

REGLAMENTO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Su problemática en el derecho argentino

JAVIER URRUTIGOITY

Asistente de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho-Universidad de Mendoza (Argentina)

I. Introducción

En derecho argentino suele estudiarse como un tipo especial de reglamento administrativo, el conocido como "de necesidad y urgencia"¹. En los últimos tiempos, debido a la frecuencia con que el Poder Ejecutivo ha recurrido a la emisión de actos de esta índole (v. gr. decretos 1096/85, 714/89, 435/90, 36/90, 612/90, 1757/90 y 1930/90), los mismos han despertado la atención de doctrina y jurisprudencia².

En el presente trabajo nos proponemos abordar las principales cuestiones que tal tipo de actos plantea al jurista argentino, con la esperanza de que esta problemática pueda resultar interesante o útil a quienes han tenido la amabilidad de invitarnos a estas prestigiosas Jornadas Chilenas de Derecho Público.

II. Antecedentes históricos

La historia institucional argentina reconoce varios antecedentes en que gobiernos constitucionales de diversas orientaciones políticas, enfrentados a situaciones de

¹ Así lo hace la doctrina mayoritaria, que considera a tales actos del Poder Ejecutivo como verdaderos *reglamentos* y no como *decretos-leyes*. De esta cuestión habremos de ocuparnos en el capítulo III del presente trabajo.

² Conf.: Barra, Rodolfo C., "Inconstitucionalidad del desagio", E. D. 120-877; Sagüés, Néstor P., "Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino", L. L. 1985-E-798, y "La declaración del estado de sitio por decreto de necesidad, urgencia", L. L. 1990-A-45; Segovia, Juan F., "Las providencias de necesidad y urgencia (el decreto-ley en el régimen constitucional argentino)", E. D. 116-909; Vanossi, Jorge R., "Los reglamentos de necesidad y urgencia", J. A. 1987-IV-885; Ruiz Moreno, Horacio J., "Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación de las leyes y reglamentos", L. L. 1990-B-1029, "La emergencia a la luz de nuestra Constitución", en boletín L. L. del 6/11/90; Ekmekdjian, Miguel A., "La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia", L. L. 1989-E-1296; Bazan Lazcano, Marcelo, "¿Es constitucional la delegación de competencias?", E. D. 115-765; Azpelicueta, Juan J., "El decreto 1096-85 y su justificación constitucional", E. D. 115-769. Ver, además, los trabajos que se citan en nota 8.

necesidad y urgencia, recurrieron al dictado de decretos o reglamentos del tipo que nos ocupa.

1) Entre otros cabe mencionar, *en el orden federal*, el decreto del 31 de Enero de 1856, referido al año fiscal y puesta en vigencia del presupuesto promulgado en noviembre del año anterior, modificando lo dispuesto en la ley respectiva. Este decreto fue ratificado por ley 63 del 16 de junio de ese mismo año. El decreto del 12 de abril de 1856, de prórroga del convenio de concesión del Banco de la Confederación, ratificado por ley 109 del 29 de junio de 1857. El decreto del General Pedernera, en ejercicio del poder ejecutivo, del 25 de enero de 1858, sobre rebaja de derechos de importación que abonaba el aguardiente de caña. También de este período son los decretos del 2 de enero de 1855, del 29 de diciembre de 1855, 9 de enero de 1856 y 30 de enero de 1856 (sobre patentes de comercio), ratificados por ley 149 del 24 de septiembre de 1857. El decreto del 8 de junio de 1854 de creación de mensajerías nacionales para correr las postas en el servicio de correos y pasajeros, ratificado por ley 52 del 2 de octubre de 1855. Otro decreto del vicepresidente Pedernera, del 31 de mayo de 1861, sobre no pago por parte de las aduanas de la República de los libramientos, bonos y billetes de Tesorería^{2bis}.

Posteriormente, encontramos el decreto 5765, del 19 de noviembre de 1962, sobre intervención de cónsules extranjeros en las sucesiones intestadas de los súbditos de sus naciones (Registro Nacional, 1869, t. IV, p. 518). Este decreto dio origen al precedente de Fallos: 2-88.

También cabe tener presente la amnistía concedida por el Interventor Federal en la Provincia de La Rioja, General Octavio Navarro, quien concediera dicho beneficio a Crisólogo Andrade y todos los que participaron en la rebelión del

Entre la jurisprudencia que se ha ocupado de este tipo de reglamentos cabe tener en cuenta: C. N. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 13/6/85, "Peso c/B. C. R. A.", L. L. 1985-C-372; C. N. Fed. Cont. Adm., Sala III, 29/7/86, "Devol c/B. C. R. A.", J. A. 1987-III-499, y del 3/4/90, "Peralta c/Gob. Nac.", 1990-II-247; C. N. Crim. y Corr., Sala V, 4/6/89, "Barrionuevo, C.", L. L. 1990-A-45; C. F. E. D. Rosario, Sala A, 7/6/98, "Olivares, J.", L. L. 1990-A-55; Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso "Porcelli c/B. N. A.", 20/4/89, E. D. 134-330, y de acuerdo a lo dicho por Ruiz Moreno en el segundo de sus trabajos citados, "el Procurador General de la Nación habría emitido opinión en la causa 'Peralta, Luis y otros c. Estado nacional s/amparo' citada precedentemente, según la cual, el silencio del Congreso ante la remisión del decreto para su tratamiento y ratificación no lo convierte en inconstitucional". En sentido contrario se ha expedido la C. Fed. San Martín, el 6/7/90, en la causa "Caravani c/Estado Nacional (B. C. R. A.)", en boletín L. L. del 12/9/90. Ver también la jurisprudencia provincial que se cita en nota 8.

^{2bis}Resumen de la reseña efectuada por el Dr. Juan O. Gauna en el punto 5 de su dictamen en la causa "Porcelli", citada en nota 2.

año 1868. Cuestionada tal medida por el juez federal Mardoqueo Molina, fue confirmada por la Corte con fecha 16/4/1862, ordenando la puesta en libertad de Andrade (Fallos: 11-405).

Los decretos del 4 y 22 de junio de 1880, por el primero de los cuales el Presidente Avellaneda dispuso que el pueblo de Belgrano sería la residencia de las autoridades federales mientras durara el estado de insurrección armada desatado por el gobernador de la Provincia de Buenos Aires; declarando por el segundo el estado de sitio en dicha Provincia (Registro Nacional, 1880, pp. 192 y 208). Estas medidas tuvieron la aprobación del Congreso mediante leyes de 10 y 7 de julio y 2 de agosto de 1880. La Corte nacional, en consecuencia, las convalidó en el precedente de Fallos: 23-257³.

El decreto firmado por el Presidente Julio A. Roca, el 9/1/1885, que diera curso legal a los billetes emitidos por el Banco Nacional, y que fuera ratificado por ley 1734.

El decreto del 8 de marzo de 1891 que autorizó la emisión de 100 millones de pesos moneda nacional en títulos de la deuda interna. El 7 de abril de 1891, Pellegrini da el decreto de suspensión de pago de depósitos en el Banco Nacional y de la Provincia de Buenos Aires, recibiendo ratificación parlamentaria por ley 2782. El mismo presidente, dicta el decreto de fecha 13 de marzo de 1892, que autorizó a la Caja de Conversión para no cumplir con el registro de la numeración de billetes que se destruían por el fuego.

El decreto del 25 de enero de 1908, dictado en Acuerdo General de Ministros, que prorrogó la vigencia del presupuesto general de gastos de la administración sancionado para el año anterior (Registro Nacional, 1908, primer trimestre, p. 313).

El 22 de mayo de 1915 se dicta otro decreto nombrando una comisión de vecinos en sustitución del Honorable Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires (Boletín Oficial, 26/3/1915).

El decreto de Juan B. Justo (31.864/33), de fecha 28 de noviembre, por el cual se crea la Junta Reguladora de Granos; el decreto 31.865/33, que fijara precios básicos del trigo, maíz y lino sobre vagón dársena (Boletín Oficial, 11/12/33); y el decreto del 28 de noviembre de ese mismo año, sobre régimen de la moneda.

