

Título: LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA LEY INCONSTITUCIONAL**Autor:** Durand, Julio C.**Publicado en:** RDA 2013-86, 602**Cita:** TR LALEY AR/DOC/4950/2013**Sumario:** I. Introducción. II. La jurisprudencia de la Procuración del Tesoro (1963-2012). III. El dictamen en comentario. IV. Crítica**I. Introducción**

En esta misma revista, hace ya más de dos décadas, Julio R. Comadira resumía el estado de la doctrina y la jurisprudencia sobre una cuestión controvertida, entonces y ahora: la actitud que debe asumir la Administración al momento de aplicar una ley que considera inconstitucional (1).

Comadira reseñaba la opinión favorable de Gordillo, Marienhoff, Dromi, Bidart Campos, Bidegain y Sagüés, quienes —con matices— entendieron que la Administración podía dejar de aplicar la ley inconstitucional, y la postura de Linares, Sarmiento García y Quiroga Lavié (2), contraria a esa posibilidad. A continuación exponía su propia opinión favorable y argumentaba que al Poder Ejecutivo, en cuanto encargado de la gestión directa e inmediata del bien común, debía reconocérsele la potestad de no aplicar las normas legales que vulneren la Constitución Nacional. Agregaba, sin embargo, que la decisión debía ser adoptada directamente por el presidente de la Nación (o al menos, autorizada por ese órgano) y acompañada de la remisión de un proyecto de derogación de la ley inconstitucional al Congreso.

El escenario doctrinal dividido que describió Comadira no ha variado significativamente (3). Tampoco se ha modificado la jurisprudencia restrictiva de la Corte Sup. —iniciada en Fallos 269:243, de 1967 (4)—, cuyos precedentes no permiten a las autoridades administrativas dejar de aplicar una ley por su presunta inconstitucionalidad.

En cuanto a la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, hasta 1963 entendió que las únicas posibilidades, frente a la ley reputada inconstitucional, eran i) el veto presidencial, ii) la impugnación judicial y iii) la elevación de un proyecto de derogación para su tratamiento por el Congreso (pero nunca la falta de aplicación). A partir del puntapié inicial de Dictámenes 84:102 (5), la Procuración ha ido avanzando progresivamente en el reconocimiento de la facultad administrativa para dejar de aplicar la ley inconstitucional, hasta aceptarla en casos que —nos animamos a suponer— no serían admisibles incluso para la parte de la doctrina que avaló teóricamente esta posibilidad.

Veamos.

II. La jurisprudencia de la Procuración del Tesoro (1963-2012)

En la citada opinión de Dictámenes 84:102, seguramente redactada por Marienhoff o por alguien siguiendo sus instrucciones, se analizaba la validez de un decreto que creaba una empresa del Estado, a pesar de una ley que impedía al Poder Ejecutivo la creación de entidades autárquicas. El dictamen, en definitiva, propone no aplicar esta ley, por considerarla inconstitucional, en tanto avanza sobre facultades privativas del Poder Ejecutivo nacional. Como se advierte, la cuestión debatida remitía al análisis de la distribución constitucional de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo, sin afectar de manera directa los derechos de ningún administrado. En cuanto a la exclusividad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las normas, se procuró dejarla a salvo con una distinción entre "declaración de inconstitucionalidad" (siempre reservada al Poder Judicial) y "abstención de aplicar una norma declarada inconstitucional" (que es la conducta posible para la Administración) (6).

En el dictamen que corresponde al comentario de Comadira, antes citado (7), se discutía el carácter de ciertas sumas percibidas por agentes de la Lotería Nacional. Mientras la ley 19.767 las consideraba "no remunerativas", varios fallos de tribunales inferiores habían dispuesto lo contrario y declarado la inconstitucionalidad de esa ley, en contra de la pretensión estatal. La Procuración, atendiendo a estos antecedentes y para evitar insistir en la aplicación de una norma que, puede presumirse, iba a ser nuevamente declarada inconstitucional en cada uno de los casos pendientes, admitió la inaplicación de sus disposiciones. Resaltamos, entonces, que la omisión de aplicar la ley redundaba en beneficio de los administrados (en el caso, agentes de Lotería Nacional) y que la Administración consideraba que la ley era constitucionalmente válida.

