pensamiento, Alfonso Buteler³⁰⁶ refiriéndose a la jurisprudencia de la CSJN señala que ofrece un catálogo de sentencias en las que se presume la inconstitucionalidad de las normas incluyendo: a) Distinciones normativas basadas en categorías sospechosas; b) Normas que violentan la libertad de expresión; c) Disposiciones que imponen el pago de una deuda ajena; d) **Decretos de necesidad y urgencia**, basándose justamente para este último caso de los DNU en la opinión de la Jueza Argibay, presunción de inconstitucionalidad que se presume hasta tanto se acredite el cumplimiento de los estándares previstos en esa cláusula constitucional del art. 99.3 de la CN.

El Art. 99 inc. 3 de la CN sanciona con nulidad absoluta e insanable las disposiciones de carácter legislativo (DNU) dictados por el Poder Ejecutivo como regla general, a lo que cabe señalar que el art. 1038 del derogado CC, estableció que: *“La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada”*. Pues bien, a todo evento Dalmacio Vélez Sarfield en la nota al art. 1038 del Código Civil señala: *“La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo que comprende principalmente la existencia de la voluntad, la observancia de las formas prescriptas para el acto. Ella puede resultar también de una ley que prohíba el acto de que se trate”*.-

No olvidemos además, que la reforma constitucional del año 1994 incorpora en el art. 75 inc. 22 la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales, entre los que se destaca la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), cuyo art. 30 establece que las restricciones a los derechos reconocidos en la convención, sólo puede concretarse por ley formal emanada de la legislatura, precisión y alcance dado al término ley conforme OC n°06/86 de la Corte IDH en la que dio los suficientes razones respecto del porqué no era permitido que esa restricción emane del Poder Ejecutivo, con argumentos vinculados a la

³⁰⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Aceval Pollacchi, Julio C. c/ Compañía de Radio Comunicaciones Móviles S.A.”, Fallos 334:799, Buenos Aires, 30-06-2011.

³⁰⁶ Buteler, A., “La Presunción de Inconstitucionalidad” en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, Fórum, 2015, pp. 34-40.

representación plural del parlamento, con representación de las minorías, por las públicas discusiones que se concretan en el debate parlamentario que dan legitimidad a la normativa, además de permitir la presentación de propuestas alternativas y habilitan incluso que la sociedad se involucre en la pública discusión argumental que llevan adelante los legisladores. Solo admite la OC n°06/86 que lo concrete el Poder Ejecutivo a través de decretos delegados, siempre que estén autorizados por la constitución y que exista un control suficiente y eficiente por parte del Poder Legislativo delegante. El DNU en cambio, es emitido por el Poder Ejecutivo desde su solitario despacho, sin previa discusión, sin previo debate, sin consenso ni acuerdo de su contenido, por la sola voluntad y poder de la autoridad que lo dispone, y de allí los reproches que se le efectúan a tal medida. -

Ya lo enseña Bartolome Fiorini³⁰⁷ cuando expresa que: **“La presunción de legitimidad es valor práctico no absoluto, y se excluye de los actos jurídicos que no tienen existencia, los prohibidos y los de vicios ostensibles”**. Luego señala que: **“Nuestros tribunales han declarado la exclusión de dicha presunción para los actos que han omitido totalmente el procedimiento fijado para su creación, o las garantías dispuestas por la ley fundamental o las normas legislativas expresas a favor de los administrados. La presunción de legitimidad desaparece por invalidez manifiesta, como establece el principio que recoge el art. 1038 del Código Civil, cuando la ley expresamente la declara, o también cuando se han omitido normas cuya aplicación tiene el carácter de esencial”**. -

Para el supuesto de coincidir en que los DNU como disposiciones de carácter legislativo emitidos por el Poder Ejecutivo deban reputarse prima facie inconstitucionales, en tanto se trate de un DNU que legisle sobre materias prohibidas (*derecho electoral, partidos políticos, derecho penal, derecho tributario*) y que devenga en una nulidad absoluta e insanable, como lo preceptúa la CN, ello resulta de interés por una parte en cuanto que al demandar judicialmente su inconstitucionalidad se produce la inversión de la carga probatoria debiendo ser el Poder Ejecutivo quien alegue y pruebe que la medida ha sido dictada en las condiciones de necesidad y urgencia que justifiquen su emisión excepcional y acredite que no está legislando en materia prohibida, y por otra parte se suavizan o aligeran los recaudos para la procedencia de una medida cautelar en contra de dicho DNU dado la presunción de inconstitucionalidad, pero también dentro de la temática que estamos desarrollando, cabe

³⁰⁷ Fiorini, B., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1947, t. 1, p. 350.

analizar si tal DNU carente de presunción de legitimidad, acaso no autoriza a su desobediencia dado la nulidad absoluta e insanable con la que la propia CN sanciona su dictado con lo que la ilegitimidad deviene patente.-

En síntesis, la CN en el art. 99.3 -segundo párrafo- establece que *“El poder ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*, con lo que expresamente prohíbe el dictado de un DNU, lo que conforme el voto minoritario (Dra. Argibay) de la CSJN en el caso “Massa”, “Consumidores Argentinos” y “Aceval Pollacchi” antes citados, importa presumirlos inconstitucionales, postura discutible por cierto.

Que si bien tal razonamiento es discutible para ser afirmado en general respecto de los DNU por el segundo párrafo del art. 99.3 CN, por el sólo hecho de tratarse de una competencia legislativa ejercida por el Poder Ejecutivo, tal panorama adquiere otra dimensión cuando se trata de afirmar tal presunción de inconstitucionalidad para el caso de dichos DNU en materias prohibidas es decir por violación al art. 99.3 tercer párrafo (materias prohibidas), supuesto en el que sí entiendo deben presumirse inconstitucionales, y por tanto carentes de presunción de legitimidad, conformando ese conjunto de situaciones en las cuales el ciudadano destinatario de la restricción, puede desobedecer la medida, asumiendo la carga de impugnarla judicialmente, ya que se trata de una disposición de carácter legislativo expresamente prohibida por la CN al legislador en materia de derecho penal, tributario, electoral o de los partidos políticos.-

2. ANALISIS FINAL DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE UN DNU EN MATERIA PROHIBIDA Y SU CONSECUENCIA RESPECTO DEL DEBER DE OBEDIENCIA

Se ha planteado como segundo objetivo secundario el de determinar si es correcta la calificación de “nulidad absoluta” con la cual el art. 99.3 de la CN sanciona a los DNU.-

En ese cometido he recorrido la nulidad en el ámbito del derecho privado y en el derecho público para intentar aproximar conceptualizaciones que permitan un panorama clarificador respecto del asunto en estudio.-

Se ha demostrado que el Código Civil de Vélez Sarsfield clasificaba las nulidades en a) Absolutas y Relativas; b) Nulidades Parciales y Totales; c) Actos Nulos y Anulables y d) nulidades expresas e implícitas, mientras que el nuevo CCyC, ha excluido las últimas dos (2) clasificaciones, y sólo contempla a las nulidades absolutas y relativas en el art. 386 y luego a las nulidades parciales y totales.-

La reforma del Código Civil en materia de nulidades, al eliminar la clasificación de actos nulos y anulables ha seguido la orientación que en igual sentido han concretado varios países europeos, -Francia entre otros-, con lo que el codificador argentino, se hizo eco de advertencias que pronunciaban autores como Brebbia³⁰⁸ que venía relativizando las diferencias de efectos de la nulidad en los casos de actos nulos y anulables, y por tanto menospreciando el sentido práctico de la diferenciación.-

Es que se sostenía la diferenciación de actos nulos y anulables, basados en que en el acto nulo la invalidez se produce desde el mismo momento del perfeccionamiento del acto jurídico, mientras que en el acto anulable es la sentencia judicial la que declara la nulidad y hace iniciar a partir de su dictado los efectos de la invalidez. Aunque la doctrina venía advirtiendo que una vez que se dicta la sentencia de nulidad, la diferenciación perdía sentido, ya que la nulidad declarada por los jueces volvía las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (ex tunc), con lo que dictada la sentencia deja de existir diferencia. -

De igual modo, dado que, por razones de seguridad jurídica, la justicia debe actuar tanto en el caso de actos establecidos como nulos y en los casos de actos anulables, también

³⁰⁸ Brebbia, R. H., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. II, pp. 606-610.

perdía utilidad diferenciar para el caso de acto nulo una “dispensa de juzgamiento”, que sí sea necesario para el caso de acto anulable. En la práctica, ambos supuestos de actos nulos y anulables eran y son puestos a decisión de la justicia, suavizándose las diferencias de efectos entre ambos supuestos. -

Ya señalaba Santos Cifuentes³⁰⁹ que algunos autores consideraban debilitada la distinción entre actos nulos y anulables, pues “de todos modos en ambos casos es de toda necesidad la intervención de la justicia, ya que nadie puede obrar por sí y es necesario acudir a los jueces para obtener la invalidez de los negocios”.-

Por último, en cuanto a la tarea del juez para invalidar el acto, sosteniéndose que en el acto nulo el juez “verifica” o “constata” el vicio manifiesto y sólo lo comprueba, mientras que en el acto anulable el Juez investiga el vicio que no aparece patente, y lo acredita con elementos de juicio valorados por el juez. En la práctica dependerá de cada caso concreto, y si bien habrá supuestos en los que tal distinción se patentiza, se observa predominancia de casos grises, donde será materia de apreciación judicial su declaración de nulidad. -

Resulta entonces que a partir del 01-agosto-2015 el nuevo CCyC vigente en Argentina, ha simplificado pedagógicamente el análisis de la nulidad en derecho privado al haberse eliminado y suprimido las categorías de actos nulos y anulables, perdiendo sentido y relevancia preguntarse si la nulidad depende directamente de la ley que determina la invalidez del acto o si es necesario para ello el juzgamiento del magistrado. -

Perdura en el nuevo CCyC la distinción de nulidad absoluta y nulidad relativa. Todo dependerá en el caso en concreto del análisis respecto del interés tutelado, o dicho de otro modo, habrá que preguntarse la índole del derecho vulnerado. Si nos referimos al interés público, la moral y las buenas costumbres estaremos ante una nulidad absoluta y si solo el interés es la protección sola o puramente del derecho individual o particular de ciertas personas, se tratará de una nulidad relativa, con las inevitables consecuencias prácticas de tal encasillamiento. -

³⁰⁹ Cifuentes, S., *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 603.

En consecuencia, el nuevo CCyC aprobado por Ley 26.944 ha mantenido la clasificación de nulidad absoluta y relativa, abandonando la distinción de actos nulos y anulables, que tanto había dado que hablar y generado contrapuntos en la doctrina argentina. -

Acaso la diferenciación de actos nulos y anulables había perdido utilidad práctica, única justificación de su establecimiento, puesto que, si solamente contribuye a un propósito teórico, académico o docente, el legislador advertido de esa circunstancia, la quitó de la nueva regulación vigente, basado en la ausencia de efectos o consecuencias de tal distinción. -

Las clasificaciones sólo se mantienen si brindan utilidad práctica al sistema y al operador jurídico, por lo que la eliminación en el nuevo CCyC, de la diferenciación de actos nulos y actos anulables, demuestra que, a criterio de nuestro legislador, tal utilidad dejó de existir.

Cabe por otra parte puntualizar que las nulidades tal como fuera regulada en el Código Civil (Ley 340 vigente a partir del año 1871) se aplicaron al derecho administrativo ante la falta de regulación de este último.-

La Corte de Justicia de la Nación, hizo expresa extensión de las nulidades del derecho civil al derecho público, en el famoso caso “Ganadera Los Lagos S.A. v. Nación Argentina” (Fallos 190:142) dictado en el año 1941, aclarando que ello podía efectuarse con la debida adecuación a los principios del derecho público.-

Luego, el dictado en el año 1972 del Decreto Ley 19.549 regulando el procedimiento administrativo, y abordando la temática de las nulidades en esa materia, con el desarrollo acentuado con la doctrina y jurisprudencia en la materia, dio lugar al desarrollo de las nulidades en derecho administrativo con una impronta propia.-

En esa caracterización de las nulidades del acto administrativo, la mayoría de la doctrina coincide en que si el acto administrativo para ser válido requiere de la existencia de sus elementos esenciales, es necesario concluir que la inexistencia o vicio grave en tales elementos da lugar a la nulidad absoluta del acto, siendo esta nulidad relativa para el caso de que la afectación o vicio no sea tan grave, es decir que no impida la existencia de tales elementos esenciales del acto administrativo.-

Esto importa vincular la nulidad con la afectación de los elementos esenciales del acto administrativo, postura a la que adhiero plenamente.-

En particular en relación a ello, la “competencia material” integra como elemento esencial al acto administrativo e importa que las funciones atribuidas a un órgano administrativo se desenvuelvan dentro o en el marco de tales atribuciones.-

Se ha dicho que la competencia en razón de la materia “Es la competencia por la cual el derecho objetivo (Constitución, ley, reglamento) adjudica una serie de funciones y atribuciones a los órganos y sujetos estatales para la realización de las tareas que se le encomienden”³¹⁰

Lo cierto es que la delimitación de atribuciones de los poderes del Estado, además de encontrar su justificación en el principio de separación de poderes, se constituye en una garantía para los administrados en resguardo de sus derechos, con lo que los vicios en la competencia material, dan lugar a una nulidad del tipo absoluta e insanable.-

Recuérdese que en el caso “Ganadera Los Lagos v. Nación Argentina” (Fallos 190:142) la CSJN, ha resuelto que cuando el PEN se arroga el ejercicio de facultades de otro poder -en el caso judiciales- ello constituye un caso de incompetencia en razón de la materia, determinante de una nulidad del acto que es absoluta con las consecuencias que ello implica.-

Así se entiende que el art. 99.3 de la CN, expresamente contemple que el dictado de disposiciones de carácter legislativo por parte del Poder Ejecutivo, trae aparejada la nulidad absoluta e insanable de tales actos.-

Tal como se desarrolló en el presente trabajo, hablar de acto nulo en derecho público es lo mismo que hablar de nulidad absoluta, por la entera correspondencia de ambos conceptos.-

Así se entiende que cuando en las Constituciones de las provincias de Catamarca y Tucumán, se establece que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial no podrán “ninguno de ellos” arrogarse facultades que no le hayan sido conferidas constitucionalmente, bajo pena de insanable nulidad, se están haciendo referencia a la nulidad absoluta a la cual conceptualmente se equipara.-

³¹⁰ Cassagne, J. C., El Acto Administrativo, Buenos Aires, La ley, 2012, p. 222.

En conclusión, el presente estudio de las nulidades en materia de derecho administrativo, nos permite tener por plenamente justificada la expresión “nulidad absoluta” con la cual nuestra CN (art. 99.3 segundo párrafo) apercibe el dictado por el Poder Ejecutivo de disposiciones de carácter legislativo.-

Igual extensión conceptual cabe asignarle a la expresión “nulidad” (art. 3 Constitución de Catamarca) y “nulo” (art. 3 Constitución de Tucumán) con el que las Constituciones Provinciales califican tal invasión de competencias materiales por parte de los Poderes del Estado. Salvo, claro está, las excepciones expresamente previstas en el régimen constitucional.-

Respecto de la última parte del segundo objetivo secundario de la presente investigación, relacionado con cuáles serían las consecuencias de asignarle la calificación de nulidad absoluta en particular a los DNU dictados en materias prohibidas.-

Se analizó que es la presunción de legitimidad de donde surge hacia los administrados el deber de obediencia, tal como señala Bartolomé Fiorini³¹¹ *“Todo lo que surge al conjuro de esta presunción de validez jurídica debe recibir de todos el respeto a su legitimidad”* y en consecuencia podemos afirmar como contracara, que desaparecida tal presunción cesa el respeto y el deber de obediencia. -

Asimismo, tal como destaca Alfonso Buteler³¹², *“El deber de obediencia tiene jerarquía constitucional, teniendo en cuenta la prescripción del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna”*.

En ese contexto, el art. XXXIII de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre, con jerarquía constitucional teniendo presente lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la CN luego de la reforma constitucional de 1994, bajo el título de *“Deber de obediencia a la ley”*, señala que: *“Toda persona tiene el deber de obedecer la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre”*. -

³¹¹ Fiorini, B., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, t. I, p. 352.

³¹² Buteler, A., *Derecho Administrativo Argentino*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, t. I, p.154.

Es decir, que el deber de obediencia está condicionado a la legitimidad de la norma, del mandamiento u orden, en tanto ante manifiesta ilegitimidad cesa el deber de obediencia. Es de este modo en el que debe interpretarse el deber de obediencia. -

Tal como lo señala Julio Pablo Comadira³¹³, *“En efecto, la primera derivación concreta y de gran trascendencia es que, si una norma, a tenor del criterio de la Corte, debe presumirse inconstitucional, el particular no estaría obligado a obedecerla. Es decir, sería lícito que el particular que resultara obligado por una norma presumiblemente inconstitucional pueda, sin acudir a la Administración ni a la Justicia, desobedecerla legítimamente”*. -

Es similar la conclusión de Patricio M. E. Sammartino³¹⁴ quien sostiene que: *“En línea con esa doctrina, estimamos que además de la inversión del onus probando, la presunción de inconstitucionalidad de aquellas previsiones normativas sospechosas de discriminación produce otra consecuencia nada desdeñable: tales normas, en principio, no vinculan a la obediencia”*. -

En conclusión, carecen de presunción de legitimidad, y puede ser desobedecidos por el destinatario los actos con vicios groseros identificados como actos inexistentes, como asimismo los actos con vicios graves ostensibles identificados como acto nulos e irregulares, como así también los actos prohibidos en los que incluyo las normas y reglamentaciones que vulneran principios constitucionales como la igualdad por discriminación arbitraria de grupos vulnerables constitutivas de categorías sospechosas y de igual modo las disposiciones reglamentarias (DNU) emitidas por quien la Constitución se ha empeñado en prohibir y sancionar con nulidad absoluta, en particular sobre materias prohibidas.

Enseña Miguel Ángel Ekmekdjian³¹⁵, citando a Hobbes, que el mayor peligro de la legitimación de la desobediencia civil reside en que “ella provoca imitación y puede llegar a poner en peligro el sistema mismo de convivencia social”.-

³¹³ Comadira, J.P., “Del Escrutinio Estricto de la Corte Estadounidense a la Presunción de Inconstitucionalidad en el Derecho Argentino y su Impacto en el Derecho Administrativo” en *El Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 686.

