

**Ref. Expte. N°13-D-2011-01031- Dirección
General de Finanzas – Alcance del art. 109 Ley
N°8265”.**

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS
S / D**

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado las presentes actuaciones en las cuales se solicita dictamen legal en relación a la consulta de fs. 1/2, en la cual la Dirección General de Finanzas del Ministerio de Hacienda requiere dictamen sobre el “alcance de las normas legales mencionadas en último término en el art. 109 de la Ley de Presupuesto 2001 Nro. 8265” (específicamente sobre si el Decreto de Necesidad y Urgencia N°2054/10 -art. 24- es aplicable en el territorio provincial teniendo en cuanto que el art. 109 de la Ley N°8265 adhiere a “Las leyes Nros. 25.917, 26.530 y las modificatorias que surjan en el futuro”).

En definitiva, la consulta se limita a determinar en forma precisa si puede considerarse dentro de las modificaciones legales previstas como aplicables por el art. 109 de la Ley 8265, al Decreto de Necesidad y Urgencia 2054/11 emitido por la Nación y por lo tanto, aplicable al mismo en el territorio provincial.

La pieza administrativa posee agregadas como actuaciones relevantes Dictamen de la Asesoría Legal del Ministerio de Hacienda (fs. 13 y vta.) y la Asesoría de Gobierno (a fs. 15/16) considerando ambos órganos de asesoramiento que es aplicable la normativa en cuestión en virtud de la previsión del art. 109 de la Ley 8265, en tanto no sea expresamente derogada por el Congreso en el marco de las previsiones que resultan aplicables de la

Ley Nº26.122 (art. 24) a cuya conclusión y fundamentos se remite en mérito de la brevedad administrativa.

Sin perjuicio de lo expresado, se considera procedente realizar un breve análisis de las dos cuestiones esenciales que el tema que nos ocupa involucra, esto es el ámbito de aplicación temporal de los Decretos de Necesidad y Urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional (fecha de inicio de su vigencia) y la naturaleza (ligada a su denominación) de los mismos (esto es, su aptitud para modificar "leyes" formales y materiales del Congreso Nacional).

1. El inicio de la vigencia de los Reglamentos de Necesidad y Urgencia: en relación a este tema y teniendo en consideración la naturaleza jurídica del tipo de norma emitido (reglamento con efectos y eficacia de ley) fueron siempre aplicables las disposiciones contenidas en el art. 2 del C.Civil en cuanto determinan que "las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo serán obligatorias después de los ocho días siguientes a su publicación".

La Ley Nº 26.122, ha previsto expresamente esta situación al determinar en su artículo 17 que: *"Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los arts. 99 inc. 3 ...de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del C. Civil"* y sin que ello obste la posibilidad de que el mismo pierda vigencia en caso de materializarse el rechazo por parte del Congreso (ambas cámaras) en los términos del art. 24 de la Ley Nº26.122.

La publicación debe efectivizarse en el Boletín Oficial, y este requisito debe cumplirse aun frente a las especiales características del tipo de norma emitida y la urgencia que los motiva, reafirmandose la oposición a la doctrina y jurisprudencia (especialmente luego de la sanción de la Ley Nº26.122 y la previsión parcialmente transcrita respecto de la vigencia de los Decretos de Necesidad y Urgencia) que habían admitido que la publicidad podía efectuarse en un órgano no oficial con las condiciones de que exista una satisfactoria divulgación y constancia suficiente de la legitimidad del texto¹.

(¹) MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado..." (ob. cit., T- I), pp. 267; en igual sentido, MIDON, Mario, "Decretos ..." (ob. cit.),pp. 164, C.S.J.N., "Longo A. S/Apel", Res. 124/72 del Ministerio de Comercio" (Fallos: 293:157).



En efecto, se había afirmado que dada su especialísima razón de ser y fundamento, su obligatoriedad no debe supeditarse a su previa publicación: deben ser tenidos por obligatorios y eficaces desde su emanación y eficiente divulgación. Bastará, pues con que en la fecha misma de su emanación, ésta haya sido suficientemente divulgada², posición que no comparto ya que la regulación de los Decretos de Necesidad y Urgencia, y la catalogación de su naturaleza y efectos jurídicos lo hacen partícipe, tal como he analizado precedentemente, de la forma de manifestación de la administración denominada "reglamentos", debiendo someterse su régimen de vigencia al que resulta de aplicación para los mismos ante falta de norma expresa constitucional o legal que determine una solución contraria.

En este sentido resulta incuestionable que la forma de publicación de los mismos en el nivel nacional es a través de su publicación en el Boletín Oficial³. Esta posición, sostenida aun en forma previa a la sanción de la Ley Nº26.122, se ve definitivamente afianzada cuando el texto del art. 17 de la norma legal en cuestión remite en forma expresa y sin reservas a la previsión del art. 2 del C. Civil, que parte de la doctrina y jurisprudencia propugnaban soslayar con los argumentos previamente citados.

