

Legarre, Santiago

*Per saltum y decretos de necesidad de urgencia
en un caso trascendente*

Documento publicado en Campus, Año 5 N° 18, 1998

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

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

Cómo citar el documento:

Legarre, S. (1998). Per saltum y decretos de necesidad de urgencia en un caso trascendente [en línea], *Campus*, 5(18). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/per-saltum-decretos-necesidad-urgencia-caso.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

PER SALTUM Y DECRETOS DE NECESIDAD DE URGENCIA EN UN CASO TRASCENDENTE

Por Santiago Legarre*, para *Campus***

*Profesor full-time de Derecho, Universidad Austral (1995-2006); Profesor de Derechos Humanos, UCA, a partir de 2007. Agradezco la valiosa asistencia de Leonardo Orlanski, estudiante de tercer año de la FD de la U. Austral. Comentarios bienvenidos (santiagolegarre@uca.edu.ar).

**Publicado originalmente en *Campus*, Año 5, 1998, Número 18, p. 4 y reproducido en este sitio web con permiso de los directores de *Campus*, revista de Estudiantes de la FD de la UCA, ganadora en su momento del Premio Santa Clara de Asís.

I El caso

Dada la enorme difusión periodística del fallo de la Corte Suprema en el caso de la privatización de los aeropuertos por decreto de necesidad y urgencia, me tomo la libertad de omitir un relato detallado de las circunstancias fácticas y los vaivenes judiciales y administrativos previos a la sentencia. Baste con recordar que un grupo de diputados logró, mediante un amparo, que un juzgado federal de primera instancia en lo Contencioso-Administrativo suspendiera el trámite de la privatización por supuestas irregularidades. El Poder Ejecutivo demandado interpuso recurso extraordinario directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hizo lugar, revocó la sentencia de primera instancia y habilitó así la continuación de la licitación correspondiente. El fallo fue cinco a cuatro: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez integraron la mayoría, mientras que Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert votaron en disidencia. En el orden que me parece más razonable, analizaré la competencia del Tribunal, la legitimación de los actores y la cuestión de fondo planteada.

II Otra vez un *per saltum* encubierto

¿Cómo justificó la Corte la apertura de la instancia sin que hubiera intervenido el superior tribunal de la causa, es decir, la Cámara en lo Contencioso-Administrativo? En este punto clave la Corte se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra¹, que invocó

¹Causa "Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional", del 17 de diciembre de 1997 (LL 1997-F-879). Si bien de acuerdo con el considerando 5º de la sentencia la remisión es a los puntos

una decisión reciente del Tribunal². Sostuvo que se hallaba frente a una cuestión de competencia de las que el decreto ley 1285/58³ le encarga dirimir, “independientemente de que (el caso) trasunte un conflicto jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto”⁴. El conflicto referido consistiría en el exceso de competencia del juzgado de primera instancia, en desmedro de una facultad reservada a otro(s) órgano(s) del estado.

El argumento no resiste el análisis ya que la norma invocada tiene por finalidad el permitir la definición de quién es competente en una causa contenciosa cuyo conocimiento se disputan dos tribunales – aún cuando uno de ellos pueda ser administrativo (cf. nota 3 *in fine*). Nada tiene que ver, por tanto, con la situación planteada, en la que el Poder Ejecutivo considera invadida su zona de reserva por parte de un tribunal del Poder Judicial. El decreto ley 1285/58 es completamente ajeno a este tipo de conflictos entre poderes; su función es ni más ni menos que la de brindar un tribunal a un justiciable que carece de él o que tiene más de uno que reclama el caso para sí.

¿Tenía otra fuente posible de competencia la Corte en este caso? No desde un punto de vista legal, aparentemente decisivo en un sistema jurídico como el nuestro en el que la competencia viene de la ley. Pero desde el año 1990 la Corte ha intervenido *per saltum*, omitiendo la intervención de la

VII, VIII y X del dictamen, del texto del mismo considerando y del siguiente, surge que debe entenderse que la remisión también alcanza al punto XI, pues recién en este último el Procurador conecta la doctrina que cita en los puntos anteriores con el decreto ley 1285/58, que supuestamente habilita a la Corte a conocer el caso. Creo que ésta es la interpretación más razonable de esta parte del fallo pues hace honor a la unidad y continuidad lógica entre la parte a la cual el Tribunal se remite expresamente y el otro acápite mencionado: toda la argumentación del Procurador se dirige a determinar “si se ha configurado en el *sub lite* un virtual conflicto de competencia de un magistrado del Poder Judicial de la Nación, que haya alterado el equilibrio de las funciones inherentes a la forma republicana de gobierno, conforme lo declaró V.E. en la sentencia del 3 de abril de 1996, en la causa U.10.LXXXII Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ Estado Nacional – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/juicio sumarísimo” (cf. punto VII, al que la Corte se remite expresamente). Aunque sin duda la remisión es desprolija, por la razón expresada no me convence la lectura alternativa que ensaya, por ejemplo, Fabián Canda en su nota “‘Aeropuertos’: Un fallo con turbulencias (Intervención de superintendencia, legitimación procesal y control de los decretos de necesidad y urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, *ED*, 13 de abril de 1998. Los jueces que votaron en disidencia se dedicaron extensamente a rebatir el argumento del considerando 8º del caso “U.O.M.”, basado en el artículo 24, inciso 7º del decreto-ley 1285/58, lo cual parece indicar una interpretación de la vía de conocimiento elegida por la mayoría del Tribunal semejante a la que sugiero. Cfr. el voto de Belluscio y Bossert (considerandos 4º a 7º), de Fayt (considerandos 7º a 12º) y Petracchi (considerandos 6º y 7º).

² “U.O.M. c/ Estado Nacional”, del 3 de abril de 1996, *LL* 1996-B-350.

³ Artículo 24, inciso 7º: “La Corte Suprema de Justicia conocerá (...) de las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la Cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido. Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”. Como es sabido, la jurisprudencia ha extendido razonablemente esta norma a los supuestos en que es parte del conflicto un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales.

⁴ Considerando 6º del fallo de la Corte y punto X del dictamen del Procurador.

Cámara, en algunos pocos casos en los que mediaba – a su criterio – gravedad institucional y la necesidad de resolver un asunto con urgencia. El fallo señero fue “Dromi”⁵, también una privatización, la de Aerolíneas Argentinas. Allí se sentó la doctrina pretoriana que fue decisiva para la solución del caso aunque, es importante subrayarlo, no fue suscripta por la mayoría del Tribunal sino por cuatro jueces: Petracchi, Levene(h), Barra y Cavagna Martínez. Otra circunstancia contribuye a relativizar el valor normativo de este antecedente jurisprudencial: de esos ministros, sólo el primero permanece en la Corte Suprema. Sin embargo, en sentencias posteriores, algunas muy conocidas como la llamada “Operación Langostino”⁶, la Corte intervino de hecho per saltum sin reconocer que aplicaba ese instituto que, reiteramos, no está previsto en nuestra legislación procesal. Se invocaron, en cambio, los poderes implícitos del Tribunal, lo cual mereció razonables críticas doctrinales, ya que el sentido de dichos poderes – cuya misma existencia está cuestionada, pues no surgen del texto de la Constitución – está muy lejos de habilitar modificaciones a las vías recursivas creadas por el Congreso, que es el órgano constitucionalmente competente para reglarlas⁷. La jurisprudencia de la propia Corte acerca de los poderes implícitos es prueba acabada de lo antojadizo de esta nueva interpretación⁸. Entiendo que lo que ocurre es que un grupo significativo de jueces del Tribunal⁹, que votan en estos fallos – desde “Dromi”¹⁰ hasta el que estamos analizando – no simpatizan con la aplicación

⁵ Fallos 313:863. También es conocido como el caso “Fontela”.

⁶ “R.7.XXX y otros. Reiriz, María G. y Casal, Eduardo E., procuradores fiscales de la C.S.J.N. s/ su recurso extraordinario en causa: “A., J.F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos” – inc. de excarcelación de U., E.S.”, sentencia del 6 de diciembre de 1994 (LL 1994-E-520). Integraron la mayoría Moliné O’Connor, Boggiano, López, Nazareno y Levene (estos últimos dos, según su voto); Petracchi concurrió en la decisión de fondo, invocando expresamente el *per saltum* (aunque la parte dispositiva de su voto es distinta, por lo que fue calificado como disidencia parcial). En disidencia votaron Belluscio y Bossert (en voto conjunto) y Fayt.

⁷ En los casos que no sean de competencia originaria, “la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones *que prescriba el Congreso*” (Artículo 117 – antes 101 – de la Constitución Nacional; énfasis agregado).

⁸ Sobre el auténtico sentido de los poderes implícitos de la Corte, véase Fallos 300:1282. Hago notar que en la causa que estamos analizando también se invocaron, al igual que en “Operación Langostino”, los poderes implícitos en el considerando 8º. Entiendo que en nuestro caso se trata de un *obiter dictum* para reforzar el argumento principal (solución de un conflicto de competencia), a diferencia de lo que interpreta Fabián Canda (*op. cit.*, sección III.1).

⁹ Actualmente el único juez que se ha manifestado a favor del *per saltum* sin ley es Petracchi. Ya lo había anunciado en su voto disidente en “Margarita Belén” (ED 130-628, con nota de Germán Bidart Campos) y lo reiteró después en numerosas oportunidades, algunas de las cuales hemos mencionado. Fayt (en su disidencia en “Dromi” y las remisiones a él en casos posteriores) y Belluscio y Bossert (en su voto en esta causa, aunque la idea ya la insinaron en su voto conjunto en “Operación Langostino”) se expresaron en contra. El grupo significativo al que nos referimos está constituido, entonces, por los otros cinco jueces, que integran la mayoría en este caso “Rodríguez”.

¹⁰ Véase el voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor en “Dromi”, cit., que contiene el núcleo central del argumento desplegado ahora en “Rodríguez”.

del *per saltum* sin ley, modalidad que en general no tuvo buena acogida en la doctrina de los autores¹¹. Mala técnica es ésta la de apropiarse de los beneficios de esta herramienta sin querer asumir el costo que representa reconocerlo abiertamente. Ya que no cabe duda, a esta altura de la argumentación, que la única vía que la Corte tenía para acceder al conocimiento de este tipo de casos era el *per saltum* – siempre que se lo aceptara.