³¹⁴ Sammartino, P.M., “La Causa y el Objeto del Acto Administrativo en el Estado Constitucional”, en *Cuestiones de acto administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2012, p. 82.

³¹⁵ Ekmekdjian, M.A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. II p. 425.

Consciente de ello, debo destacar que afirmar que el deber de obediencia no es absoluto sino relativo, ello no debe entenderse como una exaltación o incitación a la desobediencia del ciudadano hacia las autoridades públicas, sino un control estricto de la legitimidad de las órdenes, y una reflexión respecto de que el deber de obediencia supone la existencia de disposiciones legítimas. Por cierto que el destinatario que desobedece la disposición ilegítima, debe alegar el vicio ante las autoridades administrativas y judiciales ya que su desobediencia es “por su cuenta y riesgo” con lo que debe alegar y probar el vicio que le endilga al acto. -

Vale señalar el Fallo del Tribunal Oral Criminal n°23 en el caso Heredia (LL, 1998-E, 311) cuando remarcó que: *“No hay tipo de resistencia a la autoridad, por falta del elemento normativo característico, si el renitente se opone a un funcionario público que ejerce ilegítimamente sus funciones, aunque la autoridad crea, por error, que obra dentro de sus funciones”*. -

Por cierto, que el destinatario desobediente de la disposición de la autoridad carente de presunción de legitimidad, deberá acudir ante la administración y ante la justicia alegando tal ilegitimidad, a fin de confirmar su postura contando para ello con una inversión de la carga probatoria, y debiendo la autoridad que emitió la disposición justificar la constitucionalidad de la medida, siendo factible una medida cautelar contra el acto de autoridad ante la falta de presunción de validez. -

Miguel Angel Ekmekdjian³¹⁶ analiza si existe un derecho a desobedecer la ley y siguiendo a Peter Singer en su obra “Democracia y desobediencia”, destaca respecto de cuando debo obedecer la ley, que: *“desde los procesos de Nüremberg, los hombres tomaron clara conciencia de que la obligación de obediencia a la ley no es válida en todas las circunstancias”*, y luego de destacar que si existe un sistema democrático y republicano, pareciera que él ofrece medios legales de oponerse a la vigencia de una ley, procurando su derogación, expresa: *“Esta respuesta cierra toda posibilidad a la desobediencia civil. Sin embargo, existen casos excepcionales en los cuales la ilegalidad del comportamiento cede frente a otras consideraciones de mayor importancia. Así, por ejemplo, en los casos extremos de leyes que violen los derechos y garantías fundamentales del ser humano (art. 16 de la*

³¹⁶ Ekmekdjian, M.A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. II pp. 421-426.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) es lícita la desobediencia”. Y para finalizar, analiza de modo separado la conducta del ciudadano ante la invalidez material y formal de la ley señalando: *“En los Estados contemporáneos en los cuales se han afianzado los principios del constitucionalismo, es decir, del Estado de Derecho, cualquier ley lo suficientemente mala para que merezca ser desobedecida, casi seguramente habrá violado alguno de los derechos o garantías fundamentales reconocidos por la Constitución, es decir tendrá un vicio de invalidez material. ... En cuanto a la invalidez formal de la ley, ya sea por no haberse dictado conforme al procedimiento establecido o por la autoridad legitimada para ello, el caso es más sencillo porque es objetivamente más fácil su impugnación, lo cual no significa que un particular pueda, sin más, sustituir a los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad”.* -

Para finalizar vale destacar que Jorge Guillermo Portela³¹⁷ enseña que *“Fue sin duda Santo Tomás de Aquino el primer autor que produjo una teoría completa acerca de la desobediencia a la ley, sin descuidar ninguno de los supuestos que pueden plantearse de hecho respecto de la justicia o injusticia de la norma jurídica”.* Y sintetizando el pensamiento del mencionado Santo Tomás, en la “Suma Teológica”, y respecto de las posibilidades que se le presentan al individuo, se describe el siguiente cuadro: *“a) en punto a la obediencia a la normativa justa; b) la posibilidad de desobediencia a la ley injusta, a condición de que no se genere escándalo o desorden; c) el deber de desobediencia concreto que ha de guardarse respecto de las normas contrarias a la ley de Dios”.* -

Y quiero al respecto detenerme en el segundo de esos supuestos, que analiza Jorge Portela en la obra indicada, y es el de la posibilidad de desobediencia a la ley injusta, ya que al respecto señala que para Santo Tomás, la ley se opone al bien humano distinguiendo tres modos de oposición. En primer lugar, por el fin, cuando en lugar de tender al bien común, hay egoísmo en el legislador. En segundo lugar, por el autor, cuando se excede la potestad del legislador. En tercer lugar, por la forma, cuando no se respeta la igualdad de proporcionalidad. Supuestos en los que Santo Tomás admite la posibilidad de desobediencia aunque “condicionada” a que no se produzca escándalo o desorden. -

³¹⁷ Portela, J.G., *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2015, pp. 70-72.

Al respecto cabe advertir, cuanta similitud puede encontrarse entre el supuesto de normas con categorías sospechosas por discriminación que analicé en este trabajo y la norma injusta por el fin cuando hay egoísmo en el legislador.-

De igual modo, la semejanza que puede hallarse entre supuesto de DNU en materias prohibidas por la Constitución, y el análisis de la norma injusta por el autor por exceder la potestad del legislador.-

Y también cabe analizar si los actos administrativos que exhiben vicios graves y manifiestos y por tanto carecen de presunción de legitimidad, acaso pueden ocupar la categoría de normas injustas por la forma ostensiblemente viciada. Y por otra parte, la inclusión de un análisis de la materia o contenido de tales actos viciados, independientemente del aspecto formal. Cabe analizar si no respetar el principio de proporcionalidad, no es acaso falta de adecuación entre medios empleados y fines perseguidos por las normas, lo que hace al análisis de la razonabilidad de la medida cuya legitimidad aparece cuestionada. -

Al final advierto, que todos los autores que analizaron el deber de obediencia en las distintas ramas del derecho administrativo, derecho criminal, derecho constitucional y en definitiva sobre derecho público, para un correcto desarrollo argumental, debieron partir indefectiblemente del estudio de la doctrina de Santo Tomás de Aquino que escribiera entre los años 1265 y 1274 su obra cumbre “suma teológica”, la que merece especial atención dada su implicancia y repercusión jurídica en materia de desobediencia ante una norma entendida como injusta. Santo Tomás, en su clasificación parece haberlo abarcado todo. –

La conclusión es que la existencia de ilegitimidad en un acto o norma es la que habilita la posibilidad de su legítima desobediencia. Ello en la medida en que estemos frente a los supuestos de un acto administrativo carente de presunción de legitimidad, o ante el supuesto de una norma que se presuma inconstitucional, sea por establecer clasificaciones sospechosas que discriminan y vulnerar el principio de igualdad, **o sea porque estemos ante actos suscritos por la persona a quien la ley prohibido su dictado, tal el caso de los DNU en materias prohibidas.-**

Obedecer tales actos, o cumplir tales normas ilegítimas, inconstitucionales y carentes de presunción de validez implicaría consentir una arbitrariedad tal, que auspiciará nuevos ilegales atropellos a la juridicidad y al orden. -

Me quedo con la frase de Erich Fromm³¹⁸, *“La historia del hombre, conforme relato bíblico, comenzó con un acto de desobediencia a un creador omnipotente y puede que termine con acto de obediencia a un soberano terrenal omnipotente”*.-

Consecuencia de ello, la desobediencia a los actos y disposiciones ilegítimas, lejos de resultar una sublevación impertinente a un orden jurídico impuesto, deviene en un deber cívico destinado a proteger los derechos de la humanidad, que de otro modo, con la obediencia pasiva aseguran el fin de la historia del hombre digno e íntegro. -

Parece entonces que el ciudadano ante la ilegitimidad se encuentra frente a un dilema: obedece al acto o norma ilegítima y consolida el atropello a la juridicidad o lo desobedece asumiendo la carga, el riesgo y la responsabilidad de demostrar tal ilegitimidad. -

Enseñó Alberto B. Bianchi³¹⁹ que *“Se dice, comúnmente, que estamos frente a un dilema cuando debemos optar entre dos soluciones inconvenientes”*.-

Y cita Alberto Bianchi en la obra mencionada a Jorge L. García Venturini³²⁰ para referirse al famoso dilema que Protágoras planteo a su discípulo Evalto. *“Hábil sofista, Protágoras había enseñado retórica a Evalto con el compromiso de que este le pagara cuando ganara su primer pleito. Pasado el tiempo, Evalto no había tenido ningún caso, de modo tal que Protágoras lo intimó: o me pagas o te demandaré, le dijo. Si pierdes tendrás que pagarme y si ganas también, pues habrás ganado tu primer pleito. Evalto, que resultó ser un buen alumno, le respondió: si gano el juez dispondrá que no te pague, y si pierdo no tendré porqué pagarte”*.-

Estar frente al dilema de decidir obedecer, importa reconocer que, en estos supuestos, existe para el ciudadano como opción la desobediencia, con lo que ello implica.

³¹⁸ Fromm, E., *Sobre la desobediencia y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1985, p.9. citado por Jorge Guillermo Portela en *La Justificación Iusnaturalista de la Desobediencia Civil y de la Objeción de Conciencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2015, p. 25.

³¹⁹ Bianchi, A.B. *La Separación de Poderes – Un estudio desde el Derecho Comparado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019, p. 321.

³²⁰ García Venturini, J.L., *Historia General de la Filosofía*, Guadalupe, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 53.

CAPITULO III

1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1.- Control de Convencionalidad Externo e Interno – Sus Orígenes

Si como enseña Abelardo Levaggi³²¹, citando a Federico Carlos Von Savigny, “el derecho es historia” o “el derecho es un hecho histórico, como lo son todas las manifestaciones de la cultura”, podríamos sostener que conocer el origen histórico de una institución jurídica, es conocer en plenitud el derecho. O dicho de otro modo para conocer de modo integral el derecho, requerimos adentrarnos al conocimiento de su historia.-

Al respecto, la historia constitucional del derecho, parece reflejar sucesivas etapas de supremacías, donde podemos advertir siguiendo a Ernesto Rey Cantor³²², una primera etapa de supremacía de la ley, o del parlamento en el que la ley era intocable por ser absoluta (dura lex, sed lex), pasando a una segunda etapa de supremacía de la constitución, en la que la constitución es norma de normas, es la constitución la normativa de superior jerarquía a la que se ve subordinado el orden jurídico infraconstitucional, siendo el tribunal o corte constitucional el máximo intérprete de la constitución, y una tercera etapa de supremacía convencional, en la que dado que el Estado parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos adquiere obligaciones internacionales erga omnes de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio porque queda sometido a la normativa internacional, incluida la constitución.-

En esta última tercera etapa, la norma de normas pasó a ser la CADH y su intérprete último y final la Corte IDH.-

De la lectura de la página oficial de la Corte IDH³²³ a la pregunta de que es el control de convencionalidad, surge que es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este tribunal. Y agrega que cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la

³²¹ Levaggi, A., *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, t. I, p. 1-2.

³²² Rey Cantor, E., *Controles de Convencionalidad de las Leyes. La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Porrúa, México, 2008, pp. 225-262.

³²³ <http://www.corteidh.or.cr>

Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.-

Luego destaca que todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Y aclara que en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.-

Ahora bien, definido ese control de convencionalidad, como una institución que implica la verificación respecto de si una norma del derecho interno y demás prácticas de un Estado resulta compatible con lo normado en la CADH, nace la inquietud jurídica de determinar cuándo ello ha tenido su origen histórico.-

Al respecto me interesa el origen histórico de lo que se da en llamar el control de convencionalidad en sede internacional por parte de la Corte IDH (control externo), no obstante dar por sentado que también existe un control de convencionalidad de orden interno que concretan las todas autoridades de cada Estado (control interno).-

Se advierte en consecuencia que el origen y desarrollo del control de convencionalidad, pueden tener puntos de partida temporales distintos según nos refiramos a un control de convencionalidad como control externo o como control interno.-

Es decir, que aceptado al control de convencionalidad como lo define Rey Cantor, es decir como “un mecanismo de protección procesal internacional”, podemos diferenciar según quien ejerza ese control. Externo si lo ejerce la Corte Interamericana e Interno si lo ejercen los órganos internos del Estado signatario de la Convención. En ambos casos, se trata del análisis de compatibilidad de una norma del ordenamiento interno con los postulados de la CADH. -

1.A.- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica – 1969). -

i) Fuente Normativa - El art. 2 de la CADH como fuente normativa del compromiso de los Estados de dictar normas compatibles con la Convención – El deber de adecuación del derecho interno

Previamente resulta de utilidad concretar una aproximación al marco teórico en el que se desenvuelve el control de convencionalidad, que supone admitir de parte de los Estados miembros de la Convención un “deber de adecuación” de su normativa interna a los parámetros de la Convención Americana. -

En particular resulta necesario precisar que es el art. 1 y 2 de la CADH la fuente normativa de la que deviene la legitimidad de ese control de convencionalidad. -

Como sabemos, la CADH (llamado Pacto de San José de Costa Rica) fue firmado en la ciudad de San José, Costa Rica el 22-11-1969 entro en vigencia en 1978, **habiendo sido aprobado en la República Argentina por art. 1 de la Ley 23.054 promulgada el 09-03-1984 es decir inmediatamente retornada la democracia en nuestro país**, mientras que con motivo de reformarse la CN en el año 1994 fue elevada a jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 del nuevo texto constitucional argentino.-

Al respecto, el art. 1 de la CADH establece que “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...*”.-

El art. 2 de la CADH es de suma importancia, ya que expresa que: “*..., los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuera necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”. -

Por su parte el art. 2 de la Ley 23.054 Argentina, dispuso: “*Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad*”. -

Señala Juan Carlos Hitters³²⁴ que: *“una consecuencia de la violación de las disposiciones supranacionales es la necesidad de adecuar o, lo que es lo mismo amoldar o adaptar, las reglas del derecho interno a los Tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos, y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda. Estamos hablando del deber general del Estado de adecuación de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2 de la Convención)”*.-

Algunas pautas fue dando la Corte IDH a través de opiniones consultivas, así vemos que estableció que: *“La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”* (Corte IDH, OC N° 14/94 del 09-DIC-1994: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención - art. 1 y 2 de la CADH -, párr. 50).-

De un rápido repaso de algunas sentencias trascendentes puede verse como a lo largo de los años, la Corte IDH ha ido moldeando ese control de compatibilidad de las normas del derecho interno con las establecidas en la CADH.-

Así, en el caso **“Garrido y Baigorria vs. Argentina”** de 1998 la Corte IDH afirmó que: *“la Convención Americana establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”*... *“Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno ha de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención será realmente cumplido en el orden jurídico interno”*. –

En **“Durand y Ugarte vs. Perú”** en Sentencia del 16-AGOS-2000, la Corte IDH señaló que el deber del Estado establecido en el art. 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una

³²⁴ Hitters, J. C., *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad – Comparación*. Buenos Aires, La Ley, 2009-D.1205.

violación a los derechos previstos en dicho instrumento internacional, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los mismos.

Dijo además, que: *“El Estado, al emitir una ley debe cuidar de que se ajuste a la normativa internacional de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual sea parte”* (en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia del 02-FEB-2001 (Fondo, Reparaciones, Costas, párr. 83)).-

Y señaló que: *“Si los Estados tienen, de acuerdo con el art. 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del art. 2 de la Convención”*. (Hilaire Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia del 21-JUN-2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 113).-

De igual modo la Corte IDH ha considerado en “Caesar vs. Trinidad y Tobago” del 11-marzo-2005, que la obligación de adaptar la legislación interna es por su propia naturaleza una obligación de resultado, lo que significa que una norma por mejor diseñada que se encuentre si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades no cumplirá con los estándares que establece el art. 2 de la Convención. -

Así, en el caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, del 17-junio-2005, el Tribunal Interamericano, había determinado que las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. –

Nadie que quiera referirse al control de convencionalidad, puede pasar por alto lo resuelto en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” de fecha 26-09-2006 puesto que allí que la Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual “El Poder Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”, frente a lo

cual “*El Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella*”.-

Nuevamente en “La Cantuta vs. Perú” del 29-NOV-2006 reiteró que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.-

En el caso Corte IDH “Helidoro Portugal vs. Panamá”, en Sentencia del 12-AGOS-2008 la Corte IDH, reiteró iguales pautas.-

Señala Jorge Alejandro Amaya ³²⁵ que: “En consonancia con esta entrada en vigencia de la protección de las garantías fundamentales de derechos humanos, los Estados se comprometieron a acatar las decisiones del sistema interamericano y, por el otro, a cumplimentar políticas que tiendan al desarrollo del marco de protección”.-

Asimismo en el caso “Fornerón vs. Argentina”, (CIDH del 27-4-2012), la Corte IDH establece que: “*Este Tribunal ha afirmado en otras oportunidades que, en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. En la Convención Americana este principio es recogido en su art. 2, que establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos*”. –

ii) Conceptualización del Control de Convencionalidad

La CADH (Pacto de San José de Costa Rica), tratado con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina) contiene normas que consagran derechos a los ciudadanos de los diferentes países signatarios del pacto, siendo que a su vez los Estados, entre tales la República Argentina, se ha obligado a garantizar el goce de tales derechos a

³²⁵ Amaya, J.A., *Control de Constitucionalidad*, Astrea, p. 362-365.

través del dictado de normas que los garantice, como asimismo a través de la supresión de las normas que estuvieran en colisión con los postulados del Pacto.-

A tal efecto las autoridades internas de cada Estado, cuando digo autoridades incluyo a “todas” las que conforman el Estado, esto es tanto las integrantes del Poder Legislativo, como el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial están obligadas a controlar esa compatibilidad entre los actos internos y los postulados referidos a los derechos humanos que estén consagrados tanto en el Pacto de San José de Costa Rica, como en otros tratados de derechos humanos.-

Ese control de compatibilidad también lo lleva a cabo la Corte IDH como órgano máximo internacional, tanto a través de la vía consultiva emitiendo opiniones (art. 64 CADH) referidas al alcance de normas contenidas en la convención, como asimismo confrontando los postulados de las normas de la Convención Americana con las leyes del derecho interno. Igualmente y en particular ese control de convencionalidad es ejercido por la Corte IDH en materia contencioso al avocarse a la resolución de controversias sometidas ante dicho tribunal internacional.-

Enseña Mario A. R. Midón³²⁶ que “*En la semántica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se conoce bajo el nombre de control de convencionalidad al procedimiento mediante el cual un tribunal verifica si determinado acto legislativo o, en su caso la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en un determinado Estado parte del sistema*”.-

Señala luego Mario A. R. Midón, que un concepto más comprensivo dice que a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte y b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.-

Siguiendo a Juan Carlos Hitters³²⁷ decimos que: “Los órganos jurisdiccionales locales -y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder

³²⁶ Midón, M.A.R, *Control de Convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 71

³²⁷ Hitters, J.C., *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad – Comparación*, Buenos Aires, La Ley, 2009-D.1205.

