



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



Ref. Expte. N°262-M-2011-01283
“Operaciones de ventas de terrenos del
Proyecto Parque de Industrias y Servicios
Palmira (--PASIP--)”.

AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS

S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las presentes actuaciones en las cuales se solicita Dictamen legal en relación al proyecto de Decreto Reglamentario de la Ley N°6658 y sus modificatorias y complementarias (Proyecto PASIP).

Al efecto se han incorporado a estas actuaciones: Dictamen Jurídico de la Asesoría Legal del Ministerio de producción, Tecnología e Innovación a fs. 4/5 y copias de la normativa involucrada a fs. 15/54 (Ley N°6658, Decreto N°1336/96, Ley N°8090, Decreto N°1063/10 y Res. N°690/09 de la Administradora Provincial del Fondo de Transformación); NUEVO PROYECTO DE Decreto a fs. 84/94 y dictamen ampliatorio de la Asesoría Legal del Ministerio de origen a fs. 96/99 (recomendando introducir algunas modificaciones).-

Así las cosas, se considera relevante efectuar las siguientes consideraciones relativas a la naturaleza de la norma propuesta, su rango normativo y a los condicionamientos que deben cumplimentarse para su emisión.

1. - El reglamento a emitirse posee la naturaleza de "subordinado" o de "ejecución" (normalmente conocidos como "decretos reglamentarios"), previstos en nuestro texto constitucional provincial en el art. 128 inc. 2 (análogo al 99 inc. 2) de la Constitución Nacional¹), resultando ser aquellos que dicta el Poder Ejecutivo al fijar los detalles o pormenores de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo^{2 3}.

2. Su rango normativo, en la nación y provincia, es "sublegal" (infra legem) subordinado a la ley que pretende reglamentar (secundum legem) y no puede alterar el espíritu de la misma⁴, sin perjuicio de considerar que existen también algunas disposiciones que podrían considerarse "de integración" (vg. Art. 11 de la Ley N°6658 en la cual se habilita al Poder Ejecutivo para emitir la reglamentación pertinente⁵).

La C.S.J.N. trató por primera vez los límites de la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo en el caso "Delfino y Cía" (1927), en el cual, con mención expresa del anterior 86 inc. 2 de la Constitución Nacional sostuvo que *"existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un*

¹ La reforma de 1994, incluyó en el texto constitucional nacional algunas cuestiones novedosas, tales como la necesidad de que el Decreto Reglamentario respecto a la forma de emisión y materias que puede abarcar este tipo de reglamento, ya que exige la firma del Jefe de Gabinete (art. 100 inc. 8 de la CN) además del Ministro correspondiente, y existe expresa prohibición de ejercer esta facultad reglamentaria constitucional en relación a la Ley Convenio de Coparticipación Federal (art. 75 inc. 2 párr. 4 CN).

⁽²⁾ BALBÍN, Carlos, *"Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia"*, (Bs. As. La Ley, 2004,) pp. 20.

⁽³⁾ BIANCHI, Carlos, sostenía, que no existían "prácticamente diferencias entre los Reglamentos Ejecutivos y los reglamentos delegados que justifiquen su consideración como categorías completamente separadas ...en todo Reglamento Ejecutivo existe, básicamente, un reglamento delegado..." (en "La delegación legislativa", Bs. As., Ed. Depalma, 1990), pp. 124.

⁽⁴⁾ La CSJN ha resuelto en diversos casos que los reglamentos de ejecución forman parte de la ley misma (Fallos: 22:450; 114:353 y 190:301), de suerte que pasan a integrarla en la medida que respeten su espíritu (Fallos: 249:189; 262:468; 312:1484) y se ha dicho incluso que no viola el art. 19 segunda parte de la CN la obligación establecida en un reglamento de ejecución (Caso "Muro Bustero SA" -1945- Fallos: 202:193).

⁽⁵⁾ La Ley N° 3909 entiende por "Reglamento" a "toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa" (S. García "Ley de Procedimientos Administrativos Comentada", 1979, Augustus, pp. 118, citando a Gordillo A). Este reglamento tiene un régimen jurídico propio distinto del de los actos administrativos, aunque puede aplicársele suplementariamente en cuanto sea compatible con su naturaleza (art. 104 2da. Parte Ley N° 3909). Se ha entendido por Reglamento de Integración a *"...aquellos que emite el órgano Ejecutivo en virtud de una habilitación legal que le confiere expresamente el órgano legislativo. Es una ampliación de las facultades reglamentarias del ejecutivo mediante autorización del legislativo. No se trata de reglamentos delegados, pues en este supuesto el órgano Legislativo no delega facultades propias al órgano Ejecutivo, sino tan solo permite que este último dicte ciertas y determinadas dentro del marco legal prefijado por el legislador..."* (conf. Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", 11 Ed. 2006, Cdad. Argentina, Bs. As. pp. 447), en éstos *"...se abren las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo en la determinación normativa para la aplicación concreta de la ley, en tanto en la delegación legislativa el Poder Ejecutivo dicta la ley..."* (ob. cit. P. 454). Este tipo de reglamento *"...no emana de la facultad reglamentaria normal del Poder Ejecutivo, sino de una expresa habilitación legislativa, como la que poseen dependencias nacionales, que por vía de resoluciones, ordenanzas y circulares de alcance normativo, ponen en ejecución la policía financiera, tributaria, aduanera, entre otras..."* (Dromi, Roberto, ob. cit. pp. 447).



cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella...⁶".

Obviamente, la norma dictada con naturaleza de Reglamento de Ejecución deberá ajustarse, en esencia, a los términos del art. 128 inc. 2 de la Constitución Provincial, el cual prohíbe expresamente al Poder Ejecutivo que altere con esta normativa el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias, sin perjuicio de resaltar que estas normas completan la ley y son tan obligatorias como ellas. Igualmente deberán ajustarse al marco normativo expreso en el caso de considerar que existen normas de "integración", en tanto son las que completan, integran o interpretan los principios jurídicos que surgen de las leyes formales al precisar el alcance de su objeto o determinar las circunstancias de hecho⁷. Los casos en que se admite la validez de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo se refieren invariablemente a las leyes que establecen un determinado principio jurídico, dejando al Ejecutivo completarlo, interpretarlo o integrarlo al precisar su contenido o determinar las circunstancias de hecho para su aplicación⁸. Los emite el órgano Ejecutivo en virtud de una habilitación que le confiere expresamente el órgano legislativo. Es una ampliación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo mediante autorización del Legislativo. No se trata de reglamentos delegados, pues en este supuesto el órgano legislativo no delega facultades propias al órgano Ejecutivo, sino tan solo permite que este último dicte ciertas y determinadas normas dentro del marco legal prefijado por el legislador. Por ello es correcto hablar de reglamentos de integración o reglamentos autorizados⁹.

La C.S.J.N. en el ya citado caso "A.M. Delfino y Cía p/apelación multa Prefectura Marítima¹⁰" y "Mouviel Raúl O. s/desórdenes¹¹" ha reconocido la

⁽⁶⁾ Este aspecto hace a la diferenciación entre los Decretos Reglamentarios y los de Integración o Habilitados, cuya diferenciación no es clara en todos los casos y constituye en muchos supuestos una cuestión problemática, que al decir de la misma Corte, es una cuestión de hecho.

⁽⁷⁾ BALBIN, Carlos, en "Reglamentos Delegados y..." (ob. cit.), pp. 23.

⁽⁸⁾ IDEM anterior.

⁽⁹⁾ DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", (Bs. As., Cdad. Argentina, 2004), pp. 447.

⁽¹⁰⁾ C.S.J.N., Fallos, 148:430; 20/06/27.

⁽¹¹⁾ C.S.J.N., Fallos, 237:636, 17/05/57. En este caso la C.S.J.N. ratificó la doctrina sentada en el caso "Delfino y Cía.", pero la aplicó de forma restringida, declarando la inconstitucionalidad de edictos

existencia de este tipo normativo¹² considerando posible que el Poder Legislativo faculte al Ejecutivo a "reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella¹³".

Asimismo, el máximo tribunal ha considerado este tipo normativo como apto para permitir al Poder Ejecutivo determinar los hechos en que tendrán manifestación concreta la aplicación de materias legalmente reguladas. Ha expresado en este sentido que *"tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano Ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida..."*¹⁴.

La ley de habilitación debe ser citada en cada reglamento, para impedir habilitaciones globales o indeterminadas.

Finalmente, en relación a este tópico, conviene señalar que la CSJN ha expresado que los reglamentos de ejecución forman parte de la ley misma (F: 22450; 114353; 190301) de suerte que pasan a integrarla, siempre que respeten su espíritu (F 249:189, 262:468; 312:1484).

3 - Analizado el proyecto de norma de marras, y sin que ello importe manifestación de este órgano sobre cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia ajenas a su competencia, es necesario destacar que se verifica, en términos generales, la concurrencia de los presupuestos exigidos para su emisión, esto es la posterioridad, necesidad y adecuación.

3.1. Posterioridad (en tanto se emiten después del sanción de una ley). Se dictan frente a una ley ya sancionada, promulgada y publicada,

policiales al entender: 1) que en materia penal la delegación no puede ser amplia, y por lo tanto, 2) las sanciones penales nunca pueden ser creadas por normas reglamentarias, pero el poder administrador puede establecerlas dentro de un mínimo y máximo y determinar las circunstancias y condiciones concretas de las acciones reprimidas.

(¹²) Conforme opinión de GELLI, María A. -"Constitución de la Nación Argentina..." ob. cit). pp. 618 y ssgtes., el precedente "Delfino", según como se mire "...puede interpretarse como una limitación a la competencia integradora del Poder Ejecutivo y sus entes subordinados, para reglar sólo pormenores y detalles de la ley, o como una atribución general del Congreso para expresar su voluntad legislativa de un modo general, dejando en el Ejecutivo la función de completarla ...aunque la regla en "Delfino y Cía." prohíbe la delegación propia: admite la impropia a la que denomina expresión de la atribución reglamentaria del Poder Ejecutivo... -no precisa claramente - quizás porque no es posible hacerlo- los bordes de la delegación impropia...".

(¹³) Reconoce de esta forma lo que se denomina "delegación impropia".