Ello resulta por otro lado, absolutamente compatible con el sistema republicano de gobierno estatuido en el art. 1 de la Constitución Nacional en virtud del cual uno de los principios informadores del mismo es el de la "publicidad" de los actos de gobierno, debiendo entender a aquella con entidad suficiente e incuestionable, a través de instrumentos que hagan plena fe de la existencia y texto de los mismos, presentando estas características a mi criterio sólo la publicación oficial. También es relevante considerar esta obligación de publicación oficial como "derecho implícito" de los habitantes en

(²) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado...", (ob. cit., T- I). pp. 267.

(³) SARMIENTO GARCÍA, Jorge, y ots., en "Derecho Público", (Bs. As., Ed. Cdad. Argentina, 1997), pp. 566.

virtud de la disposición del art. 33 de la Constitución Nacional, y derivado lógicamente del principio de soberanía popular propugnado en el mismo.

Y esta conclusión no se ve obstada por el hecho de que como en el presente supuesto, no se haya obtenido la ratificación legislativa pertinente, toda vez que, más allá de lo criticable de la solución jurídica adoptada⁴, el art. 24 de la Ley N°26.122 prevé expresamente esta solución.

En efecto, el último párrafo del inciso tercero obliga al Jefe de Gabinete a someter, dentro de los 10 días (es de suponer a partir de la emisión de la norma), a la Comisión Bicameral Permanente el Decreto de Necesidad y Urgencia.

Esta Comisión, cuya composición debía respetar la proporción de representantes de cada cámara, debe producir despacho en diez días y elevarlo al plenario de cada Cámara, para su "expreso tratamiento", para ser considerado de inmediato por las Cámaras.

A partir de aquí, una ley especial, sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, "regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso" (hoy Ley N°26.122).

En el derecho comparado al silencio del Poder Legislativo se le han asignado distintos efectos.

El art. 86 de la Constitución Española no prevé consecuencias para el silencio. El inciso 2 de ese artículo establece que los decretos leyes deben ser sometidos de inmediato al Congreso de los Diputados y éste debe pronunciarse expresamente dentro de los treinta días siguientes, convalidándolos o derogándolos⁵.

Sin perjuicio de que la norma no prevé los efectos del silencio en el presente caso, la doctrina española ha determinado que "el decreto ley no puede sobrevivir en el ordenamiento más allá de treinta días, transcurridos los cuales sólo continuará en vigor si así lo ha decidido de manera expresa el Congreso de Diputados. Pasado ese plazo sin haberse producido la convalidación que requiere el art. 86.2., el decreto ley quedará eliminado del ordenamiento, y la sujeción a este término de vigencia es tan estricta que la

⁴ Considero cuestionable el criterio adoptado, toda vez que esta normativa debe complementarse con la incluida en el texto del art. 82 (como consecuencia directa de la doctrina judicial sentada en el caso Peralta) el que determina: "la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta".



derogación se produce por su simple transcurso sin haber obtenido la convalidación que permite la futura pervivencia del decreto ley⁶.

La Constitución de Italia en cambio, en su artículo 77 determina expresamente que el silencio del Parlamento en un plazo de sesenta días, significa la derogación del Decreto Ley. En igual sentido se expresa la Constitución de Brasil (art. 62) con la única diferencia de que el plazo estipulado para expresarse el Congreso es de treinta días.

En la doctrina nacional se habían vertido distintas opiniones:

- a) J. V González que admitió expresamente la posibilidad de que el Poder Ejecutivo emitiera este tipo de decretos, también impuso como consecuencia lógica la necesidad de que se produjera la ulterior ratificación del Congreso (en igual sentido se manifiestan Bielsa, Villegas Basavilbaso y más modernamente, María Díez, Bianchi y Spisso).
- b) Los administrativistas en general han considerado que si el Decreto de Necesidad y Urgencia no es tratado por las Cámaras, el mismo mantiene su vigencia por haber quedado tácitamente convalidado. Ello fundado en que si existió la posibilidad material de que el legislador se pronunciara y no lo hizo, debe considerárselo conforme con la norma emitida por el Poder Ejecutivo (Marienhoff, Miguel y jurisprudencia sentada en el caso "Peralta" por la C.S.J.N.). La misma postura sostiene H. Quiroga Lavié, pero lo sujeta a la condición de que el hecho objetivo de la necesidad haya quedado comprobado (lo que resulta difícil en la práctica ya que al no existir manifestación del Congreso, no se producirá este hecho convalidatorio de la circunstancia habilitante).
- c) Si bien esta no era la tradicional jurisprudencia de nuestro país, que se inclinaba por la tesis que determinaba la necesidad de que los Decretos de Necesidad y Urgencia fueran ratificados en forma expresa por el

(⁶) Debe tenerse presente que el Congreso de diputados es sólo una de las Cámaras de las Cortes (Poder Legislativo), la otra, el Senado, nada tiene que ver en el trámite de los decretos leyes, salvo cuando se decida darle trámite de ley, conforme al último párrafo del art. 86.