En Dictámenes 236:25, analizando el proyecto de texto ordenado de la Ley de Fomento de la Actividad Cinematográfica Nacional, la Procuración convalidó la exclusión de la sanción prevista en el art. 25, dec. nec. y urg. 949/1992, que ya había sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema (8). Además de tratarse de una discusión que —en definitiva— remite a la técnica de elaboración de un texto ordenado, finalmente la cuestión se decidió a favor de la inaplicación de una norma general que preveía una sanción al administrado.

Así las cosas, en Dictámenes 242:626 (de 2002), la Procuración se enfrentó, aparentemente por primera vez, con el planteo de un agente público que pretendía la caducidad del sumario por el transcurso del plazo de seis meses indicado en el art. 38, ley 25.164 (de 1999).

El artículo en cuestión dice: "Por vía reglamentaria se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo, como así también el procedimiento de investigación aplicable. Este procedimiento deberá garantizar el derecho de defensa en juicio y establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis meses de cometido el hecho o la conducta imputada".

La Procuración critica con diversos argumentos esta norma y asume —de manera algo dogmática, nos parece— que la aplicación estricta del plazo de seis meses impediría de manera absoluta el ejercicio de la potestad sancionatoria en todos los casos.

La discusión de fondo sobre la razonabilidad y la validez constitucional del precepto legal excede el objeto de este comentario, limitado a analizar los cursos de acción disponibles para la Administración frente a la necesidad de aplicar una norma presuntamente inconstitucional. Asumamos, entonces —para poder continuar el análisis—, que la norma cuestionada es irrazonable e incluso que implica un avance indebido del Legislativo sobre la potestad disciplinaria de la Administración Pública (lo que la tornaría "inconstitucional").

Frente a este panorama, la Procuración propone "seguir el criterio propuesto por el Dr. Miguel S. Marienhoff, en orden a la abstención de aplicar una norma que se reputa inconstitucional" y aconseja ratificar la sanción aplicada al final de un sumario que excedió ese plazo.

Curiosamente, de manera casi simultánea con este dictamen, el Poder Ejecutivo reglamentó el art. 38 de la ley, por medio del dec. 1421/2002, en los siguientes términos: "El procedimiento de investigación aplicable será el establecido por el dec. 467 del 5/5/1999 o el que se dicte en su reemplazo. Los sumarios deberán sustanciarse y resolverse dentro de un plazo máximo e improrrogable de seis meses, en concordancia con las previsiones y términos establecidos en el artículo anterior (9). No se computarán dentro del plazo del sumario las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites cuya duración no dependa de la actividad del instructor y por otras situaciones ocasionadas por el imputado o terceros. En caso de que existiere causa penal en curso, los sumarios quedarán suspendidos al cumplirse el tercer mes de su sustanciación hasta la resolución de la causa penal".

La morigeración de los efectos del plazo en el artículo reglamentario motivó una nueva consulta a la Procuración (en el marco del mismo expediente), pero en Dictámenes 243:349 el organismo asesor insistió en que "la declaración dogmática determinante de un plazo de seis meses... por arbitrario resulta inconstitucional" y que "tal agravio no puede superarse con la reglamentación a dicho artículo" por lo que "sólo cabe atenerse, en orden a los plazos de la sustanciación del sumario disciplinario, a lo dispuesto por el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por dec. 467/1999" (es decir, "inaplicar" el plazo de seis meses indicado por la ley —y ahora también por el decreto reglamentario—).

De este modo, tenemos que

a) el Congreso de la Nación decidió, por medio de una ley, que la Administración no podría aplicar sanciones disciplinarias luego de seis meses desde la comisión de la supuesta falta; se trata, al mismo tiempo, de un claro límite a la potestad sancionatoria de la Administración y de una garantía concreta y específica en beneficio de los administrados sometidos a un procedimiento sumarial;

b) la Procuración del Tesoro entendió que esa ley era incompatible con la Constitución;

c) ningún juez declaró, en general ni en particular, para este caso concreto ni para otros casos análogos, la inconstitucionalidad de la ley;

d) al momento de reglamentar el artículo reputado inconstitucional, el Poder Ejecutivo —advertido ya por la Procuración de las objeciones constitucionales (10)— replicó el plazo de seis meses (aunque matizando sus efectos);

e) a pesar de todo lo anterior, la Procuración insistió en la inconstitucionalidad del plazo (aun con los matices reglamentarios) y recomendó que no se lo tuviera en cuenta; el acto administrativo definitivo —cabe suponer— siguió esa recomendación.

