

EL DNU 70/2023 Y SU IMPUGNACION JUDICIAL

Por Jorge A. Rojas¹

1.- Introducción

Se acaba de sancionar por parte del Poder Ejecutivo el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 bajo el título de “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”, a través del cual se persigue, según su primer artículo, la declaración de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025.

Para ello, su segundo artículo propone la desregulación del actual sistema económico y, para cumplir ese fin, señala que se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda.

Todo ello impone la necesidad de advertir que se promueve llamativamente por vía de un decreto de necesidad y urgencia, un nuevo sistema económico, que provoca el desbaratamiento de estructuras montadas sobre las bases del sistema anterior, en donde el Estado cumplía un rol fundamental, con lo cual se pueden ver afectados derechos adquiridos al amparo de ese anterior sistema

¹ Profesor Titular Ordinario de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Universidad de Buenos Aires.

económico-financiero, y adviértase como señala el art. 1, que esa emergencia no solo apunta a esos aspectos, sino además al ámbito fiscal, al administrativo, al previsional, al ámbito sanitario, a las tarifas de los servicios, y en forma genérica se indica que también es social y se agrega que se va a extender por los próximos dos años.

Los decretos de necesidad y urgencia están contemplados dentro del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que conviene destacar que establece un principio liminar y una excepción.

Del principio surge que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Y de la excepción surge que “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”.

Con lo cual la cuestión que se genera, y que es la que ha provocado innumerables críticas –con sobrados fundamentos muchas de ellas- es la razón por la cual el Gobierno ha decidido el tránsito por esta vía, sin perjuicio de que se han sustentado esas razones en los fundamentos que surgen de los considerandos del DNU.

Agrega el art. 2 en su parte final, que se va a dictar la normativa que resulte necesaria a los fines de alcanzar las metas fijadas por el DNU, pues señala que se reglamentarán los plazos e instrumentos a través de los cuales se hará

efectiva la desregulación dispuesta en el párrafo anterior, circunstancia que importa exhibir a través del DNU en cuestión, un primer paso para un futuro continuo en esta línea, y eventualmente que puedan acontecer ajustes necesarios para su adaptabilidad a la nueva realidad que se intenta transitar.

Con lo cual, es evidente el anuncio de muchas más regulaciones para contemplar la situación de emergencia que anuncia su primer artículo, sobre todo por la extensión que tiene esa norma.

Junto con su promulgación en el B.O. del 21 de diciembre de 2023, aparecieron infinidad de comentarios, desde luego a favor y en contra, todos apuntando a su validez o invalidez constitucional, aspectos que desde luego no son menores, pero que conviene despejar en su análisis, a fin de evitar superposiciones de carácter conceptual, que tal vez en lugar de clarificar la situación que se plantea, obstruyan una mirada desapasionada.

Ello obedece a que asisten muchas razones desde el punto de vista político para formular objeciones al DNU en cuestión. Resulta extraño pensar que por esa vía se modifiquen normas de derecho sustancial, como las que hacen al quehacer cotidiano de las personas (v.gr. en materia laboral, o en materia de locaciones, entre otras), sin una lesión evidente al debido proceso legal por la sustantividad de sus contenidos.

Por lo tanto, conviene distinguir dos planos de análisis claramente diferenciables, uno es el político, para el cual se han alzado voces de todo tipo a favor y en contra del DNU, pero éste ámbito no es materia que se pueda

abordar en estas líneas, por más que la carga emotiva que sustenta al decreto pueda llevar un sesgo en aquél sentido.

Importa señalar desde el punto de vista jurídico, el alcance a través del cual se puede analizar y eventualmente impugnar este DNU, para lo cual se formularán algunas reflexiones, teniendo en cuenta no solo la letra de la Ley Fundamental, sino además la doctrina del Máximo Tribunal del país, y la normativa que habilita el acceso a la jurisdicción a esos fines, que en definitiva es el aspecto central que anima estas líneas.