Ahora bien, ¿qué cabe decir respecto de este instituto y de su aplicación al caso? Reconocer el *per saltum* sin ley es una decisión hartamente delicada al menos por tres razones. La primera es que se trastoca el ya mencionado principio de que la competencia viene de la ley, que es un importante pilar de nuestra organización judicial. Máxime si se tiene en cuenta que la Constitución pone expresamente en manos del Congreso la reglamentación de las vías de acceso a la Corte Suprema¹². Por otra parte, la falta de claridad que implica la ausencia de previsión legislativa contagia inseguridad jurídica a los participantes del sistema y conspira así contra la vigencia del *rule of law*. La tercera razón es el desgaste que ha sufrido en los últimos años la autoridad del más alto Tribunal del país, que debiera llevarlo especialmente a la prudencia y a la moderación en el ejercicio de su poder. Y, es casi obvio, el salto de instancia implica de por sí un potente ejercicio de poder y mucho más aún su auto-atribución sin respaldo legislativo.

Pero una vez admitida la validez de la intervención *per saltum* – aunque sea de un modo encubierto –, la apreciación que hizo la Corte en este caso sobre la gravedad institucional y la urgencia no parece disparatada. Digo “no parece”, porque para poder dar una opinión terminante habría que disponer de muchos elementos de juicio – empezando por el propio expediente – que no tengo. Pero al menos resulta claro que el juzgado de primera instancia, en dos ocasiones, y la Cámara, en una intervención anterior relacionada con el mismo asunto, habían frenado la privatización de los aeropuertos sin reparar en la falta de legitimación de los diputados demandantes. La Corte tenía ante sí una importante privatización que según el criterio, judicialmente no revisable, del órgano competente para implementarla¹³, era urgente para salvaguardar la

¹¹ Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 588 y ss., sostiene que el *per saltum* sin ley es inconstitucional.

¹² Cf. Artículo 117 de la Constitución Nacional, cit. en la nota 7.

¹³ La afirmación de esta veda de revisión judicial es un adelanto de lo que se desarrollará en el acápite IV de este trabajo. Dicho sea de paso, las circunstancias que según la Corte habilitaban el *per saltum* en esta causa son similares a las que constató la mayoría en el caso “Dromi” para abrir la instancia extraordinaria. Por ello no encuentro razonabilidad alguna al dispar criterio que el juez Petracchi aplicó al votar en las dos causas en lo que a este tema se refiere. En efecto, en “Dromi” se dijo que “la decisión tomada por el *a quo* repercutía, indudablemente, en el marco de políticas cuya elección corresponde a los poderes legislativo y ejecutivo. Luego, sólo la invocación del menoscabo de derechos o garantías, efectuada por quienes resulten legitimados

seguridad de miles de personas. El standard que implícitamente aplicó el Tribunal no se aleja del que tiene en cuenta su par de los Estados Unidos respecto del *per saltum*, llamado *certiorari before judgement*: es suficiente que un interés público sea favorecido por la rápida resolución de la disputa en la Corte Suprema¹⁴. Lo cual confirma la racionalidad del parámetro empleado y compensa con cierta posibilidad de previsión la inseguridad que mencionáramos en el párrafo precedente.

Como conclusión, no comparto la afirmación de que este fallo supone *la destrucción del control difuso de constitucionalidad*¹⁵. Si se admite la validez del *per saltum*, con o sin ley, pues a estos efectos la consecuencia es

para requerir su amparo judicial, pudo autorizar la intervención de los jueces. De ahí, que el reconocimiento por el *a quo* de una legitimación inexistente en la persona del peticionario, requisito indispensable para el acogimiento que dio a sus planteos, produjo una indebida y no justificada ampliación de las facultades del Poder Judicial. En el presente caso, tal exceso se ha traducido en una inmotivada interferencia en la marcha de negocios públicos de evidente importancia y repercusión político-económica, que, de conformidad con los numerosos precedentes jurisprudenciales que han sido recordados, configura un caso de gravedad institucional, y que, asimismo, generó, por la oportunidad en que se produjo, agravios que serían de imposible o insuficiente reparación ulterior sin una pronta y definitiva tutela, sólo posible por vía del recurso extraordinario directamente interpuesto ante este Tribunal” (considerando 14º). *Addenda*: También objeta la disparidad de criterio del ministro Petracchi, el doctor Rodolfo Barra en una nota aparecida mientras este trabajo se hallaba en prensa (“Decretos de Necesidad y Urgencia. El Caso ‘Rodríguez’”, *La Ley* del 29 de abril de 1998, p. 5, nota al pie n. 18). Es interesante, por su valor testimonial, lo que expresa sobre este tema el ex-juez de la Corte Suprema: “... en ‘Rodríguez’, Petracchi consideró que tales circunstancias no estaban dadas en un caso donde se discutía por primera vez el régimen constitucional de los decretos de necesidad y urgencia, con un conflicto Poder Ejecutivo-Poder Legislativo, paralizante del proceso de privatización de los aeropuertos, ya cercanos a su colapso, en un caso donde la vía del recurso extraordinario era la única posible para terminar con la cuestión, frente a la ya emitida opinión de la Cámara de Apelaciones en lo que se refería a la admisión de la legitimación de los diputados en la impugnación de los decretos 375 y 500, opinión contraria a la constante jurisprudencia de la Corte, incluso con su actual composición, y que había provocado también gran repercusión social y agitación política. Sin duda el paso del tiempo puede modificar la forma en que las personas aprecian los hechos semejantes, pero yo me quedo con la sensación de que, objetivamente, el ‘caso aeropuertos’ era institucional y materialmente más grave, y más urgente, que el ‘caso Aerolíneas’. Por ello me es difícil entender el cambio de valoración del juez Petracchi, aunque, por supuesto, lo respeto”.

Barra aprueba íntegramente el fallo “Rodríguez”. En su opinión, los fundamentos de la Corte para abrir la instancia extraordinaria (arg. art. 24, inciso 7º del decreto-ley 1285/58) son irreprochables. No coincido, por las razones expresadas en el texto. Por otra parte, realiza algunas interpretaciones excesivamente elásticas del artículo 99, inciso 3º, de la Constitución (cfr. la sección II.b). También contiene – en la sección III – algunas ideas semejantes a lo que sostengo respecto de la revisión judicial de los decretos de necesidad y urgencia en este trabajo.

¹⁴ Cf. Regla 11 de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, que además prevé otros supuestos. En ese país la posibilidad del *certiorari before judgement* fue introducida por ley en 1925 y reglamentada por la propia Corte. Pero ésta ya lo usaba con anterioridad a la sanción de la ley. Consideraciones relativas a la autoridad moral del Tribunal del país del norte pueden explicar que existiera esa práctica. Sobre este instituto, véase Bianchi, Alberto, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte Argentina*, Abaco Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 191 y ss.

¹⁵ Morello, Augusto Mario, “La destrucción del control difuso de constitucionalidad”, *Jurisprudencia Argentina*, 18 de marzo de 1998; Colautti, Carlos E., “El control sobre los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, 17 de marzo de 1998. En el mismo sentido se pronunciaron una multitud de profesores de Derecho Constitucional en una solicitada publicada en el diario La Nación a pocos días de dictarse la sentencia de la Corte.

semejante, se debe admitir necesariamente también la validez de la intervención de la Corte Suprema que puede, según el caso, dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de un tribunal inferior; lo cual eventualmente privará a la Cámara de apelaciones del poder de ejercer el control de constitucionalidad en *esa* causa. Ello es de la esencia del *per saltum* y creo que yerran quienes lo admiten y al mismo tiempo se escandalizan de sus consecuencias. Otra cosa por supuesto es discrepar de los abusos que la Corte pudiera cometer, saltando instancias injustificadamente. Reitero que, supuesta la aceptación del *per saltum*, no creo que ello haya ocurrido en el caso “Rodríguez”.

III Los actores carecían de legitimación

El poder que para los jueces supone el control de constitucionalidad está adecuadamente equilibrado en nuestro sistema legal por la exigencia de legitimación para actuar. En términos generales, ello significa que sólo los afectados por un acto o norma supuestamente inconstitucional pueden impugnarla ante los estrados judiciales. Como lo indica el Procurador en su dictamen, la Corte ya resolvió en un caso reciente de características similares a éste, que los diputados, en cuanto tales¹⁶, carecen de legitimación para plantear en abstracto la ilegalidad de una norma. En efecto, en “Dromi” el Tribunal sostuvo que la calidad de diputado nacional no confiere legitimación pues el ejercicio de la representación popular invocada “encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en resguardo de la división de poderes ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio”¹⁷.

La argumentación del Procurador mediante la cual extiende este precedente al caso que comentamos nos parece clara y razonable:

¹⁶ Tampoco hubieran tenido legitimación en cuanto ciudadanos comunes de acuerdo con la pacífica jurisprudencia aplicada y citada en “Dromi” (casos “Baeza”, “Constantino Lorenzo” y “Zaratiegui”; con posterioridad a “Dromi”, la Corte reitero la inexistencia de una acción popular en el sistema federal de control de constitucionalidad en “Polino”, LL 1994-C-294). El fallo no aborda este punto, probablemente porque los legisladores no invocaron aquella calidad.

¹⁷ Fallos 313:863, considerando 13°.

“Tal es lo que acontece en el *sub lite*, donde un grupo de diputados nacionales, como quedó expuesto, aducen que el dictado del decreto 842/97 por el Poder Ejecutivo Nacional lesiona sus derechos a ejercer sus funciones como tales.

“Desde mi punto de vista, dicha afirmación se encuentra totalmente alejada de la realidad, puesto que, así como lo sostiene el presentante de autos, a los actores nunca les estuvo impedido ejercer su función como legisladores. Por el contrario, disponen de un doble curso de acción para llevarla a cabo: uno, consistente en agotar los trámites parlamentarios necesarios para convertir en ley el proyecto sobre privatización de aeropuertos aprobado por el Senado de la Nación que actualmente se encuentra a consideración de la Cámara de Diputados que, precisamente, integran los accionantes; y otro, sancionar una ley contraria a la ratificación del decreto 842/97, aun cuando no se haya creado la Comisión Bicameral prevista por el artículo 99 de la Constitución Nacional.