Jurisdiccional- ejercitan el llamado control de constitucionalidad que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un contralor concentrado, típico de algunas Constituciones Europeas, a partir de la Austríaca de 1946, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso del control difuso que debe ser llevado a cabo, como en los Estados Unidos y en Argentina, por todos y cada uno de los magistrados judiciales”. Luego señala que como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar el “control de convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo”.-

En nuestro país, la CSJN en “Codina Héctor c. Roca Argentina SA s/ Ley 23.551” (año 2014), reiteró el criterio sostenido en “Rodríguez Pereyra” (CSJN Fallos 335:2333) (año 2012), y entendió que: “los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer de oficio, el control de constitucionalidad, en la medida que los órganos judiciales de los países que ratificaron la CADH **están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a ese tratado**, resultando un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional, por un lado, confirió rango constitucional a esa norma, incorporó sus disposiciones al derecho interno y así, habilitó la aplicación de la regla interpretativa formulada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, que obliga a los tribunales a ese control, y por el otro, impide que aquellos ejerzan ese examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”. Recuérdese que en “Ganadera los Lagos SA (CSJN Fallos 190:142 del 30-06-1941) sostuvo la Corte que el control de constitucionalidad de normas debía ser ejercido por los jueces sólo a pedido de parte. Y esa doctrina fue dejada de lado a partir del precedente “Mil de Pereyra” (CSJN Fallos 324:3219 del 27-09-2001). Ya en “Rodríguez Pereyra”, la CSJN Fallos 335:2333, vale destacar el voto del Dr. Fayt, quien en relación a que los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer de oficio, el control de constitucionalidad, agregó que: “En la admisión de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio no puede verse la creación de un desequilibrio de poderes a favor del judicial y en mengua de los otros dos, pues si la

atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”.-

Para finalizar este tópico, recordemos que la Corte IDH caracterizando el control de convencionalidad, y tal como lo reseña Jorge A. Amaya, estableció: Que es de aplicación ex officio por parte de los órganos del Poder Judicial; es un control complementario al control de constitucionalidad; y tal vez lo más importante, en el sentido de que es de aplicación también en un “eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales”; con lo que los jueces tienen claramente precisado el alcance del concepto.-

En definitiva, el Poder Judicial de nuestro país debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana.-

Tal como enseña Jorge Vanossi³²⁸, el control de convencionalidad esta todavía in fieri (haciéndose), con la particularidad de que como sabemos mientras en nuestro sistema los jueces son “ad vitam” o sea duran mientras dura su buena conducta, en el caso de los Jueces de la Corte de San José de Costa Rica, se trata de jueces con duración periódica, es decir que se renuevan por tandas y ello hace que pueda variar la jurisprudencia y torna más aún en movimiento el desarrollo de los alcances del control de convencionalidad.-

La cuestión aquí es desentrañar cuál es el origen histórico de ese control de convencionalidad reconocido por la Corte IDH como asimismo por los órganos internos del Estado Argentino. -

1.B.- Control de Convencionalidad Consultivo (ART. 64 DE LA CADH). -

En primer lugar es importante resaltar que el art. 64 de la CADH establece: “1) *Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos...* 2) *La Corte, a solicitud de un Estado*

³²⁸ Vanossi, J., *Ante la Pretenciosidad del Control de Convencionalidad*, Buenos Aires, La Ley, Sep. 2018, Suplemento Constitucional N° 6.

miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.-

Los alcances de esta función consultiva (art. 64 CADH) de la CIDH, fueron motivo de la OC N° 01/82 del 24-09-1982, aclarándose que las consultas sobre compatibilidad entre leyes internas y los instrumentos internacionales en la competencia consultiva de la Corte podía ejercerse sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos.-

En ocasión de dictarse la OC N° 02/82 de fecha 24/09/1982, aclaro la Corte IDH en el párrafo 29 que la Convención Americana tiene como objeto y fin la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes independientemente de su nacionalidad y de allí que ***“al aprobar estos tratados sobre derechos humanos los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.-***

Es tan claro lo postulado por la Corte IDH en la OC N° 02/82 párrafo 29 recién transcrito que hay autores como Jorge Alejandro Amaya³²⁹, que identifican a esa OC N° 02/82 como punto de partida en el origen y evolución del control de convencionalidad reflejando una noción de antaño y de allí su importancia.-

Además, por OC N° 12/91 del 06-12-1991 se analizó la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma de artículos del código de procedimientos penales con el art. 8. 2. H de la CADH, con lo que no sólo leyes internas sometidas a control de compatibilidad, sino *incluso proyecto de ley*, en la medida en que una respuesta no traiga como resultado una solución de manera encubierta por vía de opinión consultiva de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte. Ello puesto que podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa. -

Es decir que por imperio del art. 64 inc. 2 de la CADH, la Corte Interamericana desde el nacimiento mismo de la Convención Americana, posee competencia reconocida y

³²⁹ Amaya, J.A., *Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, t. I, p.320.

ejercitada para opinar en la vía consultiva sobre la compatibilidad, o lo que sería lo mismos controlar la compatibilidad entre la convención y las leyes internas de los Estados. -

Ese juicio de compatibilidad en la vía consultiva surge de la lectura de diversos fallos de la CIDH como asimismo de las Opiniones Consultivas (art. 64 inc. 2 CADH), con anterioridad a que la Corte hubiera hablado formalmente de “control de convencionalidad”. -

Dicho de otra manera, el “control de compatibilidad” normativo existió siempre ya que es propio de la función de la Corte Interamericana e incluso de la Comisión Interamericana, con lo que cabe sostener que si el control de convencionalidad equivale a control de compatibilidad, para indagar sobre la historia del mismo habría que retroceder aún más a los orígenes de la institución. -

Quiero referirme en esta vía consultiva al control de compatibilidad por una parte llevado a cabo por la Comisión Interamericana, y por otra parte al que corresponde a la Corte Interamericana, siempre según descripción efectuada por la Corte IDH. -

i) Control Consultivo de Compatibilidad a cargo de la Comisión (Art. 41 y 42 de la CADH). OC N° 13/93 y OC N° 14/94

Puede cotejarse de la lectura de la OC N° 13/93 del 16-07-1993, en la que la Corte IDH en el punto n°1 resolvió: *“Que la comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, ...”* habiéndose resaltado que conforme art. 41 de la CADH la Comisión posee como atribución la de *“promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”*.-

Importante resulta el párrafo 26 de la OC N°13/93 en el que la Corte IDH expresa: *“Son muchas las maneras como un Estado puede violar un Tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se ha adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos”*.-

La citada OC N°13/93 señala con claridad en el párrafo 29 que: *“Lo que **la comisión debe verificar**, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado”*. En igual sentido en el párrafo 30 señala: *“En el ámbito internacional lo que **interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un Tratado**”*. En párrafo 34 se aclara que: *“las facultades de la Comisión están dadas para determinar que esa violación efectivamente existe. En ese orden de ideas y respecto de normas legales, le corresponde dictaminar si violan la convención”*. -

Aclara en el párrafo 35 que: *“Una norma interna puede resultar violatoria de la Convención por ser irrazonable o porque no resulte conforme con ella y, por supuesto, **una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada razonable ni conveniente**”*. Por último me interesa señalar el párrafo 37 donde la Corte IDH señala que: *“La respuesta de la Corte tendrá, entonces, que basarse en la función principal de la Comisión de promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos, de la cual deriva su **facultad para dictaminar que una norma de derecho interno, como cualquier otro hecho, puede ser violatoria de la Convención** pero no para considerarla violatoria del ordenamiento jurídico de un Estado”*.-

Luego en la OC N° 14/94 del 09-12-1994 aclaró ese concepto y amplió diciendo que para el caso de que un Estado emitiera una ley contraria a la Convención, la comisión tiene dicha competencia, pero además agregó que: *“Como consecuencia de esa calificación, **podrá la comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria** y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto”*.-

La Corte IDH interpreta entonces en la OC N° 13/93 y OC N° 14/94, que dos son las competencias en tal sentido de la Comisión Interamericana, por una parte **“calificar”** a las normas de derecho interno como violatorias de las obligaciones asumidas en la convención y por otra parte la de **“recomendar”** al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria, con lo que ya está dando las bases concretas de cómo llevar a cabo tal control de compatibilidad entre las normas de derecho interno y la convención.-

Añadió la OC N°14/94 algo interesante al señalar en el párrafo 35 que: *“Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buen fe y **no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno**”*. -

ii) Control de Compatibilidad a cargo de la Corte IDH En su Faz Consultiva y Contenciosa. (OC N° 14/94)

En dicha OC N° 14/94 la Corte IDH aclara: *“Otro es el tratamiento que el mismo problema tendría ante la Corte. En efecto, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del art. 64.2, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos. Pero en cambio, si se trata de su jurisdicción contenciosa, el análisis hay que hacerlo de otra manera”*. -

Refiriéndose a la jurisdicción contenciosa, en el supuesto en el que el caso llegare a la Corte, en el párrafo 48 de la OC N° 14/94 la Corte IDH aclara que: *“ella (la Corte) tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización”*.-

En el párrafo 49 considera la Corte IDH que: *“La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del art. 64.2 de la Convención”*.-

La OC N° 14/94 en punto 1 resolvió: *“Que la expedición de una ley manifiestamente contraria las obligaciones asumidas por una Estado al ratificar o adherir*

a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado”. -

Decir que la Corte IDH debe resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la CADH, tal como lo hace la Corte IDH en la recién citada OC N° 14/94 es poner de manifiesto un juicio de compatibilidad en el caso contencioso concreto, sobre la adecuación de la actuación de un Estado con los derechos humanos emergentes de la CADH. -

Allí está el origen o raíz material del control de convencionalidad, puesto que no es otra cosa que aquel juicio de compatibilidad. -

Debemos reconocer que con las bases dadas en las Opiniones Consultivas N°13/93 y N°14/94, vinieron luego casos contenciosos donde la Corte IDH puso en práctica ese control de compatibilidad entre las normas de derecho interno y la CADH, incluso antes de patentar la expresión “control de convencionalidad”. -

1.C.- Control Contencioso de Convencionalidad Concentrado y Difuso (en sede Internacional y en sede Interna). -

Siguiendo a Eduardo Ferrer Mac-Gregor³³⁰, podemos señalar que el control de convencionalidad contencioso tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrado” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna.-

Sobre el control concentrado, señala que obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control “concentrado” de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado. Se señala que *“El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación y el Pacto de San José. En*

³³⁰ Mac-Gregor, E. F., *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*. Brasilia, Observatorio da Jurisdição Constitucional, 2010, vol. 1, N°1, pp. 17-20.

caso de violación, la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes”.-

Sobre el control difuso, refiere que existe otro tipo de control que debe realizarse por los jueces nacionales o domésticos de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. Agrega que: *“Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del Derecho Internacional. El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar al caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. Por último describe que este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte IDH (establecida por primera vez en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”).-

Por último es importante destacar que el autor citado Mac-gregor, señala que *“Si observamos con atención los alcances del control difuso de convencionalidad, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo”*. ***“La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales, de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer estándares en el continente”***.-

En similar línea de pensamiento Sergio García Ramírez³³¹, señala que: *“El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y éstas y resolver la contienda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH cuando se trata de examinar casos de los que aquella conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material”*. *“Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la **potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales -o a todos los órganos jurisdiccionales-** para verificar la congruencia entre*

³³¹ García Ramírez, S., *El Control Judicial Interno de Convencionalidad*. México, Revista IUS, 2011, vol. 5 N°28 pp. 123/159.

actos internos -así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etc.- con las disposiciones de derecho internacional”. (derecho interamericano de derechos humanos). El control interno es cumplido por los jueces nacionales o domésticos de los Estados parte en la CADH.-

Luego de aclarar Sergio García Ramírez, que en el control concentrado se deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo, mientras que en el difuso se asigna el control a un amplio número de juzgadores, señala con precisión que: *“La existencia de una Corte Interamericana designada como intérprete de la Convención Americana y otros instrumentos, implica una expresión de control concentrado. Empero, ésta no es absoluta, porque la propia Corte ha reconocido a los tribunales nacionales la posibilidad de aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos para dar cumplimiento, en su ámbito de atribuciones, a los derechos internacionales del Estado contenidos en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José”.*-

En relación a cómo se armoniza el funcionamiento de dichos controles, vale señalar que la justicia supranacional en el control externo de convencionalidad interviene cuando la jurisdicción interna no ha resuelto debidamente la violación cometida. Es decir, que la jurisdicción de la Corte IDH tiene carácter subsidiario o complementario del control a cargo de las jurisdicciones nacionales. Al respecto agrega Sergio García Ramírez en la obra citada, que: *“A fin de cuentas, todo el sistema jurisdiccional internacional está montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver internamente el litigio a través de los medios domésticos conducentes a ese fin”.* -

1.D.- Control Judicial de Convencionalidad Externo. -

i) Aportes del Juez Dr. Cançado Trindade (Años 1996/1997) para el origen del Control de Convencionalidad Externo (a cargo de la Corte IDH)

Los votos Disidentes del Juez Cançado Trindade, en tres (3) casos emblemáticos que dan los lineamientos del control de convencionalidad externo. En particular en cuanto a establecer el criterio de que el control contencioso de convencionalidad externo puede materializarlo la Corte IDH aún antes de la aplicación de la norma violatoria de la

Convención Americana, esto es concretar el control en el caso concreto y desde el mismo momento de la emisión de la normativa en pugna.-

A.- El caso “El Amparo vs. Venezuela” (disidencia del 14-09-1996).-

En el caso de mención, se discutía la competencia de la Corte IDH para ingresar por solicitud de la Comisión IDH al control de compatibilidad de las normas del Código de Justicia Militar de Venezuela con la CADH, tratándose de una Sentencia sobre Reparaciones.-

En el párrafo 2 describe el Juez Cançado Trindade que: **“El señalamiento por la Corte de que lo dispuesto en el artículo 54 del Código de Justicia Militar no ha sido aplicado en el presente caso, no la priva de su competencia para proceder a la determinación de la incompatibilidad o no de aquellas disposiciones legales con la Convención Americana de Derechos Humanos”**. Amplía el concepto señalando que: **“En mi entendimiento, la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana”**. Luego párrafo 4 señala: **“Al abstenerse de pronunciarse sobre la materia, la Corte dejó de proceder, como le competía, al examen o determinación de la incompatibilidad de la vigencia del art. 54 del Código de Justicia Militar de Venezuela con los deberes generales consagrados en la Convención Americana de garantizar los derechos en ella reconocidos (art.1) y de adoptar disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos (art.2)”**.-

Párrafo 5 expresa: **“Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la compatibilidad de medidas legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos”**.-

Sostuvo aquí en su voto en disidencia que: **“Por consiguiente, la determinación de la incompatibilidad de una ley interna con la Convención no es prerrogativa exclusiva del ejercicio de la competencia consultiva de la Corte. La diferencia reside en que, en el ejercicio de la competencia consultiva (artículo 64(2) de la Convención), la Corte puede emitir opiniones sobre la incompatibilidad o no de una ley interna (e inclusive de un proyecto de ley) con la Convención in abstracto, mientras que, en el ejercicio de la competencia**

contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención en las circunstancias del caso concreto". Finalizó diciendo que: ***“La Convención Americana efectivamente autoriza a la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte tiene la competencia razione materiae, y debía, pues, haber procedido a esta determinación y a la fijación de sus consecuencias jurídicas”***.-

B.- El caso “Caballero Delgado vs. Colombia” (disidencia de fecha 29-01-1997).-

Esta sentencia es de suma importancia. La mayoría resolvió que el examen de la legislación interna no es materia apropiada para ser considerada en la fase de reparaciones, mientras que en disidencia el Juez Cançado Trindade sostuvo que lamentaba no compartir *“en el sentido de abstenerse la corte de proceder a la revisión de las disposiciones pertinentes de la legislación interna colombiana en cuanto al recurso de habeas corpus, para determinar su compatibilidad o no con la convención Americana sobre Derechos Humanos”*.-

Y agregó entre otras cosas, en el párrafo 5 que: *“Difícilmente se podría negar que a veces la propia reparación de violaciones comprobadas de derechos humanos en casos concretos pueda requerir cambios de leyes nacionales y en las prácticas administrativas. La aplicación de los tratados de derechos humanos, además de solucionar casos individuales, ha acarreado dichos cambios, trascendiendo de ese modo las circunstancias particulares de los casos concretos. ... **La eficacia de los tratados de derechos humanos se mide, en gran parte, por su impacto en el derecho interno de los Estados Partes.** No se puede legítimamente esperar que un tratado de derechos humanos se “adapte” a las condiciones prevalecientes al interior de cada país, por cuanto debe, a contrario sensu, tener el efecto de perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos por él protegidos en el ámbito del derecho interno de los Estados Partes”*.-

En el párrafo 6 señala: *“Es verdaderamente sorprendente, y lamentable, que, al final de cinco décadas de evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la doctrina todavía no haya examinado y desarrollado suficiente y satisfactoriamente el alcance y las consecuencias de las interrelaciones entre los deberes generales de respetar y*

garantizar los derechos protegidos, y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la normativa internacional de protección”.-

En el párrafo 14 casi definiendo el concepto de control de convencionalidad, insiste en que debe procederse a la **“determinación de la compatibilidad o no de las disposiciones pertinentes de la legislación interna colombiana con la Convención Americana, y a la adecuación que sea necesaria de aquellas disposiciones legales a los criterios definidos por la Convención”**. Luego en el párrafo 19 señala que: *“En el presente dominio de protección, el derecho internacional y el derecho interno se encuentran en constante interacción; las medidas nacionales de implementación, particularmente las de carácter legislativo, se revisten de capital importancia para el futuro de la propia protección internacional de los derechos humanos”.-*