Para ello conviene tener en cuenta que existe un criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a los DNU sentado en el caso Verrocchi, señala que “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.

“Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite la facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente funciones legislativas”².

² Fallos 322:1726; doctrina luego confirmada en Consumidores Argentinos (Fallos 333:633).

La particularidad que es necesario señalar a fin de distinguir la doctrina sentada por el Alto Tribunal, en los precedentes referidos en la nota anterior, en donde se trataba en uno de ellos una cuestión tributaria y en otro una cuestión vinculada a las compañías aseguradoras, es que si bien en ambos supuestos se trataba de un DNU, él solo contenía un aspecto a evaluar, a diferencia del DNU aquí analizado que no contiene una materia en su tratamiento, sino que por el contrario es numerosa la cantidad de materias que se abordan.

Desde la derogación de leyes, pasando por la reforma de sistemas de comercialización, como la modificación del régimen de warrants que es una ley que data de 1914, pasando por la modificación de la Ley de Contrato de Trabajo, de la Ley de Asociaciones Sindicales, del Código Civil y Comercial de la Nación, del Código Aduanero, del Sistema de Salud, de la Ley de Deportes, entre muchas otras materias, que se señalan a fin de exhibir la particularidad que distingue a este DNU.

Evidentemente se enfrenta una situación distinta a las comunes –por tradicionales- en donde un DNU era aceptado o no por el Congreso, pero siempre apuntaba a un contenido determinado, lo que hace más concentrado su análisis y evaluación.

En todos los casos siempre la Corte apuntando a la doctrina sentada en Verrocchi, señalaba la importancia de analizar desde el principio que contempla el art. 99 que inhibe las facultades legislativas del Ejecutivo, si la vía excepcional había sido ejercido dentro de los límites de razonabilidad que implica la observancia del art. 28 de la Ley Fundamental, para dirimir así la proporcionalidad de las medidas adoptadas a la luz de los fines perseguidos,

teniendo en miras los requisitos de necesidad y urgencia, y las restricciones que impone el tercer inciso del art. 99 de la Constitución.

En el caso de este DNU, la particularidad que se puede advertir ab initio, es que resulta atípica la situación que se plantea por la desmesura que tiene, no solo por la extensión en sí misma, sino por la variedad de las temáticas que se abordan.

Frente a esta realidad, se analizarán los sistemas con los que se cuenta para el caso de que exista una afectación de derechos, aspectos que se tratan en las siguientes líneas a desarrollar.

2.- Vías de impugnación

Prima facie, la expedición del decreto y las vías que se le imprimieron a su trámite, conforme lo dispuesto por su art. 365, darían cuenta de la legalidad de los procedimientos observados para apuntalar su eventual validez (o no), pues ese aspecto quedará librado a la injerencia que le cabe al Poder Legislativo (art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional).

Sin embargo de los precedentes antes citado, también se desprende que la Corte ha interpretado que: “Es atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a

elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”³.

Por lo tanto, también esta potestad del Ejecutivo encuentra un límite en la interpretación que ha hecho la Corte, al considerar que no está exenta de revisión, la discrecionalidad con la que el Poder Administrador ejerza esas facultades que le brinda el inc. 3 del art. 99.

Si por vía de hipótesis, del control que le cabe al Poder Legislativo, se convalidara lo actuado por el Ejecutivo, la posibilidad que se brinda desde la normativa que resulta de aplicación, es impugnar la validez del DNU desde el punto de vista judicial, por lo cual la pregunta que cabe formular en su caso, sería cuál es el camino a transitar a esos fines, y qué recaudos se deben observar.