(¹⁴) C.S.J.N., sobre constitucionalidad de un aumento mínimo de sueldos y salarios, dispuesto por el Poder Ejecutivo.



debiendo ser entendida en el sentido de ley material y formal, no en relación, por ejemplo a los actos políticos que puede emitir el Poder Legislativo (que podrían no ser emitidos como una ley por ej: declaración de reforma de la CN) que no son susceptibles de veto ni de promulgación por el PE. Se ha admitido sin embargo en la práctica, la aplicación de Decretos Reglamentarios que no resultaban incompatibles con la norma legal posterior modificatoria o derogatoria (Decreto N°436/00 como reglamentario del posterior Decreto Delegado N°1023/01 de contrataciones del Estado Nacional).

3.2 Necesariedad: siempre que requiera la precisión de algunos aspectos a los efectos de permitir su debida aplicación, es decir que necesite, por su contenido más o menos genérico, la emisión de este tipo de reglamentos para la ejecución de la ley; cuando aquella requiera que se precisen aspectos referidos a condiciones y detalles para su aplicación por el Poder Ejecutivo. Ello puede realizarse exista o no la conocida y normal cláusula legal impuesta por el Poder Legislativo estableciendo incluso un plazo a tal efecto.

3.3. Adecuación: es decir, que no alteren el "espíritu " de la Ley (Artículo 128 inc. 2 Constitución Provincial). Deben ajustarse a los motivos, medios y finalidad de la ley (razonabilidad), elemento este de valoración de la autoridad constitucional competente (Poder Ejecutivo) y sometido a control judicial posterior, debiendo tenerse presente que:

3.3.1. - así como la legislatura no puede alterar los derechos al reglamentarlos (art. 14 y 28 de la CN) tampoco puede el Ejecutivo suprimir ni agregar supuestos a la ley que desvirtúen su naturaleza y finalidad, violentando los límites impuestos por los arts. 14 primera parte, 19 segunda parte y 28 de la CN y arts. 33 y 34 primera y segunda parte de la Constitución Provincial, siendo procedente en este sentido el lógico control de razonabilidad¹⁵ sobre el accionar del Ejecutivo en este aspecto¹⁶.

⁽¹⁵⁾ La CSJN ha elaborado pautas para determinar la razonabilidad de las normas (mas no un concepto preciso) partiendo de dos disposiciones principales: el art. 28 y el 33 de la CN y entendiendo tempranamente (1924) que el Congreso solo "se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer aquellas disposiciones razonables y convenientes" -"Manuel Cornú c/ José Ronco", Fallos, 142:81-. La evolución de este principio, fue variando en el tiempo, siguiendo, conforme algunos autores -

Es oportuno destacar que se ha llegado a expresar que no altera el principio sentado en el Artículo 19 segundo párrafo de la CN (legalidad) la obligación establecida en un Decreto Reglamentario (caso "Muro Bustero SA", 1945-F 202:193) y que pierde vigencia aquel reglamento incompatible con una ley sobreviniente por carecer de base legal que lo sustente o dicho de otro modo por derogación o modificación de la norma legal que integraba (caso "Campomar SA F 262:468);

3.3.2. - en esa misma línea de razonamiento, se ha entendido que puede apartarse de la estructura literal de la ley y establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones aunque no contempladas en la ley expresamente se

como Alberto Bianchi- muy de cerca la jurisprudencia norteamericana, favoreciéndose en un principio, especialmente, el derecho de propiedad, en desmedro de las facultades del legislador -CSJN, Fallos, 98:20 (1903); 137; 47 (1922) y 144:219 (1925)- pero revirtiéndose esta orientación al admitirse reglamentaciones verdaderamente profundas en todos los derechos (en especial en situaciones de emergencia económica) -vg. CSJN, Fallos: 172:29 (1934); 199:483 (1944) y 247:121 (1960). Siguiendo a CIANCIARDO, Juan Francisco, puede considerarse que el principio de "razonabilidad" posee tres componentes: 1. el juicio de adecuación (relación entre medida y aptitud para causar el objetivo deseado); 2. El juicio de necesidad, (o "indispensabilidad" o "del medio más benigno") mediante el cual se analiza si la medida adoptada es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces, exigiendo en consecuencia la adopción de la medida menos gravosa (aspecto normalmente excluido por la CSJN, que ha considerado que no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor entre varios posibles, desde el ángulo técnico social, es decir si el elegido es o no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin y sin perjuicio de que a pesar del mencionado criterio rector, en diversos casos, al analizar la "proporcionalidad de la medida" también analizó la "necesidad" -vg. "Destilería Franco Argentina c/Gobierno de la Nación", CSJN, Fallos, 132:402 (1922); "Jewish Colonization Association c/Prov. de Santa Fe" (CSJN, Fallos; 147:402 (1926); "Gallino", CSJN, Fallos, 160:247 (1931); "Fernández Orquín c/Ripoll", CSJN, Fallos, (264:417) siendo un antecedente cercano y trascendente el sentado en "Arena María y Lorenzo Kakis s/Recurso de amparo" (Sentencia de fecha 21/11/1989 -LL, t. 1990-C, pp.15 en la cual se cuestionó la constitucionalidad de inspecciones vaginales para realizar visitas a su esposo preso, resultando adversa a sus pretensiones ante la CSJN, pero siendo favorable en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Caso 10.506, Informe 38/96 "Sra. X v. Argentina", del 15/10/1996- donde consideró que el examen de compatibilidad de una norma con la Convención Interamericana de Derechos Humanos requiere sin duda alguna el análisis de su indispensabilidad); y 3. Juicio de proporcionalidad "stricto sensu", es decir, si la medida guarda relación razonable con el fin que se propone alcanzar, aunque puedan existir disidencias al momento de precisar en que consiste una "relación razonable" siendo la posición dominante la que se concreta a través del juicio de balanceo entre las ventajas y desventajas de la medida (Ampliar en CIANCIARDO, Juan Francisco, "El principio de razonabilidad", 2 Ed. Actualizada y Ampliada, Abaco, Bs. As., 2009). Un criterio más estricto para juzgar la proporcionalidad de la medida que utilizó la CSJN al resolver el precedente "Smith" -"Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/solicita intervención urgente en Smith Carlos A. c/PEN s/sumarísimo" (Bs. As., La Ley 2002-A-770) en donde analizó además si, independientemente de que la medida fuera adecuada al fin propuesto, se había excedido en cuanto a la limitación del derecho afectado (fallos que serán analizados en el presente trabajo). En relación a los aspectos referidos a la "razonabilidad" puede también consultarse a HARO, Ricardo quien para la determinación del estándar jurídico de "razonabilidad" entiende que debe estar a las diferentes dimensiones del instituto, a saber: 1. La razonabilidad cuantitativa (art. 28 de la CN) es lo que se refiere a la integridad de los derechos tomados en sí mismos, en su aspecto esencial y básico, para sustraerlos a su aniquilamiento; 2. cualitativa (art. 16 CN) es la que surge de la comparación entre varios supuestos fácticos y la norma jurídica, de forma tal que a antecedentes iguales, devengan iguales consecuencias, 3. La razonabilidad instrumental, es decir la proporcionalidad entre el objetivo y las restricciones impuestas, para resguardar la integridad del derecho; y 4. La razonabilidad temporal, es decir cuando el factor tiempo aparece como causa productora de "irrazonabilidad" (Ver: "Razonabilidad y funciones de control" en sistema informático Lexis Nexis)

(16) En el caso "Empresa Mate Larangeira Mendes" (Fallos, 269:393 -1967), la CSJN invalidó una exigencia impuesta por Decreto del Ejecutivo que había incorporado una exigencia "extra legem" a la norma legal que reglamentaba -no levantar la cosecha de ese año - clarificando la diferencia entre lo que podía considerarse una reglamentación intensa de los derechos en razón de la emergencia, y la privación lisa y llana de la propiedad -ya que no levantar la cosecha importaba la pérdida sin indemnización del producto-, lo que resultaba absolutamente incompatible con las más esenciales garantías constitucionales reconocidas, aun mediando situación de emergencia.



ajusten a su espíritu o sirvan razonablemente a su finalidad, es decir, siempre que "mantenga su acepción sustancial" (caso "Christensen", 1944 F: 199442); 3.3.3. - también se ha considerado que no es violatorio del espíritu de la ley, cuando no excede el ámbito opinable y posible elección entre varias soluciones, al margen del mayor o menor acierto del mismo (caso "Carma S.A.", 1964, F 259:53).

4. - En relación al texto del Proyecto de Decreto de fs. 84/94, esta Dirección de Asuntos Administrativos entiende que:

4.1. desde el punto de vista general, no existen objeciones que formular, considerando que ostenta los elementos esenciales que conforme la legislación administrativa provincial vigente resulta aplicable a esta forma jurídica (objeto, competencia, voluntad y forma -arts. 30 a 45; 104 y 105 de la Ley N°3909-), así como en lo referido al cumplimiento de los recaudos de posterioridad, adecuación y necesidad antes descriptos, resultando competente el Poder Ejecutivo para su emisión (art. 128 inc. 2 de la Constitución Provincial).

4.2. En PARTICULAR, se considera necesario efectuar las siguientes consideraciones:

4.2.1. En términos generales se adhiere a los cuestionamientos efectuados por la Asesoría Legal del Ministerio de Producción, Tecnología e Innovación a fs. 96/99.