Congreso, la discusión fue zanjada en el caso "Peralta" en el cual se adhirió decididamente a esta última postura (ficta confessio). La misma se haya inspirada en los fallos que la C.S.J.N. ha emitido en relación a la validez de los decretos leyes emitidos por los Gobiernos de facto, en especial por los producidos entre los años 1976-83 cuando ha expresado "...la validez de las normas dictadas por gobernantes de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, las autoridades constitucionalmente elegidas que los sucedan las reconozcan, dicho requisito ha de estimarse cumplido respecto de las leyes dictadas por quienes ejercieron la facultad legisferante entre el 24/03/76 y el 10/12/83, pues el Congreso de la Nación las ratificó tácitamente al abrogar algunas, modificar otras y suspender o prorrogar la vigencia de otras más ⁷".

En "Peralta", la C.S.J.N. establece como primera condición de validez del Decreto de Necesidad y Urgencia que el Congreso nacional en ejercicio de poderes constitucionales propios no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados agregando que "podrá (el Congreso) alterar o coincidir con lo resuelto, pero en tanto no lo haga, o conocida la decisión no manifieste en sus actos más que el conocimiento y no su repudio... no cabe en la situación actual del asunto coartar la actuación del Presidente⁸".

- d) Las constituciones provinciales que han incluido en su texto la normativa de necesidad y urgencia, han recurrido a la no previsión de términos resolutivos siguiendo la doctrina administrativista (vg. Constituciones de Río Negro, Salta, San Juan). Todas ellas consideran convalidatorio el transcurso del tiempo previsto para que el órgano legislativo trate la norma en forma expresa.

Los proyectos de ley presentados por Vanossi y Folloni, difieren justamente en este tema: el del primero en su art. 2 prevé efectos derogatorios para el Decreto de Necesidad y Urgencia no tratado en el plazo de diez días en el Congreso (tesis europea), mientras que el del

(⁶) PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Decretos..." (ob. cit.), pp. 233, citando a autores españoles, De Otto y Astarloa Huarte Mendicoa, García de Enterría y Fernández, quienes argumentan que esta postura es unánime en la doctrina.

(⁷) ED 147-650 (1274), caso "Pignataro".

segundo en su art. 4 prevé que si el proyecto no es tratado en el tiempo indicado, se considera aprobado.

Este tema, resuelto a mi criterio, en forma contradictoria al art. 82 de la Constitución Nacional⁹, por el art. 24 de la Ley N°26.122 lleva a la existencia, luego de la sanción de la Ley N°26.122, de dos tipos de Decretos de Necesidad y Urgencia: los perfectos y los imperfectos, esto es aquellos ratificados por el Congreso y los que carecen de este atributo¹⁰.

Es decir que la Ley N° 26.122, ha dado expresa solución al problema, ya que prevé la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia con su publicación en el Boletín Oficial (art. 17 remitiendo al art. 2 del C. Civil) y consignando que la derogación del mismo solo se produce con la manifestación contraria de ambas Cámaras y en las condiciones del art. 2 del C. Civil (entiendo publicado y con los efectos allí previstos) de lo que se infiere sin mayor esfuerzo interpretativo, que en tanto las Cámaras no se manifiesten (y ambas) en forma expresa por el rechazo, el Decreto de Necesidad y Urgencia mantiene su vigencia. Solución ésta que, a tenor de las explicaciones vertidas en los puntos antecedentes y conforme texto expreso del art. 82 (aplicable por su generalidad) y 99 inc. 3 de la C.N. de dudosa constitucionalidad¹¹.

(⁹) El proyecto originario de incorporación del art. 99 inc. 3, conforme surge de su simple lectura, tenía una amplitud desmesurada y constitucionalizaba facultades casi infinitas (como afirmaban numerosos constitucionales) para el Ejecutivo en especial frente a la existencia de la frase "ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de Necesidad y Urgencia". Por ello, sufrió modificaciones: la primera y quizás más importante, es que, a propuesta del radicalismo, se acordó la inclusión del texto que plasmaría en el art. 82 excluyendo la convalidación ficta o tácita de este tipo de decretos, eliminando así el valor que el tristemente célebre caso "Peralta" había otorgado al silencio del Congreso. El art. 82 finalmente expresaría que: "La voluntad de cada una de las cámaras debe manifestarse expresamente, se excluye en todos los casos la sanción tácita o ficta".

(¹⁰) MIDÓN, Mario, en *"Una Ley más próxima al desencanto que a la ilusión"*, ponencia en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, Paraná, Setiembre del 2007, expresó que: "...En visión ontológica la ley comentada ha consagrado la existencia de dos tipos de Decretos de Necesidad y Urgencia, a saber: a) Los perfectos -categoría casi desconocida en nuestra praxis- que son aquellos revisados por el Congreso y aprobados expresamente por ambas ramas del Poder Legislativo. b) Y una segunda clase que reviste la calidad de imperfecto, estándar que se compadece con aquellos que dictados por el Ejecutivo no fueron aprobados, ni rechazados por el titular de la potestad legislativa, es decir los no tratados por el Congreso de la Nación...".