El Presidente Ramón Castillo, a su turno, también recurrió a este tipo de actos. Lo hizo mediante decreto 102.843/41 (Boletín Oficial del 30 de noviembre de 1941), declarando disuelto e intervenido el Consejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires.

³Conf.: Ruiz Moreno, op. cit., 1031 ss.

Vanossi⁴ menciona, también, el decreto 19.376, de fecha 28/9/51, por el cual el Presidente Perón declaró el estado de guerra interno en todo el territorio de la República, y que recibiera aprobación legislativa mediante la sanción 14.062; el decreto 1368/74, de Isabel Perón declarando el estado de sitio en todo el territorio del país, que el Congreso de entonces no consideró en forma expresa y, consiguientemente, hiciera que dicho régimen perdurara *sine die* (prorrogado por el decreto 2717/75). De este último año hay que incluir, además, el decreto 807/75 (Boletín Oficial del 7 de abril), por el cual se reglamentara el derecho de opción durante el estado de sitio.

Durante la presidencia de Alfonsín se repiten este tipo de reglamentos, pudiendo mencionarse el 154/83 (Boletín Oficial del 16/12) de normalización universitaria, ratificado por ley 23.068; el decreto 901/84 (Boletín Oficial del 28/3), que trasladara el feriado del 2 de abril establecido por ley 22.769 al día 10 de junio. El decreto 1411, del 25/8/87, que suprimiera transitoriamente la intervención previa que compete al Tribunal de Cuentas de la Nación por imperio de la Ley de Contabilidad, a raíz de los conflictos gremiales que padecía toda la estructura administrativa de ese órgano de control⁵.

Pero de todos los reglamentos de necesidad y urgencia dictadas por el Presidente Alfonsín, sin lugar a dudas, los que han suscitado mayor repercusión doctrinaria y jurisprudencial —además de pública— son el decreto 1096/85 y 714/89. El primero creó el austral como nueva moneda argentina y dispuso el desagio de las deudas pendientes, cuyo vencimiento se produjera con posterioridad al 15/6/85 (Boletín Oficial del 17/6/85). Este decreto fue ratificado tácitamente por la ley de presupuesto del año 1986 (art. 55 de la ley 23.410). El segundo, en fecha 29 de mayo, dispuso la declaración del estado de sitio en todo el territorio de la República, ante el estado de conmoción interior creado por la ola de saqueos y depredaciones que sufriera por entonces la ciudad de Rosario y que —según consideró el Poder Ejecutivo— amenazaba extenderse a otros puntos del país. Este decreto presidencial recibió inmediata aprobación parlamentaria mediante ley 23.662, del 31 de mayo de ese mismo año.

Durante el corriente año se han multiplicado este tipo de decretos, comenzando por el célebre 36/90 que dispusiera el canje obligatorio de los depósitos en australes a plazo fijo por títulos de la deuda externa (Bonex), serie 89⁶.

⁴Op. cit., 890.

⁵Conf. Vanossi, op. cit., 886.

⁶Este decreto ha dado lugar a opiniones contrarias a su constitucionalidad. Ver: Etcheverry, Raúl A., "El valor de la justicia y un caso sobre certificado de depósito a plazo

También resultan relevantes los decretos 435 (Boletín Oficial del 6/3/90), por el cual se dispusieron un conjunto de medidas para la continuación y profundización del programa de estabilización económica y reforma del estado; 612 (Boletín Oficial del 17/4/90), modificatorio del anterior; 1757 (Boletín Oficial del 6/9/90), conocido como "decreto ómnibus" por la cantidad de medidas adoptadas para profundizar la racionalización del gasto público y la reforma administrativa; y el 1930 (Boletín Oficial de 21/9/90), por el cual se implementaron más medidas para superar la crisis económico-financiera.

2) Tampoco *el derecho público provincial* ha podido sustraerse a la necesidad de dictar este tipo de reglamentos. Así, en la Provincia de Mendoza, cabe recordar el decreto firmado por el gobernador Bordon, el 20 de junio de 1989 (Dec. 1406/89), sobre suspensión de trámites de ejecución de sentencias de contenido patrimonial contra el Estado provincial, fundado en la caída de los recursos y la grave crisis que por entonces se había desatado en todo el país⁷.

En la Provincia de Tucumán el Poder Ejecutivo local recurrió a este tipo de actos al dictar los decretos 2122/1 y 2123/1, sobre sistema de representación legislativa y convocatoria del elecciones, respectivamente⁸.

figo", en L. L. 1990-B-1213, en donde se hace un comentario favorable al fallo del Dr. Garzon Funes, recaído en la causa "Donovan c/Ministerio de Economía y B. C. R. A.", de fecha 22/1/90, haciendo lugar a una medida cautelar; casos "Peralta" y "Caravani", ya citados en nota 2; C. N. Fed. Cont. Adm., 10/7/90, "Petrucci c/Est. Na.", boletín L. L. del 3/9/90. El Dr. Edgardo Bello, titular del Juzgado Federal N° 2 de Rosario, el 23/2/90, rechazó una acción de amparo incoada por el Dr. Pedro Juan Chia contra el decreto 36/90, por razones de inadmisibilidad de la vía, la C. N. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 31/7/90, en autos "Del Rincón c/Est. Nac.", rechazó el recurso de amparo. En el caso "Calleja de Vásquez c/Est. Nac.", la C. N. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 11/7/90, ordenó la devolución a dos depositantes, encuadrando sus situaciones en el decreto 591/90 (boletín L. L. del 28/9/90).

Ruiz Moreno, en su trabajo ya citado sobre "La emergencia a la luz de nuestra Constitución", menciona otras resoluciones contrarias al decreto 36/90: "Kiper de Bauman c. Poder Ejecutivo s/amparo" (sentencia de fecha 7/3/90, causa N° 55.934 resuelta por el Dr. Bujan); "Litex S. A. c. Estado Nacional s/ordinario" (haciendo lugar a la medida cautelar suspendiendo los efectos del decreto, resuelta con fecha 9/1/90 por el Dr. Argentino).

⁷Este decreto no mereció pronunciamiento, hasta el presente, ni legislativo ni judicial.

⁸Estos decretos provocaron el pronunciamiento favorable a su validez constitucional de parte de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, en fecha 3/11/89, en el caso "Unión Cívica Radical c. Prov. de Tucumán", publicado en boletín E. D. del 5/3/90, con notas de Armando N. Canosa—"Los reglamentos de 'auto' necesidad y urgencia"—y Germán J. Bidart Campos—"La ley electoral de la Provincia de Tucumán y el Decreto dictado por el Ejecutivo en su reemplazo"—.

Como ha podido comprobarse, entonces, no resulta aventurada la afirmación de que la experiencia administrativa argentina confirma, en el orden de la realidad, la vigencia de este tipo de decretos excepcionales del Poder Ejecutivo.

III. *Naturaleza y denominación*

Ya tuvimos oportunidad de insinuar una de las primeras cuestiones que ha dividido a la doctrina argentina. Nos referimos a cuál sea la naturaleza jurídica y, consiguientemente, la denominación que deba darse a los decretos de "necesidad y urgencia".

1) El maestro Bielsa⁹—seguido por Sagüés, Segovia y Ekmekdjian¹⁰— ha entendido que actos de este tipo tienen forma de decreto pero sustancia de ley, por lo que deben ser denominados "*decretos-leyes*". Es decir, afirma que su naturaleza jurídica no es de reglamento, sino de ley.

2) No obstante, la opinión mayoritaria¹¹ entre los administrativistas argentinos es que tales actos tienen naturaleza jurídica^{11bis} *de reglamento* —entre los cuales los distinguen con el apelativo "de necesidad y urgencia"—.