4.2.2. Respecto de la previsión que reglamenta el art. 11 de la Ley N°6658 y mod. 8arts. 8, 9, 10 y cctes.) y que ha sido considerada en párrafos precedentes como norma de "integración", considero oportuno señalar que desde el punto de vista de la legitimidad no existen observaciones legales que formular toda vez que el Poder Ejecutivo ha diseñado un procedimiento que materializa los estándares previstos como limitativos en los incisos del artículo señalado (en especial respecto de las previsiones del inciso d). Entiende este órgano de control que la norma legal en análisis ha habilitado al Poder Ejecutivo a los efectos de establecer el mismo lo que surge esencialmente de la redacción de la primera parte y de la inclusión de los

parámetros referidos en el inciso d), lo que solo tiene sentido en su previsión expresa en tanto el legislador no haya considerado aplicable el régimen general del art. 37 de la Constitución Provincial y 28 de la Ley N°3799 y mod. sino la excepción al mismo. En efecto, los principios en el mismo esbozados, son los que informan dogmáticamente la "Licitación Pública", por lo que del análisis de los objetivos y naturaleza de las operatorias que involucran las normas en cuestión, así como del texto literal de la primera parte del art. 11, integrado y armonizado con las pautas referidas en los incisos del mismo (especialmente los del inc. d) me convencen de que si bien no existe consignada una expresa exclusión del régimen de la Ley N°3799 y mod., existe expresa habilitación (y por lo tanto, excepción legal producida por la especialidad y posterioridad de la norma) a fijar un procedimiento especial de contratación sujeto a los condicionamientos estatuidos en el artículo de marras, respecto del cual, la autoridad competente debería valorar la pertinencia de su aplicabilidad en el caso concreto atento a la naturaleza del fideicomiso y de las operaciones a realizar en el marco de la normativa vigente integralmente considerada.

4.2.3.- Asimismo resulta trascendente verificar la constitucionalidad de la previsión del art. 9.5. a 9.9. del proyecto de Decreto Reglamentario propuesto, que pretende reglamentar el art. 11 inc. c) de la Ley N°6658 y mod., toda vez que el mismo se introduce a los efectos de reglamentar una cláusula que en su aspecto literal deviene inconstitucional, debiendo verificarse el recaudo de "adecuación" antes descripto en el marco concreto del espíritu del precepto traído a análisis.

El mencionado art. prevé expresamente que: *"el precio de los terrenos pendientes de venta podrá ser actualizado conforme se indique en la reglamentación"*, lo que a todas luces resulta inconstitucional, a tenor de la vigencia del art. 7 y 10 de la Ley N°23.928¹⁷, que impide expresamente la

¹⁷ ARTICULO 7º — El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto. ARTICULO 10 de la Ley N°23.928: "Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional — inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos



incorporación de cláusulas de ajuste (en convenios o leyes), siendo la misma de estricta competencia federal para su dictado y no siendo procedente jurídicamente que las provincias dicten normas en tal sentido a tenor de la previsión del art. 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional.

Determinar, a la luz de los principios y normas fundamentales del derecho público, las atribuciones de que dispone la Administración frente a una ley que se reputa inconstitucional es un tema que ha sido controversial y muy debatido en la doctrina y jurisprudencia, partiendo el concepto jurídico básico de que nuestro sistema de control de constitucionalidad es Jurisdiccional y Difuso¹⁸, como algunas de sus características esenciales y que interesan en el análisis del presente caso.

Se ha reconocido así al Poder Ejecutivo diferentes posibilidades en su accionar frente a una ley que se reputa inconstitucional: 1. Ejercer, en su oportunidad el derecho de veto de la sanción legislativa que se entiende inconstitucional; 2. Si la ley hubiera sido promulgada -haya o no habido ejercicio de la facultad de veto por parte del Poder Ejecutivo-, existe también consenso en reconocerle a éste la atribución de promover su derogación, con fundamento en la inconstitucionalidad de la norma, ejercitando para ello la

que corresponda pagar". La ley 25.561 de "Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario", si bien deroga el art. 1 de la ley 23.928 y faculta al Poder Ejecutivo a establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras (art. 2), no modifica en lo sustancial los arts. 7 y 10 de aquella normativa, por lo que se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, ni el art. 619 del c. civil en cuanto al principio nominalista implementado en las obligaciones de dar sumas de dinero.

¹⁸ Estos aspectos no surgen expresamente del texto constitucional, pero han sido delineados por la doctrina y jurisprudencia. Afirma QUIROGA LAVIE, Humberto, en relación al control de constitucionalidad argentino que el mismo "está a cargo sólo de los jueces" ampliando los fundamentos, con cita de los argumentos del caso "San Martín del Tabacal" -(CSJN, Fallos: 269:243 -1967- en cuanto afirma que "...dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, lo contrario implicaría aceptar la concentración del Poder en una sede..."). Sin perjuicio de ello, y a pesar de ser ajeno al objeto del presente dictamen, creo oportuno destacar que la clasificación utilizada (jurisdiccional por oposición a "político") no es pacífica entre los autores: mientras que para algunos se basa en el origen del órgano -si está contenido en la estructura judicial o no -, es decir es político cuando está a cargo de un órgano político y es jurisdiccional cuando el control se moviliza dentro de la administración de justicia- postura de Miguel Ekmekdjian ("Manual de la Constitución Argentina", Depalma, 3era. Ed. 1997, pp. 44) y de Germán Bidart Campos, ("Tratado elemental de Derecho Constitucional", Ediar, Bs. As., 1993, pp. 162); para otros, se basaría en que en los sistemas políticos (como el francés) el titular del impulso para provocar el control es el mismo estado, mientras que en los jurisdiccionales, corresponde a los particulares -postura de Jorge Vanossi ("El estado de derecho en el constitucionalismo social", Eudeba, Bs. As., 200, pp. 241) y, finalmente, para otros autores, la diferencia está dada por el efecto de la sentencia, es decir que cuando la misma tiene efectos "erga omnes" es político y cuando posee efectos "inter partes" es jurisdiccional - Humberto Quiroga Lavié ("Derecho Constitucional", ob. cit. pp. 552).

competencia de iniciativas en materia legislativa¹⁹ (aunque es evidente que esta última solución tiene, en el caso concreto, el inconveniente práctico de que mientras tramita el respectivo proyecto de ley -cuya emisión además, no está garantizada- la norma tenga que ser aplicada por la administración y particulares); y 3. Lo expuesto en el punto precedente, ha generado una tercera posición, que conjunta o alternativamente con la facultad de promover su derogación, también se ha terminado por admitir que el Poder Ejecutivo plantee en un caso o causa justiciable, por las vías procesales idóneas, la inconstitucionalidad de una ley vigente, a fin de que el Poder Judicial la constate y declare, relevándolo de su observancia^{20 21}.

La unanimidad de opiniones se ve trunca cuando se plantea una cuarta, opción, esto es, analizar si el Poder Ejecutivo, u organismos que ejercen la llamada "jurisdicción administrativa", ostentan facultades para inaplicar leyes fundada en la presunta inconstitucionalidad de las mismas.

La doctrina extranjera y nacional se encuentra dividida en este sentido pudiendo compulsarse la opinión de autores que consideran que la administración debe aplicar la ley inconstitucional con diversos fundamentos, por lo que un sector (y esta posición parece surgir también de la jurisprudencia de la C.S.J.N.²²) considera que existe una inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar las leyes vigentes, aun cuando las mismas ostenten visos de inconstitucionalidad, mientras no se produzca su derogación o declaración pertinente por el órgano judicial competente al efecto²³.

¹⁹ La Procuración del Tesoro de la Nación, en relación a este tema ha señalado que: "difícilmente pueda encontrarse un argumento más poderoso por parte del Ejecutivo para fundar un proyecto de ley que la defensa de la Constitución, concretada en el caso en la propuesta de derogación de una norma legal que interpreta como violatoria de aquélla. En el sistema republicano los tres poderes están obligados no sólo a cumplir la Constitución en la órbita de sus respectivas competencias, sino también a promover el cumplimiento de aquélla por los otros poderes, naturalmente por los medios permitidos por el ordenamiento" (Dictámenes, t. 72, pág. 137, cit. por COMADIRA, Julio Rodolfo, "La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional", en Rev. de Der. Adm., Mayo-Agosto 1989, año 1, nro. 1, Depalma, Buenos Aires, pág. 152).

²⁰ SAGUÉS, Néstor P., "Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad de las normas, por parte de los órganos del Estado", E.D., 66-514.

²¹ Se ha sostenido que la presunción de validez de los actos de los poderes públicos determina requisitos adicionales para la procedencia de suspensión de leyes y decretos, tales como la acreditación del peligro irreparable en la demora y la debida consideración del interés público (C.S.J.N., E.D., 143-136; Fallos, 210:48 y 307:2268).

²² Conforme criterio de la Corte Suprema en el caso "Ingenio y Refinería del Tabacal" ya citado.

²³ LINARES, Juan F., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1986, pág. 142; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "La jefatura administrativa del Presidente de la Nación", en Atribuciones del Presidente Argentino, Buenos Aires, 1986, pág. 233; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1978, pág. 478, pto. 1.3; ALBANESE, Susana, "Los derechos en expectativa y derechos adquiridos", L.L., 1987-A-889; BECERRA FERRER, Guillermo, "Principios constitucionales del procedimiento administrativo", en Procedimiento Administrativo, Tucumán, 1982, pág. 48. Es también doctrina judicial de la Corte Suprema de



En este orden de ideas puedo citar a Helena Diniz (con fundamento en los principios de legalidad, autoriadad, certeza y seguridad jurídica) y entre los destacados doctrinarios argentinos, es dable citar a Juan Francisco Linares (sumisión de la administración a la legitimidad de las leyes); Agustín Gordillo (obligación de la administración de ejecutar y cumplir las leyes); Jorge Sarmiento García (con análogo fundamento al anterior) y Alberto Bianchi (incompetencia para controlar la constitucionalidad de las leyes)²⁴.

Los fundamentos esenciales en apoyo de la postura citada precedentemente (tipificada por Juan Carlos Cassagne como "negativa" o de la "obediencia absoluta" a la ley), derivan de la presunción de legitimidad de las leyes y de considerar que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma (y, en consecuencia, abstenerse de aplicarla al caso a resolver) es privativa y exclusiva de los jueces. De lo contrario, se sostiene, se vería

Justicia de la Nación en Fallos, 269:243 "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/Gob. de Salta"; 298-511; in re "Pcia. de Mendoza c/Nación Argentina"; voto del Dr. Juan Bacqué en los autos D-52.XII, 4-VIII-1988, "Deleda, Francisco y otros p/Poder Ejecutivo". La Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo idéntica posición, hasta la presidencia del Dr. Miguel S. MARIENHOFF, momento en que se varía la postura negativa reseñada. Al respecto puede compulsarse Dictámenes, T. 84, pág. 102.