(¹¹) El criterio seguido por la Ley N°26.122 se aleja de precedentes como la Constitución Española, Italiana y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, acercándose al de la Constitución pinochetista, cuyo artículo 40 (Constitución de Chile sancionada en 1980 durante la dictadura de Augusto Pinochet) establece que si el Congreso no se pronuncia dentro de los diez días respecto de la imposición del estado de sitio por parte del Presidente, "se entenderá que aprueba la proposición".

Sin embargo, la CSJN ha convalidado tácitamente la validez de la norma en cuestión (aunque con fundamentos ajenos al tema y procesales relativos al control de constitucionalidad¹²) al entender que *"la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que estos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, llegándose a desvirtuar la conclusión de la cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta la intervención del Poder Judicial¹³..."*.

2. LA DENOMINACION Y NATURALEZA JURIDICA DE LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: El segundo tema a discernir a los efectos de evacuar la consulta efectuada por los funcionarios del Ministerio de Hacienda a fs. 1 y 2, es lo relativo a la aptitud de los Decretos de Necesidad y Urgencia para modificar "Leyes" formales y materiales del Poder Legislativo (en este caso Nacional) en estrecha vinculación con la previsión del art. 109 de la Ley 8265 (que expresamente remite a las "modificatorias" de las Leyes Nros. 25.917 y 26.530).

Así las cosas, y con el objeto de contribuir a determinar su naturaleza jurídica, es procedente analizar las diferentes denominaciones que los Decretos de Necesidad y Urgencia han recibido en la doctrina y jurisprudencia y los efectos otorgados a los mismos. En relación al primer tema, la doctrina, ha asignado a esta normativa distintas denominaciones: para algunos autores (Bielsa, Ekmekdjian) la denominación a utilizar es la de "Decretos Leyes", para otros, "providencias de necesidad y urgencia" (Juan Fernando Segovia), "Decretos de Necesidad y Urgencia (A. Pérez Hualde) y para otros, finalmente, "Reglamentos de Necesidad y Urgencia" (Villegas Basavilbaso). Esta última denominación ha sido también adoptada por la C.S.J.N. en numerosos fallos al respecto, cuando trata esta normativa de excepción.

(¹²) El fallo de la CSJN me induce a considerar que sobre la materia en análisis evitará expedirse, ya que los argumentos utilizados inhiben en la casi totalidad de los casos la posibilidad de intervención judicial.

(¹³) CSJN, "Asociación por los Derechos Civiles ADC c/Estado Nacional - Ley 26.122 s/ampro Ley 16.986", 03/08/2010.



En otras legislaciones, se los ha denominado también Decretos Leyes (Constituciones Españolas de 1931 y 1978), Decretos con Valor de Ley (Constitución Italiana de 1948), Decretos de Urgencia (Constitución del Perú), Medidas Provisorias (Constitución Brasileña) y Medidas Exigidas por las Circunstancias (Constitución Francesa) y Decretos Legislativos, en la Constitución Política de Colombia de 1985 y 1991.

Desde el punto de vista estricto, teniendo en cuenta la caracterización de esta norma de emergencia en nuestra constitución, creo acertada la denominación de "Reglamentos", entendiendo ésta vinculada a su naturaleza y efectos, como "declaración unilateral de voluntad efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa"¹⁴ ¹⁵ abarcando, es este caso, materias legislativas.

Obviamente, la determinación de los mismos como "actos"¹⁶ que algunos autores (y la misma CSJN) han efectuado de estos instrumentos no resulta adecuada, ya que la ostentación de los mismos de efectos generales y las materias que tratan los ubican indubitablemente, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, en el campo de normas con efectos generales emanadas del Poder Ejecutivo (Reglamentos). Ello no importa desconocer que en virtud de las distintas denominaciones que se han dado a este tipo de normas en el orden administrativo¹⁷ nacional y provincial efectivamente pueda resultar acertada la denominación de "acto" si nos referimos a éste con alcances "generales" como efectúa la Legislación Nacional y algunas

⁽¹⁴⁾ DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo" (ob. cit.) pp. 323.

⁽¹⁵⁾ La Ley de Procedimiento Administrativo y su Reglamento, hace diferenciaciones entre "reglamento" y "acto de alcance general", lo que supera el objeto de estudio del presente dictamen, sin perjuicio de lo cual, adhiero a la tesis de distinguidos tratadistas en derecho administrativo que usan estos términos como sinónimos. En tal sentido se expresan GORDILLO, Agustín en "Tratado de Derecho Administrativo" (Bs. As., Ed. Macchi, Tomo III 5ta. Ed. IV-19) y HUTCHINSON Tomás, en "Ley Nacional de Procedimiento Administrativo comentada, anotada y concordada", (Bs. As., Ed. Astrea, 1era. reimpression corregida), pp. 167.