“Por lo tanto, otorgar legitimación a los actores en esta causa significaría admitir que, cada vez que su voto en el recinto no sea suficiente para alcanzar las mayorías requeridas por las respectivas reglamentaciones para convertir un proyecto en ley – ya sea la ley de privatización de aeropuertos que abrogue cualquier posibilidad de vigencia del decreto 842/97 o, en su caso, la ley no ratificatoria de éste – puedan obtener, por vía judicial, un derecho que va más allá del conferido por su propio cargo de legislador, esto es, paralizar las iniciativas que, en el mismo sentido, pueda tener el Poder Ejecutivo Nacional.”¹⁸

La Corte hizo suyo el razonamiento del jefe del Ministerio Público. La advertencia que éste hace en el último párrafo que transcribimos es muy oportuna. No puede ser que un puñado de legisladores disidentes – que casi siempre son los mismos –, con el apoyo de jueces que no parecen reparar en el enorme impacto institucional que supone una apresurada declaración de inconstitucionalidad¹⁹, paralicen el cumplimiento de las directrices políticas que, mal o bien, adoptan los poderes competentes. Bien dice la Corte que “el Poder Judicial no debe involucrarse en controversias de esta índole, donde se lo pretende utilizar, al margen de las limitaciones previstas en el artículo 116 de la Constitución Nacional, como árbitro – prematuro – de una contienda que se desarrolla en el seno de otro poder”²⁰.

Naturalmente, puede uno preguntarse quién estaría en definitiva legitimado para cuestionar judicialmente la validez del decreto 842/97. Responde la Corte: “quien demuestre la presencia de un perjuicio directo, real y concreto – actual o en ciernes”²¹. Pensamos, por ejemplo, en las empresas eventualmente perjudicadas en el trámite de licitación; así como también, en los sujetos pasivos de obligaciones de acción u omisión emanadas de la aplicación de la norma²².

¹⁸ Del punto VIII del dictamen.

¹⁹ En este caso, si bien no hubo declaración de inconstitucionalidad, la medida cautelar tuvo parejos efectos.

²⁰ Del considerando 18°. Esta doctrina es reiteración de la afirmada en el considerando 14° del caso “Dromi” que transcribimos en la nota 13.

²¹ Del considerando 24° del voto de la mayoría.

²² La cuestión de la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación, que fue tenido como parte, es problemática. Véase, Padilla, Miguel A., “Los poderes implícitos del Poder Judicial”, *LL* del 27 de febrero de 1998. En general, la actuación de este funcionario puede poner en jaque el tradicional equilibrio de nuestro sistema de control de constitucionalidad al que nos referíamos más arriba, dada la amplísima competencia que le otorga la Constitución. Es por ello que el asunto genera muchos interrogantes que, ciertamente, no fueron abordados suficientemente en esta causa (ver el punto VIII del dictamen del Procurador, al cual se remite la

IV Los sujetos y el alcance del control de los decretos de necesidad y urgencia

Ya vimos que, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, la Corte consideró que los actores carecían de legitimación, razón por la cual se trataba de un planteo general y abstracto que no configuraba un caso judicial²³. No obstante, el Tribunal incursionó ampliamente en la cuestión de los alcances del control de los decretos de necesidad y urgencia. Intentaré hacer una síntesis de esta parte de la sentencia que, dada su confusión y desorden, no estará exenta de cierta interpretación personal. En primer lugar, conviene transcribir el texto del nuevo artículo 99, inciso 3° de la Constitución:

Art. 99 El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

3. Participa en la formación de las leyes con arreglo a la 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 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.

He aquí la síntesis de la doctrina enunciada en la sentencia:

- a) El hecho de que el Congreso no haya reglamentado los decretos de necesidad y urgencia ni creado la Comisión Bicameral Permanente no obsta la operatividad de los poderes conferidos por la norma “ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar *sine die* al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente”²⁴.
- b) El decreto en cuestión cumple con los requisitos de forma previstos en la Constitución: refrendo de todos los ministros y sometimiento de la norma

Corte). Cabe señalar la doctrina de la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo, Sala V, según la cual la legitimación del Defensor del Pueblo “no es susceptible de ser infinitamente dilatada de forma tal que sustente su intervención judicial en defensa de la pura legalidad; lo cual obviamente no significa neutralizar las potestades que mediante los dispositivos concretos que le atribuye la ley orgánica respectiva, pueda ejercer *ad intra* de la administración” (“Consumidores Libres c/ Estado Nacional”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-II-533, citado por Canda, *op.cit.*).

²³ Cfr. también el considerando 23° del voto de la mayoría.

²⁴ Del considerando 13° del voto de la mayoría.

al Poder Legislativo para su tratamiento. En cuanto al fondo, su contenido no incursiona en las materias taxativamente vedadas por el artículo 99, inciso 3º.

- c) En cambio, no corresponde que el Poder Judicial revise “la concurrencia de los extremos – de valoración política – que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo”²⁵. Aunque la Corte no lo dice, entiendo que se refiere a la presencia de circunstancias excepcionales requerida por la Constitución. Esta atribuye al Congreso una intervención excluyente destinada a controlar la existencia de dichos extremos²⁶, intervención para la cual no hace falta esperar a la constitución de la Comisión Bicameral, pues es el Congreso, y no aquélla, quien debe ratificarlos o desaprobarlos²⁷.
- d) Pero el decreto sí “es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales – antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese en ese trámite”²⁸, siempre que exista un caso concreto.

Como bien señala Canda²⁹, el caso “Rodríguez” contiene la primera interpretación de la Corte del artículo 99, inciso 3º de la Constitución reformada. Por lo tanto resulta de particular interés determinar si el Tribunal mantuvo la doctrina sobre el control de los decretos de necesidad y urgencia que había elaborado en “Peralta”³⁰ y reiterado en “Video Club Dreams”³¹. De acuerdo con esos fallos, el Poder Judicial debía controlar la legalidad formal, el respeto de ciertos límites en razón de la materia y el presupuesto de habilitación de la norma, esto es, la existencia de circunstancias excepcionales que generen una situación de grave riesgo social. De la síntesis que hice más arriba surge que los dos primeros requisitos – ahora incorporados al texto constitucional – siguen estando bajo la órbita del control judicial. No así, en cambio, el tercero: cuando el Poder Ejecutivo entiende que median “circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” (cf. Artículo 99, inciso 3º, cit.), los jueces no pueden revisar esa apreciación. Según este fallo, solamente el Congreso tiene dicho poder de control, lo cual implica un importante cambio respecto del *statu quo* de la jurisprudencia

²⁵ Del considerando 15º del voto de la mayoría.

²⁶ Del considerando 17º del voto de la mayoría.

²⁷ Del considerando 13º del voto de la mayoría.

²⁸ Del considerando 23º del voto de la mayoría.

²⁹ *Op. cit.*, acápite III.3.

³⁰ ED 141-519 (1990).

³¹ ED 164-675 (1995).

anterior a la reforma constitucional de 1994³². La Corte no hace ninguna referencia a los casos “Peralta” y “Video Club Dreams”. Pero expone un extenso argumento que puede tomarse como una explicación del cambio:

“la cláusula constitucional citada (el artículo 99, inciso 3º) prevé un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria para los decretos de necesidad y urgencia” (del considerando 13º);

“atendiendo al texto constitucional plasmado por la reforma del año 1994, la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos – de valoración política – que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido” (del considerando 15º, énfasis agregado);

“la Constitución atribuye (al Congreso) una *excluyente* intervención en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes” (del considerando 17º, énfasis agregado);

“la cuestión propuesta, propia de la dinámica de la vida política, debe resolverse dentro del marco institucional que la Constitución fija: el Honorable Congreso Nacional. Decidir de otro modo, importaría interferir en el ejercicio de funciones del órgano que expresa, en su máximo grado, la representación popular en una de las materias más delicadas que le ha asignado la reforma constitucional de 1994.

Se trata, en efecto, de una nueva atribución – correlacionada con la que se atribuye al Presidente de la Nación – cuyo ejercicio exige un tratamiento parlamentario con relieves diferentes del que requieren la formación y sanción de las leyes, actuación que demanda el funcionamiento armónico de ambos órganos en esta nueva actividad colegislativa.

Y si bien la novedad de la atribución que se incorpora al texto constitucional puede provocar dificultades en su tratamiento interno, y tal vez interrogantes sobre su incidencia respecto del procedimiento normal de la actividad legislativa, resulta evidente que la solución para superarlas en ningún caso puede consistir en anular – en sus efectos – el trámite propio del instituto incorporado en 1994” (del considerando 18º).

¿Es razonable este discurso argumental? ¿Responde a la finalidad implícita en la nueva norma constitucional? En la medida en que, Comisión Bicameral mediante o no, el Congreso trate el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, como le manda la Constitución, el argumento es correcto³³. Para entender mejor por qué, conviene pensar en los dos resultados posibles de la

³² En sentido contrario, Alejandro Pérez Hualde, “Decretos de necesidad y urgencia: a dos años del artículo 99, inciso 3º de la Constitución Nacional”, *LL* del 24 de julio de 1997 y Néstor Pedro Sagüés, “El derecho de necesidad espurio (de ‘Peralta’ a ‘Video Club Dreams’)”, *Jurisprudencia Argentina*, 21 de febrero de 1996, p. 49, citado por Pérez Hualde.