Y sigue en el párrafo 21 señalando que: *“Por eso, de la misma forma con que se aprecia el valor de las iniciativas concretas en este sentido, no se puede consentir en que, por omisión o inacción en el plano del derecho interno, lo prescrito en los tratados de derechos humanos en cuanto a las condiciones de ejercicio de los derechos protegidos acabe por reducirse a poco más que letra muerta”.-*

C.- El caso “Genie Lacayo c/ Nicaragua” (disidencia de fecha 13-09-1997).-

En términos generales podemos decir que en el caso mencionado se dio en primer lugar el dictado de la Sentencia Preliminar del 27-01-1995 donde la Corte IDH destacó que *“la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención”*. Luego en la Sentencia de Fondo del 29-01-1997 la Corte manifestó que habiéndose determinado que los Decretos no fueron aplicados: *“... la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituiría un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte”.-*

Pero resulta de suma importancia destacar la Resolución de la Corte del 13-09-1997 en este caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, en particular el voto disidente del Juez Cançado

Trindade, párrafo 10 donde entre otras cosas expresa: *“Mi entendimiento es, al contrario, en el sentido de que la existencia misma de una ley legítima a las víctimas de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana a requerir su compatibilización con las disposiciones de la Convención, y la Corte está obligada a pronunciarse sobre la cuestión, sin tener que esperar por la ocurrencia de un daño adicional por la aplicación continuada de dicha ley”*.-

Luego aclara en el párrafo 11 que: *“Mi entendimiento es, al contrario, en el sentido de que, en el presente dominio de protección, hay una constante interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, en beneficio de los seres humanos protegidos”*. Véase párrafo 21 donde señala: *“En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados Partes”*. Luego en párrafo 22 amplía diciendo: *“para un Estado parte en la Convención Americana el principio de legalidad requiere el fiel cumplimiento de los preceptos convencionales y la adecuación de las leyes nacionales a los mismos”*.-

Aquí está la semilla del control de convencionalidad, veamos sino el siguiente párrafo del juez Cançado Trindade en párrafo 25 cuando señala: *“Además, si los tribunales nacionales de los Estados Partes están obligados a aplicar la normativa de protección de la Convención Americana -y no habría cómo dudar de esto en sana conciencia,- con mayor fuerza está la Corte Interamericana obligada a proceder, en el contexto de los casos concretos a la determinación de la compatibilidad o no con la Convención de leyes nacionales y decisiones judiciales de tribunales nacionales basadas en dichas leyes, en el ejercicio de su deber de protección de los derechos humanos. Una vez llamada a pronunciarse sobre la materia en un determinado caso d’espéce, esto es, a mi juicio, lo que debe hacer la Corte Interamericana, en lugar de confiar la solución final del proceso a los tribunales nacionales”*.-

Por si esto fuera poco, en párrafo 21 agrega: *“Una cosa es actuar como tribunal de apelaciones o casación de las decisiones de los tribunales en el marco del derecho interno, lo que la Corte Interamericana no puede hacer. Otra cosa, enteramente distinta es proceder, en el contexto de un caso contencioso concreto, a la determinación de la compatibilidad o no*

con las disposiciones de la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales, lo que la Corte Interamericana si puede, y debe hacer”.-

Ese no es sino un control de compatibilidad o léase control de convencionalidad, para usar la “fraseología” o expresión usada por la Corte IDH.-

Termina su voto el Juez Cançado Trindade razonando que: *“Es precisamente para remediar tales situaciones que fueron concebidos y son accionados los mecanismos de protección de los derechos humanos; si esto no fuera posible, toda nuestra labor estaría irremediamente desprovista de sentido. La tesis que sostengo me parece ser la más fielmente conforme a la letra y al espíritu de la Convención Americana”.-*

Luego vinieron sentencias de la CORTE IDH (años 1997-1999) donde admite el control de compatibilidad sin exigirse la aplicación de la norma. Se hace eco de la postura que venía sostenido en sus disidencias el Juez Dr. Cançado Trindade.-

En Sentencia de la Corte IDH caso “Suárez Rosero c. Ecuador” del 12-nov-1997 la Corte en pleno admitió la posibilidad de que una norma viole per se el artículo 2 de la Convención Americana, *“independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”* (párrafo 98).-

Luego en el caso “Castillo Petruzzi c. Perú” del 30-may-1999 volvió sobre el asunto explicando que en principio, sin aplicar la ley en el caso concreto, una norma es violatoria del artículo 2 de la Convención a partir del momento de su expedición y dispone la reforma de tal legislación. Expresa en el párrafo 205 que *“Esta Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los Derechos y libertades reconocidos en ésta. La Corte ha establecido que una norma puede violar per se el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto”*. Este caso tiene la particularidad de que la Corte IDH ordena a Perú reformar la legislación interna por resultar violatoria de la Convención Americana.-

**ii) Origen del Control Judicial de Convencionalidad Externo (a cargo de la Corte IDH).
Caso Las Palmeras vs Colombia (Año 2000)**

Fue en el caso “Las Palmeras vs. Colombia” con fecha 04-feb-2000 donde la Corte IDH dicta una Sentencia en la que en sus párrafos 32 y 33 parece conceptualizar el control de compatibilidad y sus características.-

Señala la Corte IDH en el párrafo 32. *La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones. Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada a un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: Toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad”. “33. Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana”.-*

Adviértase que se está refiriendo a un control de convencionalidad a cargo de la Corte IDH, es decir externo al Estado miembro de la Convención.-

En el caso “La última tentación de Cristo vs. Chile”, Sentencia del 05-feb-2001, el mismísimo Juez Dr. Cançado Trindade reconoce esos cambios. En efecto, en su voto concurrente (párrafo 2) señala que en torno a la cuestión de la compatibilidad de una norma de derecho interno de un Estado Parte con la CADH, desarrolló anteriormente una serie de reflexiones (votos disidentes en los casos “Amparo vs. Venezuela”, “Caballero Delgado vs. Colombia” y “Genie Lacayo vs. Nicaragua”) manifestando que “No es mi intención aquí reiterarlas, porque el objeto de mi disidencia en aquellos casos, ya no existe en la

jurisprudencia subsiguiente y contemporánea de nuestro tribunal, que mucho ha evolucionado en este particular, sobre todo a partir del nuevo criterio sobre la materia establecido en el caso “Suarez Rosero”. (Suarez Rosero vs. Ecuador).-

Tal vez la particularidad de este caso, es que la Corte IDH dispuso que el Estado Chileno modifique su ordenamiento interno, que incluyó la necesidad de modificación de la propia Constitución del País a fin de hacerlo compatible con las obligaciones internacionales emergentes de la Convención.-

En su voto concurrente en “La última tentación de Cristo”, el Juez Cançado Trindade en su párrafo 11 razona que: *“Tampoco sería exacto negar todo progreso en este dominio. Ha habido avances, pero lamentablemente seguimos lejos de realizar el ideal de la plena compatibilización del ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección internacional de los derechos humanos”*.-

Para comprender su pensamiento resulta interesante la cita que el Juez Cançado Trindade efectúa en el párrafo 35 recordando la expresión de un perito propuesto por la CIDH Dr. José Zalaquett Daher quien señaló que: *“la reforma más importante en este caso sería aquella que (...), a través de un acto legislativo chileno, (...) recordara imperativamente al Poder Judicial que existe la incorporación de pleno derecho y que debe aplicar directamente las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el plano del derecho interno”*.-

Luego en el párrafo 36 señala el Juez Cançado Trindade que: *“Las sentencias de los tribunales nacionales deben tomar en debida cuenta las normas aplicables tanto del derecho interno como de los tratados de derechos humanos que vinculan al Estado Parte”*. En dicho párrafo 36 en el caso “la última tentación de Cristo” el Juez Cançado Trindade” ya está señalando la necesidad de un control interno de compatibilidad a cargo de los tribunales nacionales.-

Resume el Dr. Cançado Trindade en su párrafo 14 diciendo que: *“De los hechos en este caso “La última tentación de Cristo” se desprende, más bien, que, en circunstancias como las del cas d’espece, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la*

responsabilidad internacional del Estado, resulta irrelevante, y revela una visión extremadamente formalista del Derecho, vacía de sentido”.-

Destaco de la conclusión del Dr. Cançado Trindade aquella que resume que: **“No existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (animus) del poder público (sobre todo del judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos”.-**

1.E.- Control Judicial de Convencionalidad Interno.-

i) Aportes del Juez Dr. Sergio García Ramírez (Año 2002/2003) para el Origen del Control Judicial de Convencionalidad Interno (a cargo de los Estados Signatarios).-

- El caso “Mirna Mack Chang vs. Guatemala ” (Año 2003)

La primera vez que la Corte IDH hizo referencia a la expresión “control de convencionalidad” lo fue en voto razonado individual del Juez Sergio García Ramírez en el caso “Mirna Mack Chang vs. Guatemala” del 25-nov-2003, en el párrafo 27 señala que: **“No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”.-**

- El Caso “Tibi vs. Ecuador” (Año 2004)

El mismo Juez Sergio García Ramírez, jurista mexicano, volvió sobre la cuestión desarrollando el asunto en su voto razonado en el importante caso “Tibi vs. Ecuador” del 07-sept-2004, en cuyo párrafo 3 señaló que: **“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados - disposiciones de carácter general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de**

la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El Tribunal Interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.-

En el párrafo 4 señala que sería imposible que la Jurisdicción Internacional recibiera un gran número de contiendas, por lo que razona que: *“Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos”*. Luego en párrafo 6 agrega que: *“Consecuentemente, en la lógica del sistema reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno –que son el puente entre el sistema internacional y el nacional-, a las leyes nacionales, a los criterios jurisprudenciales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse en fin, al conjunto de las experiencias nacional”.-*

Ahí está claramente la traslación de esa función de control hacia los órganos de los Estados Parte de la Convención, a fin de que procurando la eficacia del sistema interamericano, sean los Estados quienes concreten ese control. No en vano finaliza el Juez Sergio García Ramírez diciendo: *“Es esto -un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información- lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación”.-*

- El Caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala” (Año 2005)

En el caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala” de fecha 15-sept-2005, en su voto razonado el Juez Sergio García Ramírez, en el párrafo 18 reitero: *“Recordemos que aquel deber de congruencia de las disposiciones internas con las internacionales ha sido*

soberanamente aceptado por el Estado, a través de un compromiso explícito que se documenta en la ratificación del instrumento internacional”.-

ii) Origen del Control Judicial de Convencionalidad Interno (a cargo de los Estados Parte en la Convención Americana). Caso Almonacid Arellano vs. Chile (Año 2006)

Es en el caso “Almonacid Arellano” la primera vez que el pleno del cuerpo habló de “control de convencionalidad”, expresión que venía introduciendo desde sus votos individuales el Juez Sergio García Ramírez, en los casos antes citados, tal como se señaló.-

En el **caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” de fecha 26-sep-2006**, la Corte IDH en particular en el párrafo 124 ingresa de lleno al asunto del Control de Convencionalidad Interno señalando que: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”*. *“En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.-

Antes en el párrafo 118 la Corte IDH había descripto que *“A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber i) la **supresión de las normas** y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención, y ii) la **expedición de normas** y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”*. Ahora bien, luego en el párrafo 123 la Corte IDH señala que: *“Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”*.-

Aquí en “Almonacid Arellano vs. Chile” se introdujo el control de convencionalidad interno, es decir el análisis de compatibilidad a cargo de los órganos de un Estado que ha ratificado la Convención Americana.-

Señala Néstor P. Sagües³³² que “*Sobre la base del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los autos “Almonacid Arellano c/ Gobierno de Chile”, en el cual el tribunal se refirió al control de convencionalidad que los Poderes Judiciales de cada país debían realizar respecto de sus derechos internos, ...*”, para luego al final de ese mismo trabajo señalar que: “*Hasta el momento se ha discurrido acerca del “control de convencionalidad” como un deber de los jueces nacionales, según las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero ella también lo practica materialmente, cuando reputa incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica a ciertas cláusulas constitucionales o leyes nacionales opuestas al pacto*”. Con lo que de la lectura de tales párrafos surge también esta diferenciación entre control interno y externo de convencionalidad, marcando el punto de partida del control interno de convencionalidad en este caso “Almonacid Arellano vs. Chile”. El mismo autor Néstor P. Sagües³³³, clarifica aún más este pensamiento cuando señala que “*la corte interamericana hace el control de convencionalidad cuando en sus veredictos ella descarta normas locales, opuestas al pacto de San José de Costa Rica. A eso se lo ha denominado control de convencionalidad en sede internacional para diferenciarlo del que imperativamente asigna a los jueces domésticos en Almonacid Arellano, que aluden al control de convencionalidad en sede nacional*”.-

Lo importante es entonces que el control de convencionalidad ya no es el control interamericano a cargo de la Corte IDH cuyo sendero ya había iniciado la Corte IDH desde el caso “Las Palmeras vs. Colombia” (de fecha 04-feb-2000), sino que ahora se da origen al control de convencionalidad interno a cargo del propio Estado, es así como “Almonacid Arellano vs. Chile” (de fecha 26-sept-2006) es el origen formal de este tipo de control de convencionalidad interno.-

³³² Sagües, N.P., *El Control de Convencionalidad, en Particular sobre las Constituciones Nacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2009-B.761.

³³³ Sagües, N.P., *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. Estudios Constitucionales*. Chile, Universidad de Talca, 2010, vol. 8 N° 1, pp117-136.

Adviértase que la Corte IDH uso la expresión “**especie de control de convencionalidad**” y que luego, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” Sentencia del 24-NOV-2006, estableció a secas (sin expresión especie) que ese “control de convencionalidad” debía ser de oficio, y señaló que: “... *cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidas a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...*”. -

El mismo Juan Carlos Hitters³³⁴, señala que: “La Corte regional no se ocupa de la legislación doméstica, sólo escruta si la misma transgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y otros tratados), y si advierte esa falencia, así se lo hace saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal”. –

³³⁴ Hitters, J.C., *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2007- C. 875.

2.- EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

Establece el art. 19 de la CN el principio de “reserva legal” o principio de legalidad, en cuanto señala que: “...*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.-

Ahora bien, el art. 18 de la CN dispone a su vez que “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso,...*”, y al respecto autores como Gregorio Badeni³³⁵, señalan que “*Si bien la cláusula constitucional alude a los juicios penales, consideramos que ella es aplicable a todo tipo de proceso judicial o administrativo, porque en todos ellos rige el principio de legalidad*”.-

Este enunciado del art. 19 C.N. es conocido en doctrina como “principio de clausura”, que implica que “*Todo lo que no está expresamente prohibido está permitido*”, o como lo señala Miguel Ángel Ekmekdjian³³⁶, “*en la actividad del individuo lo normal es la libertad, y las restricciones a esa libertad son la excepción, por lo cual tienen que estar expresamente establecidas en una ley*”.-

En la misma sintonía, el art. 14 de la C.N. establece que “*Todos los habitantes gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio,...*” con lo que se pone nuevamente en la ley la atribución para reglamentar el ejercicio de los derechos.-

Al respecto, en el año 1941 en el caso “Cimadamore”³³⁷, la Corte de Justicia de la Nación, resolvió que: “*Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los Derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca*”. - Criterio reiterado en “Naviero de la Serna de López” Fallos 315:2771; “Espacio S.A.” Fallos 316:3157, “El Rincón de los Artistas SRL” Fallos 326:3700.-

³³⁵ Badeni, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, p.1101.

³³⁶ Ekmekdjian, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 2001, t.II p.389.

³³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cimadamore, Esio B.” Fallos 191:248, Buenos Aires, 19/11/1941.

El principio de legalidad, conforme también lo señala María Angélica Gelli³³⁸ requiere la existencia de ley emanada del Congreso y sancionada y promulgada por el Poder Ejecutivo mediante los requisitos constitucionales.-

Debemos tener presente que ya la “Declaración de Derechos de 1689” (Bill of Rights) redactada por el Parlamento vino a establecerle al nuevo Rey, como primera medida, que: *“El Rey no puede crear o eliminar leyes o impuestos sin la aprobación del Parlamento”*.-

Y que fruto de la Revolución Francesa, la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789 en su art. XVI estableció que: *“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”*. Antes en el art. IV señaló que: *“... El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por Ley”*. De igual modo en el art. V señaló: *“... Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena”*.- y en el VI que *“La ley es expresión de la voluntad de la comunidad”*.-

Similares fundamentos a la actuación del Congreso los enuncia Carlos Santiago Nino³³⁹, al definir la función de orientación política que cumple el Parlamento, expresando que: *“No solamente el Congreso por su carácter colegiado actúa mediante discusión, sino que esa discusión tiene un carácter público que hace que ella retroalimente el debate en el ámbito de la sociedad en general. Por otro lado, el carácter pluralista del Parlamento contribuye a que la orientación general deba ser consensuada entre sectores con ideologías e intereses diferentes, cuando o bien no hay ninguno de ellos que tenga la mayoría necesaria para impulsarla por sí misma, o bien, cuando la intensidad del conflicto entre intereses contrapuestos o la profundidad de las reformas que deben encararse, requieren un consenso vasto”*.-

³³⁸ Gelli, M.A., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p.371.

³³⁹ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2013, pp. 531-532.