⁽¹⁶⁾ BIELSA, Rafael, "Derecho Constitucional" (ob. cit.) pp. 670.

⁽¹⁷⁾ Ciudad de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Córdoba, La Pampa, Río Negro, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Tierra del Fuego y Tucumán aunque con algunas variantes. Otras provincias adoptan en forma indistinta y poco precisa ambas terminologías: Entre Ríos, Formosa, Jujuy, San Luis y Santiago del Estero.

provinciales para referirse a los "reglamentos", que es en definitiva la terminología que acepto como más precisa¹⁸.

La constitución utiliza el término "Decretos", aludiendo así a un concepto más genérico que el de reglamentos, ya que este último resulta ser una clase de aquellos es decir, que existe entre ambos una relación "Género - Especie".

Se ha definido así a los "Decretos" como "decisión, disposición o mandamiento emanado de autoridad superior de un poder u órgano administrativo, en especial el Jefe de Estado¹⁹ considerando que se aplicará a los mismos el régimen de los "actos" administrativos cuando produzca efectos individuales y el régimen de los "reglamentos" cuando produzca efectos "generales".

En virtud del texto constitucional, entiendo que las facultades que pueden, ante ciertos hechos, ser suplidas por el Ejecutivo ante la imposibilidad material del Congreso, son, según expresamente se consigna en el mismo, la de "emitir disposiciones de carácter legislativo", es decir "leyes" en sentido material, con lo cual considero que el equivalente desde el punto de vista de los efectos es el "reglamento administrativo²⁰".

Con ello se excluye además, la posibilidad de que el Ejecutivo ejerza otras facultades que son propias del Legislativo pero que no importan para su ejercicio, el dictado de una ley en sentido formal y/o material, refiriéndome expresamente a atribuciones de tipo preconstituyente, de control y administrativas (ej: declaración de la necesidad de la reforma constitucional, - art. 30-, arreglar el pago de la deuda interior y exterior -art. 75 inc. 7-, aprobar o desechar la cuenta de inversión -art. 75 inc. 8-, arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación -art. 75 inc. 15-, crear nuevas provincias -arts. 13 y 75 inc. 15-, conceder amnistías generales -art. 75 inc. 20-, admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente y vicepresidente de la República y declarar en su caso el llamado a elecciones -

(18) Por ello, la Procuración del Tesoro de la Nación ha aceptado que los "Decretos de Necesidad y Urgencia son formalmente actos administrativos, pero de sustancia legislativa, por ello el examen de su contenido debe ceñirse exclusivamente a los aspectos vinculados a su legalidad", (Dictámenes PTN, 177:76; 225:209).

(19) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado...", ob. cit. T - I, pp. 314/15.

(20) En contra de esta opinión, considera CASSAGNE, Juan Carlos, que "la figura del decreto alude al acto formal emanado del Presidente de la nación y comprende tanto a los actos administrativos en sentido estricto como a los reglamentos" y que "la amplitud de la fórmula constitucional (art. 99 inc. 3) permite la inclusión de los actos de alcance individual..." aunque reconoce que "...la mayoría de las competencias del Poder Legislativo que el Poder Ejecutivo podría asumir al dictar un Decreto de Necesidad y Urgencia, se traducen en disposiciones de alcance general..." (en obra colectiva, "Derecho Administrativo", CASSAGNE, Juan Carlos Cassagne, Director, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998), pp. 178.



art. 75 inc. 21-, aprobar o desechar tratados internacionales u otorgar rango constitucional a los tratados de derechos humanos -art. 75 inc. 22 y 24-, intervenir una provincia o la Ciudad de Buenos Aires -art. 75 inc. 31-, delegar funciones legislativas -art. 76- etc.).

Se ha criticado esta denominación por "el carácter sustancialmente normativo en grado primario de los decretos de excepción", lo que los diferencia muy claramente de aquella pura normativa de índole secundaria y reglamentaria²¹" y se ha dicho así mismo que "al llamar reglamentos a este tipo de normas se estaría haciendo un manejo ideológico del tema, ya que "ab initio" los estaríamos incluyendo en la órbita del Poder Ejecutivo²²".

Se ha considerado finalmente que los Decretos de Necesidad y Urgencia no son "actos de alcance general "ni reglamentos" por cuanto no están sujetos a su régimen jurídico, expresándose en este sentido que se trata de función legislativa ejercida por el órgano Ejecutivo y su régimen constitucional es propio y distinto²³".

No me parecen suficientes y correctos elementos para descalificar la denominación de "reglamentos".