Para ello conviene distinguir distinto tipo de situaciones, pues unas apuntan a una vía directa para su impugnación, las que podrían estar representadas por el proceso de amparo, sistema por cierto restringido por sus alcances; y la otra vía –más amplia- por la acción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, queda otra hipótesis más para tener en cuenta, que también tramitaría por una vía incidental, que son los procesos judiciales que se encuentran en trámite, y sobre los cuales el DNU en cuestión, podría tener algún impacto, razón por la cual merecería un tratamiento diferenciado.

³ Fallos 322:1726.

A su vez, para todo ello, conviene no perder de vista la doctrina sentada desde siempre por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que considera que 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 y configura un acto de suma gravedad, que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación violenta el derecho o la garantía constitucional invocados, principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la inconstitucionalidad se plantea por la vía excepcional de la acción de amparo y la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere de actividad probatoria significativa, precisamente por no ser manifiesta⁴.

Sin perjuicio de ello, como seguidamente se analiza, dos aspectos surgen importantes a tener en cuenta a partir de la doctrina de la Corte Suprema que fuera esbozada hasta aquí.

Uno de ellos apunta a la convicción cierta que produzca el convencimiento de que su aplicación puede implicar la vulneración de derechos o garantías constitucionales que se invoquen, tarea que –conforme los antecedentes expuestos- la Corte ha reservado para sí; y por otro lado, que la arbitrariedad o ilegalidad deben ser acreditadas si no resultan manifiestas como lo requiere el art. 43 de la Constitución Nacional.

⁴ Fallos 338:1444.

Ello al margen de la evaluación primera y primordial que implica el análisis del principio que consagra el art. 99 y su excepción, para inferir luego si se observan esos recaudos liminares para la validez formal del DNU en cuestión.

2.1.- Amparo

Conviene despejar algunos aspectos, no solo con relación al amparo, para conocer si esta es la vía adecuada para su impugnación. Ello obedece a que existen distinciones que conviene tener en cuenta a esos fines. La primera y principal resulta de la amplitud o la restricción que corresponderá atribuirle a esta vía, toda vez que, si bien habilita la declaración de inconstitucionalidad de una norma, aspecto que recoge claramente el art. 43 de la Constitución Nacional, luego de la reforma del '94, también requiere de la concurrencia de otros recaudos para su viabilidad, y el fundamental y más contundente para definir su procedencia, resulta la existencia de una "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta".

Es aquí donde se empieza a angostar este mecanismo, toda vez que la arbitrariedad implica la falta de razonabilidad, es la actuación sin fundamentos, o la falta de proporcionalidad adecuada de medios a fines, que permita advertir la incongruencia de la medida adoptada a la luz del fin perseguido, o en otras términos la falta de fundamentación adecuada para sustentar lo que se hubiera normado a los fines que se persiguen.

Y en este sentido, resulta oportuno reiterar el criterio –absolutamente reciente– de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para distinguir la arbitrariedad de

una decisión, con el ejercicio de facultades que giran dentro de la esfera del órgano emisor de la norma que se trate.

Ha sostenido la Corte que: el control jurisdiccional de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en el respeto de la legalidad, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su razonabilidad o ausencia de arbitrariedad; pero ese control judicial no puede traducirse en la sustitución de los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia adoptados por el órgano competente, de conformidad con las pautas definidas en la normativa aplicable al caso⁵.

Esto lleva indefectiblemente al análisis de las potestades del Ejecutivo para el dictado del DNU en cuestión, y resulta evidente que a la luz de lo expuesto, conforme al art. 99 inc. 3 su actuación podría quedar enmarcada en la legitimidad de lo que esa norma contempla, aunque existen muchos aspectos que rayan un claro exceso, por lo que el análisis deberá hacerse en forma particularizada.

Luego convendrá reposar la mirada en el análisis de sus fundamentos, pues es allí en donde aparecen -entre otros aspectos- la oportunidad de su dictado, por la concurrencia de factores que hacen a la necesidad y la urgencia de la adopción de las medidas de las que se trate.