³³ Los jueces Belluscio y Bossert, que votan juntos, no coinciden; tampoco el doctor Fayt. Estos tres jueces adelantan su opinión en diversos *obiter* y toman distancia de la doctrina de la mayoría: “carece de sustento afirmar que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo invocando razones de necesidad y urgencia sólo estén sujetos al control parlamentario establecido por la Constitución, y ello independientemente de que su aprobación o rechazo estén o no sometidos a tratamiento por parte del Congreso. De otro modo, se estaría consagrando una categoría de actos excluidos del examen constitucional que corresponde a esta Corte y a los tribunales inferiores, consagrándose el absurdo de que una ley pudiera ser invalidada por el Poder Judicial por atentar contra la Constitución, lo mismo que un decreto u otro acto administrativo del Poder Ejecutivo, pero no el decreto de necesidad y urgencia. Bastaría atribuirle esa categoría para impedir el juzgamiento de su constitucionalidad, la que nunca podría tener lugar si el congreso no lo ratificara ni desechara” (del considerando 8º de Belluscio y Bossert *in re* “Rodríguez”). Este voto, a mi modo de ver, omite distinciones necesarias relativas a qué está sujeto al control de constitucionalidad y qué no, en materia de decretos de necesidad y urgencia; supone una total justiciabilidad que desbarajusta el sistema diseñado por el constituyente. Cfr. más abajo en el texto. La posición de Fayt surge implícitamente de los considerandos 19º y 20º de su voto, coherentes con su postura reacia respecto de las cuestiones políticas no justiciables.

intervención del Congreso, en lo que al presupuesto de habilitación se refiere. Si ratifica el decreto por considerar que existía necesidad y urgencia carece de buen sentido postular la posibilidad de que los jueces revisen el criterio de un órgano (el Ejecutivo) que ya ha sido controlado y confirmado por otro (las dos Cámaras del Legislativo), que es precisamente aquél cuya competencia la Constitución busca resguardar. La acumulación de este tipo de controles conspira contra la eficacia del gobierno³⁴ y no garantiza el acierto del nuevo juicio de comprobación de la existencia de circunstancias excepcionales, pues el último controlador es tan falible como el anterior. Otro tanto ocurre si el Congreso decide no ratificar el decreto por ausencia de la necesidad y urgencia alegadas por el Ejecutivo. La intervención del Legislativo quedaría virtualmente burlada por la decisión de un juez de reconocer validez a la norma por entender que sí mediaban circunstancias excepcionales. Todo esto nos lleva de la mano a la siguiente conclusión: cuando el Congreso ha emitido su dictamen sobre la concurrencia de las circunstancias fácticas habilitantes estamos, en lo que a este aspecto de la norma se refiere, frente a una cuestión política no justiciable. Este fallo, al igual que otros de los últimos años, muestra que ese tipo de cuestiones no han desaparecido de nuestro régimen constitucional. El hecho de que, quizás por su desprestigio académico en la Argentina, la Corte últimamente no las llame por su nombre no contradice lo afirmado, contrariamente a lo que muchas veces se cree.

Entonces, ¿qué es lo que, con palabras de la Corte, “es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales – antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite”? Tres cosas: el respeto de la legalidad formal, el requisito de que la norma no incursione en las materias vedadas por la Constitución y, como siempre, la razonabilidad de la restricción de derechos derivada del contenido de la norma. Esto último vale respecto de los decretos de necesidad y urgencia, aun cuando hubieren sido aprobados por el Congreso, en virtud de un argumento *a maiore*: si el Poder Judicial controla la razonabilidad de las leyes, incluso en períodos de emergencia, más aún debe controlar la de estos decretos.

¿Y qué pasa si antes de cualquier pronunciamiento del Congreso alguien legitimado impugna judicialmente un decreto de necesidad y urgencia, alegando que no se dan las circunstancias habilitantes? Es muy difícil encontrar una única solución sensata para esta situación sin que previamente

³⁴ Sobre la eficacia como valor a tener en cuenta en los “fallos institucionales”, véase, Santiago (h), Alfonso, “La Corte Suprema. Sus funciones y el control constitucional”, LL 1993-E-867 y “Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte sobre delegación legislativa”, LL 1994-B-633.

el legislador haya *determinado*³⁵, mediante la sanción de la ley especial a la que se refiere el párrafo final del artículo 99, inciso 3º, los efectos del llamado silencio del Congreso³⁶. Si, por ejemplo, la ley reglamentaria establece un plazo³⁷ para que el Congreso trate el decreto, lo más razonable, a la luz de lo expuesto más arriba, sería que el juez posponga la respuesta a la impugnación, para preservar la posibilidad de que el Legislativo dictamine sobre una cuestión cuya elucidación la Constitución pone a su cargo³⁸. Una vez transcurrido ese plazo, el poder del juez dependerá de los efectos que la ley reglamentaria otorgue a la falta de acción del Congreso³⁹. Mientras dure el inaceptable estado de inseguridad generado por la mora en la reglamentación, pareciera que lo más aconsejable en estos casos es *stare decisis*: que los jueces sigan el criterio de revisión que venían empleando, en consonancia con la doctrina jurisprudencial de “Peralta” y “Video Club Dreams”.

V. Conclusión

La Corte tenía ante sí un caso difícil. Una vez tomada la decisión de abrir la instancia extraordinaria para revocar la resolución de primera instancia, podría haberse limitado a negar la legitimación de los actores. Prefirió, no obstante, explazar sobre la espinosa cuestión de los decretos de necesidad y urgencia. La falta de sanción de la correspondiente ley

³⁵ Cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a2, c.

³⁶ Quizás por ello, el juez Fayt (considerando 18º de su voto en esta causa), al igual que el profesor Bidart Campos (“Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional”, *LL Suplemento de Derecho Constitucional*, 27 de marzo de 1998), sostienen que mientras el Congreso no sancione la ley especial el Ejecutivo no puede emitir válidamente decretos de necesidad y urgencia. Esta tesis es pasible del reproche endilgado por la mayoría de la Corte en el considerando 13º de su voto: “la mera omisión legislativa importaría privar *sine die* al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente”. Facultad que, cabe agregar, la Corte – con el voto de Fayt – ya había reconocido al Presidente antes de toda previsión constitucional o legal en “Peralta”. Pero no cabe duda de que esta tesis ejerce un atractivo emocional porque en su extremismo expresa cierto romanticismo; además, es tentadora para la razón práctica pues implica sacarse de encima los numerosos problemas que nos planteamos en el texto: si a falta de sanción de la “ley especial” el decreto es nulo, se acabó la discusión.

³⁷ Cabe tener en cuenta que ya la Constitución misma establece dos plazos que necesariamente corren antes del plazo hipotéticamente considerado en el texto: 10 días como máximo para que el decreto de necesidad y urgencia sea sometido a tratamiento de la Comisión Bicameral Permanente y 10 más para que ésta eleve su despacho al plenario de cada Cámara (cf. artículo 99, inciso 3º). Por tanto, durante los 20 días subsiguientes al dictado del decreto se debería aplicar el criterio de deferencia que propongo en el texto para el plazo posterior que eventualmente establezca la ley especial.

³⁸ Pero nótese que esto no importa excluir totalmente a los decretos de necesidad y urgencia del control de constitucionalidad durante ese período (contra: voto de Belluscio y Bossert en “Rodríguez”, considerando 9º), pues los demás requisitos de validez de la norma siempre están sujetos a escrutinio judicial.

³⁹ Comadira sostiene que la ley especial podría eventualmente consagrar la solución llamada “aprobación ficta”. Esta, afirma, no se encuentra vedada por la Constitución y su descarte tampoco surge claramente de los debates constituyentes sobre el tema. Cfr. Comadira, Julio, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 281.

reglamentaria, a casi cuatro años de reformada la Constitución, proyecta un cono de sombra sobre el tema. El Tribunal se pronunció, sin mucha claridad, sobre algunas de las cuestiones que requieren determinación positiva. Pero, por las razones que di a lo largo de este artículo, respetuosamente disiento de que la sentencia sea “una de las más retrógradas que en materia de control judicial de constitucionalidad podemos registrar en la jurisprudencia de los últimos años”⁴⁰. Finalmente, la comprensión última del sentido de esta sentencia se aclara a la luz del criterio empleado por la mayoría de la Corte, desde que su integración fuera ampliada a nueve miembros, cada vez que le tocó resolver cuestiones atinentes a la política económica del gobierno⁴¹. Fue un criterio amplio, contemplativo de las circunstancias excepcionales en que ciertas transformaciones tuvieron lugar; un criterio según el cual el Tribunal, lejos de enfrentar a los otros órganos del poder, se caracterizó por la deferencia a las decisiones de éstos en materias discrecionales y por el rechazo del activismo judicial. Ello explica, quizás, que muchos de los críticos de este fallo, y de otros que lo precedieron, sean simultáneamente, a veces de un modo velado y otras de un modo expreso, detractores del plan económico impulsado por el gobierno. Y viceversa: que los defensores de este tipo de sentencias apoyen generalmente al mismo tiempo las transformaciones mencionadas. Lo explica, pero no lo justifica, pues la interferencia del factor ideológico y político, entendido en un sentido sectorial y partidista, ya sea de signo oficialista u opositor, entorpece la adecuada decisión de una causa por un tribunal o su valoración desde una perspectiva teórica por un académico. Por eso, aunque mis conclusiones coinciden en este caso con las de los “defensores” y no con las de los “críticos”, he intentado argumentar siempre a una prudente distancia de consideraciones de ese tipo⁴².

⁴⁰ Bidart Campos, *Suplemento de Derecho Constitucional* cit. p. 4.

⁴¹ Me refiero al gobierno en sentido amplio, comprensivo del Ejecutivo y del Legislativo.

⁴² Tal vez la casi inexistencia de trabajos académicos que valoren positivamente esta sentencia – aunque con observaciones críticas, como las de este artículo –, refleja el temor de algunos de “quemarse” o quedar pegados a aquellos “defensores” incondicionales que carecen de argumentos jurídicos sólidos. Lamentablemente, pareja observación cabe con cierta frecuencia respecto de la jurisprudencia a nivel de primera y segunda instancia en temas con ribetes político-económicos candentes (vgr: constitucionalidad del plan Bónex y del Ahorro Obligatorio; en ambos casos la Corte dio vuelta, “quemándose”, la jurisprudencia casi unánime del fuero contencioso-administrativo). Pero, volviendo a los doctrinarios, la falta de valentía de quienes en razón de lo dicho callan su opinión, que puede ser también falta de honestidad intelectual, trae como consecuencia una laguna conceptual para la comunidad jurídica y deja que suene en el aire tan sólo una de las dos campanas, dificultando así que los lectores aprecien cuál de ellas tiene un sonido más bello: si así no fuera, los errores en que pudieran incurrir unos resaltarían la verdad de las afirmaciones de los otros.