Para esta corriente —a la cual adherimos en un trabajo anterior sobre el orden normativo administrativo—, resulta útil reservar la denominación de "decretos-leyes" o, la que es más correcta a partir del año 1966, "leyes de gobiernos de facto", para los actos dictados por el Poder Ejecutivo en períodos en que no ha

⁹Rafael Bielsa, "Derecho Administrativo", sexta edición, L. L., Bs. As., 1964, t. II, N° 281, 238 ss.

¹⁰Néstor P. Sagüés, Juan F. Segovia y Miguel A. Ekmekdjian, obras cit. en nota 2.

¹¹Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As., 1965, t. I, N° 62 y 70-d), 224 ss. y 254 ss.; Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", Bs. As., 1963, 406; Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As., 1974, V-38 ss.; Linares, Juan F., "Derecho Administrativo", 1986, Bs. As., N° 88 y 90, 105 y 109; Dromi, José R., "El Acto Administrativo", 1985, Madrid, 273; Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", Bs. As., 1983, t. I, 125 y 142 ss.; Sarmiento García, Jorge H., "Temas de Introducción a las Instituciones de Derecho Público", Mza., 1970, 187 y 195/196; Sarmiento García y Petra Recabarren, Guillermo, "Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza", Mza., 1973, comentario a los arts. 104/106, 118 y 119; Canosa, op. cit. en nota 8.

^{11bis}Cuando atribuimos naturaleza jurídica de reglamento a este tipo de actos no desconocemos que los mismos sean formalmente decretos y sustancial o materialmente verdaderas leyes. Simplemente tenemos en cuenta el punto de vista predominante en Derecho administrativo argentino que sostiene la insuficiencia de los criterios "subjetivos" y "objeti-

funcionado el Congreso; debiendo, entonces, el primero *asumir*^{11er} la competencia que la Constitución le atribuye al segundo.

Es decir, entonces, que los reglamentos de necesidad y urgencia son aquellos que emanan de un ejecutivo “de iure”; cuando existe el Congreso —esté o no en receso—; en situaciones de “necesidad y urgencia” que son diferenciables de las necesidades —no necesariamente súbitas y agudas como las primeras— que justifican el reconocimiento de facultades legislativas a un gobierno “de facto”¹². En buena doctrina, el régimen jurídico de los decretos de necesidad y urgencia es el propio de los reglamentos y no el de la ley —aplicable a las leyes dictadas en períodos de gobiernos militares—. El decreto-ley, del mismo modo que las leyes en sentido formal, puede importar un acto de alcance general o particular; en tanto que el reglamento, cualquiera sea su especie tiene siempre contenido general o abstracto. Además, el reglamento de necesidad y urgencia necesita la ratificación del legislador; lo cual no debe serle exigido a las leyes que dicten los gobiernos de facto¹³.

En resumen, digamos que el decreto-ley traduce el ejercicio de función legislativa durante la vigencia de un gobierno de facto; en tanto que un reglamento importa siempre el ejercicio de funciones administrativas —potestad reglamentaria— por parte del ejecutivo de iure.

vos” para distinguir las funciones jurisdiccionales, administrativa y legislativa. Así Gordillo (op. cit., t. I, VII-10 ss.) advierte que en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales...” y que “sucede así que el régimen jurídico previsto para la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean *materialmente legislativos* y que además hayan sido realizados por el *órgano legislativo*. En efecto, aunque los otros poderes del Estado parecen ejercer también, en ciertos casos, función legislativa, ello no es así desde el punto de vista jurídico”. En consecuencia, los reglamentos entran en el concepto jurídico de tal tipo de actos (declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa), aplicándoseles, consecuentemente, el régimen jurídico administrativo de tal tipo de actos, tal como se señala en el texto.

^{11er}Bidart Campos, “Derecho Constitucional del Poder”, Bs. As., 1967, t. I, 334. No hay acá, como en el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, una asunción esporádica, puntual o intermitente, sino reiterada o continua de la competencia del Congreso.

¹²No es esta la oportunidad de detenemos en las razones de necesidad, continuidad de la vida del Estado y seguridad jurídica que justifican la validez de las leyes que dictan los gobiernos de facto. Para los temas vinculados en este tipo de normas nos remitimos al excelente trabajo de Bernardino Bravo Lira, “La ley extra parlamentaria en Argentina 1930-1983: leyes y decretos-leyes”, L. L. 1990-C-1193, y la bibliografía que allí se cita.

¹³En cuanto a la validez temporal del llamado decreto-ley se han sostenido en Argentina las siguientes posturas:

IV. Validez constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia

La validez *en sí mismos* de estos reglamentos es una cuestión cuyo planteo es disímil, según se encuentren expresamente previstos o no en la Constitución formal.

1) En derecho constitucional comparado existen varias constituciones que expresamente resuelven el problema de la validez de este tipo de actos del Poder Ejecutivo. Cabe mencionar, entre otras, el art. 53 de la Constitución prusiana de 1850; el art. 77 de la Constitución italiana de 1947; el art. 16 de la Constitución

a) Tesis de la caducidad automática de los mismos una vez restablecido el orden constitucional, salvo que sean ratificados por el Congreso (es la jurisprudencia de la Corte en el período 1930-1947. El "leading case" en esta etapa es "Municipalidad de la Capital c/Mayer, Carlos", del año 1945, fallos 201-266. En doctrina se enrolan en esta postura Fiorini, Bartolomé, "Los decretos-leyes usurpadores", L. L. 112-832; Dana Montaña, Salvador, "La duración de los decretos-leyes del gobierno de facto", L. L. 112-862; Etkin, Alberto M., "Validez temporal de los decretos-leyes de la Revolución", J. A. 1958-II-33).

b) Tesis de la vigencia ilimitada en el tiempo, hasta su derogación por una ley en sentido formal (es la postura de la Corte, en sucesivas integraciones, desde el año 1947 al año 1983). Esta tendencia que nos parece la correcta se inspira en la postura del distinguido filósofo y jurista Tomás D. Casares, a partir del caso "Egídio Ziella c/Sminglio Hnos.", año 1947, Fallos 209-26. En su integración durante los años 1973/1976 la Corte negó validez de origen a las leyes de facto, pero, en tanto admitió su legitimidad si las mismas habían tenido efectividad —haciendo consistir ésta en la aplicación durante el gobierno de facto por los gobernantes y los particulares en su proceder—, les reconoció vigencia mientras no fueran derogadas: Fallos 286-63 y 293-417. En doctrina han sostenido esta tesis Linares, Juan F., "Ilimitación temporal de los decretos-leyes de la Revolución", L. L. 89-845; Lezana, Julio I., "La evolución de la jurisprudencia de la Corte sobre la facultad de los gobiernos de 'facto' para dictar decretos-leyes y sobre la vigencia de éstos", J. A. 1948-II-74, secc. doct.; Rayces, Federico, "Los decretos-leyes, su naturaleza jurídica, su autoridad legal y su subsistencia", J. A. 1958-II-157; Romero, César E., "Vigencia temporal de los decretos-leyes de la Revolución", J. A. 1958-II-23; Oyhanarte, Julio, "Caducidad o continuidad de los llamados decretos-leyes del gobierno de facto", L. L. 90-770; Bidart Campos, Germán, "Actos legislativos del poder ejecutivo 'de facto' después de instalado el gobierno 'de iure': su derogación", E. D. 49-987; Marienhoff, op. cit., t. I, N° 62; Gordillo, op. cit., V-38.

Una variante en esta postura de la vigencia ilimitada de la legislación de facto es la que sostiene la posibilidad de su derogación no sólo por una ley del Congreso sino, también, por un decreto del ejecutivo de iure. Tal tesis fue sostenida por el Dr. Enrique Bacigalupo en un dictamen suyo como Procurador del Tesoro de la Nación, en fecha 13 de junio de 1973. La postura fue desarrollada por su autor en "Validez de las normas del gobierno 'de facto' después de la elección de las autoridades constitucionales", E. D. 48-869. Sobre la crítica de esta posición remitimos al trabajo de Bidart Campos ya citado en párrafo anterior.