⁵ Del voto de los jueces Rosatti y Maqueda in re “Poggio, María Marta c/Procuración General de la Nación y Otro s/Varios FRO 073023477/2010/CS001, del 7 de diciembre de 2023.

Pero este análisis de la urgencia y la necesidad de las medidas no puede formularse en forma genérica, con la mirada solo “política” a la que se hacía referencia antes, sino que debe formularse concretamente con relación a la situación que en particular se plantee a los fines de demostrar la presunta ilegalidad del decreto, esto es una actuación contraria a derecho, que no surge de la simple sanción del DNU por parte del Ejecutivo, sino de su aplicación concreta, como asimismo de la posible arbitrariedad que presente, que tampoco surge en forma general, sino de la concreta falta de razonabilidad que se deberá plantear para su demostración.

Ambos aspectos tienen que ver con la función primordial que cabe a la jurisdicción, que en este caso debe apuntar, como la raíz etimológica del término lo indica (*ius-dicere* ó *iuris-dictio*; esto es decir el derecho), que en este caso se impone la necesidad de que el órgano jurisdiccional diga cuál es el derecho en disputa, si el que surge de la letra del DNU, o el que invoque quien resulte el justiciable, que para ello deberá indicar en qué consiste la violación de su derecho y además acreditarlo.

En la órbita nacional, conforme al viejo art. 2 de la ley 27, la jurisdicción interviene cuando existe un caso contencioso, que no se conforma con la sola petición de una parte que impugna la validez de una norma, sino con la demostración de las razones -dentro de un proceso de amparo- de porque esa norma resultaría inconstitucional.

Este aspecto tiene que ver con el primer aspecto que surge del art. 43 de la Constitución Nacional, que señala que a través de la norma que se repute inconstitucional, se lesione, restrinja, altere o amenace, con la nota distintiva

señalada, esto es con “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Desbrozar estos aspectos lleva al análisis del principio de razonabilidad que contempla el art. 28 de la Ley Fundamental, que señala que los principios, derechos y garantías que se contemplan en la primera parte de la Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Y aquí se hace más estrecho el camino impugnativo, pues surge claramente de este principio liminar, la necesidad de la demostración de la violación de una norma de la primera parte de la Constitución, o de un Tratado, o de una ley, por lo tanto se podrán ponderar violaciones que se pueden presumir en forma abstracta, pero que es necesario concretar y precisar a los fines de la declaración de inconstitucionalidad que se persiga.

Hasta aquí podría quedar enmarcado el amparo como el típico proceso individual, cuya sentencia producirá efectos solamente entre las partes involucradas.

Pero existe también contemplado en el art. 43 de la Constitución el amparo colectivo, esto es el que puede involucrar a una clase determinada, que no se puede pasar por alto que en el DNU, los excesos en los que se incurre, por la voluminosa cantidad de materias que se tratan, pueden abarcarlas.

Un ejemplo se puede advertir en la injerencia que ha tenido el DNU en relación al ejercicio de la profesión de los médicos, o de los farmacéuticos, creando restricciones y condicionamientos que eventualmente podrían motivar amparos colectivos en protección de la clase afectada, para lo cual las características antes

descriptas se mantienen, solo que conviene distinguir la representación adecuada de quien promueva esa acción, como asimismo su adecuada representatividad, con la posibilidad en su caso de que una eventual sentencia beneficie, por sus efectos erga omnes, a la clase involucrada.

Del mismo modo se pueden ver afectados, trabajadores, o sindicatos, por las reformas que se introducen a la legislación laboral, que han sido señaladas con absoluta contundencia por Ackerman⁶, lo que podría habilitar una vía colectiva como la señalada.

Para todo ello, corresponderá entonces un análisis pormenorizado de la situación que se pretende plantear, por la vía que se decida transitar, toda vez que la Corte Suprema considera que la acción de amparo constituye un remedio de excepción, y es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna, requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia e imprescindibles, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal⁷.