Por supuesto que parece difícil poder argumentar con independencia e imparcialidad si se está muy comprometido con una de las posiciones enfrentadas en un debate. En esos casos, a veces la honestidad intelectual aludida debería llamar al silencio, al menos en el plano académico. De lo contrario, en el mejor de los casos, se corre con una presunción adversa a la validez de las ideas defendidas.

PER SALTUM Y DECRETOS DE NECESIDAD DE URGENCIA EN UN CASO TRASCENDENTE

Por Santiago Legarre*, para *Campus***

*Profesor full-time de Derecho, Universidad Austral (1995-2006); Profesor de Derechos Humanos, UCA, a partir de 2007. Agradezco la valiosa asistencia de Leonardo Orlanski, estudiante de tercer año de la FD de la U. Austral. Comentarios bienvenidos (santiagolegarre@uca.edu.ar).

**Publicado originalmente en *Campus*, Año 5, 1998, Número 18, p. 4 y reproducido en este sitio web con permiso de los directores de *Campus*, revista de Estudiantes de la FD de la UCA, ganadora en su momento del Premio Santa Clara de Asís.

I El caso

Dada la enorme difusión periodística del fallo de la Corte Suprema en el caso de la privatización de los aeropuertos por decreto de necesidad y urgencia, me tomo la libertad de omitir un relato detallado de las circunstancias fácticas y los vaivenes judiciales y administrativos previos a la sentencia. Baste con recordar que un grupo de diputados logró, mediante un amparo, que un juzgado federal de primera instancia en lo Contencioso-Administrativo suspendiera el trámite de la privatización por supuestas irregularidades. El Poder Ejecutivo demandado interpuso recurso extraordinario directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hizo lugar, revocó la sentencia de primera instancia y habilitó así la continuación de la licitación correspondiente. El fallo fue cinco a cuatro: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez integraron la mayoría, mientras que Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert votaron en disidencia. En el orden que me parece más razonable, analizaré la competencia del Tribunal, la legitimación de los actores y la cuestión de fondo planteada.

II Otra vez un *per saltum* encubierto

¿Cómo justificó la Corte la apertura de la instancia sin que hubiera intervenido el superior tribunal de la causa, es decir, la Cámara en lo Contencioso-Administrativo? En este punto clave la Corte se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra¹, que invocó

¹Causa "Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional", del 17 de diciembre de 1997 (LL 1997-F-879). Si bien de acuerdo con el considerando 5º de la sentencia la remisión es a los puntos

una decisión reciente del Tribunal². Sostuvo que se hallaba frente a una cuestión de competencia de las que el decreto ley 1285/58³ le encarga dirimir, “independientemente de que (el caso) trasunte un conflicto jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto”⁴. El conflicto referido consistiría en el exceso de competencia del juzgado de primera instancia, en desmedro de una facultad reservada a otro(s) órgano(s) del estado.

El argumento no resiste el análisis ya que la norma invocada tiene por finalidad el permitir la definición de quién es competente en una causa contenciosa cuyo conocimiento se disputan dos tribunales – aún cuando uno de ellos pueda ser administrativo (cf. nota 3 *in fine*). Nada tiene que ver, por tanto, con la situación planteada, en la que el Poder Ejecutivo considera invadida su zona de reserva por parte de un tribunal del Poder Judicial. El decreto ley 1285/58 es completamente ajeno a este tipo de conflictos entre poderes; su función es ni más ni menos que la de brindar un tribunal a un justiciable que carece de él o que tiene más de uno que reclama el caso para sí.

¿Tenía otra fuente posible de competencia la Corte en este caso? No desde un punto de vista legal, aparentemente decisivo en un sistema jurídico como el nuestro en el que la competencia viene de la ley. Pero desde el año 1990 la Corte ha intervenido *per saltum*, omitiendo la intervención de la

VII, VIII y X del dictamen, del texto del mismo considerando y del siguiente, surge que debe entenderse que la remisión también alcanza al punto XI, pues recién en este último el Procurador conecta la doctrina que cita en los puntos anteriores con el decreto ley 1285/58, que supuestamente habilita a la Corte a conocer el caso. Creo que ésta es la interpretación más razonable de esta parte del fallo pues hace honor a la unidad y continuidad lógica entre la parte a la cual el Tribunal se remite expresamente y el otro acápite mencionado: toda la argumentación del Procurador se dirige a determinar “si se ha configurado en el *sub lite* un virtual conflicto de competencia de un magistrado del Poder Judicial de la Nación, que haya alterado el equilibrio de las funciones inherentes a la forma republicana de gobierno, conforme lo declaró V.E. en la sentencia del 3 de abril de 1996, en la causa U.10.LXXXII Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ Estado Nacional – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/juicio sumarísimo” (cf. punto VII, al que la Corte se remite expresamente). Aunque sin duda la remisión es desprolija, por la razón expresada no me convence la lectura alternativa que ensaya, por ejemplo, Fabián Canda en su nota “‘Aeropuertos’: Un fallo con turbulencias (Intervención de superintendencia, legitimación procesal y control de los decretos de necesidad y urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, *ED*, 13 de abril de 1998. Los jueces que votaron en disidencia se dedicaron extensamente a rebatir el argumento del considerando 8º del caso “U.O.M.”, basado en el artículo 24, inciso 7º del decreto-ley 1285/58, lo cual parece indicar una interpretación de la vía de conocimiento elegida por la mayoría del Tribunal semejante a la que sugiero. Cfr. el voto de Belluscio y Bossert (considerandos 4º a 7º), de Fayt (considerandos 7º a 12º) y Petracchi (considerandos 6º y 7º).

² “U.O.M. c/ Estado Nacional”, del 3 de abril de 1996, *LL* 1996-B-350.

³ Artículo 24, inciso 7º: “La Corte Suprema de Justicia conocerá (...) de las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la Cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido. Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”. Como es sabido, la jurisprudencia ha extendido razonablemente esta norma a los supuestos en que es parte del conflicto un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales.

⁴ Considerando 6º del fallo de la Corte y punto X del dictamen del Procurador.

Cámara, en algunos pocos casos en los que mediaba – a su criterio – gravedad institucional y la necesidad de resolver un asunto con urgencia. El fallo señero fue “Dromi”⁵, también una privatización, la de Aerolíneas Argentinas. Allí se sentó la doctrina pretoriana que fue decisiva para la solución del caso aunque, es importante subrayarlo, no fue suscripta por la mayoría del Tribunal sino por cuatro jueces: Petracchi, Levene(h), Barra y Cavagna Martínez. Otra circunstancia contribuye a relativizar el valor normativo de este antecedente jurisprudencial: de esos ministros, sólo el primero permanece en la Corte Suprema. Sin embargo, en sentencias posteriores, algunas muy conocidas como la llamada “Operación Langostino”⁶, la Corte intervino de hecho per saltum sin reconocer que aplicaba ese instituto que, reiteramos, no está previsto en nuestra legislación procesal. Se invocaron, en cambio, los poderes implícitos del Tribunal, lo cual mereció razonables críticas doctrinales, ya que el sentido de dichos poderes – cuya misma existencia está cuestionada, pues no surgen del texto de la Constitución – está muy lejos de habilitar modificaciones a las vías recursivas creadas por el Congreso, que es el órgano constitucionalmente competente para reglarlas⁷. La jurisprudencia de la propia Corte acerca de los poderes implícitos es prueba acabada de lo antojadizo de esta nueva interpretación⁸. Entiendo que lo que ocurre es que un grupo significativo de jueces del Tribunal⁹, que votan en estos fallos – desde “Dromi”¹⁰ hasta el que estamos analizando – no simpatizan con la aplicación

⁵ Fallos 313:863. También es conocido como el caso “Fontela”.

⁶ “R.7.XXX y otros. Reiriz, María G. y Casal, Eduardo E., procuradores fiscales de la C.S.J.N. s/ su recurso extraordinario en causa: “A., J.F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos” – inc. de excarcelación de U., E.S.”, sentencia del 6 de diciembre de 1994 (LL 1994-E-520). Integraron la mayoría Moliné O’Connor, Boggiano, López, Nazareno y Levene (estos últimos dos, según su voto); Petracchi concurrió en la decisión de fondo, invocando expresamente el *per saltum* (aunque la parte dispositiva de su voto es distinta, por lo que fue calificado como disidencia parcial). En disidencia votaron Belluscio y Bossert (en voto conjunto) y Fayt.

⁷ En los casos que no sean de competencia originaria, “la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones *que prescriba el Congreso*” (Artículo 117 – antes 101 – de la Constitución Nacional; énfasis agregado).

⁸ Sobre el auténtico sentido de los poderes implícitos de la Corte, véase Fallos 300:1282. Hago notar que en la causa que estamos analizando también se invocaron, al igual que en “Operación Langostino”, los poderes implícitos en el considerando 8º. Entiendo que en nuestro caso se trata de un *obiter dictum* para reforzar el argumento principal (solución de un conflicto de competencia), a diferencia de lo que interpreta Fabián Canda (*op. cit.*, sección III.1).

⁹ Actualmente el único juez que se ha manifestado a favor del *per saltum* sin ley es Petracchi. Ya lo había anunciado en su voto disidente en “Margarita Belén” (ED 130-628, con nota de Germán Bidart Campos) y lo reiteró después en numerosas oportunidades, algunas de las cuales hemos mencionado. Fayt (en su disidencia en “Dromi” y las remisiones a él en casos posteriores) y Belluscio y Bossert (en su voto en esta causa, aunque la idea ya la insinaron en su voto conjunto en “Operación Langostino”) se expresaron en contra. El grupo significativo al que nos referimos está constituido, entonces, por los otros cinco jueces, que integran la mayoría en este caso “Rodríguez”.

¹⁰ Véase el voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor en “Dromi”, cit., que contiene el núcleo central del argumento desplegado ahora en “Rodríguez”.

del *per saltum* sin ley, modalidad que en general no tuvo buena acogida en la doctrina de los autores¹¹. Mala técnica es ésta la de apropiarse de los beneficios de esta herramienta sin querer asumir el costo que representa reconocerlo abiertamente. Ya que no cabe duda, a esta altura de la argumentación, que la única vía que la Corte tenía para acceder al conocimiento de este tipo de casos era el *per saltum* – siempre que se lo aceptara.