²⁴ En la doctrina extranjera, puede citarse a la Profesora brasileña de Filosofía y Teoría General del Derecho, M. Helena Diniz, quien considera que si se permitiese al Poder Ejecutivo o a cualquier otra autoridad, el no cumplimiento de una norma real o presuntamente inconstitucional, se quebrarían los principios de legalidad, autoridad, certeza y seguridad jurídica. De acuerdo al principio de presunción juris tantum de verdad y legitimidad de los actos del Poder Público, no se pueden dejar de obedecer, o cumplir, los mandatos del poder público, alegando su invalidez. Mientras no avenga la declaración de inconstitucionalidad, prevalecerá la presunción de constitucionalidad de los actos del Poder Público, velando por la unidad inteligible y la coherencia lógica del sistema (en "Norma Constitucional e seus Efeitos", Sao Paulo, 1992, pp. 138). En la doctrina argentina, Juan Francisco LINARES opina que la Administración, como los jueces, está sometida a la regla de la legitimidad; y si bien no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley formal o formal-material y descartarla, dando efectos jurídicos a su decisión, puede: a) declarar que, a su juicio, la ley es inconstitucional, aunque sin prescindir de ella; b) impugnarla judicialmente por inconstitucional; c) proponer la derogación o modificación legislativa; d) aplicar una ley inconstitucional oscura en su alcance que mejor se compadezca con la Constitución (interpretación armonizante) - en "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1986, pp. 142-. En similar sentido se manifiesta Agustín GORDILLO ("Tratado de Derecho Administrativo, t. 1, p. V. 36-37) aunque cabe recordar que en un primer momento este autor sostuvo que el apartamiento de la ley por parte del Poder Ejecutivo, sólo procede cuando la inconstitucionalidad está razonablemente demostrada ("Introducción al Derecho Administrativo", Bs. As., 1966, pp. 64 y ssgtes y "Estudios de Derecho Administrativo", Bs. As., 1963, pp. 70). Jorge SARMIENTO GARCIA, considera igualmente, que todo órgano estatal, con excepción de los jueces, debe aplicar las disposiciones legales tal como le son dadas, sin poder declararlas inconstitucionales o abstenerse de aplicarlas, sin perjuicio de las opciones antes citadas ("La Jefatura administrativa del Presidente de la Nación", en obra colectiva "Atribuciones del Presidente argentino", Bs. As., 1986, 232). Por último podemos citar a Alberto BIANCHI, quien consigna que la Administración no está habilitada para ejercer el control de constitucionalidad, que requiere un juicio de valor que no le corresponde realizar, pues a su cargo, sólo se encuentra la ejecución de las leyes. El Poder Ejecutivo cumple con su obligación constitucional cuando ejecuta la ley, y no cuando la controla o cuando la juzga. Si la Administración Pública debiera verificar la constitucionalidad de las leyes, se produciría un descalabro del sistema de división de los poderes y que la presunción de legitimidad de los actos legislativos surge implícitamente de la Constitución. Si una norma está vigente, no existe razón alguna para no aplicarla, sin mediar declaración jurisdiccional en tal sentido (en "Control de constitucionalidad", Bs. As., 1992, pp. 245 y ss).

afectada la división de poderes, importando ello admitir la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede, produciendo además, inseguridad jurídica, y, en el ordenamiento constitucional argentino, en afectación de los artículos 1º, 29º, 31º, 99 inc. 2º, 108, 109 y 116 de la Constitución Nacional (subsumibles por analogía en el contenido de los arts. 1 primera y segunda parte, 12, 48, 128 inc. 2 y 148 de la Constitución Provincial), siendo de trascendental importancia en este sentido el hecho de que tal postura haya sido sostenida por la Corte en términos inequívocos, atento a la fuerza casi vinculante que se atribuye a su doctrina constitucional, dado su carácter de intérprete final de la Constitución.

Otra parte de la jurisprudencia y doctrina internacional y nacional, se enrola en la postura contraria, admitiendo excepcionalmente la facultad de "inaplicación" de las normas por parte de la Administración, con diversos -ero análogos- fundamentos: el juez Jhon Marshall (por la importancia del juramento de fidelidad constitucional, utilizando argumentos esbozados por Hamilton en "El Federalista"²⁵); Carlos Esposito (por la relatividad del fundamento de la tribución genérica del control de constitucionalidad²⁶); Sergio Pomodoro (por la ausencia de normas que admitan o veten el control de constitucionalidad por los órganos administrativos²⁷); Gambino Fraga

²⁵ Ver: "The writings of JOHN MARSHALL, late Chief-justice of the United States, upon the federal Constitution" Boston, 1839, citado por Gilmar FERREIRA MENDES, "Control de constitucionalidade" pp 11-12.- AJUSTE DE LA ADMINISTRACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES. Explicaba Hamilton: "Ningún acto legislativo, contrario a la Constitución puede ser válido.-- Negar esto, significaría afirmar que el subalterno es más importante que el principal; que el sirviente está por encima de sus patronos; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo". Explica el juez Marshall que se debe admitir que la Constitución anule cualquier medida legislativa que la contraríe, o aceptar que la legislación pueda alterar la constitución, con medidas ordinarias, sin que sea necesario contestar el dilema, ya que entre ambas alternativas no existe término medio. Razona consignando que o bien la Constitución es una norma superior, soberana, irreformable por medios comunes; o bien se nivela con los actos de legislación usual, y, como éstos, es reformable a gusto de la legislatura. Si la primera proposición es verdadera, el acto legislativo, contrario a la Constitución, no será ley; si es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos esfuerzos del pueblo por limitar un poder por naturaleza ilimitable. Con certeza, todos los pueblos que han formulado constituciones escritas, siempre harán el intento de establecer la Ley Fundamental y Suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de tales gobiernos debe ser que cualquier acto de la legislatura, ofensivo de la Constitución, es nulo, reconociendo finalmente que, esta doctrina, esencialmente ligada a las constituciones escritas, y, por lo tanto, debe observarse como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.

²⁶ Ver: ESPOSITO, Carlos Esposito: "La invalidità delle leggi", pp. 6 y ss.- Milano, 1964.- En términos generales entiende que la atribución explícita del control de constitucionalidad de las leyes, sólo a los jueces, o sólo a la autoridad administrativa, no significa la exclusión implícita de poderes similares en los restantes órganos del Estado y que esa atribución sólo equivale a una atribución de competencia general de control. Concluye considerando que en definitiva, en esta materia, debe decirse lo mismo que en relación a la interpretación y la aplicación de toda regla jurídica. Los particulares, las autoridades administrativas y los jueces, interpretan la ley y la aplican a la hipótesis concreta; y sería inadmisibles que esperaran la palabra del juez, para actuar y regularse. En todo caso, la mayor importancia de la interpretación judicial deriva de la definitividad de sus efectos; pero no pueden haber dudas, que sólo el Juez interpreta el significado de las leyes y controla su existencia y validez.

²⁷ POMODORO, Sergio, en: "Un sindacato degli organi amministrativi sulla costituzionalità delle leggi.", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, año 1959", pp. 529 y ss. Son lineamientos básicos de esta



(basado en la inexistencia de obligación de ajustarse a la ley inconstitucional²⁸) y, finalmente, Nagib Slaibi Filho (asentando su tesis en el

posición los siguientes: en los ordenamientos jurídicos vigentes, se toman en consideración principalmente tres elementos: a) Que no existen normas que admitan o VETEN el control de los órganos administrativos, respecto de la constitucionalidad de los actos legislativos. Ese control es analizado con relación al contenido de la norma legislativa; y no respecto a sus elementos extrínsecos y meramente formales, ya que la ritualidad de la promulgación y publicación de la ley, puede ser validada en sede administrativa. El control de la constitucionalidad de las leyes por la Administración, se refiere solamente al aspecto material. Lo que interesa en ese control de constitucionalidad, es la aplicación administrativa de la ley; lo que implica dictar actos administrativos o realizar comportamientos que, pese a depender de la ley, se distinguen de ella, tienen contenido y eficacia propios y, como reflejo de la eventual inconstitucionalidad de la ley, presentan su propia ilegitimidad. b) Que atento al principio de continuidad de la función administrativa, los órganos administrativos no pueden —como los órganos jurisdiccionales— suspender los trámites de los asuntos, para dar paso a la consideración de constitucionalidad formal de las normas legales y c) Que en su actuación discrecional o reglada, la Administración tiene el deber de cumplir la ley; pero también tiene el deber de evitar actuar ilegitimamente. En consecuencia de lo cual, la Administración debe controlar o confrontar la norma que regula el acto a cumplir. En tanto que el acto precedente sea ilegítimo, el acto consecuente, será ilegítimo, dada la relación de dependencia entre ambos. Pero además, la ilegitimidad puede estar causada por vicios propios o por causas inherentes al acto sucesivo, producido o no por el acto precedente. La ilegitimidad constitucional de la ley, existe antes de la sentencia que definitivamente la declara. En consecuencia, el acto administrativo —ya sea discrecional o vinculado— que aplica o que se conforma a una norma legislativa inconstitucional, aún emitido antes de la sentencia de la Corte, es ilegítimo. Declarada ilegítima la norma legislativa fundante, también podrá ser anulado el acto administrativo que la aplicó. El acto administrativo que rehusare aplicar la norma legislativa inconstitucional, tendrá confirmación definitiva, con la eventual sentencia de la Corte, y podría considerarse como una ejecución anticipada del fallo respectivo. El control de legitimidad en general de los órganos activos sobre los actos jurídicos, es un instrumento necesario para cumplir el deber de no actuar ilegitimamente. Este control —como cualquier control— consiste en hacer un parangón entre el acto controlado. Finalmente, si en el ejercicio de una actividad discrecional, el órgano administrativo no se sustenta en una facultad atribuida por una ley —porque la considerara inconstitucional, y no lo fuera—, cometería un exceso de poder, por error de derecho.