⁶ Ackerman, Mario E.; quien expone razones de peso para señalar la nulidad que conllevaría la reforma que se propone en el ámbito del Derecho del Trabajo, "Una reforma laboral impudicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad". www.rubinzalonline; boletín del 26.12.23, cita 734/2023.

⁷ Fallos 335:1996.

Estas circunstancias permiten advertir que la vía del amparo, en tanto se trate de un amparo individual, como de uno colectivo, resulta absolutamente restringida, por el conocimiento sumarísimo que impone a la jurisdicción y requiere de una de esas dos notas típicas que la definen como tal para su andamiaje, razón por la cual conviene analizar la vía de un proceso de conocimiento que permita una mayor amplitud de debate y prueba, como resultaría la acción declarativa de inconstitucionalidad.

2.2.- Acción (rectius: pretensión) declarativa de inconstitucionalidad

El art. 322 del Código Procesal Nacional contempla la mal llamada acción meramente declarativa⁸, y es bien sabido que la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, consolidada ya hace muchos años, ha admitido bajo esos pliegues a la que se denominó acción de inconstitucionalidad.

A través de la primera se perseguía brindar certidumbre a una determinada relación jurídica, por la cual las partes involucradas tuvieran necesidad de definir sus conductas para el cumplimiento de las obligaciones que habían asumido, todo ello cuando no existiera otro medio idóneo para lograrla.

Por el contrario, aunque en línea con la primera, a la acción declarativa de inconstitucionalidad conviene destacarla como aquella destinada a impugnar la constitucionalidad de una determinada norma, para lo cual la Corte Suprema ha superado un valladar –otrora inexpugnable- que consistía en el reconocimiento del caso o controversia para poder intervenir, admitiendo la

⁸ Ver Salgado, José María; *Civil Procedure Review*, v. 12, nro. 1, jan-abr. 202, p. 155.

posibilidad de su interposición dentro de los parámetros del art. 322 del Código Procesal Nacional⁹.

En el precedente de la nota antes citada, más allá de los avances pretorianos que mantuvieron esa línea de trabajo de la Corte, se señaló que los recaudos que debían ser observados para la viabilidad del ejercicio de esta pretensión, eran los siguientes: a) un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica; b) que haya interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido que la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor; c) que no se dispusiere de otro medio legal idóneo para ponerle término de inmediato a esa falta de certeza.

Con lo cual, como se infiere de los presupuestos que la Corte reconoce para la procedencia de esta vía procesal, un estado de incertidumbre se genera por la existencia de un caso concreto, en donde la norma (o las normas) cuya invalidación se persigue, permitirían obtener la claridad suficiente a través de la decisión de la Corte sobre una determinada relación jurídica, sea su existencia, su alcance o sus modalidades, de modo que el planteo no se constituya en una mera consulta, sino en una controversia concreta que requiera de una decisión dirimente en punto a la pretensión deducida.

Por otro lado, y como otro requisito coadyuvante a la procedencia de la vía analizada, se requiere que exista un interés jurídico suficiente en el accionante,

⁹ La Corte si bien rechazó la acción que había promovido una empresa, señaló –conforme el dictamen de la Procuración- que no se habían acreditados los recaudos que permitieran determinar los perjuicios que ocasionaba el reclamo de índole tributaria que se había formulado, no obstante lo cual admite que por la vía de la acción llamada meramente declarativa, se formule un planteo de inconstitucionalidad, dando así origen a la doctrina que se aludió (Fallos 310:142, in re “Gomer S.A. c/Pcia. de Córdoba”).

de modo de evitar que esa falta de certeza en la relación jurídica de la que se trate le ocasione un perjuicio o lesión actual.

Esto no es más que acreditar legitimación suficiente, como condición del ejercicio del derecho de acción, aun entendido en sentido amplio, a los fines de señalar que se trata de su aplicación a una situación concreta y determinada la falta de certeza que se trata de aventar, a través de la declaración de inconstitucionalidad que se persiga.