Ahora bien, ¿qué cabe decir respecto de este instituto y de su aplicación al caso? Reconocer el *per saltum* sin ley es una decisión hartamente delicada al menos por tres razones. La primera es que se trastoca el ya mencionado principio de que la competencia viene de la ley, que es un importante pilar de nuestra organización judicial. Máxime si se tiene en cuenta que la Constitución pone expresamente en manos del Congreso la reglamentación de las vías de acceso a la Corte Suprema¹². Por otra parte, la falta de claridad que implica la ausencia de previsión legislativa contagia inseguridad jurídica a los participantes del sistema y conspira así contra la vigencia del *rule of law*. La tercera razón es el desgaste que ha sufrido en los últimos años la autoridad del más alto Tribunal del país, que debiera llevarlo especialmente a la prudencia y a la moderación en el ejercicio de su poder. Y, es casi obvio, el salto de instancia implica de por sí un potente ejercicio de poder y mucho más aún su auto-atribución sin respaldo legislativo.

Pero una vez admitida la validez de la intervención *per saltum* – aunque sea de un modo encubierto –, la apreciación que hizo la Corte en este caso sobre la gravedad institucional y la urgencia no parece disparatada. Digo “no parece”, porque para poder dar una opinión terminante habría que disponer de muchos elementos de juicio – empezando por el propio expediente – que no tengo. Pero al menos resulta claro que el juzgado de primera instancia, en dos ocasiones, y la Cámara, en una intervención anterior relacionada con el mismo asunto, habían frenado la privatización de los aeropuertos sin reparar en la falta de legitimación de los diputados demandantes. La Corte tenía ante sí una importante privatización que según el criterio, judicialmente no revisable, del órgano competente para implementarla¹³, era urgente para salvaguardar la

¹¹ Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 588 y ss., sostiene que el *per saltum* sin ley es inconstitucional.

¹² Cf. Artículo 117 de la Constitución Nacional, cit. en la nota 7.

¹³ La afirmación de esta veda de revisión judicial es un adelanto de lo que se desarrollará en el acápite IV de este trabajo. Dicho sea de paso, las circunstancias que según la Corte habilitaban el *per saltum* en esta causa son similares a las que constató la mayoría en el caso “Dromi” para abrir la instancia extraordinaria. Por ello no encuentro razonabilidad alguna al dispar criterio que el juez Petracchi aplicó al votar en las dos causas en lo que a este tema se refiere. En efecto, en “Dromi” se dijo que “la decisión tomada por el *a quo* repercutía, indudablemente, en el marco de políticas cuya elección corresponde a los poderes legislativo y ejecutivo. Luego, sólo la invocación del menoscabo de derechos o garantías, efectuada por quienes resulten legitimados

seguridad de miles de personas. El standard que implícitamente aplicó el Tribunal no se aleja del que tiene en cuenta su par de los Estados Unidos respecto del *per saltum*, llamado *certiorari before judgement*: es suficiente que un interés público sea favorecido por la rápida resolución de la disputa en la Corte Suprema¹⁴. Lo cual confirma la racionalidad del parámetro empleado y compensa con cierta posibilidad de previsión la inseguridad que mencionáramos en el párrafo precedente.

Como conclusión, no comparto la afirmación de que este fallo supone *la destrucción del control difuso de constitucionalidad*¹⁵. Si se admite la validez del *per saltum*, con o sin ley, pues a estos efectos la consecuencia es

para requerir su amparo judicial, pudo autorizar la intervención de los jueces. De ahí, que el reconocimiento por el *a quo* de una legitimación inexistente en la persona del peticionario, requisito indispensable para el acogimiento que dio a sus planteos, produjo una indebida y no justificada ampliación de las facultades del Poder Judicial. En el presente caso, tal exceso se ha traducido en una inmotivada interferencia en la marcha de negocios públicos de evidente importancia y repercusión político-económica, que, de conformidad con los numerosos precedentes jurisprudenciales que han sido recordados, configura un caso de gravedad institucional, y que, asimismo, generó, por la oportunidad en que se produjo, agravios que serían de imposible o insuficiente reparación ulterior sin una pronta y definitiva tutela, sólo posible por vía del recurso extraordinario directamente interpuesto ante este Tribunal” (considerando 14º). *Addenda*: También objeta la disparidad de criterio del ministro Petracchi, el doctor Rodolfo Barra en una nota aparecida mientras este trabajo se hallaba en prensa (“Decretos de Necesidad y Urgencia. El Caso ‘Rodríguez’”, *La Ley* del 29 de abril de 1998, p. 5, nota al pie n. 18). Es interesante, por su valor testimonial, lo que expresa sobre este tema el ex-jefe de la Corte Suprema: “... en ‘Rodríguez’, Petracchi consideró que tales circunstancias no estaban dadas en un caso donde se discutía por primera vez el régimen constitucional de los decretos de necesidad y urgencia, con un conflicto Poder Ejecutivo-Poder Legislativo, paralizante del proceso de privatización de los aeropuertos, ya cercanos a su colapso, en un caso donde la vía del recurso extraordinario era la única posible para terminar con la cuestión, frente a la ya emitida opinión de la Cámara de Apelaciones en lo que se refería a la admisión de la legitimación de los diputados en la impugnación de los decretos 375 y 500, opinión contraria a la constante jurisprudencia de la Corte, incluso con su actual composición, y que había provocado también gran repercusión social y agitación política. Sin duda el paso del tiempo puede modificar la forma en que las personas aprecian los hechos semejantes, pero yo me quedo con la sensación de que, objetivamente, el ‘caso aeropuertos’ era institucional y materialmente más grave, y más urgente, que el ‘caso Aerolíneas’. Por ello me es difícil entender el cambio de valoración del juez Petracchi, aunque, por supuesto, lo respeto”.

Barra aprueba íntegramente el fallo “Rodríguez”. En su opinión, los fundamentos de la Corte para abrir la instancia extraordinaria (arg. art. 24, inciso 7º del decreto-ley 1285/58) son irreprochables. No coincido, por las razones expresadas en el texto. Por otra parte, realiza algunas interpretaciones excesivamente elásticas del artículo 99, inciso 3º, de la Constitución (cfr. la sección II.b). También contiene – en la sección III – algunas ideas semejantes a lo que sostengo respecto de la revisión judicial de los decretos de necesidad y urgencia en este trabajo.

¹⁴ Cf. Regla 11 de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, que además prevé otros supuestos. En ese país la posibilidad del *certiorari before judgement* fue introducida por ley en 1925 y reglamentada por la propia Corte. Pero ésta ya lo usaba con anterioridad a la sanción de la ley. Consideraciones relativas a la autoridad moral del Tribunal del país del norte pueden explicar que existiera esa práctica. Sobre este instituto, véase Bianchi, Alberto, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte Argentina*, Abaco Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 191 y ss.

¹⁵ Morello, Augusto Mario, “La destrucción del control difuso de constitucionalidad”, *Jurisprudencia Argentina*, 18 de marzo de 1998; Colautti, Carlos E., “El control sobre los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, 17 de marzo de 1998. En el mismo sentido se pronunciaron una multitud de profesores de Derecho Constitucional en una solicitada publicada en el diario La Nación a pocos días de dictarse la sentencia de la Corte.

semejante, se debe admitir necesariamente también la validez de la intervención de la Corte Suprema que puede, según el caso, dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de un tribunal inferior; lo cual eventualmente privará a la Cámara de apelaciones del poder de ejercer el control de constitucionalidad en *esa* causa. Ello es de la esencia del *per saltum* y creo que yerran quienes lo admiten y al mismo tiempo se escandalizan de sus consecuencias. Otra cosa por supuesto es discrepar de los abusos que la Corte pudiera cometer, saltando instancias injustificadamente. Reitero que, supuesta la aceptación del *per saltum*, no creo que ello haya ocurrido en el caso “Rodríguez”.

III Los actores carecían de legitimación

El poder que para los jueces supone el control de constitucionalidad está adecuadamente equilibrado en nuestro sistema legal por la exigencia de legitimación para actuar. En términos generales, ello significa que sólo los afectados por un acto o norma supuestamente inconstitucional pueden impugnarla ante los estrados judiciales. Como lo indica el Procurador en su dictamen, la Corte ya resolvió en un caso reciente de características similares a éste, que los diputados, en cuanto tales¹⁶, carecen de legitimación para plantear en abstracto la ilegalidad de una norma. En efecto, en “Dromi” el Tribunal sostuvo que la calidad de diputado nacional no confiere legitimación pues el ejercicio de la representación popular invocada “encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en resguardo de la división de poderes ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio”¹⁷.

La argumentación del Procurador mediante la cual extiende este precedente al caso que comentamos nos parece clara y razonable:

¹⁶ Tampoco hubieran tenido legitimación en cuanto ciudadanos comunes de acuerdo con la pacífica jurisprudencia aplicada y citada en “Dromi” (casos “Baeza”, “Constantino Lorenzo” y “Zaratiegui”; con posterioridad a “Dromi”, la Corte reitero la inexistencia de una acción popular en el sistema federal de control de constitucionalidad en “Polino”, LL 1994-C-294). El fallo no aborda este punto, probablemente porque los legisladores no invocaron aquella calidad.

¹⁷ Fallos 313:863, considerando 13°.

“Tal es lo que acontece en el *sub lite*, donde un grupo de diputados nacionales, como quedó expuesto, aducen que el dictado del decreto 842/97 por el Poder Ejecutivo Nacional lesiona sus derechos a ejercer sus funciones como tales.

“Desde mi punto de vista, dicha afirmación se encuentra totalmente alejada de la realidad, puesto que, así como lo sostiene el presentante de autos, a los actores nunca les estuvo impedido ejercer su función como legisladores. Por el contrario, disponen de un doble curso de acción para llevarla a cabo: uno, consistente en agotar los trámites parlamentarios necesarios para convertir en ley el proyecto sobre privatización de aeropuertos aprobado por el Senado de la Nación que actualmente se encuentra a consideración de la Cámara de Diputados que, precisamente, integran los accionantes; y otro, sancionar una ley contraria a la ratificación del decreto 842/97, aun cuando no se haya creado la Comisión Bicameral prevista por el artículo 99 de la Constitución Nacional.