III. El dictamen en comentario

El dictamen que comentamos (Dictámenes 282:009) continúa la línea de este precedente —y de otros dictados en el ínterin— e insiste en que el art. 38, ley 25.164, "es inconstitucional, y por tanto, corresponde abstenerse de su aplicación". Lo mismo con relación al decreto reglamentario, con cita de Dictámenes 243:349, recién mencionado.

Existe una cuestión subsidiaria vinculada a la "interpretación" de la ley, a partir de la cual la Procuración sostiene que aun cuando la norma fuese válida, no impediría la continuidad del sumario porque el plazo es "ordenatorio y no perentorio". A nuestro juicio, el argumento no resiste el menor análisis, a la luz del texto de la ley, pero lo expuesto es irrelevante a efectos de este comentario, ya que lo cierto es que el dictamen sostiene expresamente la validez de la inaplicación de la ley inconstitucional, y sólo menciona este argumento en subsidio.

IV. Crítica

Los argumentos por los que no coincidimos con el criterio expuesto en el dictamen son múltiples. En primer lugar, y con el debido respeto a la autoridad de quienes han argumentado la posición contraria, simplemente no creemos que pueda justificarse, como principio o como excepción, la voluntaria inaplicación de una ley del Congreso por parte de la Administración.

En nuestra opinión, la falta de aplicación de una ley del Congreso por parte de un órgano del Poder Ejecutivo trastoca la prelación normativa emergente de la Constitución y viola el principio de legalidad de la actividad administrativa.

Excusar esa conducta en la "inconstitucionalidad" de la ley es una petición de principios: la ley no será "oficialmente" inconstitucional hasta que no haya sido declarada tal por el órgano constitucional competente, que es el Judicial. En ausencia de tal declaración, todos los operadores jurídicos deben aplicarla, sean particulares, jueces o la Administración. Del mismo modo en que un administrado no podría omitir el acatamiento de una ley argumentando su inconstitucionalidad, el órgano administrativo —tal vez con más razón— debe tener vedada esa posibilidad, que socava uno de los principios básicos del ordenamiento administrativo, como es el del sometimiento de la Administración a la ley.

Lo contrario implica abrir una hendidura susceptible de extenderse hasta poner en riesgo todo el sistema —como, a nuestro juicio, lo demuestra la amplitud que ha adquirido la aplicación de esta excepción, hasta llegar a supuestos como el que aquí comentamos—.

En cuanto al argumento según el cual este criterio supuestamente "restrictivo" conduciría en algunos casos a la obligación de aplicar una ley manifiestamente inconstitucional, con un resultado disvalioso, entendemos que

a) lo mismo puede predicarse respecto de la aplicación de una ley (teóricamente) inconstitucional por parte de un administrado, y nadie supone que el remedio sea autorizarlo ab initio a dejar de aplicar la ley. En todo caso, del mismo modo en que el administrado cuenta con vías judiciales disponibles para plantear la inconstitucionalidad de la ley (incluida la posibilidad de pedir

medidas cautelares), la Administración tiene habilitada esa vía para evitar —si es el caso— que la aplicación "mecánica" de una ley inconstitucional conduzca a un resultado disvalioso;

b) además, en el caso particular de la Administración, el mecanismo del art. 12, LNPA, puede brindar una repuesta adecuada a esa situación excepcionalísima (11). En tal hipotético supuesto, el Poder Ejecutivo debería dictar el acto de aplicación de la ley presuntamente inconstitucional, tal como es su obligación, pero podría suspender su ejecución invocando una o más de las circunstancias habilitantes mencionadas en el art. 12, mientras tramita la declaración judicial de inconstitucionalidad o la derogación de la ley (cuando los efectos de tal derogación puedan extenderse a la situación preexistente). De este modo se resguarda la situación —reiteramos, excepcionalísima— en que se encontraría el órgano administrativo frente a una ley del Congreso manifiesta y groseramente inconstitucional (pero aún no declarada como tal por el Poder Judicial) evitando la generación de perjuicios graves al administrado;

c) finalmente, cuando la aplicación de la ley inconstitucional sea susceptible de provocar graves perjuicios al interés público, podría analizarse como alternativa —quizá más drástica— el dictado de un decreto revocatorio de la ley, en los términos del art. 99, inc. 3º, CN (y siempre que se cumplan las restantes pautas allí indicadas).