Este aspecto además se ve condicionado a la inexistencia de otra vía legal idónea para superar la incertidumbre que se genera, a la luz de la normativa que se reputa inconstitucional, aspecto colindante con la pretensión de amparo y que conviene deslindar.

Para el amparo, quedó señalado que los recaudos fundamentales que demuestran su viabilidad son, además de la restricción en el conocimiento de la jurisdicción, lo que lo hacen un proceso en donde el debate no es la regla, la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, por lo cual aquello que resulta manifiesto, es evidente que no requiere de mayor entidad probatoria, pues con la demanda y eventualmente la prueba concreta que se acompañe, puede resultar suficiente para tener por acreditada su viabilidad.

En cambio es distinta la situación que se presenta en la acción declarativa de inconstitucionalidad, toda vez que los presupuestos que hacen a su procedencia, no giran solo en derredor de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sino que apuntan a la posibilidad de acreditar, por vía de mayor debate y actividad probatoria, en un proceso de conocimiento más amplio, la

inconstitucionalidad que se alegue para la remoción de la legislación que afecta derechos de neta raigambre constitucional, sea porque estén consagrados en la letra de la Ley Fundamental o en la de un Tratado al que adhirió nuestro país, que puede no serlo únicamente los de Derechos Humanos que se contemplan en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, u otros que pueden resultar derechos legítimamente adquiridos a la luz de la preceptiva legal que los hubiera concedido¹⁰.

En línea con lo expuesto ha resuelto la Corte que lo fundamental de la tacha de arbitrariedad adolece de vicios insalvables, si reposa sobre la consideración de circunstancias de hecho y prueba, acerca de las cuales la recurrente no demuestra de forma nítida, inequívoca y concluyente que su ponderación haya importado un grave menoscabo a las garantías constitucionales invocadas que, asimismo, exhiba relevancia bastante para hacer variar la suerte de la causa¹¹.

Por lo tanto, conforme lo expuesto hasta aquí, no cabe efectuar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera

¹⁰ Corresponde revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 245, párrafos segundo y tercero, de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, en cuanto impone un tope a la base de la indemnización por antigüedad, pues si bien la cámara sostuvo que la aplicación del tope del citado artículo por su remisión al promedio de la escala convencional, resta eficacia al sistema previsto para reparar el despido arbitrario respecto de los trabajadores de mayores ingresos, vulnerando la garantía del artículo 14 bis y el artículo 16 de la Constitución Nacional, no brindó suficientes argumentos que evidencien que la fórmula diseñada por el Congreso de la Nación -en ejercicio de facultades que le son propias- con los resguardos de validez impuestos por la Corte, resulta lesiva de las garantías constitucionales que invoca. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- Fallos 344:3700.

¹¹ Del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti, en los autos "Municipalidad de General Roca s/Acción de inconstitucionalidad (leyes provinciales 4317 y 4318)"; Fallos 346:580.

inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico¹².

Estos antecedentes dan cuenta que la declaración de la inconstitucionalidad de una norma (o varias), requieren –a la luz de la vía aquí abordada- la demostración de un perjuicio concreto al accionante¹³, y la demostración concreta de esos perjuicios que es evidente que no se pueden circunscribir a la presunta ilegalidad genérica del amplio contenido del DNU 70/2023, que si bien llama la atención por su diversidad y volumen, no es menos cierto que esa potestad en la creación y alcance es de incumbencia del Ejecutivo, conforme lo contempla el propio art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, con lo cual su pretendida ilegalidad resulta un fino andarivel a transitar que deberá ser convalidado por la Corte Suprema.

2.3.- Dentro de un proceso

Otra alternativa a considerar para el análisis de este DNU, es el impacto que pueda provocar en un proceso que se va a iniciar, o bien que ya se ha iniciado y desde luego no ha sido posible su invocación, pero se perfila ese impacto en la consideración del justiciable por el alcance de la pretensión que hubiera ejercido.