“Por lo tanto, otorgar legitimación a los actores en esta causa significaría admitir que, cada vez que su voto en el recinto no sea suficiente para alcanzar las mayorías requeridas por las respectivas reglamentaciones para convertir un proyecto en ley – ya sea la ley de privatización de aeropuertos que abrogue cualquier posibilidad de vigencia del decreto 842/97 o, en su caso, la ley no ratificatoria de éste – puedan obtener, por vía judicial, un derecho que va más allá del conferido por su propio cargo de legislador, esto es, paralizar las iniciativas que, en el mismo sentido, pueda tener el Poder Ejecutivo Nacional.”¹⁸

La Corte hizo suyo el razonamiento del jefe del Ministerio Público. La advertencia que éste hace en el último párrafo que transcribimos es muy oportuna. No puede ser que un puñado de legisladores disidentes – que casi siempre son los mismos –, con el apoyo de jueces que no parecen reparar en el enorme impacto institucional que supone una apresurada declaración de inconstitucionalidad¹⁹, paralicen el cumplimiento de las directrices políticas que, mal o bien, adoptan los poderes competentes. Bien dice la Corte que “el Poder Judicial no debe involucrarse en controversias de esta índole, donde se lo pretende utilizar, al margen de las limitaciones previstas en el artículo 116 de la Constitución Nacional, como árbitro – prematuro – de una contienda que se desarrolla en el seno de otro poder”²⁰.

Naturalmente, puede uno preguntarse quién estaría en definitiva legitimado para cuestionar judicialmente la validez del decreto 842/97. Responde la Corte: “quien demuestre la presencia de un perjuicio directo, real y concreto – actual o en ciernes”²¹. Pensamos, por ejemplo, en las empresas eventualmente perjudicadas en el trámite de licitación; así como también, en los sujetos pasivos de obligaciones de acción u omisión emanadas de la aplicación de la norma²².

¹⁸ Del punto VIII del dictamen.

¹⁹ En este caso, si bien no hubo declaración de inconstitucionalidad, la medida cautelar tuvo parejos efectos.

²⁰ Del considerando 18°. Esta doctrina es reiteración de la afirmada en el considerando 14° del caso “Dromi” que transcribimos en la nota 13.

²¹ Del considerando 24° del voto de la mayoría.

²² La cuestión de la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación, que fue tenido como parte, es problemática. Véase, Padilla, Miguel A., “Los poderes implícitos del Poder Judicial”, *LL* del 27 de febrero de 1998. En general, la actuación de este funcionario puede poner en jaque el tradicional equilibrio de nuestro sistema de control de constitucionalidad al que nos referíamos más arriba, dada la amplísima competencia que le otorga la Constitución. Es por ello que el asunto genera muchos interrogantes que, ciertamente, no fueron abordados suficientemente en esta causa (ver el punto VIII del dictamen del Procurador, al cual se remite la

IV Los sujetos y el alcance del control de los decretos de necesidad y urgencia

Ya vimos que, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, la Corte consideró que los actores carecían de legitimación, razón por la cual se trataba de un planteo general y abstracto que no configuraba un caso judicial²³. No obstante, el Tribunal incursionó ampliamente en la cuestión de los alcances del control de los decretos de necesidad y urgencia. Intentaré hacer una síntesis de esta parte de la sentencia que, dada su confusión y desorden, no estará exenta de cierta interpretación personal. En primer lugar, conviene transcribir el texto del nuevo artículo 99, inciso 3° de la Constitución:

Art. 99 El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

3. Participa en la formación de las leyes con arreglo a la 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 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.

He aquí la síntesis de la doctrina enunciada en la sentencia:

- a) El hecho de que el Congreso no haya reglamentado los decretos de necesidad y urgencia ni creado la Comisión Bicameral Permanente no obsta la operatividad de los poderes conferidos por la norma “ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar *sine die* al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente”²⁴.
- b) El decreto en cuestión cumple con los requisitos de forma previstos en la Constitución: refrendo de todos los ministros y sometimiento de la norma

Corte). Cabe señalar la doctrina de la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo, Sala V, según la cual la legitimación del Defensor del Pueblo “no es susceptible de ser infinitamente dilatada de forma tal que sustente su intervención judicial en defensa de la pura legalidad; lo cual obviamente no significa neutralizar las potestades que mediante los dispositivos concretos que le atribuye la ley orgánica respectiva, pueda ejercer *ad intra* de la administración” (“Consumidores Libres c/ Estado Nacional”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-II-533, citado por Canda, *op.cit.*).

²³ Cfr. también el considerando 23° del voto de la mayoría.

²⁴ Del considerando 13° del voto de la mayoría.

al Poder Legislativo para su tratamiento. En cuanto al fondo, su contenido no incursiona en las materias taxativamente vedadas por el artículo 99, inciso 3º.

- c) En cambio, no corresponde que el Poder Judicial revise “la concurrencia de los extremos – de valoración política – que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo”²⁵. Aunque la Corte no lo dice, entiendo que se refiere a la presencia de circunstancias excepcionales requerida por la Constitución. Esta atribuye al Congreso una intervención excluyente destinada a controlar la existencia de dichos extremos²⁶, intervención para la cual no hace falta esperar a la constitución de la Comisión Bicameral, pues es el Congreso, y no aquélla, quien debe ratificarlos o desaprobarlos²⁷.
- d) Pero el decreto sí “es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales – antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese en ese trámite”²⁸, siempre que exista un caso concreto.

Como bien señala Canda²⁹, el caso “Rodríguez” contiene la primera interpretación de la Corte del artículo 99, inciso 3º de la Constitución reformada. Por lo tanto resulta de particular interés determinar si el Tribunal mantuvo la doctrina sobre el control de los decretos de necesidad y urgencia que había elaborado en “Peralta”³⁰ y reiterado en “Video Club Dreams”³¹. De acuerdo con esos fallos, el Poder Judicial debía controlar la legalidad formal, el respeto de ciertos límites en razón de la materia y el presupuesto de habilitación de la norma, esto es, la existencia de circunstancias excepcionales que generen una situación de grave riesgo social. De la síntesis que hice más arriba surge que los dos primeros requisitos – ahora incorporados al texto constitucional – siguen estando bajo la órbita del control judicial. No así, en cambio, el tercero: cuando el Poder Ejecutivo entiende que median “circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” (cf. Artículo 99, inciso 3º, cit.), los jueces no pueden revisar esa apreciación. Según este fallo, solamente el Congreso tiene dicho poder de control, lo cual implica un importante cambio respecto del *statu quo* de la jurisprudencia

²⁵ Del considerando 15º del voto de la mayoría.

²⁶ Del considerando 17º del voto de la mayoría.

²⁷ Del considerando 13º del voto de la mayoría.

²⁸ Del considerando 23º del voto de la mayoría.

²⁹ *Op. cit.*, acápite III.3.

³⁰ ED 141-519 (1990).

³¹ ED 164-675 (1995).

anterior a la reforma constitucional de 1994³². La Corte no hace ninguna referencia a los casos “Peralta” y “Video Club Dreams”. Pero expone un extenso argumento que puede tomarse como una explicación del cambio:

“la cláusula constitucional citada (el artículo 99, inciso 3°) prevé un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria para los decretos de necesidad y urgencia” (del considerando 13°);

“atendiendo al texto constitucional plasmado por la reforma del año 1994, la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos – de valoración política – que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido” (del considerando 15°, énfasis agregado);

“la Constitución atribuye (al Congreso) una *excluyente* intervención en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes” (del considerando 17°, énfasis agregado);

“la cuestión propuesta, propia de la dinámica de la vida política, debe resolverse dentro del marco institucional que la Constitución fija: el Honorable Congreso Nacional. Decidir de otro modo, importaría interferir en el ejercicio de funciones del órgano que expresa, en su máximo grado, la representación popular en una de las materias más delicadas que le ha asignado la reforma constitucional de 1994.

Se trata, en efecto, de una nueva atribución – correlacionada con la que se atribuye al Presidente de la Nación – cuyo ejercicio exige un tratamiento parlamentario con relieves diferentes del que requieren la formación y sanción de las leyes, actuación que demanda el funcionamiento armónico de ambos órganos en esta nueva actividad colegislativa.

Y si bien la novedad de la atribución que se incorpora al texto constitucional puede provocar dificultades en su tratamiento interno, y tal vez interrogantes sobre su incidencia respecto del procedimiento normal de la actividad legislativa, resulta evidente que la solución para superarlas en ningún caso puede consistir en anular – en sus efectos – el trámite propio del instituto incorporado en 1994” (del considerando 18°).

¿Es razonable este discurso argumental? ¿Responde a la finalidad implícita en la nueva norma constitucional? En la medida en que, Comisión Bicameral mediante o no, el Congreso trate el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, como le manda la Constitución, el argumento es correcto³³. Para entender mejor por qué, conviene pensar en los dos resultados posibles de la

³² En sentido contrario, Alejandro Pérez Hualde, “Decretos de necesidad y urgencia: a dos años del artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional”, *LL* del 24 de julio de 1997 y Néstor Pedro Sagüés, “El derecho de necesidad espurio (de ‘Peralta’ a ‘Video Club Dreams’)”, *Jurisprudencia Argentina*, 21 de febrero de 1996, p. 49, citado por Pérez Hualde.