En primer lugar porque no toda la normativa que emite el Ejecutivo resulta secundaria o delegada por el poder legislador (vg. los reglamentos autónomos). Así, se ha expresado en este sentido que los Ejecutivos disponen de la posibilidad de adoptar normas "primarias" que pueden equipararse a las contenidas en las leyes parlamentarias, posibilidad jurídica que en general es permitida por las Constituciones, manteniendo firme el principio de titularidad parlamentaria de la competencia para emanar normas primarias, por lo que los gobiernos pueden ejercer una competencia normativa cuya titularidad continúa siendo parlamentaria²⁴".

(²¹) PÉREZ HUALDE, Alejandro, citando a Néstor Sagüés, Mortari y Ekmekdjian, en ""Decretos de Necesidad y Urgencia", (Bs. As., Ed. Depalma, 1995), pp. 7.

(²²) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Manual de..." (ob. cit.) pp. 329.

(²³) PRITZ, Osvaldo F., en "Una óptica provincial sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia" (en obra colectiva "Estudios de Derecho Administrativo", 2003, (Mendoza, Ed. Dike, T - VIII, 2003), pp. 406-407.

(²⁴) Conf.: VERGOTTINI, Giuseppe de; en "Derecho Constitucional Comparado", (Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2da. Ed., 1985), pp. 427.

En segundo lugar (y respondiendo a la crítica del gran constitucionalista Ekmekdjian) por cuanto en efecto, la facultad de emitir tales normas corresponde al Ejecutivo, no resultando esto una observación acertada desde el punto de vista "ideológico" (tal como afirma). La confusión, en este caso, proviene de no diferenciar entre el titular de la facultad legislativa (que es indiscutiblemente el Órgano Legislativo) de la facultad de emitir esta normativa en circunstancias excepcionales, siempre que no puedan utilizarse los canales legislativos normales (que claramente, la tiene asignada el Ejecutivo bajo estrictas circunstancias y controles) y sometido al control político y de cumplimiento de los recaudos constitucionales de validez del Legislativo y al control amplio del Poder Judicial. También resulta de aplicación en este supuesto lo expresado en el punto precedente al responder a la primera de las críticas formuladas.

Y no es meramente teórica la diferenciación en cuanto a la naturaleza jurídica en análisis (y del tipo de función que su emisión implica, esto es legislativa o administrativa), ya que en caso de sostener la postura que he reseñado, permite realizar un control de constitucionalidad de mayor extensión y mucho más estricto, e incluso inferir, en forma análoga a la realizada por la ministro Argibay en los procesos judiciales "Massa" y "Colegio Público de Abogados", la inconstitucionalidad primigenia de la normativa de emergencia. En efecto, partiendo desde el punto de vista de la mencionada integrante de la C.S.J.N., este tipo de norma reglamentaria es, en principio "inconstitucional" (desde el punto de vista administrativo, puedo agregar "nula") lo que permite privarlo del carácter de "presunción de legitimidad" (al devenir el acto en irregular) y en tal caso, transferir la carga de la prueba de su adecuación a la constitución al Poder Ejecutivo emisor.

La ausencia del carácter de "presunción de legitimidad" tiene como efecto invertir la carga de la prueba sobre la adecuación constitucional, y puede ser sustentado en el marco de la actividad reglamentaria en el marco de las disposiciones del art. 14 de la Ley Nº19.549, conforme doctrina sentada por la C.S.J.N. en el caso "Los Lagos SA Ganadera c/Gobierno Nacional"²⁵, en el cual el máximo tribunal entendió, con un criterio restrictivo bastante semejante al del C. Civil, que la presunción de legitimidad solo favorece a los actos válidos y a los anulables, no así a los actos nulos absolutos, por lo que tanto la



administración, con apoyo en dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación²⁶, así como de la justicia, en los casos "Acuña Hnos."²⁷ y "Pustelnik"²⁸, han admitido la no exigibilidad de los actos nulos, con vicio evidente, patente, manifiesto.

Va de suyo que no ocurriría lo mismo en el supuesto de que consideráramos la emisión de este tipo de normas como parte de la función legislativa, habida cuenta de que es conocida la invariada doctrina judicial de la C.S.J.N. en cuanto a que las "leyes" se presumen constitucionales y su declaración de inconstitucionalidad, por la gravedad institucional que ella representa, es la "ultima ratio" de la función jurisdiccional²⁹.

(²⁵) C.S.J.N.: Fallos: 190:98, 30/06/1941.

(²⁶) PTN, Dictámenes: 91:364.

(²⁷) C.S.J.N., Fallos: 252:39.

(²⁸) C.S.J.N., Fallos: 293:133.

(²⁹) Numerosos son los fallos en los que la C.S.J.N. ha sostenido que: "según lo tiene establecido este tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio (Fallos: 288:325; 290:83; 312:122; 435, 496 y 1437; 314:407, 316:2624; 317:44; 322:1349), ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424 y sus citas, 319:178 entre otros). Una declaración de tal gravedad impone a quien la pretende, según lo indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, cuasándole de ese modo un gravamen, y para ello es menester que precise y pruebe fehacientemente el perjuicio que le origina la aplicación que tacha de inconstitucional (Fallos: 310:211 y sus citas, 314:407; 327:1899; 328:1416)". -Causa: "Lemes Mauro s/infracción art. 189 bis del CP N°5603/4602/2005" L 1043. XLII; REX 03/02/09; T 332 P 5.