Al respecto, señala Hernán Gullco³⁴⁰ que: *“Y es claro además que, bajo el concepto de ley, no debe entenderse cualquier norma general emanada de los poderes públicos, sino tan sólo aquellas denominadas leyes “formales”, es decir, las emitidas por el Poder Legislativo”*.-

Miguel Ángel Ekmekdjian³⁴¹, aclara lo que denomina el “teorema de la especificidad de competencias de los órganos”, según el cual: *“En el derecho público la competencia de los órganos del poder es específica, es decir que éstos están autorizados para ejercer sólo aquellas atribuciones que les han sido conferidas expresamente por las normas, a diferencia de lo que sucede en el derecho privado con la capacidad de las personas, las cuales pueden ejercer todos sus actos jurídicos, excepto aquellos respecto a los cuales tengan alguna prohibición expresa”*.-

Dijimos antes que por el “principio de clausura”, las prohibiciones sólo pueden ser establecidas por ley, pero ocurre que la palabra “ley” tiene al menos un sentido ambiguo que dificulta su interpretación.-

Así, destaca Miguel Ángel Ekmekdjian³⁴² que *“Los autores distinguen entre ley formal y ley material. La primera es todo acto emanado del Poder Legislativo. En nuestro país, corresponde a los actos del Congreso Nacional, de las legislaturas provinciales y de los concejos deliberantes de las municipalidades. La ley en sentido material, en cambio, es una norma emanada de autoridad pública, que impone conductas en forma abstracta a determinadas categorías de individuos”*.-

Ahora bien, si ley fuera norma emanada de autoridad pública, el art. 19 de la CN diría: *“Nadie está obligado a hacer lo que la autoridad no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”*, con lo que queda claro el modo en que se desnaturalizaría el principio.-

Y concluye Miguel Ángel Ekmekdjian, en que: *“Es por eso que cuando la Constitución Nacional se refiere a la “ley” a secas, debe entenderse como ley formal, esto es, emanada del Poder legislativo”*. Y aclara el autor, que este es uno de los fundamentos del

³⁴⁰ Gullco, H., “Los Decretos de Necesidad y Urgencia como un Peligro para la Democracia”, en *La Constitución en 2020, 48 Propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, p. 273.

³⁴¹ Ekmekdjian, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 2001, t.I, p.33.

³⁴² Ekmekdjian, M. A., *Tratado de Derechos Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 2001, t. II, p. 389.

“Estado de Derecho” que propugna el gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres.-

Con motivo del referenciado principio de legalidad, surgen para el autor mencionado, dos consecuencias: “a) *El único órgano que puede imponer obligaciones a los habitantes, fundamentalmente mediante la reglamentación de los derechos individuales, es el Congreso nacional, por medio de su expresión normal, esto es, la leyes sentido formal. ... y b) Las personas están facultadas a hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por una ley. Esto significa que la situación normal del individuo es la de libertad, y que esta libertad sólo puede ser restringida mediante un acto del Congreso*”.-

En igual sentido, Alberto Ricardo Dalla Via³⁴³ refiriéndose al art. 19 CN señala: “*Pero además de la premisa lógica “lo que no está prohibido está permitido”, la parte final del artículo agrega un elemento lógico formal de legitimidad y es que tal prohibición o autorización debe ser efectuada por ley. Se sacraliza de ese modo, como eje o fundamento de nuestro sistema, la necesidad de que la expresión de la voluntad general deba ser formal y conforme a los procedimientos que la constitución determina*”.-

Es tal el valor del principio de legalidad, que adviértase que el art. 27 del Pacto de San José de Costa Rica, al establecer la posibilidad de “*suspensión de garantías*” por casos de “*guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte*”, se encarga de aclarar en el párrafo 2, que aún en ese supuesto excepcional tal disposición no autoriza a la suspensión del principio de legalidad establecido en el art. 9 de la CADH.-

Respecto de esto último Pablo Larsen³⁴⁴ señala: “*Resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el art. 27.1. Además, aún cuando estas condiciones sean satisfechas, el art. 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se pueden suspender en ningún caso*”.-

Así lo estableció la Corte IDH en la OC N° 08/87 del 30-01-1987 en párrafo 21 al señalar que: “*Todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que*

³⁴³ Dalla Via, A. R., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 194.

³⁴⁴ Larsen, P., *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Análisis de la Aplicación de la Parte Primera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 451.

circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia". Luego en el párrafo 24 agrega que: *"Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceñirse. ... Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables"*.-

En efecto, en la OC N° 06/86 párrafo 32, la Corte IDH señaló que: *"En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común"*.-

2.A.- OC N°06/86 de la Corte IDH. -

La reforma constitucional de 1994 estableció en el art. 75 inc. 22 la jerarquía constitucional de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica).-

Como sabemos, la República Argentina aprobó la CADH a través de Ley 23.054 en cuyo artículo 2, la Argentina estableció: *"Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad"*.-

Dicha Convención, establece en el art. 30 que: *"las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"*.-

Ahora bien, sucedió en el año 1985 que la República de Uruguay sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva acerca del alcance de la expresión "leyes" empleada por el art. 30 de la CADH.-

La CADH en su art. 64 establece el sistema de opiniones consultivas de la Corte IDH a través de dos (2) modalidades. A saber: “1) *Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos...*” y por otra parte, “2) *La Corte a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales*”.-

Es decir que en un caso la consulta de los Estados hacia la Corte Interamericana, está referida a la “*interpretación de la convención americana o de otros tratados de derechos humanos*”, mientras que en el otro caso, está referida a la “*compatibilidad de una norma interna y los instrumentos internacionales*”.-

Recordemos que entre las opiniones previstas en el art. 64.1 CADH (interpretación de la Convención) y las previstas en el 64.2 CADH (compatibilidad de la CADH con las leyes internas) existe una diferencia importante en cuanto al sistema de notificaciones, ya que la segunda de dichas consultas (64.2 CADH) puede evacuarse sin contar con el punto de vista del resto de los Estados además del solicitante, mientras que en el primer supuesto (64.1 CADH) todos los Estados son consultados. Y que tal como lo señala la doctrina, la Corte IDH llama “consultas” a las primeras y “opiniones” a las segundas. Es decir que en el caso de la OC N° 06/86 tiene la particularidad de que se ha tratado de una “consulta” evacuada por la Corte IDH previa opinión del resto de los Estados miembros de la Convención.-

Justamente el primer supuesto, fue el caso de la consulta del Uruguay para que la Corte IDH brinde una opinión consultiva respecto del alcance de la expresión leyes en el contexto del art. 30 de la Convención.-

Que con respecto a la expresión “leyes” referida en el art. 30 de la CADH, la Corte IDH, en respuesta, le ha atribuido interpretación en el sentido formal, indicando que cuando la Convención habla de ley, debe entenderse que se está refiriendo a una ley adoptada por el Poder Legislativo.-

La Corte IDH (OC N° 06/86 párrafo. 26) dijo que: “*No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el art. 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues*

ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual los derechos esenciales del hombre ... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.-

Y sigue analizando, que: *“la expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el art 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.*

Así, en la OC N° 06/86 del 09-05-1986, la Corte Interamericana interpretó que: *“... La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de los cuales, acaso la más relevante tenga que ser **que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.** A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”.*

Continúa la OC N° 06/86 diciendo (párrafo 22 y 24) que: ***“La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”***. -

Además, siguiendo en esta materia a Mario Midón³⁴⁵, ***“el considerando fulmina como insuficiente a los fines de restringir derechos, la sola existencia de ley formal cuando ella no está acompañada de los presupuestos mínimos de legitimidad y bien común”***.-

Tania Gabriela Rodríguez Huerta³⁴⁶, señala que los derechos humanos pueden ser limitados en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad, y en comentario al art. 30 de la CADH aclara que ***“El segundo límite de toda restricción de derechos es que la misma debe de estar establecida en una ley. Como lo establece el art. 30 de la Convención, las restricciones permitidas no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general. La Corte Interamericana ha interpretado “ley” en sentido formal: ... no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el art. 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público (...) La Corte concluye que la expresión leyes, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo (...)”***.- Corte IDH. La expresión “leyes” en el art 30 de la CADH. OC N° 06/86, de 9 de Mayo de 1986, parr. 26 y 27.-

Se fundamenta el sentido de tal interpretación, en opinión de la mencionada Tania Gabriela Rodríguez Huerta en que ***“Al establecerse las limitaciones a los derechos a través de una ley en sentido formal y someter dicha restricción al proceso legislativo, se permite a las minorías expresar su inconformidad o desacuerdo lo que logra evitar que la mayoría actúe***

³⁴⁵ Midón, M., *Control de Convencionalidad*, Astrea, 2016. pág. 160 y 161.

³⁴⁶ Rodríguez Huerta, T.G., *Art. 30 Alcance de las Restricciones en Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Eudeba, 2014, pp. 715-718.

arbitrariamente. Los principios de legalidad y reserva de ley constituyen un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”. “El requisito de que las restricciones se encuentren establecidas en ley, busca evitar la imposición de restricciones a través de decretos legislativos además que presuponen el requisito de generalidad”.-

Ha dicho además la Corte IDH en la OC N° 06/86 que: *“lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no se desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos en la Convención”.-*

Cabe señalar, que simultáneamente, por la reforma constitucional de 1994, el nuevo artículo 75 inc. 22 le dio jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales entre los que se incluye la CADH (Pacto de San José de Costa Rica) que como se señaló, en su artículo 30 limita la posibilidad de que exista una restricción a un derecho que no fuera por ley emanada del parlamento.-

Entonces, cabe razonar respecto de la especial situación en la que se encuentran los DNU restrictivos de derechos, ya que el art. 30 de la C.A.D.H. no parece admitirlos como instrumentos válidos para restringir derechos.-

Supo expresar German J. Bidart Campos³⁴⁷, que: *“El principio de legalidad queda vulnerado después de la reforma de 1994: a) cuando el poder ejecutivo rebalsa la estricta y excepcional competencia para dictar decretos de necesidad y urgencia, o sea cuando incumple el marco condicionante que habilita el art. 99 inc. 3 y los emite con arbitraria discreción ... “ y luego agrega refiriéndose a esta situación: “... son inconstitucionales no solamente en relación con la división de poderes por trasuntar un ejercicio irregular de competencias, sino además y simultáneamente porque no puede obligarse a las personas a hacer o a omitir lo que la ley no manda o no prohíbe; cuando el ejecutivo mando o prohíbe evadiendo el perímetro que la constitución le impone para reemplazar excepcionalmente a la*

³⁴⁷ Bidart Campos, G.J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I-A, pp. 804-805.

ley del Congreso, transfiere con su violación un deber o un impedimento inconstitucionales a quienes solamente la ley puede gravar con ellos”.-

Sobre este aspecto, dice Mario Midón,³⁴⁸ que: *“Sin embargo, la salvedad jurisprudencial que realiza el suprema americano, conlleva –por carácter transitivo- a la consiguiente descalificación de los decretos de necesidad y urgencia en cuanto instrumento válido para restringir derechos. Es que ni en este pronunciamiento, ni en otro posterior, el tribunal supranacional ha brindado cobertura a la producción de este tipo de actos, como lo había hecho con la legislación delegada”. “A propósito, debemos recordar que esta determinación de la Corte Supranacional se produjo en 1986, o sea que es anterior a la reforma constitucional de 1994. De manera que, a la fecha en que sesionó la Convención Constituyente, el dictamen era más que conocido por el poder constituyente, cuyos integrantes sancionaron el inc. 3 del art. 99 dando vida formal al instituto de decretos de necesidad y urgencia”. Y concluye Mario Midón expresando, en que “Teniendo en cuenta que, de manera regular, toda reglamentación impone algún grado de restricción a los derechos, la prédica aspira - como mínimo - a la transitoriedad de esa reglamentación de excepción. En otras palabras, no podrá reglamentarse en forma definitiva o cuasidefinitiva, como se estila en nuestra praxis, derecho o libertad alguna mediante la controvertida figura del art. 99 inc. 3”.-*

Al respecto, Albanese³⁴⁹ señala que: *“El Poder Ejecutivo deberá abstenerse de emplear esa atribución si de su uso pudiera surgir una restricción a los derechos convencionales o a desvirtuar el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención, de acuerdo con las pautas debidamente diagramadas por la Corte IDH”.-*

Un importante antecedente de la Corte IDH es el caso **“Esther y otros v. Brasil”** (Sentencia del 06-JUL-2009. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 130), donde señala que: *“El primer paso para evaluar si la afectación de un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida cuestionada cumple con el requisito de legalidad. **Ello significa que las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una***

³⁴⁸ Midón, M., *Control de Convencionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 161-163.

³⁴⁹ Albanese, S., “Las Opiniones Consultivas en la Estructura del Control de Convencionalidad” en *Libro de Derechos Humanos, Reflexiones desde el Sur*, p. 19.

restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material”.-

Tal criterio ya había sido expuesto por la Corte IDH en el caso “Tristán Donoso vs. Panamá” Sentencia del 27-EN-2009 en igual sentido de que el primer paso era evaluar si la injerencia al derecho establecido provenía de ley formal.-

Como sabemos, el art. 1 de la CADH establece que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeto a su jurisdicción ...” mientras que el art. 2 de la CADH expresa que: “..., los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuera necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.-“El Estado, al emitir una ley debe cuidar de que se ajuste a la normativa internacional de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual sea parte” (Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia del 02-FEB-2001 – (Fondo, Reparaciones, Costas), párr. 83).-

“Si los Estados tienen, de acuerdo con el art. 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del art. 2 de la Convención”. (Hilaire Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia del 21-JUN-2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 113).-

En el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” de fecha 26-09-2006 la Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual “El Poder Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”, frente a lo cual “El Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”.-

Y agrega Jorge Alejandro Amaya³⁵⁰ que “Si bien la corte declaró ser consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello... obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, recordó que: “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vea mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”.-

En definitiva, el Tribunal indicó que el Poder Judicial debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana. –

Ahora bien, la circunstancia de que en la República Argentina la Ley 26.122 haya establecido en sus arts. 22 y 24 un sistema de aprobación ficta de los DNU, y que tal criterio haya venido aplicándose, no implica un obstáculo para rediscutir si dicho sistema se adecua o no a los parámetros establecidos en la CADH, de rango constitucional conforme art 75 inc. 22 de la CN.-

En efecto, “Es inadmisibles que una cantidad de leyes o de violaciones de la Constitución, por muchas que fueren, comporten un poder que no existe o abonen una interpretación injustificada. Una prolongada aquiescencia del Congreso o del Poder Ejecutivo, por la cual los derechos de las partes hayan sido determinados y adjudicados, no convierte en constitucional lo que es inconstitucional” (Suprema Corte de los Estados Unidos, “Fairbank v. United States, 181, US 283, 307).-

Al respecto el art. 29 de la CADH, establece que aquella debe ser aplicada por sobre las disposiciones de derecho nacional cuando ella parece ofrecer mayor protección a los individuos contra el abuso del poder estatal que las disposiciones de derecho interno. -

Así, conforme criterio expuesto en el caso “Brusa” Fallos 326:4816 cualquier duda acerca de la compatibilidad entre el art. 99 inc. 3 de la CN y el art. 30 de la Convención Americana deberían resolverse a favor de la solución más garantista prevista en la norma

³⁵⁰ Amaya, J. A., *Control de Constitucionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015. pp. 362-265.

convencional. Se evita de ese modo, cualquier posible responsabilidad internacional de nuestro país por violar un tratado internacional como lo es la Convención Americana. –

En “Brusa” la CSJN señaló que: “A los fines de la interpretación de la irrecurribilidad consagrada por el art. 115 de la Constitución Nacional, más allá de la finalidad perseguida por los convencionales constituyentes, es necesario armonizar aquel precepto con las restantes cláusulas constitucionales y con las normas internacionales a las que la reforma de 1994 ha conferido igual jerarquía, particularmente, el art. 25 de la Convención Americana Sobre Derecho Humanos”. “Dado que el Pacto de San José de Costa Rica, exige que, ante la invocada violación de derechos fundamentales reconocidos, exista una efectiva posibilidad de acceso a un órgano judicial estricto sensu y toda vez que el Jurado de Enjuiciamiento previsto por el art. 115 de la Constitución Nacional no es un tribunal judicial rigurosamente atento su naturaleza mixta, su sola intervención no satisface los requerimientos del art. 25 del Pacto, tornando admisible la revisión judicial de las decisiones de aquél, en supuesto de violación al debido proceso legal o el derecho de defensa del magistrado”.-

2.B.- Fuerza vinculante de la Opinión Consultiva 06/86. -

Es sabido que la CADH, atribuye a la Corte IDH no sólo la competencia para la resolución de casos contenciosos que se le presente, sino además una competencia consultiva que comprende la atribución de responder consultas que le sean formuladas a tenor de lo establecido en el art. 64 de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica, generándose necesidad de establecer cuál es el valor o efecto de tales opiniones.-

Así, los artículos 61, 62 y 63 de la Convención rigen en su función jurisdiccional, mientras que el art. 64 de la Convención rige en su función consultiva. -

En OC N° 01/82 de fecha 24-09-1982 párrafo 51 la Corte IDH precisando los alcances de tal competencia, entendió que: “*No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el art. 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo*”.-

Luego por OC N° 03/83 de fecha 08-09-1983 en párrafo 32 la Corte IDH precisó que: *“En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito cumple una función asesora”*. Luego en párrafo 43 agrega que la Convención a través de la función consultiva que le confiere a la Corte IDH: *“crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”*.-

La Corte IDH luego tuvo ocasión de referirse al valor de tales dictámenes a través de la OC N° 15/97 de fecha 14-11-1997, en cuyo párrafo 26, señaló que: *“Además, aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”*.-

Luego, con el paso del tiempo, la propia Corte IDH a través de OC N° 21/2014 de fecha 19-08-2014, en particular en el párrafo 31, refirió que cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, y luego agregó que: *“Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”*. No es menos importante que en dicha OC N° 21/14 la Corte IDH advirtió que el no acatamiento de las opiniones consultivas puede traducirse en responsabilidad internacional para el Estado infractor.-

Con lo que en la OC N° 15/97 la Corte IDH destaca los efectos jurídicos innegables de las opiniones consultivas, y luego en la OC N° 21/14, la Corte IDH como máximo intérprete de la Convención, que sus opiniones consultivas deben ser tenidas en cuenta por los Estados en ocasión de realizar el control de convencionalidad. -

Fabián Omar Salvioli³⁵¹, analiza la situación del valor de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH y concluye en que: *“Una interpretación pro personae del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir en el punto que las decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la Convención Americana u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cualquiera de las funciones que la Convención Americana le asigna”*. -

Héctor Faúndez Ledesma³⁵², critica el tratamiento que la Corte IDH le ha dado al valor de la función consultiva, y señala que éstas *“no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que no se puede eludir por los Estados Partes de la misma”*. Luego concluye en que: *“si quien solicita la consulta es un Estado de la OEA que no ha ratificado la Convención, para el momento en que aquel Estado decidiera ratificar la Convención estaría obligado a ajustar su legislación interna a los términos de la opinión emitida previamente por la Corte”*. -

En trabajo publicado por Pedro Nikken³⁵³ el autor, que fuera presidente de la Corte IDH, señala que aun cuando la Corte a través de la Opinión Consultiva responde una consulta, la función sigue siendo jurisdiccional, señala que sea en el campo contencioso, sea en el campo consultivo, la función de “aplicar o interpretar” el Pacto de San José de Costa Rica la

³⁵¹ Salvioli, F.O., La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Marco Legal y Desarrollo Jurisprudencial en *Homenaje y Reconocimiento a Antonio Cançado Trindade*, Brasilia, Sergio Fabris, 2004.