Además, debe tenerse presente que entre los autores que se ubican en esta tesis se ha negado obligatoriedad a los decretos-leyes sancionados por un gobierno de facto para tener

francesa de 1958; el tristemente célebre art. 48 de la Constitución de Weimar; el art. 86 de la Constitución española de 1978¹⁴; el art. 22 inc. 1 de la Constitución de Indonesia de 1945; el art. 119 de la Constitución de la RAU de 1964; la Constitución de Islandia en su art. 28; etc.¹⁵.

Si bien dichas expresas previsiones constitucionales tienen la ventaja de ahuyentar toda duda en el intérprete sobre la validez formal de los reglamentos de marras, no puede dejar de señalarse que el inconveniente lo presentará su regulación si la misma se viera excedida por la imprevisibilidad propia de las situaciones de emergencia que procuran encauzar.

2) Por el contrario, es en aquellas constituciones que —como la Argentina— no contienen ninguna normación de este tipo de actos, donde el debate sobre la constitucionalidad de los mismos es más apremiante.

vigencia luego de restituidos los poderes de iure (Ver Fallos 293-417 y J. A. 1987-II-156; Carrio, Genaro, "Sobre la legislación 'in extremis' de los gobiernos de facto", boletín L. L. del 25 de septiembre de 1973; Vanossi, Jorge R., "Cuadernos para la democracia", ed. El Cid, 1982, p. 71. La tesis de la nulidad de la legislación "in extremis" de los gobiernos de facto fue sostenida por el gobierno de iure que asumió en 1983 en el proyecto de modificación del Código de Justicia Militar. "Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación", p. 130, primera reunión, sesión extraordinaria del 16 de diciembre de 1983; art. 10: Se declaran nulas, por constituir normas de facto dictadas 'in extremis', las modificaciones al Código de Justicia Militar, promulgadas con fecha 9 de noviembre de 1983 (ley 22.970)". Pero distinta fue la actitud ante otra ley "in extremis", la 23.029, del 9/12/83, de moratoria y condonación impositivas, ya que el poder ejecutivo "de iure" le dio reglamentación a través de varias resoluciones de la DGI, posteriores al 10/12/83.

c) Postura que da la validez precaria a la legislación de facto, al condicionarla al explícito o implícito reconocimiento del gobierno de iure que suceda al de facto que la dictó. Esta es la posición de la Corte en la composición de los años 1983-1990 (Conf. boletín de J. A. del 9/11/88, "Doctrina actual de la Corte Suprema sobre gobierno de facto", pp. 34/38, reseña de José L. Amadeo). La crítica de esta doctrina la hemos hecho en un trabajo anterior sobre el "Orden normativo administrativo". Las graves deficiencias entonces apuntadas nos animan a esperar de parte de la nueva Corte ampliada una rectificación de la doctrina sobre la validez temporal de las leyes de los gobiernos de facto.

¹⁴Segovia, op. cit., en nota 2.

¹⁵Ver el trabajo publicado por Sagüés en L. L. 1985-E--798, cit. en nota 2.

Entre nosotros han objetado la validez formal de los reglamentos de necesidad y urgencia Bidart Campos¹⁶; Ekmekdjian¹⁷; Bazan Lazcano¹⁸; Azpelicueta¹⁹; Ruiz Moreno²⁰ y Fiorini²¹.

Para esta postura los reglamentos de necesidad y urgencia serían inconstitucionales por las siguientes razones: a) la Constitución argentina no los contempla; b) violan el principio de división de poderes que es garantía de libertad; y c) porque la Corte ha dicho que la emergencia no crea el poder concebido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia (caso "Avico c/De la Pesa", Fallos 172-21).

En postura contraria, adherimos a la tesis mayoritaria²², por entender que existen fundamentos o razones de mayor peso que avalan el reconocimiento de validez constitucional a tales actos. Veamos cuáles son:

¹⁶En el N° 637, 85, del t. II, de "El Derecho Constitucional del Poder", Bs. As., 1967, donde expresa que "nuestro derecho constitucional del poder *no conoce* los reglamentos de necesidad y urgencia". Sin embargo, termina su comentario favorable al fallo del Superior Tribunal de Tucumán —citado en nota 8—, con estas palabras: "Se nos dirá que somos ambiguos, que por un lado negamos la constitucionalidad de estos reglamentos, y por el otro hacemos rodeos tendientes a admitir un dictado en la imperiosa circunstancia conocida. Y quizás no sea así porque una intensa valoración nos preside: había que rescatar la autonomía de la Provincia y la integridad de su trinidad funcional y orgánica del poder local según el esquema federal, y la única salida posible, efectiva y urgente en la situación apuntada, era la que se eligió. Y por eso fue la solución justa. Si traicionamos algo, que se nos perdone. Pero estamos seguros que no traicionamos al valor justicia, ensamblado con los demás del plexo jurídico".

¹⁷Ekmekdjian, op. cit., en nota 2.

¹⁸Bazan Lazcano, op. cit., en nota 2.

¹⁹Azpelicueta, op. cit., en nota 2.

²⁰Ruiz Moreno, obras cit., en nota 2.

²¹Fiorini, Bartolomé E., "Manual de Derecho Administrativo", L. L., 1968, t. I, 257 ss.

²²Aparte de los autores citados en nota 11, ver: Canosa, op. cit. en nota 8; Sagues, Vanossi y Segovia, obras cit. en nota 2; Bielsa, op. cit. en nota 9; Quiroga Lavie, Humberto, "Derecho Constitucional", Bs. As., 1984, 834; González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", segunda edición, Bs. As., 1951, 538; Bidegain, Carlos M., "Cuadernos del curso de Derecho Constitucional", Bs. As., 1981, t. IV, N° 205, 226 y 227.

a) En primer lugar debe recordarse que si bien es necesaria la habilitación de competencia para que ésta pueda ejercerse, también lo es que la misma puede ser dada por el ordenamiento jurídico en forma *expresa* o, también, de modo *razonablemente implícito en lo expreso*²³. Así, Quiroga Lavie^{23bi}, sostiene que si bien dichos reglamentos no tienen fundamento expreso en la Constitución, ellos pueden entenderse como facultad implícita en las cuatro jefaturas que posee el Presidente. A su turno, Sagues^{23ter} explica que el derecho de emergencia y necesidad puede conceptualizarse como derecho constitucional implícito, ya que en caso de necesidad “prevalecen las reglas constitucionales generales y básicas, por sobre las organizativas. El derecho de necesidad es así algo *inherente* o *implícito* a toda constitución, presente en ella aunque expresamente no lo mencione, y que en todo caso, puede explicarse jurídicamente como un medio de cobertura de una laguna legal”. Y luego agrega, “la Constitución y su proyecto de organización social reposan, entonces, en un dato previo y obvio: *que tiene que haber Estado*. Si el cumplimiento de la Constitución formal provocase la extinción del sistema político o la desintegración social, obvio es también que allí caería asimismo la Constitución. Y no es sensato imaginar como aceptable esa alternativa de suicidio constitucional. “Luego encuentra fundamento al derecho de necesidad —aspecto sobre el cual habremos de volver infra— en el principio *impossibile nulla obligatio* est. Si la observancia de la Constitución es material o racionalmente en un caso concreto la norma de necesidad opuesta a la constitución (derecho de necesidad, permanente o transitorio) se recuesta en el aludido postulado, que aunque no lo enuncie el derecho positivo (aunque alguna vez sí lo haga), tendrá base, de todos modos, en el derecho natural”.

b) Como advierte la moderna doctrina constitucional el principio de división de poderes no tiene, en nuestro sistema presidencialista y en nuestro tiempo, la rigidez que le atribuye su ideologización dieciochesca, Segovia²⁴, luego de

²³Gordillo, op. cit., IX-16 s. Por ello la Corte pudo decir, también en el caso “Avico c/De la Pesa” —ya citado en el texto—, que “mientras la emergencia no crea el poder, ella puede dar ocasión para el ejercicio del poder. Aunque la emergencia no puede dar la vida a un poder que nunca ha existido, ello no obstante, la emergencia puede dar una razón para el ejercicio de un poder existente ya gozado”.