Esta posición ha sido sustentada también por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, quien ha expresado que: "Al tratar un planteo de inconstitucionalidad hay que tener presente diversos principios: a) La declaración de inconstitucionalidad de la norma es un remedio excepcional, la última ratio del ordenamiento jurídico, la sanción judicial más fuerte que puede adoptar el poder judicial frente a la vigencia de una norma de carácter general y en consecuencia debe advertirse con toda claridad y evidencia la lesión a los principios constitucionales; b) la declaración de inconstitucionalidad debe manifestarse en el caso concreto, en una causa judicial, frente a agravios expresados y con efectos particulares para el caso; c) la declaración de inconstitucionalidad no debe interferir con las decisiones y valoraciones políticas adoptadas para las transformaciones de las instituciones jurídicas, es decir que no puede sustituir la voluntad del legislador, ni en la voluntad de los cambios legislativos introducidos. A.R.T. S.A. EN J: FORCONI, JOSÉ ALBERTO/LA SEGUNDA A.R.T. S.A. Fecha: 17/09/2003. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Expediente: 74811. Ubicación: S328-171.

"... La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, pues implica un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como última ratio del orden jurídico a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas jerárquicamente inferiores. El Estado Provincial invoca una facultad normal, no extraordinaria, de disminuir los sueldos de los empleados públicos, idéntica, a su parecer, a cuyo efecto dice que se trata de una cuestión de política no justiciable o institucional. En efecto, parece, que la regulación de los salarios públicos, si no se ha invocado emergencia, es una aplicación del poder de policía del Estado sobre los derechos individuales. - DROT DE GOURVILLE E. Y OTS. / GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA Fecha: 29/07/2003. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Expediente: 70863. Ubicación: S325-173.

".... La declaración de inconstitucionalidad de la norma es un remedio excepcional, la última ratio del ordenamiento jurídico, la sanción judicial más fuerte que puede adoptar el poder judicial; frente a la

Cassagne explica que si bien en la doctrina se han usado indistintamente las denominaciones de "Decretos" y "Reglamentos", no menos cierto es que la amplitud del texto constitucional permitiría la inclusión de actos de alcance individual, pero reconoce que la mayoría de las competencias del Poder Legislativo que podría ejercer al dictar un Decreto de Necesidad y Urgencia, se traducen en disposiciones de carácter general³⁰.

Me permito también disentir con el autor citado. Ello en tanto y en cuanto a la luz de un análisis integral del texto constitucional del art. 99 inc. 3 (que hace expresa referencia a la imposibilidad "bajo pena de nulidad absoluta e insanable", de "... emitir disposiciones de carácter legislativo..."; a que las circunstancias impeditivas deben serlo de seguir trámites para "...la sanción de leyes..." y la naturaleza de las materias prohibidas, todas ellas de rango "legal" formal y material), me llevan a sostener la posición contraria, es decir, que sólo puede referirse la facultad excepcional al dictado de normas de tipo general (leyes en sentido material) que normalmente corresponden a las competencias del Congreso³¹.

Finalmente, la existencia de diferencias en el régimen del reglamento de Necesidad y Urgencia con respecto a otros que puede emitir el Órgano Ejecutivo (y que están dentro de su competencia "ordinaria" en su dictado - esto es reglamentos autónomos y de ejecución-), no es suficiente para excluirlo de la conceptualización general de los mismos, a la cual se adapta a la perfección, con las particularidades que lo caracterizan y determinan requisitos estrictos para su emisión, control e impugnación, teniendo en especial consideración las particulares previsiones que al efecto se han previsto en la constitución para limitar el ejercicio en el dictado de este tipo normativo.

vigencia de una norma de carácter general y en consecuencia debe advertirse la lesión a los principios constitucionales. Debe manifestarse en el caso concreto, y con efectos particulares. No debe interferir con las decisiones y valoraciones políticas adoptadas para la transformación de las instituciones jurídicas, es decir que no puede sustituir la voluntad del legislador. - PEREZ, TIBURCIO EN J: PEREZ, TIBURCIO / ASOCIART S.A. A.R.T. Fecha: 19/02/2001. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Expediente: 68457. Ubicación: S299-363

"... Como la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio, el interesado debe demostrar claramente de qué manera la norma atacada contraría la Constitución causándole un gravamen en el caso concreto. (- MARTI S.A. Y OTROS / PROVINCIA DE MENDOZA Fecha: 06/03/2000. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Expediente: 57183. Ubicación: S294-056.).

(³⁰) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Obra Colectiva, en homenaje a MARIENHOOF, Miguel, (Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1998), pp.178.