²⁸ Ver: GAMBINO FRAGA, "¿Pueden conocer de problemas de Constitucionalidad de Leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?"; en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, T.IV, N1 13 y 14, p. 131 y ss.- México, 1942. Los fundamentos del maestro mexicano pueden resumirse de la siguiente forma: dado el carácter de Ley Fundamental Suprema que tiene la Constitución, todas las actividades de las autoridades que ella establece, necesitan conformarse estrictamente a sus prevenciones; pues se trata de una obligación, de un deber, que debe cumplirse al ejercitarse cada una de las facultades que a todas y a cada una de las autoridades, otorga la propia Constitución. Para su propia actuación, cada uno de los órganos constitucionales debe afrontar y decidir, en primer término, las cuestiones de interpretación a que dan lugar los textos legales de la Constitución, que interesen al ejercicio de sus facultades, pues de otro modo sería imposible la actuación normal de dichos órganos; y no se concebiría cómo, por ejemplo, el Poder Legislativo puede expedir leyes reglamentarias u orgánicas de la Constitución, sin hacer previamente una interpretación de los textos constitucionales relativos; ni cómo el Ejecutivo puede hacer uso de sus facultades constitucionales sin determinar por sí mismo el sentido y alcance de las propias facultades y de las limitaciones que otros textos de la misma Constitución imponen. Todos los poderes de la Federación pueden, en lo que se refiere a su propia actuación, interpretar los textos constitucionales relativos, sin que por el sólo hecho de hacerlo extralimiten su competencia o invadan la competencia privativa de otro Poder. La facultad otorgada al Poder Judicial de realizar el control de constitucionalidad, no está en contraposición con la obligación de los demás Poderes Públicos de ajustarse en todo caso y preferentemente a la Constitución; y la obligación impuesta al Poder Ejecutivo de ejecutar las leyes, no sacrifica el principio de la supremacía de la Constitución. Conforme al sistema de separación de poderes, las funciones normales dentro de la vida de un Estado de Derecho, son las de formación y cumplimiento voluntario y espontáneo de las normas jurídicas y esas funciones están atribuidas, respectivamente, al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo. Como sostiene Rabasá, el Legislativo y el Ejecutivo también interpretan la Constitución, puesto que deben interpretar el sentido de sus disposiciones para elaborar sobre ellas, y sin excederse de sus atribuciones limitadas; pero la interpretan para su propia acción y no como el Poder Judicial, para hacer reglas de conducta común. La circunstancia de que el Poder Ejecutivo no observe, dentro del proceso de elaboración de las leyes, las que el Poder Legislativo le envía para su promulgación, no puede considerarse como preclusivo de la posibilidad de considerarlas más tarde como inconstitucionales, por la sencilla razón de que no existe texto expreso en la misma Constitución que así lo disponga. Que el Poder Ejecutivo esté obligado a ejecutar las leyes, no significa que su obligación se refiera

poder-deber de incumplir las normas inconstitucionales²⁹ por parte del poder administrador).

En sentido concordante, un importante sector de la doctrina nacional (e incluso jurisprudencia de la provincia de Mendoza que luego será ampliada³⁰), se ha manifestado a favor de esta posición, siendo relevante citar al Dr. Miguel S. Marienhoff (poder de la administración de abstención de aplicación de normas inconstitucionales³¹); Julio Rodolfo Comadira (facultad de inaplicar

a leyes inconstitucionales; en primer término, porque sería absurdo pensar que la propia Constitución autoriza u obliga a cumplir leyes que la contradigan o la deroguen; y, en segundo lugar, porque para sostener tal tesis, sería necesario un texto expreso en la misma, que permitiera que su vigencia quedara subordinada a las disposiciones del legislador ordinario. Lejos de ser una facultad, cumplir la Constitución, es una obligación que domina sin excepción el ejercicio de todas las facultades que se atribuyen a los Poderes Públicos; lo contrario sería admitir que los mandatos y limitaciones constitucionales (y entre éstas el respeto a los derechos individuales) no se imponen más que al Poder Legislativo, de manera que si éste no los acata, los demás Poderes se encuentran ya liberados de esa obligación, cuando ejecutan una ley del Congreso. El Poder Ejecutivo no es un mero agente maquinal, un instrumento ciego de la voluntad del Poder Legislativo; sino que, por el contrario, dado su carácter de Poder del Estado, y atento a la naturaleza del acto de ejecución, está investido de facultades propias de apreciación, de discernimiento y de voluntad que hacen que el acto de ejecución sea un acto propio del Poder Ejecutivo, con características, no meramente formales, sino materiales, que no lo distinguen jurídicamente del acto legislativo. La medida de legitimidad del acto administrativo es no sólo la ley que debe ejecutar, sino la Constitución, que deben ejecutar: la ley, el reglamento y el acto administrativo. En todo caso, el Ejecutivo debe tener poder suficiente como para discernir si una ley ha producido la derogación tácita de otra ley anterior.

²⁹ Ver: "Ação declaratória de constitucionalidade", pp. 61 y ss.- Río de Janeiro, 1994.- 23 Magistrado y Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Federal Fluminense y en la Escuela de Magistratura de Río de Janeiro. El profesor y magistrado brasileño, sigue en términos generales las siguientes ideas: existe un control administrativo sobre la constitucionalidad de las leyes, siendo obligación funcional del poder administrador incumplir las normas genéricas y abstractas, aunque sean emanadas del Poder Legislativo, en tanto contravengan los preceptos constitucionales. No debe olvidarse que gobernantes y magistrados son agentes políticos, constituyendo una categoría de agentes públicos que, en la feliz expresión de Barnavé, expresan la voluntad de la Nación, quieren por la Nación. Buscando asegurarles una mayor libertad de acción, el orden jurídico prevé que los gobernantes y los magistrados solamente responden por sus actos, cuando actúan por dolo o fraude. En sentencia del Supremo Tribunal (Aliomar Baleiro, relator del Mandato de Segurança Nº 14136, juzgado por el Supremo Tribunal; Diario de Justicia de 30 de noviembre de 1964, p. 189) se afirmó que pese a que en principio compete al Poder Judicial la atribución de declarar inconstitucional una ley, la jurisprudencia ha admitido que el Poder Ejecutivo también interesado en el cumplimiento de la Constitución, goza de la facultad de no ejecutar una ley inconstitucional, sometiéndose a los riesgos jurídico-patrimoniales emergentes, incluyendo la posibilidad de ser sometido a juicio político. Rehusando el cumplimiento de la ley considerada inconstitucional, el gobernante se coloca en la misma posición del particular que se rehúsa, a su propio riesgo, a obedecer la ley, aguardando las acciones y medidas de quienes tuvieran interés en el cumplimiento de ellas. Los controles políticos y administrativos dependen de la exclusiva actuación del agente público, que se va a guiar por un eventual interés que no siempre conduce a la atención de la finalidad pública.

³⁰ En la provincia de Mendoza, la Sala III de la Suprema Corte, al resolver el recurso administrativo planteado por una abogada de nacionalidad norteamericana contra la decisión del Colegio Notarial de esta provincia, que le negaba la adscripción a un registro por no cumplimentar la exigencia legal de ciudadanía argentina, se inclinó por esta postura; aunque la Sala actuaba en un procedimiento administrativo y, consecuentemente, no ejercía funciones judiciales. Sin embargo, se sostuvo que se trataba de un caso excepcional, al tratarse de un tribunal de justicia: "Afirmando que las mismas personas pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley local cuando actúan suscribiendo sentencias de las Salas I y II pero les está vedado hacerlo cuando firman resoluciones de la Sala III, implica aceptar una ficción (el desdoblamiento del mismo sujeto), muy difícil de comprender en una visión realista del Derecho" (Rev. del Foro de Cuyo, t. 8-1993, pág. 147). Sin perjuicio de ello, parece ser también el criterio dominante de la doctrina judicial sentada por ese supremo tribunal, en las causas "Sayavedra c/Municipalidad", JA, 1991-II-217; también LS 221:198 y autos Nº47.891, "Aguirre de Sella A. c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia s/APA", Sala I del 03/12/93, LS 241-152.

³¹ Ver: "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As. Aires, 1970 a 1976. , T - 1, pp. 397, Dictámenes P.T.N, 84:102. Los argumentos centrales esgrimidos por el mencionado autor se desarrollarán en el cuerpo del presente dictamen en forma conjunta con la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación.



las normas razonablemente inconstitucionales³²), César Enrique Romero (preterición de las normas antinómicas de la Constitución Nacional³³); Germán Bidart Campos (supuestos de "contradicción notoria" con la Constitución³⁴) y Roberto Dromi (en los casos de "Vicios Graves"³⁵).

Estos autores³⁶ entienden en general que, si bien como regla general la Administración está sujeta a la ley emanada del órgano legislativo, en supuestos excepcionales, puede abstenerse de aplicar una ley inconstitucional.

Las causales que justificarían tal proceder, pueden ser resumidos en cuatro supuestos de procedencia según Juan Carlos Cassagne³⁷, interesando

³² Ver: "La posición de la administración Pública ante la ley inconstitucional", Revista de Derecho Administrativo, Nº11, pp. 151 y sgtes. Los argumentos centrales esgrimidos por este autor se desarrollarán en el cuerpo del presente dictamen en forma conjunta con la doctrina de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza.

³³ Ver: "Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1976, -T - 1, pp. 326. Su posición se centra esencialmente en considerar que las disposiciones normativas se deben dictar de acuerdo a la Constitución, "so pena de que su obligatoriedad pueda enervarse en casos judiciales planteados o en decisiones de la propia Administración, toda vez que es un imperativo elemental de todos los funcionarios que de una u otra manera integran los Poderes del Estado, aplicar en primer lugar la Constitución; y a raíz de esa aplicación deviene la preterición de la norma antinómica o violatoria de la ley fundamental de la que aquélla, al final de cuentas, deriva su vigencia.

³⁴ Ver: "Derecho Constitucional", t. 1, p. 271 - Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. 1, p. 102. La interpretación y el control constitucionales en la Jurisdicción Constitucional, p. 173 y ss. Expresa que todo órgano del Estado, excepto el Poder Judicial, debe aplicar el orden normativo tal cual le es dado, sin poder desaplicarlo; en especial la Administración, está obligada a respetar, a cumplir, y a hacer cumplir la Constitución. Al aplicar la Ley, la Administración no tiene competencia de controlar su constitucionalidad, pero si la ley es notoriamente inconstitucional, no debe ser aplicada por la Administración; así como la orden inconstitucional, fundada o no en ley, debe ser desobedecida. Ningún órgano del Estado, salvo el Poder Judicial, puede declarar que una norma o un acto son inconstitucionales. La abstención fundada de la Administración de aplicar una ley inconstitucional, se limita a la inaplicación razonada (principio de la desobediencia razonada), pero sin declaración de inconstitucionalidad. En consecuencia, las leyes notoriamente inconstitucionales, no deben ser aplicadas por la Administración.