Tampoco pensamos que la situación varíe frente a la declaración judicial de inconstitucionalidad de la ley en casos análogos, sea de parte de los tribunales inferiores o de la propia Corte Suprema, sea que la inconstitucionalidad haya sido requerida por la propia Administración o dictada en su contra.

Ciertamente, no dejamos de advertir que se trata de una situación inconveniente: insistir en la aplicación de la ley, en especial, cuando ya existe un criterio reiterado por parte de la Corte Suprema, es seguramente un dispendio inútil de actividad y gastos. Pero así es nuestro sistema jurídico, y una vez más es ilustrativa la comparación con la situación de los demás operadores: en tanto la declaración de inconstitucionalidad no proyecte efectos erga omnes, todos —administrados, jueces y órganos administrativos— estarán obligados a continuar cumpliendo la disposición legal cuestionada. La solución del problema vendrá de la mano de la derogación de la ley por parte del Congreso o de la anulación general del precepto por parte del Poder Judicial cuando ello sea posible, y no de la habilitación al Poder Ejecutivo para discernir —según criterios siempre vidriosos, además— cuando la jurisprudencia es suficientemente numerosa, o el caso es suficientemente análogo, para habilitar la inaplicación.

Para el caso particular del dictamen en comentario, a estas consideraciones generales se agregan otras particulares. En primer lugar, que la ley "inconstitucional" es de 1999, es decir, tiene ya más de diez años, sin que el Poder Ejecutivo se haya molestado en todo este tiempo en promover su declaración judicial de inconstitucionalidad o en elevar un proyecto para su derogación por parte del Congreso (algo que hubiera podido obtener sin mayores dificultades en varios momentos, en atención a la docilidad demostrada por el Congreso frente a propuestas del Ejecutivo).

En segundo lugar, porque —insólitamente— el propio Poder Ejecutivo, que cuestiona la constitucionalidad del plazo, lo incorporó en la reglamentación de la ley. De este modo, no sólo la inaplicación del art. 38, ley 25.164, parece incompatible con la doctrina de los propios actos, sino que la decisión propiciada por la Procuración vulnera, además, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

En tercer lugar, porque la norma legislativa que se decide "inaplicar" consagra una garantía expresa a favor de los administrados, que el Congreso de la Nación se ocupó expresamente de incluir en la ley. Cualesquiera que sean los argumentos del Poder Ejecutivo en contra de la constitucionalidad de esa ley, lo menos que cabe exigir es que los plantee en sede judicial, donde deberá procurarse el debido resguardo de los derechos de los administrados eventualmente afectados. Si bien no postulamos la aplicación directa o analógica de la regla de la "estabilidad del acto administrativo", no deja de ser ilustrativo advertir que —de acuerdo con el criterio de la Procuración— el mismo órgano que no podría dejar sin efecto, sin intervención judicial, un hipotético acto que considerara extinguida la acción sancionatoria por el transcurso del plazo de seis años (es decir, un acto favorable con estabilidad) puede simplemente omitir el dictado de ese acto reglado argumentando la inconstitucionalidad de la ley.

En cuarto lugar, porque el criterio de la Procuración contrasta con su propia jurisprudencia, expuesta en términos indudablemente enfáticos, al momento de denegar recursos y reclamos administrativos en los que se plantea una "cuestión de inconstitucionalidad". En este sentido, basta con comparar los argumentos vertidos en el dictamen que comentamos, con las siguientes reflexiones (extraídas de Dictámenes 202:176, pero repetidas verbatim en muchas otras opiniones):

A tenor del principio de división de poderes, cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revestir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial (conf. Dictámenes 202:9; 240:158). A diferencia del Tribunal Fiscal de la Nación, la Administración carece de una facultad atribuida por la ley para expedirse respecto de la inconstitucionalidad de las leyes cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas. Así, la Administración se encuentra con una valla imposible de sortear a la hora de resolver sobre la legitimidad de normas reglamentarias que han sido dictadas partiéndose de la constitucionalidad de una norma legal cuyo control en tal sentido no le compete.

En el sistema constitucional argentino las sentencias que dictan los jueces carecen de efectos erga omnes. Sus alcances se circunscriben, por vía de principio, al caso concreto sobre el cual han recaído y no obligan sino en las causas para las cuales se han dictado. En efecto, la declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de una ley sino tan sólo la imposibilidad de aplicarla al caso que ha sido materia de juzgamiento.