En el primer supuesto, es evidente que se deberá introducir el planteo de inconstitucionalidad dentro de la demanda que se vaya a promover, si a juicio

¹² Del voto de los jueces Maqueda y Rosatti; Fallos 344:2123

¹³ Toda censura previa que se ejerza sobre la libertad de expresión padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción (Fallos 345:482).

del justiciable la sanción del DNU tiene un impacto directo en el ejercicio de su pretensión.

Toda vez que se trata de una normativa que resultará de aplicación a partir del 29 de diciembre de 2023, pues paradójicamente pese a la urgencia no tiene fecha de entrada en vigencia, motivo por el cual resultará de aplicación el art. 5 del CCCN, en razón de su fecha de publicación en el Boletín Oficial.

Corresponderá a las partes la evaluación sobre su introducción y además el eventual planteo de la cuestión constitucional que ello conlleve, con la necesidad de introducirla concreta y oportunamente, señalando la afectación de la normativa federal en juego, o los principios, derechos y garantías que surgen de la primera parte de la Constitución Nacional que se vean vulnerados.

Otra situación diversa es si el proceso del que se trate ya se hubiera iniciado, y la evaluación que se haga, lleve a la necesidad de evitar un eventual impacto negativo del DNU en la pretensión que se ejerció.

Por lo tanto, la pregunta que cabrá formular, es si ello es inconstitucional, cuáles son las razones que llevan al justiciable a solicitar su inconstitucionalidad y demostrarla en el proceso mismo, lo que implica que en todo proceso se podrá invocar la eventual inconstitucionalidad que se pretenda plantear, denunciando como un hecho sobreviniente esta normativa, lo que requiere para ambos supuestos el tránsito por la vía incidental que permita su introducción, debate y demostración.

El tiempo de su invocación tendrá que ver con el desarrollo del proceso y el eventual impacto del DNU en la decisión que se requiere de la jurisdicción,

para lo cual la norma habilitante para ese planteo, surge del art. 163 inc. 6to. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que señala que: “la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”.

Se advierte así de la norma transcrita que según la incidencia que tenga el DNU en las pretensiones ejercidas podrá ser invocado como una circunstancia sobreviniente a los fines de su evaluación por parte de la jurisdicción¹⁴.

3.- A modo de conclusiones

Desde luego que se ha generado un amplio debate con motivo de la propuesta que se formula a través del DNU 70/2023. Este debate en una sociedad democrática no solo es sano, sino además resulta conveniente que se generen este tipo de encuentros, que no se pueden calificar como enfrentamientos, más allá de las posturas que sustenten políticamente su apoyo o su desestimación, que desde luego resultan absolutamente legítimas.

Ello obedece, por un lado, a las particularidades que tiene este decreto omnibus, como se lo ha denominado, es la que genera este tipo de desencuentros toda vez que tanto jurídica como políticamente ofrece serios reparos.

Y por otro, la exposición que se genera, de no observar los departamentos de Estado involucrados, el debido proceso legal, que requiere la razonabilidad de

¹⁴ La Corte Suprema consideró hechos sobrevinientes a la numerosa normativa que se dictó con motivo de la emergencia del año 2001 en el caso Bustos (Fallos 327:4495).

la normativa que esté a su alcance sancionar, o corregir, o eventualmente descalificar por resultar inconstitucional.

Ello exhibe un fino andarivel que encuentra algunos reparos al tiempo de su tránsito, toda vez que no existe un sistema de vinculatoriedad de precedentes que permitan inferir una respuesta igualitaria de parte de la jurisdicción toda vez que no se puede sostener que exista una interpretación univoca de parte del más Alto Tribunal con relación a la excepcionalidad de este tipo de decretos.