³⁵ Ver: "Prerrogativas y garantías administrativas", pp. 53 y ss.-Buenos Aires, 1979.- "Derecho Administrativo", pp. 78 - Buenos Aires, 1994. Sustenta su opinión en que el Poder Ejecutivo, ante una ley que considera inconstitucional, no puede derogar las leyes, ni declarar su inconstitucionalidad; pero puede abstenerse de aplicarlas, no acatarlas, en casos de vicios graves de constitucionalidad, no aplicando la norma en el caso concreto, en salvaguardia de la propia supremacía constitucional y en ejercicio de una competencia implícita de los funcionarios para cometer desobediencias razonadas y razonables.

³⁶ MARIENHOFF, Miguel S., "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", J.A., 1961-VI-65, y en su "Tratado de Derecho Administrativo...", cit., T. I, pp. 415; GORDILLO, Agustín A., Introducción al Derecho Administrativo, T. I, Buenos Aires, pp. V-36-37; DROMI, José R., "Prerrogativas y Garantías Administrativas", Buenos Aires, 1979, pp. 53, y en "Introducción al Derecho Administrativo", Madrid, 1986, págs. 179-80; BIDART CAMPOS, Germán, "El control y la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa (sus problemas)", nota al fallo "San Martín del Tabacal", E.D., 21-209. También puede verse Derecho Constitucional, T. I, Buenos Aires, 1968, pág. 271, y "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. I, Buenos Aires, 1986, pp. 102; ROMERO, César E., Derecho Constitucional, T. I, Buenos Aires, 1975, pp. 326; BIDEGAIN, Carlos M., "El Control...", cit., en nota 29; COMADIRA, Julio R., "La posición de la Administración pública ante la ley inconstitucional", en Rev. de Derecho Administrativo, nro. 1, pp. 151 y sig.

³⁷ Siguiendo a CASSAGNE, Juan Carlos, en "DERECHO ADMINISTRATIVO / 02".- Fuentes - Interpretación - Principios - Cassagne, Juan C. (dir.), Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, DERECHO ADMINISTRATIVO (Homenaje a Miguel S. Marienhoff), 1998 podemos enunciar los otros supuestos, a saber: cuando su aplicación derive en "perjuicios graves" y "acaso irreparables", u otras circunstancias extraordinarias que tornen justificada la asunción del escándalo o inseguridad que entraña el no acatamiento de las leyes vigentes; cuando la ley

en el presente análisis el referido a la situación en que la norma constituye un "manifiesto", "evidente", "grosero", "obvio", "notorio", "flagrante", "indiscutible" o "inequívoco" apartamiento de la Ley Fundamental, debiendo destacar que si bien se observan ciertas variaciones entre los autores que han sido reseñados en sus opiniones, no hay discrepancia en sus aspectos esenciales, esto es en reconocer que la facultad de la administración de inaplicar la ley es de procedencia muy restringida, siendo exigible, para ello, que la inconstitucionalidad (causal que interesa en este caso concreto) supere lo meramente opinable en materia de interpretación constitucional³⁸.

Los defensores de esta tesis ("positiva" o de la "obediencia relativa" según denominación también propugnada por el autor precedentemente citado), ponen de relevancia que la situación de la administración frente a la ley es similar a la de la justicia, ya que ambas están sometidas a derecho y no sólo a la ley en el ejercicio de las facultades que les son atribuidas³⁹ y que *"por expresa disposición del artículo 93 de la Constitución, al tomar posesión de su cargo, ha jurado "observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina", por lo que el Poder Ejecutivo no puede "cerrar los ojos" ante una ley evidentemente inconstitucional, traicionando su juramento y, en consecuencia, quedando expuesto, como decía el anterior artículo 80, a que Dios y la Nación se lo demanden* ⁴⁰.

invade o altera la llamada "zona de reserva de la Administración", sosteniéndose que en defensa de sus competencias constitucionales puede el Poder Ejecutivo hacer caso omiso de la norma sancionada por el Poder Legislativo en exceso de la competencia que tiene atribuida por la Constitución y por último cuando la misma ha sido declarada inconstitucional en sede judicial. Para ello suele exigirse que la declaración emane de la Corte Suprema - por la autoridad de sus fallos, derivada de la circunstancia de ser considerada el intérprete último de la Constitución, lo cual si bien no tiene efectos derogatorios de la ley, afecta seriamente su presunción de validez en cuanto acto estatal- o, por lo menos, que medie una reiterada y constante jurisprudencia de tribunales inferiores - con fundamento en que sería el evidente peligro de generalización de pleitos con resultados adversos para el Estado, que tales precedentes permitirían anticipar. Tal es, v. gr., la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes, t. 101, pág. 87 vta.

³⁸ Afirma QUIROGA LAVIE, Humberto que: "...dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, lo contrario implicaría aceptar la concentración del Poder en una sede...". Sin embargo reconoce expresamente que esta posición dogmática "debe ceder ante la situación de grosera incompatibilidad normativa, en las cuales el Ejecutivo debe abstenerse de aplicar normas que contrarían la Constitución" ("Derecho Constitucional". Ob. cit. pp. 560).

³⁹ MARIENHOFF, Tratado..., ob. cit., nros. 4-h y 4-i, págs. 51 y 54, donde sostiene: "Finalmente, no es exacto, por lo menos en el ordenamiento jurídico argentino, que en todos los casos el juez ni la administración ejecuten la Constitución a través de la ley, esto es, en forma mediata, por cuanto su primer deber es la aplicación de la Constitución, o lo que es lo mismo, la ejecución de la ley fundamental"; y que "en tanto que los organismos administrativos están sometidos a las reglas de Derecho, su posición con respecto a la ley es la misma que la de los Tribunales", agregando que "la aplicación del derecho por la Administración y la Justicia podrá responder a miras distintas, pero ello no quita que, con relación a la ley, la situación de ambas sea la misma: actividades estatales sublegales".

⁴⁰ El ordenamiento constitucional mendocino pone de manifiesto en forma expresa lo injustificado de esta exigencia ya que existe una expresa disposición que establece la responsabilidad civil y personal del empleado o funcionario que haya autorizado o ejecutado una ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones constitucionales frente a cualquier persona que sufra sus efectos (art. 48, Const. Mza., 1916).



En esta inteligencia, se ha advertido que el artículo 31 de la Constitución argentina sólo obliga a conformar los actos o decisiones a "esta Constitución" y "las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso", debiendo agregarse asimismo que, a diferencia del segundo párrafo del artículo IV de la Constitución norteamericana, la disposición constitucional argentina se dirige a "las autoridades" (en términos genéricos) y no sólo a "los jueces".

Por lo que no aplicar una disposición legal manifiestamente incompatible con la "Ley de leyes" no importa el ejercicio de facultades judiciales, sino simplemente, cumplir con el deber impuesto tanto a las autoridades como a los particulares de obedecer a la primera antes que a las segundas⁴¹.

En cuanto al peligro de que pueda borrarse de un plumazo el principio de división de poderes, quedando el Ejecutivo en posición de sustraerse a la sumisión legal y, entonces, conculcada la forma republicana de gobierno, tampoco resiste un análisis serio, en primer lugar, porque el argumento no podría hacerse valer en aquellos casos en que la preterición de una norma inconstitucional obedezca a la necesidad de no violentar derechos constitucionales de los particulares; en segundo término por cuanto hay que considerar que todo ejercicio de facultades, máxime si éstas son excepcionales, siempre entraña la adecuada responsabilidad, destacando por último que quedan además las instancias de control del ejercicio de esa competencia por parte del Ejecutivo, sea en sede judicial (para revisar la legitimidad del accionar de la Administración a instancia del perjudicado); sea, inclusive, por la eventualidad de una responsabilidad penal (v. gr., incumplimiento de los deberes del funcionamiento público, abuso de autoridad, etc.), o civil (daños provocados al Estado o a particulares por el incumplimiento de una ley) y aun mediante el control de tipo político a cargo del mismo Congreso (arts. 53, 59 y 60, Const. Nac.).

Para Juan Carlos Cassagne, tampoco puede dejar de meritarse el hecho de que, siendo la responsabilidad la consecuencia lógica de la sumisión

⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos, en "Lexis Nexis...", ob. cit.

de los gobernantes a la juridicidad, tal responsabilidad puede derivar siempre que el ejercicio del poder se hubiere apartado de los principios y normas jurídicas que rijan su actuación. Aceptada la juridicidad y supremacía de las normas constitucionales, que vinculan a todos los órganos del gobierno y habitantes en forma más fuerte de lo que pudiera hacerlo otra fuente de derecho positivo, ninguna duda puede caber de que, para no incurrir en supuestos de responsabilidad, más importante que la obediencia a la ley es la obediencia a la Constitución. La preferencia en la obediencia a esta última es, simplemente, aplicación del principio de la supremacía constitucional (art. 31 Const. Nac.), semejante (aunque no idéntico) para un juez, un funcionario o un particular, porque nadie tiene el monopolio del derecho de resistencia ante mandatos inconstitucionales⁴².

Continúa el prestigioso autor considerando que se está *"...fundamentalmente ante un problema de obediencia debida, el cual se presenta en toda actividad humana, variando sólo la estrictez en cuanto a las condiciones que tornan legítimo el apartamiento de una ley o mandato injustos (los cuales, en última instancia, serían inconstitucionales por irrazonables), según se trate de un simple particular o de un órgano estatal. En consecuencia, no parece razonable limitar el reconocimiento de la facultad de resistencia o inaplicabilidad de las normas inconstitucionales sólo al Poder Judicial. Es que no se trata de una característica propia y exclusiva de la función jurisdiccional, sino, como ya dije, común a toda actividad propiamente humana, esto es, sujeta a las prescripciones de la razón práctica"*, para luego recordar que incluso la doctrina de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado en este sentido al considerar que *"...es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente..."*⁴³ aun cuando la Constitución le atribuya al Poder Judicial, la decisión final sobre la verdadera interpretación constitucional.