Es manifiesta la contradicción entre el argumento que impide admitir la ilegitimidad de una norma reglamentaria "que ha sido dictada partiéndose de la constitucionalidad de una norma legal cuyo control en tal sentido no le compete" y los que fundan la inaplicación del art. 38, ley 21.546, y su decreto reglamentario. En nuestra opinión, esta misma "valla imposible de sortear", a la que se hace referencia en el texto transcripto, impide que la Administración prescinda graciosamente, durante más de una década, del plazo de seis meses expresamente determinado por el Congreso de la Nación en el art. 38, ley 21.546.

(1) Comadira, Julio R., "La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", comentario a dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 30/9/1988, RDA, año I, nro. 1, mayo-agosto 1989, p. 167.

(2) Con matices y condiciones diferentes en cada caso, para cuya precisión remitimos al comentario de Comadira y a los otros autores que se han ocupado del tema: conf. esp. Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, t. I, 2ª ed., act., reestr. y aum., Ábaco, Buenos Aires, Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 258 y ss., y Bidegain, Carlos M., "El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro", en AA.VV., *120 años de la Procuración del Tesoro*, Buenos Aires, 1983, ps. 45 y ss.

(3) A excepción del cambio de opinión de Gordillo, quien explica que al advertir el "uso cesarista" de su postulación favorable al reconocimiento de facultades ejecutivas para inaplicar la ley inconstitucional regresó a la tesis original de la Procuración, tal como había sido expuesta en Dictámenes 64:100 y similares (conf. Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Macchi, Buenos Aires, 1979, p. VII-15, esp. nota 39). Cabe agregar también que en 1992 se publicó la obra de Bianchi, citada en la nota al pie anterior, quien agrega su autorizada opinión en contra de la existencia de un "control de constitucionalidad" por parte de órganos administrativos (excepto en el caso de los tribunales administrativos, cuando ello no esté prohibido por la ley, conf. Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I, p. 268).

(4) En la causa "Ingenio y Refinería San Martín de Tabacal v. Salta", la doctrina fue reiterada posteriormente en Fallos 298:511; 311:460 y 319:1420 (citados por Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I).

(5) Debido a Miguel S. Marienhoff durante su desempeño como procurador del Tesoro. Las circunstancias del dictamen están prolijamente descriptas en el comentario de Comadira, Julio R., "La posición de la Administración...", cit.

(6) Esta distinción, sin embargo, ha sido criticada con acierto por Bianchi (*Control de constitucionalidad*, cit., p. 264) y el propio Comadira ("La posición de la Administración...", cit., p. 163) por artificial, ya que en ambas situaciones el efecto práctico es el mismo: la inaplicación de la ley en el caso concreto.

(7) Dictamen del 30/9/1988, expte. nro. 376.369/1988 del Ministerio de Salud y Acción Social.

(8) El artículo preveía la sanción de la "pérdida de la cuota de pantalla que se le hubiere otorgado" al productor que exhibiera por televisión, antes de cumplidos dos años desde su estreno, una película que hubiera recibido los beneficios regulados en la ley 20.170.

(9) El destacado nos pertenece. El artículo anterior dispone: "Art. 37.— Los plazos de prescripción que correspondan, se suspenderán en los siguientes supuestos: I) Por la iniciación de la información sumaria o del sumario y hasta la finalización de éste. II) En los supuestos de iniciación de sumarios por hechos que puedan configurar delitos, hasta la resolución de la causa penal. III) Con la iniciación del procedimiento previsto en el art. 35 del presente y hasta su finalización".

(10) Conf. Dictamen 242:626, cuyos argumentos para justificar la inaplicación del plazo son tomados —según allí se explica— de una nota remitida por la Procuración del Tesoro de la Nación al Poder Ejecutivo, con comentarios sobre el proyecto de reglamentación que luego daría lugar al dec. 1421/2002.

(11) Art. 12, LNPA (parte pertinente): "...La Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

(12) Aunque no parece irrazonable —asumiendo por hipótesis la posibilidad de inaplicar la ley inconstitucional, que nosotros negamos— restringir el supuesto a las leyes que benefician a la Administración o restringen derechos de particulares, impidiendo en todos los casos que la Administración pueda dejar de aplicar una ley de la que resulten derechos o beneficios para los administrados.