³⁵² Ledesma, H.F., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, San José de Costa Rica, Edit. HDH, 1999. pp. 603-610 citado por Fabián Omar Salvioli.

³⁵³ Nikken, P., La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Biblioteca Virtual UNAM, 2003, pp. 161-184.

Corte IDH actúa como órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional. Al respecto señala que las Opiniones Consultivas están dotadas de “efecto práctico virtual”, y que el ejercicio de la función consultiva repercute en las esferas concretas de la actividad estatal.- Lo sintetiza diciendo que: *“La interpretación de la Convención Americana, cuando resulta de una Opinión Consultiva de la Corte, no es una interpretación cualquiera, pues se trata de conclusiones obtenidas, por el órgano que la misma Convención creo con el propósito de interpretar la Convención”*. Asimismo ha señalado que: *“La corte ha considerado sus opiniones consultivas, fundadas sobre el art. 64 de la Convención, como fuente jurisprudencial de derecho internacional para resolver numerosos casos contenciosos”*.-

Según Nikken, las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: *“Si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del derecho internacional, que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados Americanos, para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales”*.-

No puede además perderse de vista que la Argentina, al adherir al Pacto de San José de Costa Rica, por Ley 23.054 (año 1984), expresamente en su artículo 2 reconoció competencia a la Corte IDH para la interpretación de la Convención, *“sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención”*.-

En la doctrina argentina, ha sido también motivo de debate el valor que tienen las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, así vemos que Horacio Rosatti³⁵⁴, en importante opinión por su doble carácter de Juez de la CSJN pero además por la actuación que tuvo como Convencional Constituyente en Reforma Constitucional de 1994, sostiene que el seguimiento de la jurisprudencia interamericana debe discernir entre diferentes hipótesis: *“Se debería: 1) **Cumplir**: las sentencias en las que el Estado es parte (art. 68 del Pacto de San José de Costa Rica) si no violentan los principios del derecho público Argentino. 2) **Tener en consideración como factor de vinculatoriedad potencial**: a) Las sentencias de*

³⁵⁴ Rosatti, H., *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2013, pp. 98-99.

casos idénticos cuando el Estado ha sido parte, previendo un resultado similar; b) Las opiniones Consultivas referidas al caso concreto en el que el Estado es parte. 3) **Ponderar como criterio útil:** a) las sentencias de casos similares (no idénticos) referidos al propio Estado; b) las sentencias de casos similares (no idénticos) referidos a otros países cuya normativa interna sea similar a la del propio país; c) las opiniones consultivas referidas al caso concreto y al propio país; 4) **Valorar como referencia:** a) Las opiniones consultivas referidas a casos similares (no idénticos) del propio país o de otro país vecino; b) los considerandos de las sentencias y opiniones consultivas”.-

Resulta entonces que las opiniones consultivas para el autor, tienen un valor que depende de los casos antes señalados, aunque se encarga luego de aclarar que la argumentación en caso de apartamiento de la jurisprudencia interamericana debería formularse como un “deber” para las hipótesis encuadradas en los ítems 1, 2 y 3 y eventualmente como una “recomendación” para los casos encuadrados en el ítem 4.-

2.C.- Inconvecionalidad por Omisión. -

Ahora bien, que sucede cuando el Estado parte no cumple en adecuar su normativa a los parámetros establecidos en la CADH, esto es cuando pese al claro mandato del art. 2º de la CADH, el Estado parte no armoniza su legislación interna y omite cumplir con tal adecuación.-

Ya lo expresa Néstor Pedro Sagües³⁵⁵, en cuanto a que: *“El principio de la supremacía constitucional tiene sustento normativo (p.ej., el art. 31 de la Constitución Argentina), pero además requiere sustento conductista, es decir, el comportamiento de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, como de castigar las infracciones a tal supremacía”.-*

En tal caso, ingresamos a la temática de la inconstitucionalidad por omisión, es decir que sabemos que el estándar del control de convencionalidad, tiene por objeto que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales, pero el asunto es la situación que se plantea cuando un Estado omite el cumplimiento de ese deber constitucional.-

³⁵⁵ Sagües, N.P., Prólogo al libro de Alberto B. Bianchi en *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 1992, pp. 13-14.

El mencionado art. 2 de la CADH, refiere al deber del Estado de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, con lo que el control de convencionalidad a cargo de la jurisdicción, abarcará tanto las acciones lesivas a la CADH como asimismo las omisiones estatales contrarias a ella.-

Seguiré en el desarrollo de este aspecto al reconocido Dr. Víctor Bazán³⁵⁶, quien manifiesta que: *“Aquella obligación jurisdiccional de los jueces nacionales de aplicar el derecho internacional lejos está de ser una entelequia para la magistratura jurisdiccional, en cuyo bagaje de insumos analíticos para fundamentar sus fallos no puede faltar la letra de la CADH; como tampoco sería válido prescindir de la lectura que del texto y del espíritu de tal pacto ha realizado el nombrado tribunal interamericano”*.-

Y sigue: *“En la lógica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se conecta con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos para pugnar porque los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional, además de la convergencia de razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano”*.-

“Las omisiones inconstitucionales no pueden quedar inatacadas sólo porque el órgano legislativo inoperante no diseñe los dispositivos procedimentales idóneos para combatirlas, porque paradójicamente en tal hipótesis el remedio contra aquellas quedaría en manos de unos de los principales responsables de tal incumplimiento. Además, no es difícil imaginar que la implementación de mecanismos de contralor por el cuerpo parlamentario, que lo tenga justamente como principal destinatario de semejante fiscalización, muy probablemente no despertará euforia o hiperactivismo entre sus filas. Por consiguiente, recaerá en la magistratura jurisdiccional la faena de trazar tales vías procesal – constitucionales si aquel dejara de hacerlo”. -

En efecto, detectada la omisión inconstitucional debe decidirse la producción de remedios tendientes a superarlas, por ello el autor mencionado habla de **tensión entre**

³⁵⁶ Bazán, V., *Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por Omisión*, publicado en Sup. Const. 2009 (septiembre), La ley, p. 1240.

constitucionalismo y democracia, en razón de que los jueces deben ponderar principios capaces de desplazar reglas, es decir no una mera subsunción en la aplicación del derecho.-

Ahora bien, se distingue el **supuesto de omisión absoluta** que ocurre cuando media ausencia de la norma que deberá regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente, del caso de la **omisión relativa** que ocurre cuando el legislador al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente.-

“En referencia a las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, **cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución**” (Biscaretti Di Ruffia Paolo, Derecho Constitucional, pág. 269, Colección Ciencia Sociales n°48, Madrid, tecnos, 1965).-

Reafirma esa idea Víctor Bazán ³⁵⁷, diciendo que. *“En otras palabras, y aunque suene recurrente, es claro que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino, también, por omisión, concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros”*. Y amplía diciendo: *“Ello sentado, ¿sería lícito (y, principalmente, legítimo) permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhibieran la vigencia de la Constitución o paralizaran el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? Obviamente, la respuesta al interrogante debe ser negativa ya que la supremacía de la Constitución es indisponible para los mencionados órganos”*. Para finalizar, dice: *“El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue -inter alia- “recomponer” el imperio de la Ley Fundamental, cuya primacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente”*. “En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado”. (Villaverde Menéndez, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión”, p. 3, McGraw-Will, Madrid, 1997).-

³⁵⁷ Bazán, V., La Ley, 2004-A, 602.

Destaca **Francisco Fernández Segado**³⁵⁸, en relación a la problemática que plantea la fiscalización de las inacciones del legislador, que se pueden delimitar una serie de presupuestos configuradores de la omisión inconstitucional. “A) *El primero de esos presupuestos es el incumplimiento de un deber constitucional de legislar. ... No basta, pues, la inacción; es preciso que la pasividad del legislador entrañe la inobservancia de un deber constitucional de legislar. ... B) El segundo presupuesto es el transcurso de un período de tiempo razonable. ... se traduce en un juicio sobre el tiempo en que debería ser elaborada la norma, por lo que ninguna omisión puede ser descrita en abstracto, sino tan solo en concreto...* C) *El tercer presupuesto es el efecto objetivo de violación de la Constitución. ... No nos hallamos ante una omisión inocua desde el punto de vista jurídico, sino que al generar la aplicación de normas implícitas en contradicción con la Constitución o la pervivencia en las relaciones jurídico-sociales de situaciones en franco contraste con los postulados constitucionales, se traduce en frontales vulneraciones de la lex superior... La doctrina ha puesto el acento particularmente en la lesión de derechos que puede desencadenar la ausencia de norma legislativa. ... D) **La intencionalidad de la inactividad del legislador, lejos de poder considerarse un presupuesto de la omisión inconstitucional, es por entero intrascendente a los efectos que nos ocupan. ... En definitiva, creemos por entero irrelevante, a los efectos del instituto que nos ocupa, la intencionalidad del legislador**”.-*

La Corte IDH ha dicho (Corte IDH, 12-8-08, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”), que la adecuación de preceptos nacionales “*implica la adopción de medias en dos vertientes: 1) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio y 2) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dicha garantías*”.-

Recordemos además, que la Corte IDH en su OC N° 13/1993 del 16-07-1993, sostuvo, refiriéndose a la CADH que “*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2.*”

³⁵⁸ Fernández Segado, F., “El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas” en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, pp. 360-366.

También, por supuesto dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”

Con ello, tal como enseña **Mario A. R. Midón**³⁵⁹, “Por lo pronto, el deber que asumió el Estado Argentino al incorporarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en lo referido a respetar y garantizar los derechos humanos y adoptar sus disposiciones internas para hacer efectivos esos derechos, **es obligación que compromete a todo el espectro del poder**. De allí que, tanto el Ejecutivo, como el Legislativo y los órganos extrapoder deben, al momento de desarrollar sus funciones, producir actos internos en consonancia con las regulaciones del Pacto, cumpliendo todos sus postulados”. “Es decir que **el autor de normas debe ser cuidadoso en su elaboración** para evitar que, con su acción u omisión, descalifique los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos asumidas como obligación por el Estado (art. 1, CADH); pero a la vez, en ese proceso de formación legislativa su productor deberá también ser lo más diligente posible para que en ocasión de emitir el precepto satisfaga el compromiso de adaptar las medidas necesarias para hacer efectivos esos derechos y garantías (art. 2 CADH)”.-

Fue el criterio de la Corte IDH en “Gelman vs. Uruguay” del 20-3-14 cuando reiteró que: “**Es obligación propia de todo poder, órgano u autoridad del Estado parte de la Convención**, los cuales deben en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”.-

En relación a los efectos del control de convencionalidad, es de suma utilidad transcribir la opinión de Mario Midón³⁶⁰, quien aclara que: “*Cuando el tribunal nacional constata que una norma o un acto, en un caso concreto que le es sometido, es contrario a la CADH, tiene el deber de proclamar su inconvencionalidad, tacha que importa que el precepto así calificado será inaplicado en tal supuesto. Ni los jueces nacionales ni la Corte IDH en ejercicio del control de convencionalidad tienen potestades derogatorias respecto de los preceptos lesivos del orden convencional. Sus respectivos cometidos, en lo que hace al*

³⁵⁹ Midón, M.A.R., *Control de Convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 108-119.

³⁶⁰ Midón, M.A.R., *Control de Convencionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, p. 111.

control, concluyen con la negativa a valerse de esas disposiciones contrarias al ordenamiento. Allí termina su competencia.”-

3.- ANÁLISIS FINAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE UN DNU A PARTIR DE LA OPINION CONSULTIVA 06/86 Corte IDH

Definido el control de convencionalidad como un examen de compatibilidad entre las normas del derecho interno y la CADH, debemos señalar que ese control puede materializarse en la faz consultiva como asimismo en la faz contenciosa. -

Así, en la faz consultiva la CIDH es competente para calificar a una norma del derecho interno como violatoria de la CADH atribución que le fue expresamente reconocida por la Corte IDH en OC N° 13/93 del 16-07-1993 y que además ese examen de compatibilidad puede concretarlo la CORTE IDH tanto en forma abstracta en la vía consultiva prevista en el art. 64.2 de la CADH como en la vía contenciosa, esto es en la resolución de un caso en concreto, tal como fue aclarado en OC N°14/94 del 09-12-1994.-

Ambas Opiniones Consultivas de la Corte IDH (OC 13/93 y OC 14/94) delimitan, conceptualizan, diseñan y aclaran el alcance el control de convencionalidad a cargo de los organismos internacionales (Comisión IDH y Corte IDH), vía consultiva y contenciosa. -

En esa última vía judicial, contenciosa o de resolución de controversias, el control de compatibilidad puede concretarse por la Corte Interamericana (externo o supranacional), pero además, tal control de compatibilidad puede y deber ser efectivizado por los órganos de los Estados miembros de la convención (interno o doméstico). -

Es común que se explique el origen del “Control de Convencionalidad” como creación pretoriana o jurisprudencial de la Corte IDH a partir del caso “Almonacid Arellano vs. Chile” año 2006, siguiendo el criterio adoptado por la Corte IDH en el voto razonado del Juez Dr. Sergio García Ramírez en “Mirna Chang vs. Guatemala” año 2003 pero sin hacer la diferenciación señalada en el párrafo anterior. Ello es así, y ahí está el origen del control si nos referimos al control judicial de convencionalidad interno, que nace de dicha jurisprudencia de la Corte IDH. -

Sin perjuicio de lo anterior, me permito señalar, que la fuente normativa del control de compatibilidad se encuentra en la misma CADH, (art. 1, 2, 41, 64.2 y conc. de la CADH del año 1969) y la silueta del control se fue diseñando en su faz consultiva y contenciosa con las Opiniones Consultivas de la Corte IDH (OC N° 2/82 OC N° 13/93 y N° 14/94 entre otras).-

Destaco que fue tomando forma la competencia contenciosa para el control de compatibilidad con las disidencias del Juez Dr. Cançado Trindade (El amparo vs. Venezuela; Caballero Delgado vs. Colombia y Genie Lacayo vs. Nicaragua) para definirse conceptualmente a mi modo de ver en el caso “Las Palmeras c. Colombia” (año 2000), en particular en lo que hace al control contencioso de convencionalidad externo o supranacional a cargo de la Corte Interamericana. -

Debe reconocerse que el nombre o la voz “control de convencionalidad” ha sido por primera vez pronunciada por el Juez Sergio García Ramírez (Mirna Chag vs. Guatemala) en el año 2003 para tener acogida por la Corte en pleno a partir de “Almonacid Arellano vs. Chile” (año 2006), dando nacimiento al llamado control judicial de convencionalidad interno, esto es un control a cargo de los Estados signatarios de la convención. -

Pero en definitiva, el control de compatibilidad ha existido “materialmente” desde los orígenes mismos de la CADH, muchos antes de que “formalmente” la Corte IDH llame a ese juicio de compatibilidad como “control de convencionalidad”.-

Tal como una persona que luego del parto recibe el certificado médico de nacimiento, con el cual los progenitores concurren presurosamente al Registro Civil a inscribirlo con un nombre determinado. Ese ser humano no nació cuando recibió su nombre sino el día de ocurrencia del parto mismo. -

Así, el control de convencionalidad no nació el día en que el Juez Sergio García Ramírez dio en llamar a ese control como “control de convencionalidad” (Mirna Chang vs. Guatemala) sino que ya existía desde las épocas en las que la Comisión IDH y la Corte IDH venían cumpliendo esa función, ese juicio o control de compatibilidad que a la postre se dio en llamar control de convencionalidad.-

Insisto en que su fuente normativa es la Convención Americana, pero su nacimiento surge patente en las Opiniones Consultivas de la Corte IDH (OC N° 02/82, OC N° 13/93 y OC N° 14/94) en interpretación del sentido y alcance de las normas de la CADH. -

Es así como, el control judicial de convencionalidad interno, tiene su origen formal en el fallo de la Corte IDH “Almonacid Arellano vs. Chile” del 26-sept-2006 criterio que ya

venía establecido en los votos individuales del Juez Sergio García Ramírez, en particular en “Mirna Chang vs. Guatemala” del 25-nov-03, y “Tibi vs. Ecuador” del 07-sept-04.-

Debo destacar en el origen del control de compatibilidad entre las normas internas de los Estados y la CADH, el desarrollo formulado en las disidencias del Dr. Cançado Trindade en los fallos (“El Amparo vs. Venezuela” 14-sept-96; “Genie Lacayo vs. Nicaragua” 13-09-97 y “Caballero Delgado vs. Colombia” 29-01-97); que fueron citados, ya que sienta las bases del control contencioso de compatibilidad (convencionalidad) interamericano a cargo de la Corte IDH es decir externo, que puede decirse se aplica por primera vez en el caso “Las Palmeras vs. Colombia” del 04-feb-2000.-

La fuerza conductista de este control ha sido desarrollada primeramente en sus disidencias por el Dr. Cançado Trindade (años 1996/97) y luego reforzados con las argumentaciones en los votos razonados del Dr. Sergio García Ramírez (años 2003/04). Son ellos los padres de la criatura. -

Es así como podríamos establecer un origen diferente en cuanto al control de convencionalidad judicial o contencioso. Por una parte el control de convencionalidad supranacional a cargo de la Corte Interamericana, es decir externo, surge del texto normativo de la CADH y su primera aplicación se vislumbra a partir del caso “Las Palmeras vs. Colombia” (año 2000) mientras que el control de convencionalidad interno a cargo de los Estados Parte en la Convención, tiene base pretoriana o jurisprudencial y su origen luce en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” (año 2006). -

En conclusión, el estudio de la Historia del Control de Convencionalidad nos permite afirmar, que siendo el control de convencionalidad un juicio de compatibilidad entre las normas y demás prácticas internas de los Estados con la CADH, ese control tiene su origen material en los primeros exámenes de “compatibilidad” definidos y concretados por los órganos internacionales, aún antes de su denominación formal con la fraseología de “Control de convencionalidad”.-

En torno al tercer objetivo secundario relacionado con analizar si el DNU imperfecto supera un “control de convencionalidad” con motivo del dictado de la Opinión Consultiva

06/86 de la Corte IDH, se concluye en que no lo supera si no existiera una ratificación por parte del poder legislativo.-

Y por tanto se concluye dando forma al objetivo principal de la investigación referido a si debe adecuarse la normativa interna a fin de adecuarla a lo establecido en el art. 30 de la CADH, conforme la interpretación que la Corte IDH le ha asignado a la expresión “leyes” en sentido formal, recordando además, que por OC N° 06/86 -párrafo 23- la Corte IDH señaló que “*los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación*” y como asimismo OC N° 08/87 -párrafo 24- agregó que: “*... el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables*”.-

La parte resolutive de la OC N° 06/86 dispone con contundencia, que es de opinión de la Corte IDH por unanimidad: “*Que la palabra leyes en el art. 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes*”.-

Entonces, resulta útil recordar que Susana Albanese³⁶¹ en el marco de un análisis que efectúa respecto del valor de las opiniones consultivas de la Corte IDH y el principio de legalidad, razona que: “*En materia de leyes y sus alcances, si a una misma situación son aplicables normas originadas en el derecho internacional con sus interpretaciones, y leyes internas, con las suyas, deberá prevalecer la que mayor cobertura garantista otorgue al justiciable*”.-

Si dice la Corte IDH que las limitaciones a los derechos del ciudadano sólo pueden establecerse por ley adoptada por el poder legislativo, no puede caber duda de que esa interpretación otorga mayor garantía al justiciable, entendiendo la expresión ley como ley formal emanada del congreso como único instrumento idóneo para la restricción de los derechos. En efecto, si no se expide el Congreso no hay “ley” que pueda válidamente limitar los derechos de los ciudadanos, con lo que el DNU, ante la falta de pronunciamiento del

³⁶¹ Albanese, S., “La Jurisprudencia Internacional y los Diversos Alcances de los Preceptos Convencionales” en *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 15-85.