^{23bis}Quiroga Lavie, op. cit., 834.

^{23ter}Sagues, “La emergencia a la luz de nuestra Constitución”, en boletín L. L. del 6/11/90.

²⁴Segovia, op. cit., en nota 2.

explicar los caracteres de tal doctrina en los autores “Del espíritu de las leyes” y “El Federalista”, expresa que “el ingenuo liberalismo de consumo masivo lejos está de explicar la realidad del siglo... el presente muestra en forma acabada la declinación del principio: el Poder Ejecutivo, *pensando* fuerte, hoy lo *es*. Correlativamente, el Poder Legislativo ha declinado, convirtiéndose en un árbitro que dirige el juego desde afuera, reducido a la sola encarnación continua de las cifras de la elección... Así, el Poder Ejecutivo puede asumir funciones legislativas; indirectamente, a través de las delegaciones legislativas; directamente, por medio de los decretos-leyes”.

Por nuestra parte hemos señalado anteriormente que tal principio no es un fin en sí mismo, sino una simple técnica jurídico-política orientada a asegurar las condiciones de un auténtico Bien Común; el cual, en un Estado sustancial de derecho, exige *tanto* la observancia de los derechos fundamentales del hombre *como* la consecución de los cometidos estatales, orientados a crear el marco concreto y contingente que posibilite el goce de aquellos. Ambos son condiciones integrantes e indispensables de un auténtico Bien Común. En consecuencia, no cabe atribuir a tal técnica garantista de distribución de funciones del poder un carácter *absoluto y excesivamente formalista*, al punto de trabar o frustrar ese mismo Bien Común (que, repetimos, supone el respeto de la dignidad y derechos del hombre) al que se debe orientar²⁵.

c) La doctrina predominante está conteste en que el verdadero fundamento de estos actos es el *estado de necesidad* o, para decirlo con palabras que están de moda, la situación de *emergencia* que se debe conjurar²⁶.

Pero en este punto cabe advertir que hay dos formas radicalmente opuestas de conceptualizar el estado de necesidad. Según una *tesis absoluta*, que se vincula con la vieja noción de “la razón de estado”, la necesidad importa una evasión total por parte del gobernante de la sujeción a derecho que —en esta concepción— se ve como una mera “autolimitación” positiva y voluntaria del Estado. Ante un peligro grave que amenace la existencia misma de la República le está permitido al príncipe prescindir de toda limitación ética o jurídica.

Para nosotros tal postura es inadmisibles, prestando nuestra adhesión a la *tesis relativa* o finalista, propia del humanismo cristiano. Santo Tomás²⁷ ha

²⁵Sobre el principio de división de poderes remitimos a Legon, Faustino J., “Tratado de Derecho Político General”, Bs. As., 1961, t. II, cap. X.

²⁶Así lo señalan casi la generalidad de los autores que aceptan la constitucionalidad de los reglamentos de necesidad y urgencia.

²⁷Santo Tomás de Aquino, “Suma Teológica”, 1-2, c. 96, a. 6.

sintetizado sus fundamentos de modo magistral. Explica el Angélico que “toda ley se ordena al bienestar común de los hombres, y en tanto cumple esto tiene fuerza y razón de ley, pero en cuanto se aparta de esto, no tiene fuerza de obligar”. Luego cita el pasaje de Modestino que trae el Digesto (1. I., tit. 3, leg. 25): “ninguna razón de derecho o benignidad de equidad permite o autoriza que lo que se ha introducido para el bienestar de los hombres lo exageremos nosotros hasta la severidad en menoscabo de ellos por una más rígida interpretación”. No escapa al Santo que “sucede empero muchas veces que es útil de ordinario al bienestar común el observar algo que, no obstante, en algunos casos particulares es altamente nocivo”; pero como el legislador propone, por necesidad y limitación de su función, la ley con arreglo a lo que de ordinario acontece, refiriendo su intención a la utilidad común, “si sobreviniese algún caso en que la observancia de tal ley fuese dañosa al bienestar común, ésta no debe observarse...”. Y luego de dar un ejemplo extraído de su época vuelve a insistir en que, “sin embargo, es de advertir que, si la observancia literal de la ley no ofrece un peligro inmediato, al que sea preciso atender instantáneamente, no compete a cualquiera el interpretar qué es lo útil o inútil a la ciudad, sino solamente a los príncipes que precisamente por estos casos tienen la autoridad de dispensar en las leyes. Mas si el peligro es repentino y no da tiempo de recurrir al superior, la misma necesidad lleva anexa la dispensa porque la necesidad no está sujeta a la ley”²⁸.

²⁸Sobre la aplicabilidad de la doctrina del estado de necesidad —la cual compartimos con civilistas y penalistas— en el derecho político y constitucional remitimos a Legon, op. cit. en nota anterior, cap. VII; Sagüés, op. cit. en nota 23 ter. En el caso “Juan Domingo Perón” (1957, Fallos 238-123), nuestra Corte le dio reconocimiento expreso. Allí invocó “las situaciones caracterizadas en la doctrina jurídica como ‘de emergencia’, y que han justificado siempre y en todos los países una legislación excepcional. Estas situaciones derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios: a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc., a veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país —y en la generalidad de los países extranjeros— legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la Constitución... La emergencia no autoriza, en efecto, el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia. Esta flexibilidad y amplitud en el ejercicio de los poderes, es la esencia de todo gobierno, obligado constantemente a afrontar situaciones cambiantes y diversas, que requieren con frecuencia disposiciones urgentes y de distinta magnitud”.

Esta concepción clásica —quizás precisamente por ello— hoy resulta de toda actualidad. Nada menos que Karl Loewenstein²⁹, hablando sobre el tema de las “crisis constitucionales”, expresa: “Aquella optimista suposición del constitucionalismo clásico según la cual la constitución regía en todas las circunstancias como la ley suprema del país, constituyendo el marco inalterable del liderazgo del proceso político, no ha sido confirmada por la realidad. Durante el siglo XIX, no injustamente considerado como el siglo del progreso, el Estado constitucional se había acercado considerablemente al ideal de la normalidad de un orden bajo los principios del Estado de derecho. Pero tras esto vino el siglo XX de masas revueltas, de irracionalidad y violencia que superó todo lo imaginable por medio de las nuevas técnicas de adoctrinar y emocionar a las masas. Desde hace más de una generación, por lo menos desde que estalló la primera guerra mundial, el mundo vive en constante revolución, en la que se suceden graves crisis interrumpidas por cortos períodos de normalidad... En una situación de crisis o de necesidad la tarea natural del gobierno es tomar fuertemente las riendas del poder en sus manos. Como el procedimiento normal de la acción parlamentaria, condicionado además por los partidos, parece, y frecuentemente lo es, lento, pesado y políticamente ineficaz en una época de crisis, el deber y el derecho del liderazgo político pasa al grupo gubernamental relativamente pequeño, homogéneo y compacto. Videant consules ne detrimentum capiat res publica”.

Entonces, ese estado de necesidad que autoriza, en ciertos casos excepcionales y —consiguientemente— de interpretación restrictiva, a prescindir momentáneamente de las normas positivas referentes a la organización y distribución del poder es, en sí mismo considerado, una cuestión de hecho³⁰. Pero este hecho engendra el derecho de necesidad³¹, el cual, como vimos, no es liberación

²⁹Loewenstein, Karl, “Teoría de la Constitución”, Barcelona, 1986, 284 y 285.

³⁰Marienhoff, op. cit., N° 70-d), 254.