(³¹) Considero que la posición sustentada por Carlos Cassagne, podría encontrar fundamento si hubiera plasmado el artículo del proyecto originario que en parte pertinente facultaba al Ejecutivo, en forma asombrosamente amplia a efectivizar el: "... ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de



Así lo ha entendido también la CSJN, quien ha considerado que este tipo de Reglamentos son "equiparables a la ley"³² y que "...el reglamento de necesidad es sustancialmente un acto legislativo y formalmente un acto administrativo"³³...

Es, en definitiva, a mi criterio, desde el punto de vista jurídico, el Reglamento de Necesidad y Urgencia, un "reglamento administrativo" desde el punto de vista formal, pero una "ley" desde el punto de vista material o sustancial, con jerarquía normativa de tal, adquiriendo la característica de "Ley" cuando el Congreso ha agotado con éxito el procedimiento de ratificación previsto al efecto por el art. 99 inc. 3 último párrafo de la Constitución Nacional y reglamentado en la Ley Nacional N°26.122³⁴, quedando en consecuencia expresamente incluido el Decreto N°2054/11 del PEN dentro del término "modificatorias" utilizado por el art. 109 de la Ley N°8265 y siendo el mismo de aplicación en la provincia de Mendoza a tenor de la legislación citada.

3. CONCLUSIONES: En virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, y en concordancia con lo dictaminado por la Asesoría Legal del Ministerio de Hacienda (Dictamen N°92/11 de fs. 13 y vta. de fecha 22/03/11) y por Asesoría de Gobierno (Dictamen N°201/2001 de fs. 15/16 de fecha 07/04/11) el suscripto considera que el Reglamento o Decreto de Necesidad y Urgencia Nacional N°2054/11, ostenta la calidad de "ley material" y como tal

necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros...", pero no frente al texto incorporado en la constitución.

⁽³²⁾ Voto del Dr. Oyhanarte, en "Peralata Luis A. y otros c/EN - Min. de Economía-BCRA, 27/12/90.

⁽³³⁾ Idem anterior.

⁽³⁴⁾ Ver voto del Dr. Juan Carlos Maqueda en fallo "Consumidores Argentinos c/PEN Dt. 558/02 SS Ley 20.091 s/amparo Ley 16.986", CSJN, Fallos: 333:633. En la causa "Consumidores Argentinos c/PEN Decreto N°558/02-SS-Ley 20.091 s/amparo Ley 16.986" se ratifican los lineamientos vertidos en la causa "Massa", al reiterar en los considerandos 5), 8), 9) y 10) parte de los argumentos vertidos en el proceso judicial reseñado precedentemente (relativos a los objetivos de la reforma constitucional, a la atenuación del presidencialismo y a la interpretación restrictiva de las facultades del Ejecutivo para la emisión de normas de carácter legislativo -con la salvedad de que en el presente supuesto se refiere a Decreto de Necesidad y Urgencia-); ratificando en su voto la Dra. Argibay, los argumentos relativos a la prohibición general que pesa sobre el Poder Ejecutivo para el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia en el art. 99 inc. 3ero segundo párrafo (análoga la prohibición general establecida en el art. 76) - con expresa remisión a su voto en el caso "Massa" - (Considerando 11)-; y remarcando nuevamente la presunción de inconstitucionalidad que existe sobre "cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el ejecutivo" en relación a la cual considera que "debe reputarse prima facie inconstitucional", presunción que "sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar "la excepción admitida por la C.N." (en el

debe considerarse aplicable en la provincia de Mendoza a tenor de la previsión del art. 109 de la Ley 8265 (en tanto remite a las "modificatorias que surjan en el futuro" de las leyes Nros. 25.917 y 26.530) y en tanto no se verifique la circunstancia prevista en el art. 24 de la Ley N°26.122 (esto es, sea derogado el mencionado reglamento por ambas cámaras legislativas del Congreso) toda vez que a la fecha del presente posee calidad de Reglamento de Necesidad y Urgencia imperfecto (en terminología del Prof. Mario Midón) y quedando, aun en ese supuesto a salvo los derechos adquiridos (art. 24 de la Ley N°26.122).

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado,

Dict. N°551/11

Mendoza, 20/05/11.

ABEL A. BARRACIN
Director de Asuntos Administrativos
FISCALIA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

Mendoza, 20/05/11.

Compartiendo el suscripto lo dictaminado por el Sr. Director de Asuntos Administrativos, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento y trámite del Sr Ministro de Hacienda de la Provincia, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

F. JOAQUIN A. DE ROSAS
FISCAL DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO	
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS	
SALIÓ - Fecha	27 MAY 2011
Hora:	Folios: 25
Trámite:	

ALEJANDRA CASTRO
AUXILIAR ADMINISTRATIVA
Dirección de Asuntos Administrativos
ESTADO

12) El Dr. Maqueda expresamente consignó en su voto que...