Congreso, vulnera del art. 30 de la CADH que sólo permite restricciones al goce y ejercicio de los derechos conforme a leyes adoptadas por el Poder Legislativo.-

Recordemos al ex juez y Presidente de la Corte IDH, Dr. José García Ramírez, (Boyce y otros vs. Estado de Barbados, del 20-11-2007), en cuanto a los estándares sobre el control de convencionalidad, en el sentido de que: **“De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”**.

La demora del Estado en armonizar su normativa interna, importa incursionar en inconstitucionalidad por omisión, y expuesta a responsabilidad estatal internacional, por contrariar el claro mandato de la Corte IDH (art. 30 CADH – OC N° 06/86) que refuerza el sentido y alcance del principio legalidad de nuestro artículo 19 de la CN.-

Para compatibilizar la sanción del art. 99 inc. 3 de la CN, con el art. 30 de la CADH a la luz de la OC N° 06/86, deber de adecuación impuesto por el art 2 de la CADH, la validez del DNU dependerá de una resolución expresa dictada por el Congreso Nacional que ratifique al DNU, ya que ese medio sustitutivo de legislar (DNU) no constituye ley formal.-

Además, como destaca el Dr. Víctor Bazán, ante el deber del Congreso de adecuar y armonizar la normativa, ***“recaerá en la magistratura jurisdiccional la faena de trazar tales vías procesal – constitucionales si aquel dejara de hacerlo”*** ya que estamos frente a un supuesto de inconstitucionalidad por omisión. -

A ello debe añadirse que el Poder Judicial Nacional no podrá desatender que la propia Corte IDH a través de OC N° 21/2014 ha establecido que es: ***“necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva”***, con la advertencia efectuada de que el no acatamiento de las opiniones consultivas, entre tales la OC N° 06/86 puede traducirse en responsabilidad internacional.-

Y como hemos señalado, la OC N° 06/86 deja aclarado que la expresión “leyes” del art. 30 de la CADH como excepcional mecanismo de restricción a los derechos de los

ciudadanos, debe entenderse en sentido formal como ley emanada del Poder Legislativo, con lo que se descarta y desautoriza el empleo de ese tipo de competencia en el Poder Ejecutivo.-

Por lo tanto un DNU imperfecto, que no ha recibido ratificación legislativa, en cuanto restringiera derechos de los ciudadanos, no supera el test de convencionalidad impuesto por la CADH, debiendo modificarse la normativa interna estableciendo la exigencia de la aprobación legislativa del DNU en el plazo de 30 días desde su dictado, como condición para mantener su vigencia.-

CONCLUSIÓN FINAL

El objetivo principal de la investigación fue el de analizar la necesidad de adecuar las normas de derecho interno referidas a los DNU Imperfectos, (art. 99.3 CN art. 24 Ley 26.122), es decir los DNU que no recibieron ratificación legislativa, a los fines de que conforme art. 2 de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), se cumpla con el deber de adecuación que rige para los Estados respecto de los postulados de la Convención Americana de los Derechos Humanos.-

Se analizaron los DNU imperfectos que suponen por una parte el dictado de normativa de contenido materialmente legislativo por el Poder Ejecutivo y por otra parte la actitud silente del Poder Legislativo que no aprueba ni rechaza el DNU.-

En el capítulo I se analizó el valor del silencio, y se dio respuesta al interrogante respecto de cuál es el valor que corresponde asignarle al “silencio” del Poder Legislativo ante un DNU dictado por el Poder Ejecutivo, dando suficientes argumentos respecto de porque el silencio no puede tener el sentido de aprobación tácita del DNU dictado.-

En cuanto se refiere al silencio del congreso frente al dictado de un DNU, surge del art. 24 de la Ley 26.122 vigente, que rige un sistema que importa en la práctica la aprobación tácita o presunta del DNU al permitir su vigencia transitoria sine-die mientras no sea derogado.-

Ante ello, y visto que el DNU dictado bajo circunstancias excepcionales, debe ser una medida provisoria, se analizó que debe establecerse un plazo determinado a fin de que el Parlamento se manifieste de modo expreso en relación al DNU dictado por el Poder Ejecutivo debiendo hacerlo de modo expreso.-

Y es que si no se expide el Congreso, no hay “ley” que pueda válidamente limitar los derechos de los ciudadanos, con lo que el DNU, ante la falta de pronunciamiento del Congreso, debe perder su vigencia.-

Se expresó que debemos seguir la orientación constitucional de Italia y Brasil, tal como ya lo hicieron las Constituciones de la Provincia de Chubut y la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, dándole al silencio del Congreso frente al dictado de un DNU, el sentido de rechazo al vencer el plazo estipulado. -

La conclusión al respecto es que debe modificarse la ley 26.122 art. 22 y 24 estableciendo un plazo para que el Congreso se expida, y adoptando el criterio legal de considerar que media rechazo para el supuesto en el que no exista un pronunciamiento del Congreso en ese período de tiempo que habrá de establecerse, que bien puede ser el plazo de treinta (30) días conforme Constitución Española, Constitución de Brasil, Constitución de Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de Provincia de Chubut.-

Tal postura resulta compatible con el art. 82 de la CN que prohíbe la sanción ficta de leyes, no así el rechazo presunto de DNU en el ejercicio de competencia legislativa de control de los actos dictados por el Poder Ejecutivo.-

En el capítulo II se abordó la materia de las nulidades, y se procuró dar respuesta al interrogante de si es correcta la calificación de “nulidad absoluta” con la que el art. 99.3 CN sanciona en general a los DNU.

Y se concluyó en que la sanción de nulidad absoluta con la que el 99.3 de la CN califica a los DNU con las lógicas consecuencias jurídicas de que tal defecto no pueda ser luego salvado dado su carácter de “insanable”, es una expresión que debe quedar reducida y limitada a los DNU dictados en materias prohibidas (penal, tributario, electoral y partidos políticos) conforme el propio texto del Art. 2, G, a de la Ley 24.309 de declaración de necesidad de la reforma que así la aclara con suficiente precisión, y que el resto de los DNU que no contuvieran las materias prohibidas, una vez dictados deben superar el proceso de ratificación por ante el Poder Legislativo, lo que supone la inexistencia de nulidad absoluta. Así es como debe entender la aparente contracción en el art. 99.3 de la CN cuyo 2do párrafo prohíbe, lo que a renglón seguido en el 3er. párrafo autoriza bajo determinadas circunstancias excepcionales.-

Que además, la nulidad de los DNU dictados en materia prohibida, es de carácter absoluto e insanable, con lo que aún si se dictara luego una ley emanada del Poder Legislativo que ratificara tal DNU, los efectos de dicha normativa serían hacia el futuro (ex nunc), y no a partir del dictado del DNU (ex tunc), dado lo “insanable” de la nulidad absoluta.

Tan grave y manifiesta es la nulidad en el caso de un DNU en materia prohibida, que hay argumentos para sostener en tal caso una presunción de inconstitucionalidad, con inversión de la carga probatoria para que sea el Estado accionado quien deba justificar la emisión de tal instrumento. Todo lo cual, tal como se desarrolló, tiene efectos en cuanto al deber de obediencia del ciudadano a tal normativa calificada de “sospechosa” dado su grave infracción al régimen constitucional.-

En el capítulo III, se investigó sobre el Control de convencionalidad, y se dio respuesta al interrogante planteado de analizar si el régimen legal del DNU imperfecto supera una “control de convencionalidad” a la luz de lo establecido en la Opinión Consultiva 06/86 dictada por la Corte IDH.-

Al respecto, se concluyó que el sistema de vigencia sine die de los DNU establecido por la ley 26.122 viola el art. 30 de la convención americana sobre derechos humanos conforme opinión consultiva 06/86 de la CIDH al habilitar restricción de derechos sin la existencia de ley formal.

Se concluye en que existe inconventionalidad en el art. 24 de la ley 26.122 en cuanto ante el silencio del congreso establece un sistema que importa en la práctica la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, al permitir su vigencia transitoria sine die sin fijar plazo para su tratamiento.

Se analizó el texto del art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica, conforme la interpretación que ha efectuado la Corte IDH a través de sus opiniones consultivas y fallos, determinando las exigencias que bajo el control de convencionalidad deben cumplir los DNU Imperfectos y compulsado ese criterio con las normas de Derecho Interno vigentes en el Estado Nacional, Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se concluye que para poder superar el test de convencionalidad debe mediar ratificación legislativa.-

El control de convencionalidad como examen de compatibilidad entre las normas del derecho interno y la CADH, a la luz del art. 30 CADH en sentido dado por Opinión Consultiva 06/86 Corte IDH nos hace confirmar la hipótesis de investigación de que un DNU imperfecto no supera un “control de convencionalidad”.-

El análisis de la Opinión Consultiva 06/86 de la Corte IDH, nos permite concluir en que un DNU imperfecto no supera un control de convencionalidad, si no existe una ratificación por parte del poder legislativo, ya que esa es la condición para superar tal test de convencionalidad.-

Y por tanto se concluye en que debe modificarse la normativa interna a fin de adecuarla a lo establecido en el art. 30 de la CADH, conforme la interpretación que la Corte IDH le ha asignado a la expresión “leyes” en sentido formal, recordando además, que por OC N° 06/86 -párrafo 23- la Corte IDH señaló con claridad que *“los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación”* y como asimismo OC N° 08/87 -párrafo 24- agregó que: *“... el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”*.-

La parte resolutive de la OC N° 06/86 Corte IDH dispone con contundencia, que es de opinión de la Corte IDH por unanimidad: *“Que la palabra leyes en el art. 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”*.-

Si dice la Corte IDH que las limitaciones a los derechos del ciudadano sólo pueden establecerse por ley adoptada por el poder legislativo, no puede haber duda de que esa interpretación otorga mayor garantía al justiciable, entendiendo la expresión ley como ley formal emanada del congreso como único instrumento idóneo para la restricción de los derechos. En efecto, si no se expide el Congreso no hay “ley” que pueda válidamente limitar los derechos de los ciudadanos, con lo que el DNU, ante la falta de pronunciamiento del Congreso, vulnera el art. 30 de la CADH que sólo permite restricciones al goce y ejercicio de los derechos conforme a leyes adoptadas por el Poder Legislativo.-

La demora del Estado en armonizar su normativa interna, importa incursionar en inconstitucionalidad por omisión, y expuesta a responsabilidad estatal internacional,

por contrariar el claro mandato de la Corte IDH (art. 30 CADH – OC N° 06/86) que refuerza el sentido y alcance del principio de legalidad de nuestro artículo 19 de la CN.-

Para compatibilizar la sanción del art. 99 inc. 3 de la CN, con el art. 30 de la CADH a la luz de la OC N° 06/86, deber de adecuación impuesto por el art 2 de la CADH, la validez del DNU dependerá de una resolución expresa dictada por el Congreso Nacional que ratifique al DNU, ya que ese medio sustitutivo de legislar (DNU) no constituye ley formal.-

A ello debe añadirse que el Poder Judicial Nacional no podrá desatender que la propia Corte IDH a través de OC N° 21/2014 ha establecido que es: “*necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente **control de convencionalidad**, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva*”, con la advertencia efectuada de que el no acatamiento de las opiniones consultivas, entre tales la OC N° 06/86 puede traducirse en responsabilidad internacional.-

Y como se ha señalado, la OC N° 06/86 deja aclarado que la expresión “leyes” del art. 30 de la CADH como excepcional mecanismo de restricción a los derechos de los ciudadanos, debe entenderse en sentido formal como ley emanada del Poder Legislativo, con lo que se descarta y desautoriza el empleo de ese tipo de competencia en el Poder Ejecutivo.-

Se ha dado respuesta al objetivo principal de la investigación, concluyendo en que hay que adecuar la normativa de derecho interno relativa a los DNU imperfectos a fin de cumplir con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica.-

El resultado de la investigación, permite dar respuesta al objetivo principal trazado, y afirmar con suficiente argumentación, que un DNU imperfecto, que no ha recibido ratificación legislativa, en cuanto restringiera derechos de los ciudadanos, no supera el test de convencionalidad impuesto por la CADH.-

Que por lo tanto debe modificarse la normativa interna estableciendo la exigencia de la aprobación legislativa del DNU en el plazo que podría establecerse en 30 días desde su dictado, como condición para que el DNU como medida provisional

mantenga su vigencia, quedando sin validez para el caso de transcurrir dicho plazo sin haber obtenido ratificación legislativa.-

La normativa interna (art.24 – Ley N° 26122) en cuanto da validez sine die a un DNU imperfecto por el mero transcurso del tiempo aun sin ratificación legislativa, viola el art. 30 de la CADH y no supera el test de convencionalidad.-

Consecuentemente, se ha confirmado la hipótesis de investigación, en cuanto se afirmó que el tratamiento expreso que los Decretos de Necesidad y Urgencia por el Poder Legislativo es condición necesaria para que un DNU restrictivo de derechos supere el control de convencionalidad.-

Carlos Miguel Figueroa Vicario
miguelfigueroavicario@hotmail.com

APÉNDICE

1.- NORMATIVAS:

- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Constitución Nacional
- Constituciones Provinciales.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
- Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Reforma de la Constitución Nacional, Versión Taquigráfica, Santa Fé, 1994.

2.- JURISPRUDENCIA:

- CSJN, en autos “Ercolano Agustín c/ Lanteri de Renshaw Julieta”, Fallos 136:170, Buenos Aires, 28/04/1922.
- CSJN, en autos “Cadagán Carlos c/ Compañía de Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos”, Fallos 173:65, Buenos Aires, 07/06/1935.
- CSJN, en autos “Carman de Cantón Elena c/ Estado Nacional”, Cita On Line AR/JUR/4/1936, Buenos Aires, 14/08/1936.
- CSJN, en autos “Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional”, fallos 190:142, Buenos Aires, 30/06/1941.
- CSJN, en autos “Cimadamore, Esio B.” Fallos 191:248, Buenos Aires, 19/11/1941.
- “Toyosaburo Korematsu vs. United States”, 323 US 214, 18/12/1944.
- CSJN, en autos “Russo Angel y otra c. C. de Delle Donne E.”, Fallos 243:467, Buenos Aires, 15/05/1959.
- CSJN, en autos “Lipara Napoleón c/ Nación Argentina, Fallos 250:36, Buenos Aires, 16/06/1961.
- CSJN, en autos “Pustelnik, Carlos Arnaldo y otros”, Fallos 293:133, Buenos Aires, 07/10/1975.
- CSJN, en autos “Gobierno de la Nación c/ Alou Hermanos. s/ Nulidad de Contrato. Fallos 294:69, Buenos Aires, 19/02/1976.
- CSJN, en autos “Barraco, Aguirre Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 302:1503, Buenos Aires, 11/12/1980.
- CSJN, en autos “Piaggio de Valero María Elena v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, fallos 311:1206, Buenos Aires, 07/07/1988
- CSJN, en autos “Repetto Inés M. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 311:2272, Buenos Aires, 08/11/1988.
- CSJN, en autos “Videla Cuello Marcelo Sucesión de v/ Provincia de la Rioja s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 313:1638, Buenos Aires, 27/12/1990.

- CSJN, en autos, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central)”, Fallos 313:1513, Buenos Aires, 27/12/1990.
- CSJN, en autos “González Vilar Carmen c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, fallos 314:625, Buenos Aires, 18/06/1991.
- CSJN, en autos “Servini de Cubría María R.”, Fallos 315:1943, Buenos Aires, 08/09/1992.
- CSJN, en autos “Pérez Arriaga Antonio c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.”, Fallos 316:1623, Buenos Aires, 02/07/1993.
- CSJN, en autos “Escudero Carlos c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, fallos 318:896, Buenos Aires, 04/05/1995.
- CSJN, en autos “Video Club Dreams c/ Instituto de Cinematografía”, Fallos 318:1154, Buenos Aires, 06/06/1995.
- CSJN, en autos “Alcántara Díaz Colodrero Pedro c/ Banco de la Nación Argentina, Fallos 319:1476, Buenos Aires, 20/08/1996.
- CSJN, en autos, “La Bellaca v/Dirección General Impositiva S/Repetición Dirección General”, Fallos 319:3400, Buenos Aires, 27/12/1996.
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en autos “Consorcio Surballe – Sadofski c/ Provincia de Mendoza”, Mendoza, 10/06/1997.
- CSJN, en autos “Calvo y Pesini Rocío c/ Provincia de Córdoba s/ Amparo”, Fallos 321:194, Buenos Aires, 24/02/1998.
- CSJN, en autos “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central”, Fallos 321:366, Buenos Aires, 17/03/1998.
- CSJN, en autos “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/02 –Ley 20.091”. Fallos 322:1726, Buenos Aires, 19/05/1999.
- CSJN, en autos “Verrochi Ezio Daniel v/ Administración Nacional de Aduanas s/Acción de Amparo”, Fallos 322:1726, Buenos Aires, 19/08/1999.
- CSJN, en autos “Guida Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566, Buenos Aires, 02/06/2000.
- CSJN, en autos “Risolia de Ocampo María J. c/ Rojas Julio C. y otros”, Fallos 323:1934, Buenos Aires, 02/08/2000.
- CSJN, en autos “Lema Gustavo Atilio c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia de la Nación, fallos 324:1860, Buenos Aires, 16/06/2001.
- CSJN, en autos “Mill de Pereyra Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 324:3219, Buenos Aires 27/09/2001.
- CSJN, en autos “Zofracor SA c/ Estado Nacional”, Fallo 325:2394, Buenos Aires, 20/09/2002.
- CSJN, en autos “Hooft Pedro Cornelio c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 327:5118, Buenos Aires, 16/11/2004.