Pues del mismo modo que se han citado precedentes que permiten sustentar la doctrina de la Corte como el caso Verrocchi, no debe pasarse por alto que la Corte Suprema en la década de los '90 convalidó la emergencia que se decretó por vía del DNU36/90 en el caso Peralta¹⁵.

Y poco tiempo después en Videla Cuello¹⁶ sostuvo que “las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas”.

Y agregó que “la decisión acerca de la prudencia, del acierto o conveniencia económico-social de las leyes de emergencia pertenece privativamente al Congreso y es ajena a la función jurisdiccional propia de los jueces” (voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra).

¹⁵ Fallos 313:1513, en donde señaló expresamente que la situación de emergencia debe ser definida por el Congreso.

¹⁶ Fallos 318:1808.

Y finaliza sustrayéndose al conocimiento de una situación de emergencia al señalar que “no incumbe a los jueces el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia, tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado en torno de decisiones que les son propias; lo que no impide el control judicial de razonabilidad de las decisiones del Poder Legislativo” (voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra).

Sin embargo, se amplía ese neblinoso horizonte porque recientemente, en el caso Poggio, citado antes (en la nota 5), la Corte asume una posición restrictiva frente a las facultades del órgano emisor de la actuación cuya control de constitucionalidad se persigue.

Lo cierto es que se abre un debate –social- no solo por el alcance del DNU 70/20123, sino porque si bien, la potestad que ejerció el Ejecutivo –en principio- formalmente no sale de los cauces que contempla la Constitución Nacional, el justiciable quedaría expuesto a una inseguridad jurídica que emana de la labor desplegada por cada uno de los tres poderes del Estado.

Sea por la amplitud con la que el Ejecutivo plantea su DNU, que es una rara avis dentro del mundo jurídico; sea por la labor que le cabe al Parlamento, toda vez que su integración política da cuenta de los inconvenientes que se pueden inferir para su aprobación; como asimismo de la posición que asumirá el Poder Judicial, al tiempo que toque decidir planteos vinculados a la constitucionalidad (o no) del decreto en cuestión.

En una primera instancia debería ser el Congreso Nacional, quien defina la “suerte” que corra este DNU, al margen de las consideraciones que

históricamente han servido como antecedentes seguramente a sus mentores, lo cierto es que existe una vía legislativa para su aprobación o su desestimación.

Luego por otro lado existe una vía judicial para todos aquellos que puedan sentirse afectados, por la violación que se hubiera generado a sus derechos, para petitionar la remoción –por la eventual inconstitucionalidad- que presente la norma que sea motivo de impugnación, siendo importante tener en cuenta que la sentencia que al efecto recaiga en el caso, solo producirá sus efectos entre las partes involucradas en el conflicto, salvo que se trate de una acción colectiva cuya sentencia los produzca erga omnes, y en su caso la clase a la que pueda alcanzar.

Todo esto marca un detalle muy importante a tener en cuenta, que no es otro que el funcionamiento que actualmente tienen nuestras instituciones, pues no solo el Ejecutivo ha aprovechado el desarrollo de su actuación conforme los márgenes que –en principio- la Constitución habilita, más allá de los reparos que el alcance de su actuación merece; sino que frente a ello a su vez el Congreso ha sido convocado a sesiones extraordinarias para abordar el tratamiento de ese DNU.

Y por otro lado el Poder Judicial permite el acceso a la jurisdicción de todos aquellos que sientan afectados sus derechos para reponerlos de la forma que corresponda, para lo cual se han expuesto diversas vías de posible tránsito a esos fines.

Por lo cual la protección de aquellos derechos que se consideren vulnerados encuentran cauce en todos los sistemas de tutela a disposición del justiciable,

con la salvedad que no podrá confundirse una reclamación meramente política, por el alcance que se le ha dado al DNU, con su contenido en particular, que es aquello que deberá ser motivo de objeción concreta y acreditación particular, conforme las vías procesales analizadas.