³³ Los jueces Belluscio y Bossert, que votan juntos, no coinciden; tampoco el doctor Fayt. Estos tres jueces adelantan su opinión en diversos *obiter* y toman distancia de la doctrina de la mayoría: “carece de sustento afirmar que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo invocando razones de necesidad y urgencia sólo estén sujetos al control parlamentario establecido por la Constitución, y ello independientemente de que su aprobación o rechazo estén o no sometidos a tratamiento por parte del Congreso. De otro modo, se estaría consagrando una categoría de actos excluidos del examen constitucional que corresponde a esta Corte y a los tribunales inferiores, consagrándose el absurdo de que una ley pudiera ser invalidada por el Poder Judicial por atentar contra la Constitución, lo mismo que un decreto u otro acto administrativo del Poder Ejecutivo, pero no el decreto de necesidad y urgencia. Bastaría atribuirle esa categoría para impedir el juzgamiento de su constitucionalidad, la que nunca podría tener lugar si el congreso no lo ratificara ni desechara” (del considerando 8° de Belluscio y Bossert *in re* “Rodríguez”). Este voto, a mi modo de ver, omite distinciones necesarias relativas a qué está sujeto al control de constitucionalidad y qué no, en materia de decretos de necesidad y urgencia; supone una total justiciabilidad que desbarajusta el sistema diseñado por el constituyente. Cfr. más abajo en el texto. La posición de Fayt surge implícitamente de los considerandos 19° y 20° de su voto, coherentes con su postura reacia respecto de las cuestiones políticas no justiciables.

intervención del Congreso, en lo que al presupuesto de habilitación se refiere. Si ratifica el decreto por considerar que existía necesidad y urgencia carece de buen sentido postular la posibilidad de que los jueces revisen el criterio de un órgano (el Ejecutivo) que ya ha sido controlado y confirmado por otro (las dos Cámaras del Legislativo), que es precisamente aquél cuya competencia la Constitución busca resguardar. La acumulación de este tipo de controles conspira contra la eficacia del gobierno³⁴ y no garantiza el acierto del nuevo juicio de comprobación de la existencia de circunstancias excepcionales, pues el último controlador es tan falible como el anterior. Otro tanto ocurre si el Congreso decide no ratificar el decreto por ausencia de la necesidad y urgencia alegadas por el Ejecutivo. La intervención del Legislativo quedaría virtualmente burlada por la decisión de un juez de reconocer validez a la norma por entender que sí mediaban circunstancias excepcionales. Todo esto nos lleva de la mano a la siguiente conclusión: cuando el Congreso ha emitido su dictamen sobre la concurrencia de las circunstancias fácticas habilitantes estamos, en lo que a este aspecto de la norma se refiere, frente a una cuestión política no justiciable. Este fallo, al igual que otros de los últimos años, muestra que ese tipo de cuestiones no han desaparecido de nuestro régimen constitucional. El hecho de que, quizás por su desprestigio académico en la Argentina, la Corte últimamente no las llame por su nombre no contradice lo afirmado, contrariamente a lo que muchas veces se cree.

Entonces, ¿qué es lo que, con palabras de la Corte, “es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales – antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite”? Tres cosas: el respeto de la legalidad formal, el requisito de que la norma no incursione en las materias vedadas por la Constitución y, como siempre, la razonabilidad de la restricción de derechos derivada del contenido de la norma. Esto último vale respecto de los decretos de necesidad y urgencia, aun cuando hubieren sido aprobados por el Congreso, en virtud de un argumento *a maiore*: si el Poder Judicial controla la razonabilidad de las leyes, incluso en períodos de emergencia, más aún debe controlar la de estos decretos.

¿Y qué pasa si antes de cualquier pronunciamiento del Congreso alguien legitimado impugna judicialmente un decreto de necesidad y urgencia, alegando que no se dan las circunstancias habilitantes? Es muy difícil encontrar una única solución sensata para esta situación sin que previamente

³⁴ Sobre la eficacia como valor a tener en cuenta en los “fallos institucionales”, véase, Santiago (h), Alfonso, “La Corte Suprema. Sus funciones y el control constitucional”, LL 1993-E-867 y “Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte sobre delegación legislativa”, LL 1994-B-633.

el legislador haya *determinado*³⁵, mediante la sanción de la ley especial a la que se refiere el párrafo final del artículo 99, inciso 3º, los efectos del llamado silencio del Congreso³⁶. Si, por ejemplo, la ley reglamentaria establece un plazo³⁷ para que el Congreso trate el decreto, lo más razonable, a la luz de lo expuesto más arriba, sería que el juez posponga la respuesta a la impugnación, para preservar la posibilidad de que el Legislativo dictamine sobre una cuestión cuya elucidación la Constitución pone a su cargo³⁸. Una vez transcurrido ese plazo, el poder del juez dependerá de los efectos que la ley reglamentaria otorgue a la falta de acción del Congreso³⁹. Mientras dure el inaceptable estado de inseguridad generado por la mora en la reglamentación, pareciera que lo más aconsejable en estos casos es *stare decisis*: que los jueces sigan el criterio de revisión que venían empleando, en consonancia con la doctrina jurisprudencial de “Peralta” y “Video Club Dreams”.

V. Conclusión

La Corte tenía ante sí un caso difícil. Una vez tomada la decisión de abrir la instancia extraordinaria para revocar la resolución de primera instancia, podría haberse limitado a negar la legitimación de los actores. Prefirió, no obstante, explazar sobre la espinosa cuestión de los decretos de necesidad y urgencia. La falta de sanción de la correspondiente ley

³⁵ Cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a2, c.

³⁶ Quizás por ello, el juez Fayt (considerando 18º de su voto en esta causa), al igual que el profesor Bidart Campos (“Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional”, *LL Suplemento de Derecho Constitucional*, 27 de marzo de 1998), sostienen que mientras el Congreso no sancione la ley especial el Ejecutivo no puede emitir válidamente decretos de necesidad y urgencia. Esta tesis es pasible del reproche endilgado por la mayoría de la Corte en el considerando 13º de su voto: “la mera omisión legislativa importaría privar *sine die* al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente”. Facultad que, cabe agregar, la Corte – con el voto de Fayt – ya había reconocido al Presidente antes de toda previsión constitucional o legal en “Peralta”. Pero no cabe duda de que esta tesis ejerce un atractivo emocional porque en su extremismo expresa cierto romanticismo; además, es tentadora para la razón práctica pues implica sacarse de encima los numerosos problemas que nos planteamos en el texto: si a falta de sanción de la “ley especial” el decreto es nulo, se acabó la discusión.

³⁷ Cabe tener en cuenta que ya la Constitución misma establece dos plazos que necesariamente corren antes del plazo hipotéticamente considerado en el texto: 10 días como máximo para que el decreto de necesidad y urgencia sea sometido a tratamiento de la Comisión Bicameral Permanente y 10 más para que ésta eleve su despacho al plenario de cada Cámara (cf. artículo 99, inciso 3º). Por tanto, durante los 20 días subsiguientes al dictado del decreto se debería aplicar el criterio de deferencia que propongo en el texto para el plazo posterior que eventualmente establezca la ley especial.

³⁸ Pero nótese que esto no importa excluir totalmente a los decretos de necesidad y urgencia del control de constitucionalidad durante ese período (contra: voto de Belluscio y Bossert en “Rodríguez”, considerando 9º), pues los demás requisitos de validez de la norma siempre están sujetos a escrutinio judicial.

³⁹ Comadira sostiene que la ley especial podría eventualmente consagrar la solución llamada “aprobación ficta”. Esta, afirma, no se encuentra vedada por la Constitución y su descarte tampoco surge claramente de los debates constituyentes sobre el tema. Cfr. Comadira, Julio, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 281.

reglamentaria, a casi cuatro años de reformada la Constitución, proyecta un cono de sombra sobre el tema. El Tribunal se pronunció, sin mucha claridad, sobre algunas de las cuestiones que requieren determinación positiva. Pero, por las razones que di a lo largo de este artículo, respetuosamente disiento de que la sentencia sea “una de las más retrógradas que en materia de control judicial de constitucionalidad podemos registrar en la jurisprudencia de los últimos años”⁴⁰. Finalmente, la comprensión última del sentido de esta sentencia se aclara a la luz del criterio empleado por la mayoría de la Corte, desde que su integración fuera ampliada a nueve miembros, cada vez que le tocó resolver cuestiones atinentes a la política económica del gobierno⁴¹. Fue un criterio amplio, contemplativo de las circunstancias excepcionales en que ciertas transformaciones tuvieron lugar; un criterio según el cual el Tribunal, lejos de enfrentar a los otros órganos del poder, se caracterizó por la deferencia a las decisiones de éstos en materias discrecionales y por el rechazo del activismo judicial. Ello explica, quizás, que muchos de los críticos de este fallo, y de otros que lo precedieron, sean simultáneamente, a veces de un modo velado y otras de un modo expreso, detractores del plan económico impulsado por el gobierno. Y viceversa: que los defensores de este tipo de sentencias apoyen generalmente al mismo tiempo las transformaciones mencionadas. Lo explica, pero no lo justifica, pues la interferencia del factor ideológico y político, entendido en un sentido sectorial y partidista, ya sea de signo oficialista u opositor, entorpece la adecuada decisión de una causa por un tribunal o su valoración desde una perspectiva teórica por un académico. Por eso, aunque mis conclusiones coinciden en este caso con las de los “defensores” y no con las de los “críticos”, he intentado argumentar siempre a una prudente distancia de consideraciones de ese tipo⁴².

⁴⁰ Bidart Campos, *Suplemento de Derecho Constitucional cit.* p. 4.

⁴¹ Me refiero al gobierno en sentido amplio, comprensivo del Ejecutivo y del Legislativo.

⁴² Tal vez la casi inexistencia de trabajos académicos que valoren positivamente esta sentencia – aunque con observaciones críticas, como las de este artículo –, refleja el temor de algunos de “quemarse” o quedar pegados a aquellos “defensores” incondicionales que carecen de argumentos jurídicos sólidos. Lamentablemente, pareja observación cabe con cierta frecuencia respecto de la jurisprudencia a nivel de primera y segunda instancia en temas con ribetes político-económicos candentes (vgr: constitucionalidad del plan Bónex y del Ahorro Obligatorio; en ambos casos la Corte dio vuelta, “quemándose”, la jurisprudencia casi unánime del fuero contencioso-administrativo). Pero, volviendo a los doctrinarios, la falta de valentía de quienes en razón de lo dicho callan su opinión, que puede ser también falta de honestidad intelectual, trae como consecuencia una laguna conceptual para la comunidad jurídica y deja que suene en el aire tan sólo una de las dos campanas, dificultando así que los lectores aprecien cuál de ellas tiene un sonido más bello: si así no fuera, los errores en que pudieran incurrir unos resaltarían la verdad de las afirmaciones de los otros.

Por supuesto que parece difícil poder argumentar con independencia e imparcialidad si se está muy comprometido con una de las posiciones enfrentadas en un debate. En esos casos, a veces la honestidad intelectual aludida debería llamar al silencio, al menos en el plano académico. De lo contrario, en el mejor de los casos, se corre con una presunción adversa a la validez de las ideas defendidas.