- CSJN, en autos “Leguizamón Romero Abel y otra c/ INSSJ y P”, Fallos 327:5559, Buenos Aires, 07/12/2004.
- CSJN, en autos “Gottschau Evelin Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos 329:2986, Buenos Aires, 08/08/2006.
- CSJN, en autos “Massa Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 329:5913, Buenos Aires, 27/12/2006.
- CSJN, en autos “Schnaiderman Ernesto Horacio c/ Estado Nacional – Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, fallos 331:735, Buenos Aires, 08/04/2008.
- CSJN, en autos “Mantecón Valdez Julio c/ Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación – Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Fallos 331:1715, Buenos Aires, 12/08/2008.
- CSJN, en autos “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/023 SS – Ley 20.091”, Fallos 333:633, Buenos Aires, 19/05/2010.
- CSJN, en autos “Austral Cielos del Sur SA v/ Administración General de Ingresos Públicos”, Cita Online: 70071469, Buenos Aires, 23/06/2011.
- CSJN, en autos “Aceval Pollacchi Julio Cesar c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/ Despido”, Fallos 334:799, Buenos Aires, 28/06/2011.
- CSJN, en autos “Aceval Pollacchi, Julio C. c/ Compañía de Radio Comunicaciones Móviles S.A”, Fallos 334:799, Buenos Aires, 30/06/2011.
- CSJN, en autos “S.T.G.E. c/ E.N. – Sindicatura General de la Nación”, fallos 334:1909, Buenos Aires, 27/12/2011.
- CSJN, en autos “Granillo Fernández Alejandro J. c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, fallos 335:1523, Buenos Aires, 14/08/2012.
- CSJN, en autos “Pérez Ortega Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ Empleo Público”, Buenos Aires, 21/02/2013.
- CSJN, en autos “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 337:1174, Buenos Aires, 28/10/2014.
- CSJN, en autos “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/EN-PEN s/Nulidad del Acto Administrativo”, Cita online AR/JUR/39871/2015, Buenos Aires, 27/10/2015.
- CSJN, en autos “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio del Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, CSJ 909/2010, fallos 340:437, Buenos Aires, 11/04/2017.
- CSJN, en autos “Canales Mario Eduardo y otros s/ Homicidio Agravado – Impugnación Extraordinaria”, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti,

considerando 19 y voto del Juez Rosatti, considerando 12, fallos 342:697, Buenos Aires, 05/05/2019.

- CSJN, en autos “Scarpa Raquel Adriana Teresa c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos S/Amparo”, fallos 342:1393, 22/08/2019.
- CSJN, en autos “Flamenco Néstor Atilio c/ Policía Federal y otros s/ Daños y Perjuicios”, considerando 5, fallos 343:506, Buenos Aires, 02/07/2020.

3.- OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH.

- Corte IDH, OC N° 01/82, del 24 de septiembre de 1982.
- Corte IDH, OC N° 02/82, del 24 de septiembre de 1982.
- Corte IDH, OC N° 06/86, del 09 de mayo de 1986.
- Corte IDH, OC N° 12/91, del 06 de diciembre 1991
- Corte IDH, OC N° 13/93, del 16 de julio de 1993
- Corte IDH, OC N° 14/94 del 09 de diciembre 1994.

4.- SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

- Corte IDH, caso “El Amparo vs. Venezuela”, disidencia del 14 de septiembre de 1996.
- Corte IDH, caso “Caballero Delgado vs. Colombia”, disidencia del 29 de enero de 1997.
- Corte IDH, caso “Genie Lacayo vs Nicaragua”, disidencia del 13 de septiembre de 1997.
- Corte IDH, caso “Suárez Rosero vs Ecuador” sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Corte IDH, caso “Garrido y Baigorria vs. Argentina” sentencia de 1998.
- Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi vs Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999.
- Corte IDH, caso “Durand y Ugarte vs. Perú” sentencia del 16 de agosto de 2000.
- Corte IDH, caso “Las Palmeras vs. Colombia”, sentencia del 04 de febrero de 2000.
- Corte IDH, caso “Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001.
- Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 02 de febrero de 2001.
- Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo vs. Chile”, sentencia del 05 de febrero de 2001.
- Corte IDH, caso “Hilaire Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, sentencia del 21 de junio 2002.
- Corte IDH, caso “Mirna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre 2003.
- Corte IDH, caso “Tibi vs. Ecuador”, sentencia del 07 de septiembre 2004.

- Corte IDH, caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago” sentencia del 11 de marzo de 2005.
- Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005.
- Corte IDH, caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, sentencia del 15 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006.
- Corte IDH, caso “La Cantuta vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre 2006.
- Corte IDH, caso “Helidoro Portugal vs. Panamá”, sentencia del 12 de agosto de 2008.
- Corte IDH, caso “Escher y Otros vs. Brasil”, sentencia del 06 de julio de 2009.
- Corte IDH, caso “Fornerón vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiar, Henoch D., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950.

Albanese, Susana, *Las Opiniones Consultivas en la Estructura del Control de Convencionalidad*, en “Libro de Derechos Humanos – Reflexiones desde el Sur”.

--- *La Jurisprudencia Internacional y los Diversos Alcances de los Preceptos Convencionales en Opiniones Consultivas y Observaciones Generales*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1991.

Altamira, Pedro Guillermo, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Bs.As., 1971.

Santiago, Alfonso - Castro Videla – Santiago, M., *El Control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley, 2019.

Alterini, Jorge, *Código Civil y Comercial comentado*, Editorial Thomson Reuters, 2015.

Alzaga Villaamil, Oscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, EDERSA, 1998.

Amaya, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015.

--- *Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

Arauz Castex, Manuel, *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Técnico Jurídica, 1965.

Aseff, Lucía María, *La noción de orden público: entre la tópica jurídica y el análisis crítico del discurso*, en “XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social”, Córdoba, 30-10 al 01-11 de 2003.

Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

--- *Constitución de la Nación Argentina*, Dirección Daniel A. Sabsay – Coordinación Pablo L. Manili.

Barra, Rodolfo Carlos, *Derecho Administrativo, Acto Administrativo y Reglamentos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2018.

Barraza, Javier Indalecio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, año 2016.

Bazán Víctor, *Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por Omisión*, Buenos Aires, La Ley, publicado en Sup. Const. 2009 (septiembre).

--- *LA LEY-2004-A*, 2002.

--- *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales*. Bogotá, Nueva Jurídica, 2017.

Belluscio, Augusto C., *Código Civil y Leyes Complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1982.

Benavente, María Isabel, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ricardo Luis Lorenzetti Director, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Bianchi, Alberto B., *La Separación de Poderes – Un estudio desde el Derecho Comparado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019.

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*.

--- *Tratado De Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Ediar, 2003.

--- *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, edición 2005.

--- *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2007.

Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cia., 1938.

--- *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, 1938.

--- *Derecho Administrativo*, Santa Fe, Imprenta de la Universidad nacional del Litoral, 1938.

--- *Derecho Administrativo*, edición año 1938.

Borda, Guillermo A, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo Perrot, 2003.

Brebbia, Roberto H., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

--- *Institucionales del Derecho Civil*, Rosario, Juris, 1997.

Budassi, Iván, *Amparo por Mora*, en “Cassagne Juan Carlos Tratado de Derecho Procesal Administrativo”, Buenos Aires, La Ley, 2007.

Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

Buteler, Alfonso, *La Presunción de Inconstitucionalidad*, en “Revista de Derecho Administrativo & Constitucional – A&C”, Belo Horizonte, Fórum, 2015.

--- *Derecho Administrativo Argentino*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.

Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1947.

Cassagne, Ezequiel, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 10º ed., 2011.

Cassagne, Ezequiel, *El Acto Administrativo, Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley.

--- *El Control de la Inactividad Formal de la Administración*, Buenos Aires, La Ley 2010-C,1090.

--- *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Prov. De Bs. As., La Ley, 2009.

Cassagne, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 10ª ed. act.

--- *El Acto Administrativo, Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012.

--- *Los grandes principios del derecho público*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley.

--- *La configuración de la potestad reglamentaria*, La ley 2004 - A, 1144.

--- *Los Grandes Principios del Derecho Público*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015.

--- *Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Buenos Aires, Euros Editores, 2020.

Cayuso, Susana G., *La Delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia la promulgación parcial. Control político real o aparente*, LL 2006-D-1435

Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

Comadira, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot.

--- *Del Escrutinio estricto de la Corte Estadounidense a la presunción de inconstitucionalidad en el derecho argentino y su impacto en el derecho administrativo - en El Derecho Administrativo - 2015*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El Derecho, 2016.

Comadira, Julio Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

--- *El Acto Administrativo – En la ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

--- *Procedimiento Administrativo, Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2002.

Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Hector Jorge y Comadira, Julio Pablo (Coordinador – Colaborador y Actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Compagnucci de Caso, Rubén H., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Dirección Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed. 2009.

De Gaspari, Luis, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Tea, 1964.

Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.

--- *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1956.

Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Madrid, Fareso, 1998.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

--- *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, De Palma, 1999.

--- *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 2001.

Enciclopedia Omeba, Buenos Aires, 1964.

Escola, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

--- *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

Fernández Segado, Francisco, *El sistema Constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 1992.

--- *Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas en Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Dir. Pablo Manili, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, 2006.

Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1947.

Frallicciardi, Bartolomé E., *Teoría de la Organización y Administración Pública*, Cathedra Jurídica, 2016.

Fromm, E., *Sobre la desobediencia y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1985, citado por Jorge Guillermo Portela en “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2015.

García - Trevijano Garnica, *El Silencio Administrativo en el Derecho Español*

García De Enterría, Eduardo – Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

García de Enterría, Eduardo, *Sobre Silencio Administrativo y Recurso Contencioso*, RAP, N° 47, 1965.

García Pullés, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

García Ramírez, S., *El Control Judicial Interno de Convencionalidad*, Revista ius, México, 2011.

García Venturini, J. L., *Historia General de la Filosofía*, Buenos Aires, Guadalupe, 1973.

Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Goane, Rene M., *Estudios de Derecho Público*, San Miguel de Tucumán, Bibliotex, 2015.

González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 2° ed., 1864.

--- *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Kraft, 1958.

González Navarro, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, citado por Miguel Marienhoff en “Tratado de Derecho Administrativo”, Pamplona, 1987.

González Pérez, *La Ley 30/1992, del 26 de Noviembre*, Madrid, Civitas, 1993.

González Pérez, Jesús, *Justicia Administrativa*.

González, Joaquín V., *Manual Constitución Argentina 1853-1860*, act. por Humberto Quiroga Lavie.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

Grecco, Carlos M, *Sobre el Silencio de la Administración*, Buenos Aires, La Ley 1980-C-777.

Gullco, Hernán Víctor, en obra coord. por Gargarella, Roberto, *La Constitución en 2020*, Siglo veintiuno.

--- *Los Decretos de Necesidad y Urgencia como un peligro para la democracia* en “La Constitución en 2020, 48 Propuestas para una sociedad igualitaria”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011

--- *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, obra coord. por Gargarella - Guidi, Buenos Aires, Thomson Reuters – La ley.

Herrera Villavicencio, Blanca A., *El Silencio Administrativo y el deber de responder de la Administración. Procedimiento Administrativo. A los 20 años de la Reforma Constitucional* en “Jornadas organizadas por la Universidad Austral”, Astrea, 2015.

Hitters, Juan Carlos, *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad – Comparación*, Buenos Aires, La ley 2009-D.1205.

--- *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, Buenos Aires, La ley, 2007- C. 875.

Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

--- *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Ivanega, Mirian M., *Apuntes acerca del alcance de la Discrecionalidad Administrativa en el Empleo Público*, Publicado en RDA 2012-890, 01/03/2012, 365, cita on line AR/DOC/6288/2013.

Jéze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma 1948.

Larsen, Pablo, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Análisis de la aplicación de la Parte Primera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2009.

Ledesma, Héctor Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, HDH, 1999, citado por Fabián Omar Salvioli.

Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

Linares, Juan F., *El Silencio Administrativo Denegatorio en la Ley 19.549*, Buenos Aires, La Ley 1980-C,768.

Loñ, F. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia*, La Ley, 2010-B, cita on line AR/DOC/685/2010.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal – Culzoni, 2015.

Luqui, Roberto Enrique, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

Llambías, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

--- *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984.

--- *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007.

Mac-Gregor, Eduardo Ferrer, *El control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*. Observatorio da Jurisdição Constitucional, Brasília, 2010.

Machado, José Olegario, *Exposición y Comentario del Código Civil*, Buenos Aires, Imprenta Europea de M.A. Rosas, 1915.

Malicki, Anahí, *Ineficacia de los Actos Jurídicos* en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Julio Cesar Rivera y Graciela Medina”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La ley, 2015.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

--- *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

Martínez, Hernán J., *Derecho Administrativo*, Rosario, Nova Tesis, 2017.

Midón, Mario A. R., *Control de Convencionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016.

--- “El cono de sombras de la Reforma: los Decretos de Necesidad y Urgencia”, *Constitución de la Nación Argentina – A 25 años de la reforma de 1994*, Coord. Pablo L. Manili, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

--- *Decretos de Necesidad y Urgencia. En La Constitución Nacional y en los Ordenamientos Provinciales*. Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

--- *Organización y Funcionamiento del Congreso de la Nación Argentina*. Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

--- *Prerrogativas del Congreso*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

--- *Manuel de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley.

Montesquieu, Charles Louis, *Del Espíritu de las Leyes*, Buenos Aires, Claridad, 1971.

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, T. VI La ley, 2015.

Nikken, Pedro, *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en “Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Biblioteca Virtual UNAM, 2003.

Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2016.

Novelino, Norberto J., *El Silencio y sus efectos en los Procesos Judiciales*, Rubinzal Culzoni.

Oroz, Miguel H. E., *DNU y Decretos delegados en el Ámbito de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Ortiz Pellegrini, Miguel Á. ED-179-1134.

--- *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*. Santa Fe, Paraná.

Pareja, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1939.

Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

Perez Sanmartino, Osvaldo, *El Procedimiento Parlamentario de Control de los Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos Delegados y de Promulgación Parcial* en “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”. Dir. Pablo Manili, Buenos Aires, La Ley, 2010. Portela, Jorge Guillermo, *La Justificación iusnaturalista de la Desobediencia Civil y de la Objeción de Conciencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2015.

Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 2ª ed, Rubinzal Culzoni, 2009.

Quiroga Lavie, Humberto, *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860* Joaquín V. Gonzalez actualizado por Humberto Quiroga Lavie, Buenos Aires, La ley, 2001.

Rey Cantor, Ernesto, *Controles de convencionalidad de las leyes. La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Porrúa, México, 2008.

Rivera, Julio C., *Código Civil Comentado, Arts. 896 a 1065*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2005.

--- *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2015

--- *Derecho Civil, Parte General*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.

Rodríguez Gabriela, *Convención Americana sobre Derecho Humanos*, Eudeba.

Rodríguez Huerta, Tania Gabriela, *Art. 30 alcance de las Restricciones* en “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Bogotá, Eudeba, 2014.

Rosatti, Horacio, *Código Civil Comentado, El Código Civil desde el Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal. Culzoni, 2007.

--- *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2013.

Sabsay, Daniel, Manili, Pablo, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

Sáenz Juan Ignacio, en obra coord. por Gargarella - Guidi, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley.

Sagües, Néstor P., *El Control de Convencionalidad, en particular sobre las Constituciones Nacionales*, Buenos Aires, La Ley 2009-B.761.

--- “Prólogo al libro de Alberto B. Bianchi”, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 1992.

Salas, Javier, *Los Decretos – Leyes en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1979.

Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, Buenos Aires 7º ed., 1944.

Salvioli, Fabián Omar, *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial en “Homenaje y Reconocimiento a Antonio Cançado Trindade”*, Brasilia, Sergio Fabris, 2004.

Sammartino, Patricio M. E., *La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional*, en “Cuestiones de acto administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, RAP, 2012.

--- *Amparo y Administración, en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Santi Romano citado en la obra *La Configuración Constitucional del Decreto Ley* de Carmona Contreras, Ana M., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1997.

Santiago, Alfonso, Veramendi, Enrique, Castro Videla, Santiago, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019.

Saravia Frías, B., “*Los Decretos de Necesidad y Urgencia*”, Buenos Aires, La Ley 2018-B,990.

Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963.

Schinelli, Guillermo Carlos, “Decisiones expresas del Congreso (el artículo 82 de la Constitución Nacional)” en *El Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universitas El Derecho, 2006.

Sola, Juan Vicente, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.

--- *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

Spota, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947.

Stupenengo, Juan Antonio, *Ejecución Judicial del Acto Administrativo*, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2017.

Tobías, José W., *Código Civil y Comercial – Comentario – Tratado Exegético*, Dir. Alterini Jorge Horacio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015.

Toricelli, Maximiliano, *Organización Constitucional del Poder*. Buenos Aires, Astrea, 2010.

Trebutián, *Cours de droit criminel*, 1854, citado por Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Buenos Aires, Depalma, 1947.

Vanossi, Jorge, *Ante la pretenciosidad del Control de convencionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

Vázquez, José Parada, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Estudios comentarios y texto de la ley 30/1992 del 26 de Noviembre*, Madrid, 1993.

Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2000.

--- *Código Civil, y Leyes Complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1982.