³¹En este punto conviene traer a colación la nota de Vélez Sarsfield al art. 896 del Código Civil. Allí se formula esta clara distinción: “No se trata de los hechos como objeto del derecho, sino únicamente como causa productora de derechos. El hecho del hombre puede ser considerado bajo dos relaciones: 1.ª, como objeto de un derecho, por ejemplo, cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de una cosa, la ejecución o abstención de alguna acción, materia que ya hemos tratado; 2.ª, como fuente de un derecho. Así, cuando alguno me vende y me entrega su casa, el hecho de la venta seguido de la tradición, tiene por efecto darme la propiedad de la casa.

“O bien alguno destruye una cosa mía, y de este hecho me resulta el derecho de demandar la reparación del perjuicio que tal hecho me ha causado...”. Además, el art. 2512

absoluta e inescrupulosa de todo límite moral y jurídico. Ello por la sencilla razón que el derecho de necesidad —a falta de texto positivo expreso— encuentra su fundamento en los principios del derecho natural; no siendo —por ello— razonable que pueda ponerse por encima del ordenamiento del que emana y que —al mismo tiempo— le sirve de marco.

d) Por último, recordemos que, tal como lo vimos en el capítulo II de este trabajo, la historia constitucional argentina demuestra que este tipo de reglamentaciones de necesidad y urgencia han tenido vigencia en distintos períodos constitucionales y, que nosotros sepamos, nunca han obtenido de parte de la jurisprudencia una condena formalista. Es decir, que nuestros jueces se han manejado en esto con loable prudencia —en el alto sentido de la palabra—, sin condenar en *sí mismos* a este tipo de decretos, sino, pasando siempre a un razonable *control de fondo o contenido* de ellos, han verificado que, en el caso concreto que se les lleva a juzgamiento, no alterasen los derechos y garantías constitucionales³².

f) Para terminar con las razones que se pueden dar a favor de tales reglamentos cabe mencionar la “doctrina de la delegación tácita”, la “doctrina de los poderes colegislativos del Poder Ejecutivo”, y la “doctrina de lo no prohibido está permitido”, las que no comentamos por parecernos que han sido justamente abordadas y criticadas por Sagüés^{32bis}. Ello sin perjuicio de señalar que podría llegar a aceptarse que, en una especie de “gestión de negocios”, el Ejecutivo asume competencia legislativa cuando la urgencia de la situación imposibilita sea ejercida por el Congreso. Es que no resulta arbitrario interpretar que la atribución de

de dicho código previó que “cuando la urgencia de la expropiación tenga un carácter de necesidad, de tal manera imperiosa que sea imposible ninguna forma de procedimiento, la autoridad pública puede disponer inmediatamente de la propiedad privada, bajo su responsabilidad”. Y su nota aclara que “así, en una ciudad en estado de guerra, una orden del jefe del pueblo, y aun en caso de urgente necesidad, del jefe de las tropas, basta para autorizar la demolición de un edificio”.

En esta línea se ubican los arts. 58 (que habla de la ocupación temporánea anormal, urgente, imperiosa o súbita) y 59 (cuando prescribe que la ocupación temporánea anormal puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa, y no dar lugar a indemnización alguna, salvo la reparación de los daños o deterioros que se causaren a la cosa o el pago de daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres ajenos a lo que estrictamente determinare su ocupación) de la ley nacional de expropiaciones N° 21.499. En la Provincia de Mendoza la situación es similar por disposición del decreto-ley N° 1447/75, art. 57.

³²Conf. jurisprudencia citada en nota 2 y 8.

^{32bis}Sagüés, op. cit., publicada en L. L. 1985—E—801.

competencia al legislador es bajo la *condición implícita* que su ejercicio resulte material y jurídicamente posible. No se nos escapa que Bidart Campos ha señalado el peligro de que también el Presidente pretenda —con argumentos iguales o parecidos— asumir competencias del Poder Judicial. Pero baste con señalar que —fuera de los supuestos en que la Corte ha convalidado el ejercicio por órganos dependientes de la administración de funciones materialmente jurisdiccionales^{32er}— no parece plausible que pueda alguien pretender, con la mínima seriedad para ser tomado en serio, asumir lo que es propio y privativo del Poder Judicial: la resolución definitiva y con fuerza de verdad legal de causas justiciables. Faltaría, en tal hipótesis, el fundamento de necesidad y urgencia que habilita la asunción excepcional y temporánea de funciones materialmente legislativas. Consiguientemente, carecería tan temida asunción de toda causa jurídica, faltándole uno de los requisitos sustanciales de validez de este instituto de emergencia.

V. Requisitos o condiciones sustanciales de validez

Pasando al estudio de los requisitos de fondo que condicionan la validez de este tipo de reglamentos cabe señalar que existe consenso generalizado en los siguientes:

1) Existencia del presupuesto fáctico o causa que habilita su dictado: como explica Marienhoff³³ se trata de “una *necesidad y urgencia* súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo”.

2) Que el parlamento esté en receso o medie una premura tal que resulte imposible o altamente perjudicial esperar el tiempo que normalmente insuman su convocatoria y el trámite legislativo³⁴.

^{32er}Ver C. S. J. N., del 19/9/60, “Fernández Arias, Elena c/Poggio, José p/sucesión”, en J. A. 1960-V-447.

³³Marienhoff, op. cit., p. 254.

³⁴Aceptan el dictado de este tipo de reglamentos aun en supuestos de no encontrarse en receso el Congreso, si la urgencia de la situación no consiente las dilaciones comprensibles del trámite parlamentario, entre otros, Marienhoff, op. cit., 255; Dromi, op. cit., p. 272; Hutchinson, Tomás, “Ley nacional de procedimientos administrativos”, Bs. As., 1988, t. 2, comentario al art. 104, 581 y 582; Gordillo, op. cit., V-39 y 40; Cassagne, op. cit., 142; C. N. Crim. y Corr., “Barriónuevo”, L. L. 1990-A-51; C. N. Fed. Cont. Adm., Sala IV, “Peso c/B. C. R. A.”, L. L. 1985—C—378, cons. XII.

3) Que el Poder Ejecutivo de inmediato lo someta a la ratificación parlamentaria, poniendo así de manifiesto que es únicamente la situación de necesidad y urgencia la que lo obliga a ejercer la competencia del Poder Legislativo.

En consecuencia, estaríamos frente a un uso abusivo (art. 1071 del Cód. Civ.) de este instituto, si el Poder Ejecutivo recurriese a él para sortear la intervención de un parlamento hostil, cuando se trata de asuntos normales de gobierno que, en otras condiciones de integración del órgano legislativo, no hubieran sido sustraídas a su conocimiento y decisión. Es esta una tentación que —por la alta responsabilidad que compromete este tipo de actos— el ejecutivo debe evitar a toda costa. Así se aleja uno de los vicios más frecuentes a que puede llevar la admisión constitucional de tales reglamentos, esto es, lo que ha dado en llamarse “los riesgos de la inflación del derecho de emergencia”³⁵. He aquí un aspecto de la cuestión en donde habrá que hacer jugar con extrema prudencia —que no es lo mismo que postura oportunista y acomodaticia de corto plazo— el “self restraint” del Poder administrador (advuértase la enorme trascendencia que asumen en este punto los asesores jurídicos del ejecutivo); como así también, los mecanismos “externos” de control de aquél. Pero, aunque los riesgos de abusos del instituto son ciertos, insistimos en que ello nunca puede legitimar la prohibición lisa y llana de la recta y justificada utilización del mismo.

Esto sería tan absurdo como prohibir la comida por temor a la ingesta, la bebida por combatir el alcoholismo, o el matrimonio para no caer en la lujuria.

Por cierto que a estos requerimientos específicos de validez sustancial habría que agregar los que, por ser comunes a todas las leyes, no merecen ser incluidos en la numeración. Nos referimos a la constitucionalidad del objeto (la materia) del decreto de necesidad y urgencia.