Y es la misma Corte Suprema la que ha considerado que la posibilidad de inaplicar normas inconstitucionales no se limita a su actuación específicamente judicial sino, también, que se extiende a su actuación en

⁴² CASSAGNE Juan Carlos, Lexis Nº 1701/003547 "DERECHO ADMINISTRATIVO / 02.- Fuentes - Interpretación - Principios ..."; ob. cit.



ejercicio de competencias o funciones de índole administrativa, cuando ha expresado "... que si bien la jurisprudencia reiterada de esta Corte ha resuelto que la inconstitucionalidad de las leyes y decretos sólo puede pronunciarse a petición de parte y no de oficio (Fallos, 190:142 Ver Texto; 192:213; 186:130), tal jurisprudencia sólo se aplica al ejercicio de las facultades judiciales y no al supuesto como es el del caso presente, de actividades derivadas del artículo 99 de la Constitución, que autoriza a la Corte a dictar su reglamento y, por consiguiente, a fijar las condiciones con arreglo a las cuales ejercerá su facultad de tomar juramento a los funcionarios designados por el Poder Ejecutivo de hecho o de derecho. Como se declaró en la resolución dictada el 14-III-1933, por la cual este tribunal se negó a tomar juramento a un juez letrado nombrado en comisión por el Dr. José E. Uriburu, presidente provisional del Senado, en ejercicio del P.E.N. sin haber prestado el juramento exigido por el artículo 80 de la Constitución, la Suprema Corte no es un poder automático. Tiene el deber, en este caso, de examinar y discernir si el acto con motivo del cual se le llama al cumplimiento de una función propia, reviste o no la validez necesaria por razón del origen o poder de que emana, y si este poder se halla o no habilitado para expedir el acto de que se trata, mayormente, cuando la Corte haya debido intervenir para que ese poder cumpla ante ella el requisito que ha de habilitarlo para el ejercicio de sus funciones. Si la Suprema Corte hubiera dejado de observar que el Dr. Uriburu no ha cumplido ese requisito, que es el juramento que ha debido prestar ante ella y aceptar el nombramiento de juez que ha hecho para el territorio de Santa Cruz, recibéndole el juramento de ley, con razón merecería este Tribunal el cargo de poco celo en el cumplimiento de sus atribuciones, desde que permitiría el desconocimiento de éstas, y lo que es peor, se haría cómplice con el presidente provisorio del Senado, de violación de la ley,

⁴³ CSJN, Fallos, 53:434, in re "Cullen c/Llerena"; 54:181, in re "Lobos c/Donoban".

aceptando como legítima la que éste ha hecho de ella al entrar a desempeñar el Poder Ejecutivo⁴⁴".

Sin perjuicio de lo expresado, también reconoce el autor en análisis, que si *"la posición del Poder Ejecutivo frente a la ley inconstitucional es similar a la de la Corte Suprema, lógico es reconocer al primero las limitaciones que la última ha señalado, como que la inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionalidad es una facultad que "debe ejercerse con suma prudencia" (Fallos, 286:76), y al hacerlo el Poder Ejecutivo "debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celoso en el uso de las facultades que le son propias cuanto en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes y a las autonomías provinciales" (Fallos, 285:369). Por ello, su obligación primaria ha de ser cumplir con la ley, siendo requisito indispensable que se compruebe una posición clara e ineludible -que podría evitarse, por ejemplo, mediante una interpretación jurídica que permita armonizar la ley con la Constitución- para que se admita la procedencia de esta facultad excepcional y grave, a la que sólo se debe recurrir como la "última ratio" del orden jurídico (Fallos, 14:432; 112:63; 200:180; 209:337; 220:1458; 234:229; 235:548; 242:73; 244:309; 245:552; 247:387; 248:398; 249:510; 264:364, entre muchos otros), considerando que "Estas limitaciones permiten ahuyentar el peligro de que se quiebre el equilibrio entre las ramas del gobierno por la absorción de todo el poder en manos del Ejecutivo, en desmedro de las otras (Fallos, 251:455)...", para concluir entendiendo que "... la presunción de constitucionalidad de las leyes debe llevar a estimar que la interpretación y aplicación de la Constitución hecha por el legislador en el acto que le es propio ha sido correcta. Cuando el Poder Ejecutivo, u otro órgano administrativo no sujeto al poder jerárquico en el ejercicio de sus competencias, estimase que se está ante una evidente transgresión a la ley fundamental deberá, en primer lugar, recurrir a los remedios ordinarios (comúnmente reconocidos y de los cuales ya nos hemos ocupado). Pero, cuando se han agotado las posibilidades interpretativas que permitan armonizar la ley con las disposiciones constitucionales, existe imposibilidad de recurrir a esos mecanismos normales para conjugar la*

⁴⁴ Acordada sobre la creación de la Cámara de Apelaciones del Norte, Fallos, 201:239 (J.A., 1945-I-684; L.L., 38-51). Tal doctrina ha sido seguida por la Corte en su acordada 4, del 9-II-1989, en que declaró inaplicable el art. 24 de la ley 22192, Orgánica del Tribunal de Ética Forense.



situación y, si además, se dieran los requisitos de una desobediencia razonada y razonable, resulta de un formalismo extremo negar al Poder Ejecutivo, o a ciertos organismos que ejercen funciones jurisdiccionales administrativas sin estar sujetos a jerarquía, la posibilidad de abstenerse per se de aplicar lo que con serios fundamentos puede calificarse como una "corrupción de la ley".

En un abordaje integral del tema, no puedo omitir de dar tratamiento (aunque breve) a la doctrina sentada por la Procuración del Tesoro de la Nación, órgano que, como ya he adelantado, ha tenido posiciones diversas según el lapso temporal en que se analicen los dictámenes emitidos. Así las cosas, en una primera etapa, adoptó la doctrina negatoria de esta facultad en cabeza del Poder Ejecutivo, al considerar que la inaplicación de la norma sólo podía y debía efectivizarla el mencionado órgano a través de los procedimientos expresamente estatuidos al efecto (políticos y/o judiciales)⁴⁵. Entendía en este marco que: "...1. Es evidente que el Poder Ejecutivo no puede ni derogar leyes ni declarar su inconstitucionalidad. 2. Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes. 3. Que sin embargo, también el Poder Ejecutivo tiene la facultad, como todo sujeto de derecho público o privado y la obligación, como órgano de la Constitución, de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución. Pues es obvio que si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución Nacional son de superior jerarquía y su ámbito de validez (temporal, especial, material y personal) es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. Su acatamiento es obligatorio para lo súbditos y todos los órganos del estado. Es patente, por tanto que el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley, y si considera que ella es inconstitucional, puede (...) adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: a) Ejercer (...) el derecho de veto. b) Plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación, en los

⁴⁵ Se manifestaron en contra de esta postura: Gordillo A. en "Introducción al Derecho Administrativo", Bs. As., Perrot, 1962, 1ed. , pp. 64 y ssgtes. (aunque posteriormente, por la aplicación "cesarista" de la posición sostenida, modifica su opinión); Bidart Campos, Germán, "Derecho Constitucional", Bs. As., 1964, pp. 271; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, 1965, T - I, pp. 297.

casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos. c) Promover su derogación ante el Congreso de la nación...⁴⁶".

La postura reseñada ha sido modificada posteriormente, más precisamente en el año 1963 (por el Dr. Marienhoff cuando se desempeñó como Procurador -Dictámenes, 84:102-) y mantenida hasta la actualidad, en tanto considera el mencionado órgano de asesoramiento que puede y debe el Poder Ejecutivo abstenerse de aplicar una norma evidentemente inconstitucional, al expresar que: "...corresponde distinguir entre "declaración de inconstitucionalidad" y "abstención de aplicar una norma inconstitucional". Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional... Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues si así no lo hiciera, transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional... Frente a una disposición como la del artículo 38 de la Ley ...25.164, para que no se vea cercenada la potestad sancionatoria de la administración pública y a fin de afianzar la justicia, la única solución posible, mientras no sea derogada, es el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo, de no aplicarla, pues existen razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad⁴⁷...".

La Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza, en similar lineamiento, tuvo oportunidad de expedirse en el dictamen Nro 620/91 sobre el punto y se enroló en la posición favorable respecto a que la Administración deje de aplicar una norma que ostente un grosero apartamiento de la Ley Fundamental, incluso ante la ausencia de decisión judicial al respecto, debiendo esta facultad ser ejercida con suma prudencia y con carácter excepcional.

Esta postura fue sostenida al afirmar, siguiendo a Julio Comadira, que " ... la PTN reconoció la existencia de esa potestad administrativa para los supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, y para los casos de

⁴⁶ PTN, Dictámenes, 72:137 (05/02/60); 67:189 (22/12/58) y 64:100 (19/02/58).

⁴⁷ PTN, Dictámenes, 242:626, emitido el 30/09/02, en expte. 1736/02, con cita de dictámenes antecedentes en igual sentido (Dictámenes 159:83; 168:28; 186:140 -1988-, -132-; en t. 176:116 -1986-).



pronunciamientos de inconstitucionalidad producidos por la CSJN, habiendo incluso propiciado su ejercicio en situaciones de considerada inconstitucionalidad no derivada de la afectación de facultades privativas del Poder Ejecutivo. Asimismo, parecería haberla aceptado también de mediar una doctrina judicial reiterada y constante adversa a la validez constitucional de la ley, emanada de tribunales inferiores⁴⁸... Siguiendo a Comadira en el art. citado, encontramos que la doctrina, en general, es bastante rigurosa en cuanto a las exigencias para el ejercicio de tal atribución extraordinaria, requiriendo que la inconstitucionalidad esté "razonablemente demostrada (Gordillo), o "grave y manifiesta" (Dromi) o "evidentemente manifiesta" (Bidart Campos) o sea "obvia o grosera" (Sagués)..." para pasar finalmente a reconocer la facultad en cuestión, con carácter excepcional, al consignar que "...De las expresiones reseñadas se desprende, en síntesis, un reconocimiento a favor del Poder Ejecutivo de la potestad de no aplicar leyes que considere inconstitucionales, en un marco de excepcionalidad referida, en términos generales, a los supuestos de obvia, evidente, indudable o grosera inconstitucionalidad. Se podría decir que la cuestión es aceptada en casos superadores de toda opinabilidad (Comadira Julio, ob. cit. Pp. 158)⁴⁹...".