VI. *Otras cuestiones que plantea esta clase de reglamentos.*

Conviene ahora tomar en consideración los distintos problemas que estos reglamentos plantean en el derecho argentino. Así tenemos:

1) *Publicación.*

En relación a la publicación se plantean dos problemas. El primero es si puede prescindirse de la misma mediando razones que lo justifiquen. En tal sentido debe aceptarse que ello sea así sólo en casos muy especiales, análogos al de las llamadas “leyes secretas”³⁵. Para ello tomamos en consideración que estos reglamentos —que trasuntan, como vimos, el ejercicio de función jurídica admi-

³⁵Sagüés, op. cit., L. L. 1190-A-45.

^{35bis}Marienhoff, op. cit., N° 59, 206.

nistrativa, aunque materialmente legislativa— gozan de las prerrogativas propias de la ley^{35ter}.

Además, debemos considerar si los mismos requieren su publicación en el Boletín Oficial para entrar en vigor o, por el contrario, resulta suficiente su “eficiente divulgación”^{35quater}. Compartimos las razones que dan quienes aceptan esta última posibilidad, debiendo producirse su publicación oficial a la brevedad que las circunstancias permitan.

2) Ratificación

Vimos que una condición de validez de estos actos es su inmediata remisión al Congreso. Se plantea la cuestión de si la misma debe estar contenida en el mismo decreto (sea en los considerandos, sea en la parte dispositiva), o si puede hacerse por acto distinto (v.gr., por nota de remisión, tal como ocurriera con el decreto 1096/85). En nuestra opinión cualquiera de los dos expedientes resulta aceptable, siempre y cuando la puesta a consideración del legislativo sea inmediata.

Un segundo aspecto vinculado a esta cuestión es si la remisión importa una mera comunicación al Congreso de la emisión del reglamento o, por el contrario, si el ejecutivo debe someterlo a la aprobación de aquél. Vanossi³⁶ ha explicado que en una primera época se exigía lo primero, pero, actualmente, una vez sancionados los decretos, se da cuenta al legislativo de los mismos, pero nada más. Nosotros estimamos que no se trata de una aprobación en el sentido y con los efectos que se le atribuyen en Derecho administrativo³⁷; también debe diferenciarse de los acuerdos que la Constitución exige para ciertos actos del Presidente (art. 86, incs. 5, 9, 10 y 19). Pero resulta claro que tampoco se trata de un mero poner el acto en conocimiento del otro órgano, sino que ello se hace a fin de requerir su *ratificación*³⁸, lo que tiene trascendencia no sólo desde el punto de vista de la perdurabilidad del acto sino, además, para salvar la responsabilidad política del Poder Ejecutivo (art. 45 de la C.N.).

Esto nos conecta con el tema de si dicha ratificación debe ser *expresa*, o puede entenderse *virtual*, en caso de silencio parlamentario. En el primer sentido se ha pronunciado la C. Fed. de San Martín, tal como adelantamos, en la causa

^{35ter} Marienhoff, op.cit., N° 64, 234.

^{35quater} Marienhoff, op. cit., N° 70-d), 257 y 258.

³⁶ Vanossi, op. cit., 1987-IV-888.

³⁷ Dromi, op. cit., 180; Marienhoff, op. cit., N° 230, 616.

³⁸ C. S. J. N., Fallos 2-88 y 23-257; C. Fed. Cont. Adm., Sala III, “Peralta”, 8 “Revol”, ya citadas; dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Porcelli”, también citado; Diez, op. cit., 450.

“Caravani” (con la disidencia del Dr. Barral). Entre quienes aceptan la ratificación virtual, si existe silencio del Congreso, hay que incluir a Marienhoff, Gordillo, Sarmientò García, Dromi³⁹, Mordegliá (en su voto disidente en el caso “Peralta”) y la Corte Suprema de Tucumán, al fallar el ya mencionado caso “U.C.R.”⁴⁰.

Por nuestra parte nos inclinamos por la segunda solución, interpretando que la remisión al Congreso importa un requerimiento de ratificación por parte del ejecutivo. La situación de emergencia, el principio de buena fe (que también rige en Derecho público) y elementales razones de seguridad jurídica imponen al legislativo el deber de expedirse en un tiempo razonable, cabiendo interpretar su silencio como un reconocimiento o ratificación tácita de lo actuado (arg. de los arts. 919, 1935 y 1936 del Cód. Civ.).

Antes del vencimiento del plazo de pronunciamiento —el cual nos parece que puede equipararse a las “razonables pautas temporales” tenidas en cuenta en el art. 1, inc. e), N° 6, de la ley 19.549, cuyo transcurso autoriza a presumir abandonados los derechos e intereses legítimos de particulares, eventualmente agravados por actos administrativos— el reglamento produce efectos jurídicos, ya que puede entenderse sujeto a una especie de condición resolutoria de derecho público, negativa e implícita: la no ratificación por el legislador⁴¹.

3) Efectos, perdurabilidad y derogación

Se ha visto que los reglamentos de necesidad y urgencia producen efectos a partir de su entrada en vigencia, sin que la falta de ratificación —que ya dijimos que debe ser expresa— produzca efectos retroactivos⁴². Sagüés⁴³ acepta esta solución sólo para el supuesto en que la no ratificación obedezca a la discrepancia del legislador sobre las medidas adoptadas o el fondo (no así, cuando aquél estime que falta la causa del acto, que es la situación de necesidad y urgencia, ya que en este último supuesto los efectos derogatorios deben ser retroactivos). Además, todos están contestes en que la ley derogatoria puede disponer lo contrario.

Por nuestra parte estimamos que si bien en rigor de principios cabría aplicar la doctrina que atribuye efectos retroactivos a la derogación —ya que ello importaría el cumplimiento de esta condición—, razones de seguridad jurídica y el

³⁹En sus obras citadas en nota 11.

⁴⁰Ver fallos citados en notas 2 y 8. Además debe tenerse en cuenta el comentario de Ruiz Moreno sobre el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Peralta”.

⁴¹Quiroga Lavie, op. cit., 834. Sobre las condiciones negativas remitimos a Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, t. II. N° 1519, 366.

⁴²Diez, op. cit., 448 y ss.; Marienhoff, op. cit., 256 y 257.

⁴³Sagues, op. cit., L. L.1985-E-806.

obligatorio acatamiento de lo dispuesto durante la emergencia exigen dejar a salvo los efectos cumplidos de buena fe por terceros mientras estuvo pendiente el cumplimiento de la condición (arg. de los arts. 543, 555 y 557 del Cód. Civ. y art. 7, inc. f), segundo párrafo, y 12 de la ley 19.549)⁴⁴.

Por lo demás, atento a que los reglamentos de necesidad y urgencia —igual que los autónomos— tienen un rango normativo equivalente al de la ley⁴⁵ no es concebible que puedan ser derogados por decretos normales.

4) *El veto de la ley derogatoria*

Otra cuestión que se plantea es si el Poder Ejecutivo puede vetar la ley que deroga el reglamento de necesidad y urgencia. La respuesta positiva al interrogante tiene el inconveniente de parecernos un ejercicio abusivo del instituto del veto, teniendo en cuenta que ha sido el mismo ejecutivo el que —con su acto— pone al legislador en la necesidad de derogar el reglamento —ya sea por estimar que carece de causa o por discrepar con las medidas adoptadas ante la emergencia—. Además, hay que tener en cuenta que ello dificultaría la efectividad de un control parlamentario estricto, exigido por la índole tan excepcional del reglamento de necesidad y urgencia.

No obstante, la cuestión no deja de parecernos dudosa, siempre que se conciba el veto como una prerrogativa orientada a asegurar la supremacía de quien titulariza las jefaturas de estado, de gobierno y de la administración por sobre los criterios no siempre realistas y prácticos de las asambleas legislativas⁴⁶.

⁴⁴El art. 543 del Cód. Civ. argentino expresa: “Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo”. El art. 555 dice: “Cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiese recibido a virtud de la obligación”. El art. 557 forma: “Verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio”.

Recordamos que el art. 7 inc. f), segundo párrafo de la L. N. P. A. establece que los contratos que celebra el Estado se rigen por la normativa específica, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, en cuanto fuere procedente. El art. 12 establece la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria del acto administrativo regular.

⁴⁵Diez, op. cit., 449, nota 134; Marienhoff, op. cit., N° 64, 235.

⁴⁶Linaires Quintana, Segundo V., “Gobierno y Administración de la República Argentina”, Bs. As., 1959, t. I, 387 y 388; Bidart Campos, “El Derecho...”, op. cit., N° 649, 94. Pero el razonamiento no sería válido si se concibiese al veto como un mecanismo tendiente a garantizar el equilibrio de los poderes y de defensa del Presidente contra los excesos del Congreso (Ver, en este sentido, Luna, Eduardo F., “Participación del Poder Ejecutivo en la formación y sanción de las leyes”, en “Atribuciones del Presidente Argentino”, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Bs. As., 1986, 362 ss.).

5) Control judicial

Tal como lo advierte Sagüés⁴⁷, no existen discrepancias posibles sobre la facultad que compete al Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia *en cuanto a la materia o contenido de los mismos*.

Pero donde la comunión se pierde es en cuanto a la posibilidad de que los jueces entren en la verificación de que se da la causa que habilita la sanción de estos reglamentos.

Marienhoff⁴⁸ entiende que ello no es posible ya que “la ‘justicia’ (Poder Judicial) carece de potestad y competencia para decidir si, en la especie, han concurrido o no la ‘necesidad y urgencia’ indispensables para autorizar la emanación del respectivo reglamento: tal valoración —que hace a la prudencia u oportunidad para la emanación de la norma— escapa al conocimiento del Poder Judicial y, en estos casos, corresponde efectuarla al Poder Legislativo...” ya que importaría “juzgar sobre la conveniencia y oportunidad de legislar...”.

En cambio, entiende Sagüés que “la merituación de la situación de necesidad y urgencia (presupuesto de la juridicidad del decreto-ley),... trata no de una simple consideración de asuntos de oportunidad y conveniencia (punto en principio ajeno al Poder Judicial), sino *de un presupuesto de la juridicidad y validez del decreto-ley*, lo que aquí se trata de investigar —agrega— antes que lo concerniente a la eficacia, utilidad u oportunidad de lo sancionado, es si existe efectivamente un presupuesto *sine qua non* para que un Poder invada la esfera de otro”. Pero a renglón seguido limita tal control a la *razonabilidad* de la existencia de tal presupuesto, ejemplificando con lo dispuesto en el art. 4 de la ley 23.068 sobre habeas corpus.

Esta última parece ser la postura teóricamente correcta “si ese estado de necesidad y urgencia no existiese —tal como lo reconoce el mismo Marienhoff⁴⁹—, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de ‘causa’”. Además, tal como se ha puntualizado, no se trata de entrar en la indagación de aspectos meramente opinables o subjetivos sobre la configuración o no del presupuesto fáctico teniendo en cuenta para habilitar esta competencia excepcional del ejecutivo (v. gr., el “estado de conmoción interior” que sirve de presupuesto para que, mediando además urgencia imposibilitante de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, un decreto de la índole de los estudiados declarase el estado de sitio;

⁴⁷Sagües, op. cit., L. L. 1985-E-806.

⁴⁸Marienhoff, op. cit., 255.

⁴⁹Marienhoff, op. cit., 254 y 255.

la situación de crisis o “emergencia económica” que justificare, en algún caso, la adopción de medidas económicas cuya efectividad no consintiere las demoras o la publicidad del trámite parlamentario; etc.).

En esta línea se inscribe el fallo de la C. N. Crim. y Corr., Sala V, en el caso “Barrionuevo”. Dijo allí “el tribunal que corresponde analizar si se han dado las circunstancias de excepción que invoca el poder administrador para justificar la urgencia de la medida encontrándose el Honorable Congreso de la Nación en pleno período de sesiones ordinarias...”; y, más adelante, limitando dicha verificación a la comprobación de “que la conducta no aparece arbitraria, caprichosa, desmedida, persecutoria e irrazonable o que persiga otros fines subalternos de aquellos que invoca, ni se advierte, un desvío inconstitucional de poder” (L. L. 1990-A-49, 50 y 52).

En cambio, la C. Fed. de Rosario, Sala A, en el caso “Olivares”, parece alinearse —en caso de declaratoria del estado de sitio por decretos de necesidad y urgencia— en la postura negativa mantenida por la Corte Suprema al interpretar al art. 4 de la ya mentada ley 23.098. Se recordará que ésta ha interpretado la nueva ley a la luz de su jurisprudencia secular, que tenía dicho que son “facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso, por lo cual la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable por los jueces... se comprende la necesidad de dar carácter excluyente al juicio del Poder Legislativo, o del Ejecutivo, en su caso, respecto del grado real de riesgo que importen las situaciones de emergencia que determinen la declaración del estado de sitio. De la misma manera, resulta definitivo el criterio de los poderes legislativo y ejecutivo en punto a la oportunidad del ejercicio de las atribuciones correspondientes al manejo de las relaciones exteriores y la intervención federal...”⁵⁰.

VII. Conclusiones

Por último, a modo de resumen final, permítansenos reafirmar alguna de las principales conclusiones que nos deja este trabajo:

1) El tema tan actual de los decretos de necesidad y urgencia es tan antiguo como la Constitución que nos rige.

⁵⁰C. S. J. N., 3/12/85, “Granada”, E. D. 116-339, con un artículo desfavorable —en este aspecto— de Bidart Campos, “Lo viejo y lo nuevo en la jurisprudencia actual de la Corte sobre el estado de sitio”. Para el estado de la cuestión en doctrina y jurisprudencia antes y después de la sanción de la ley 23.098, ver por todos Midon, Mario A., “Ley 23.098: Los jueces no controlan las causas que motivaron el estado de sitio”, E. D. 128-797.

2) La historia institucional argentina, en este aspecto, muestra en el orden de la realidad la vigencia prácticamente ininterrumpida de este tipo de actos.

3) Nos hemos inclinado por reconocer a los decretos de necesidad y urgencia la naturaleza jurídica y, consiguientemente, el nombre y régimen jurídico propio de los reglamentos administrativos. Ello aunque, en el orden práctico, por tener estos reglamentos las prerrogativas propias de la ley en sentido formal, no tenga ésta cuestión mucha trascendencia.

4) En el capítulo III hemos analizado las razones que nos mueven a aceptar la constitucionalidad de estos reglamentos administrativos. La postura contraria, en conclusión, nos ha parecido de un rigorismo y formalismo extremos.

5) Nos hemos detenido en el principal fundamento de los decretos en trato, cual es, el estado de necesidad, entendido en su formulación relativa o finalista, propia de la filosofía jurídica clásica.

6) El derecho judicial, invariablemente hasta el presente, se ha mostrado prudente, no descalificando a aquellos *en sí mismos*. En efecto, el repaso de los casos permite ver que en estos los jueces aceptan expresamente su validez formal o, derechamente, pasan al control de fondo; ciñéndose de tal modo al rol institucional que le compete: hacer justicia en los casos que se les somete a juzgamiento, sin consentir que se alteren (art. 28 de la C. N.) los derechos de los justiciables.

7) Abordamos los requisitos o condiciones de validez sustancial de estos reglamentos, advirtiendo el peligro de lo que ha dado en llamarse "la inflación del derecho de emergencia". En tal aspecto hemos señalado la trascendencia que tienen los órganos de asesoramiento y control del Poder Ejecutivo, a fin de que no se incurra en tal vicio.

8) Sin ocultar los riesgos de su abuso, nos hemos inclinado por descartar lo que nos parece más perjudicial, llegado el caso, para el "bienestar general": el desconocimiento legal de su buen uso.

9) En fin, en el capítulo VI hemos abordado sucintamente varias cuestiones que plantean estos reglamentos: su publicación; los efectos, perdurabilidad y derogación de los mismos; el veto de la ley que los deroga; y, al último, el alcance de su control judicial.