Recientemente, ha ratificado esta postura al considerar, siugiendo a Comadira, que: "... ante la disyuntiva de que por un lado el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir la ley y, por otro, no puede prescindir del acatamiento de las normas constitucionales, debe resolverse, acatando, en primer lugar, la Constitución, porque así lo impone la prelación jerárquica-normativa que preceptúa el art. 31 de la ley fundamental. Concluye el autor citado que la facultad del Poder Ejecutivo de dejar de cumplir con una Ley Inconstitucional impone la concurrencia de los siguientes supuestos a) la inconstitucionalidad surja en forma razonablemente evidente, de modo que la

⁴⁸ Dictamen N°14/2000, de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza, emitido en expediente N°1.189-A-99-02627 "Autotransportes Andesmar SRL s/Recurso de alzada", con cita de COMADIRA, Julio, "La posición de la Administración Pública ante la Ley Inconstitucional", en revista de Derecho Administrativo, Año 1, 1989, pp. 153/54), debiendo destacar que en el caso concreto, al no existir "inconstitucionalidad evidente", se consideró inaplicable este criterio.

⁴⁹ Dictamen de Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza citado precedentemente.

conclusión exceda el marco de la mera opinabilidad; o b) la inconstitucionalidad haya sido declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada en instancias inferiores. (conf. COMADIRA, Julio R., "La Posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", en "Derecho Administrativo", 1996, ps. 399/413)⁵⁰..." agregando además como recaudo necesario la remisión de un proyecto de Ley por parte del Poder Ejecutivo (art. 128 inc. 3 de la C. Prov.⁵¹) lo que a criterio del suscripto resulta tam bién adecuado y relevante.

Esta es además, la orientación de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, cuando de leyes claramente inconstitucionales se trata, al resolver en los casos "Sayavedra c/Municipalidad de la Capital"⁵² (28/02/1991, Autos N°47.371, Sala I, JA, 1991-II-217); "Genesoni Moretti A. c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia s/ A.P.A."⁵³ (16/05/1991, Autos N°46.245, Sala II, LS 221:198) y autos N°47.891, "Aguirre de Sella A. c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia s/APA"⁵⁴ (03/12/93, Autos N°47.891, Sala I, LS 241-152) .

⁵⁰ Dictamen N°524/09, del 22 de julio de 2009 emitido en expte. N° 1824-S-2009-01071 "Subdirección de Liquidaciones s/plenario Aguirre tasa de interés activa". Sin perjuicio de lo expresado, es conveniente destacar que en el mismo el máximo órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo provincial cuestiona la hipótesis admitida por la Procuración del Tesoro de la Nación (la cual cita en el mismo) en relación a la posibilidad de inaplicar la ley por considerarla invasiva de la "zona de reserva" de la Administración. Expresa en tal sentido: "Quizá de los supuestos reseñados por la Procuración del Tesoro no comparta el segundo de los esbozados, ya que el mismo sí implica (a mi entender) una violación de la división de poderes, obviamente para aquellos que como el que suscribe no comparte la idea de una zona de reserva administrativa".

⁵¹ Se consigna en el dictamen aludido: "Entiendo que los parámetros fijados precedentemente, en concordancia con nuestra anterior opinión, suponen poner en un correcto marco la facultad excepcionalísima que propugnamos, la que necesariamente debe ir acompañada de actos positivos de parte del Poder Ejecutivo en uso de su función legisferante (vid art. 128 inc. 3 Constitución Provincial) a fin de que el Poder Legislativo revea la norma que se muestra como repugnante a la Constitución. Dejar de cumplir la ley inconstitucional e instar su revisión, entiendo que deben formar parte de la teoría que exponemos, como condición de razonabilidad institucional".

⁵² Con citas de Agustín Gordillo, Miguel Marienhoff, Germán Bidart Campos y Néstor Sagüés, desarrolla los aspectos referidos a la teoría afirmativa respecto del reconocimiento de la facultad de inaplicación en cabeza del Poder Ejecutivo u órganos de la administración.

⁵³ Expresa el fallo del magistrado preopinante (Dr. Nanclares) que es un "principio elemental: sólo los jueces controlan la inconstitucionalidad y sólo ellos la declaran. Excepción de suma gravedad e hipótesis extrema: la administración sólo puede dejar de aplicar una ley inconstitucional si la inconstitucionalidad es flagrante, pero no puede declarar la inconstitucionalidad. Es una forma de conjugar el principio de desobediencia razonada a normas inconstitucionales y el de que sólo mediante declaración de inconstitucionalidad puede validarse la inaplicación del derecho vigente (la prudencia con que se debe manejar esta tesis de excepción surge de la afirmación de la Corte Suprema de que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio, a lo que se debe acudir en extremo cuando es imposible lograr una interpretación razonable de congruencia con la Constitución"... En consecuencia la administración no puede declarar la inconstitucionalidad de ninguna norma, pero en cambio debe aplicar la constitución como ley fundamental antes que cualquier otra norma de menor jerarquía, que claramente se oponga a su texto literal".

⁵⁴ Nuevamente el magistrado preopinante (Dr. Nanclares) con cita expresa del antecedente establecido por la causa "Genesoni de Moretti", reitera que: "...hemos dejado sentado in re..., que cuando el defecto es notoriamente inconstitucional, que no deje margen a ninguna interpretación, el órgano administrativo debe aplicar la norma fundamental por encima de la ley que la viola, sin que ello suponga el ejercicio de facultades jurisdiccionales...".



Puede afirmarse en conclusión que, si bien nuestro sistema de control de constitucionalidad normativo está, en forma exclusiva, centrado en cabeza del Poder Judicial (como sistema jurisdiccional y difuso), es una facultad excepcional del Poder Ejecutivo abstenerse de aplicar una disposición legislativa cuando la misma ostenta una inconstitucionalidad grosera, evidente, más allá de lo meramente opinable (ello referido al caso concreto y sin que ello importe excluir como causales disparadoras del ejercicio de esta facultad, las otras tres que se han descripto como admitidas por parte de la doctrina y jurisprudencia), debiendo siempre tener presente además, el límite que impera en relación a este tema derivado no sólo de la excepcionalidad de la facultad, sino de la gravedad institucional que importa recurrir a este mecanismo (de efectos prácticos equiparables de la declaración de inconstitucionalidad y por lo tanto sujeto al principio reseñado de que su aplicación debe ser la última "ratio") y siempre sujeto al control judicial posterior.

En definitiva, subsumiendo los conceptos generales vertidos en el marco de la problemática planteada por el art. 11 inc. c) de la Ley N°6658 y mod., advierto como legítimo el proceder del Poder Ejecutivo en cuanto "inaplica" la citada previsión, en virtud de su manifiesta inconstitucionalidad, al vulnerar las previsiones de los arts. 31, 75 inc. 12 y 22 y 126 de la Constitución Nacional, correspondiendo en consecuencia y en el marco de la doctrina judicial sentada por la CSJN en diversos fallos, respecto a que no corresponde ceñirse estrictamente al texto literal, sino interpretar el verdadero sentido de la norma cuestionada pudiendo incluso recurrir la reglamentación a tales efectos⁵⁵, que en el presente supuesto es que el precio de venta represente el

⁵⁵ En "MOSCHINI JOSE MARIA C/FISCO NACIONAL (ANA) S/COBRO DE PESOS" del 28/07/94 (t 317-p779) la CSJN ha afirmado que "...la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley (Fallos: 297:142; 299:93; 301:460; 320:1600). En esta tarea no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance (Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047)..." y que "...la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, para luego agregar que incluso "... resulta válido recurrir a ese fin a la norma reglamentaria, en la medida en que respete el espíritu de la ley (Fallos: 292:162). Asimismo, en el Dictamen del Procurador Fiscal de la CSJN que la misma hace suyo en la causa "Gomer S.A. c/AFIP DGI Resol. 15 y 28/96 (Fallo 04/09/2007- Dictamen del 31/08/2006 G.1895-XLI-REX). Expresa lo siguiente: "... por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y

verdadero valor del inmueble a cuyo efecto no se observa como violatorio del espíritu de la ley, el procedimiento propuesto por la reglamentación en su art. 9.5. y 9.6. (que importa la intervención de un órgano público no estatal para que determine bajo ciertos parámetros, el valor del mercado en el momento de la venta), en el marco de la jurisprudencia también del máximo tribunal que ha sido reseñada al tratar el recaudo de la "adecuación".

5.- En conclusión, en virtud de lo expresado en los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que, en el estricto marco de la legitimidad del Proyecto de Decreto Reglamentario sometido a análisis, **previa incorporación de las modificaciones sugeridas en el punto 4.2.1.**, no existen observaciones legales que formular al mismo desde el punto de vista de la legitimidad, siendo facultad del Poder Ejecutivo competente, valorar la razonabilidad de las disposiciones incorporadas en la norma propuesta y en tanto con la misma no se altere el espíritu de la ley a la cual accede a reglamentar (art. 128 inc. 2 de la Constitución Provincial, doctrina y jurisprudencia vertida en el cuerpo de este Dictamen), verificándose la concurrencia de los recaudos requeridos al efecto de la emisión del mismo (posterioridad, necesidad y adecuación).

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.
Mendoza, 01/07/11
Dict. 0812/11.

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

Compartiendo el suscripto el Dictamen N° 0812/11 que antecede, REMITANSE estos obrados a conocimiento y trámite del Sr. Ministro de Producción, Tecnología e Innovación, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

FISCALIA DE ESTADO DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS	
SALIÓ - Fecha	06 JUL 2011
Hora:	Folios 116
Tramite: ALEJANDRA CASTRO AUXILIAR ADMINISTRATIVA de Asuntos Administrativos ESTADO	

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

si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática (Fallos: 291:181; 293:528)..."