

LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE EMERGEN DE LA GARANTÍA POR VICIOS REDHIBITORIOS EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO¹

RICARDO SEBASTIAN DANUZZO²

I. Introducción

El tema cuyo tratamiento abordamos, es según entendemos, de gran importancia para los operadores jurídicos pues se adentra en el estudio de una cuestión que se presenta ciertamente compleja, como es la de la prescripción de las acciones emergentes de la relación de consumo, puntualmente en materia de vicios redhibitorios, para tomar, finalmente, posición en torno a la misma.

II. Definición

Nuestro legislador ha definido a la garantía por vicios redhibitorios en el art. 2164 que establece que son vicios redhibitorios los *“defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella”*. En rigor el codificador definió los vicios o defectos de la cosa que habilitan el ejercicio de las acciones que surgen de la garantía legal.

¹ El presente trabajo fue hecho sobre la base de la ponencia presentada por el autor en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Córdoba, (23,24 y 25 de septiembre del 2009).

² Jefe de Trabajos Prácticos por concurso de Derecho Civil III Curso, Cátedra “B” y Profesor a cargo del Seminario de Derecho del Consumidor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE. Profesor Titular de la Cátedra Derecho Civil III, Universidad de la Cuenca del Plata, Argentina.

III. Caracterización general de la garantía en el derecho clásico

Tradicionalmente se ha concebido a la garantía por vicios redhibitorios, como una garantía de naturaleza legal, esto es, como deber emanado de la ley que recae en la persona del enajenante en los contratos a título oneroso.

La misma se torna operativa en aquellos casos en los que la cosa transmitida detentara un vicio o defecto oculto y de carácter grave, que la tornara impropia para su destino, a tal punto que, de haberlos conocido, el comprador no la habría adquirido o habría dado menos por ella”.

Reconoce al adquirente básicamente dos acciones: la acción redhibitoria y la acción *quanti minoris* (2174 del Código Civil), aunque nada impide, señala Borda, por aplicación de las normas generales del derecho común, que el adquirente tenga la alternativa de suplantar las mencionadas acciones por una de cumplimiento de contrato y acumular además la acción resarcitoria por daños y perjuicios.

Por ende, para que podamos determinar su existencia originando responsabilidad del enajenante, será necesario que los vicios sean ocultos, importantes y anteriores o coetáneos al negocio jurídico.

Esta garantía se traduce a su vez en dos deberes básicos de conducta de *tradens* como lo son: a) El de salir en defensa del adquirente en los supuestos en los que este sufra una turbación de derecho b) El de reparar los daños que le hubiera irrogado al *accipiens* que sufriera la privación del derecho adquirido por parte del tercero.

Esta garantía en el esquema regulatorio del Código Civil puede aumentarse, disminuirse y hasta suprimirse lo que trasunta el carácter supletorio de la norma que la regula (2166 del Código Civil).

IV. La garantía en la Ley de Defensa del Consumidor

La garantía que estamos analizando adquiere nueva fisonomía en el ámbito del derecho del Consumidor en donde presenta algunas particularidades que trataremos de apuntar en forma sucinta.

En primer lugar, ya no se trata de una garantía plasmada en una norma de orden supletorio, sino que por el contrario esta plasmada en una norma de orden público. De allí su carácter imperativo e irrenunciable. De allí que la misma no pueda, como derivación lógica de lo antedicho, ser restringida ni menos suprimida.

En segundo lugar, decimos con **López Cabana** que “el artículo 18 de la ley resuelve, con relación a los vicios redhibitorios, conceder al consumidor la acción indemnizatoria del artículo 2176 del Código Civil, y se lo libera de hacer peligrar su derecho frente al hipotético conocimiento del vicio que pudiera llegar a tener por su profesión u oficio. **Esta norma no puede ser opuesta al consumidor, conforme al inciso 2° del mencionado artículo 18 de la ley**”. Por tanto se trata, Señala **Mosset Iturraspe**, del establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de los defectos por parte del proveedor (artículo 2176) y, a la vez, que el artículo 2170 del Código Civil no pueda ser opuesto al consumidor significa que el proveedor responderá por los daños ocasionados aun en aquellos supuestos en los cuales el consumidor debía, por su profesión u oficio, conocer la existencia de los defectos.

Finalmente, según entendemos el plazo de prescripción de las acciones que emergen de la garantía no será de tres meses como lo establece el Código Civil ni de 6 meses como lo establece el Código de Comercio sino que será, adelante nuestra posición, de 3 años.

V. La norma genérica de prescripción en el ámbito del consumo

El art. 50 de la Ley 24240 (T.M. 26361) textualmente reza: “*prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable del consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.*”

El plazo genérico sigue siendo es de 3 años. Aclaremos que calificamos de genérico al plazo, en razón de que dentro del mismo micro-sistema, existen otros plazos específicos para el ejercicio de acciones concretas mucho más breves.

La novedad es de que ahora se incorpora la relación con los plazos de prescripción que establecen otras normas generales y especiales, y en este caso, como lo ha señalado atinadamente Piedecabras, la reforma introducida por la Ley 26361, se enrola en la posición que se venía sosteniendo en diversas jornadas académicas y eventos de difusión científica y afirma que se aplicara el plazo mas favorable al consumidor, disipando todo tipo de dudas.

El informe de elevación así lo explica, señalando que la incorporación de este texto adicional es para aquellas relaciones de consumo en las que el plazo de prescripción también se encuentra contemplado en otras normas positivas, debiendo optarse siempre por el plazo más favorable al consumidor.

VI. La norma específica en materia de vicios aparentes en el ámbito del consumo

La ley contiene plazos específicos de prescripción como el que establece el art. 11 de la Ley 24240 que textualmente reza: *Garantías: "Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirientes gozaran de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.*

La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y será a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse

para la ejecución del mismo". Es claro que estos plazos de prescripción no son aplicables a las acciones que surgen de la garantía por vicios redhibitorios pues se trata, la que analizamos, de una a garantía distinta de aquella, ya que la misma procede ante vicios o defectos de cualquier índole, aun los manifiestos u aparentes con lo cual se erige en una institución distinta de la regulada por el art. 18 de la Ley que comentamos.

VII. Nuestra Opinión

Entendemos que tratándose de una relación de consumo, valga lo obvio, de naturaleza y efectos distintos a las relaciones jurídicas regidas por el Código Civil y por el Código de Comercio, corresponde la aplicación del plazo genérico de prescripción del Art. 50 de la Ley 24240 para todas acciones que emergen de la garantía por vicios redhibitorios lo que determina una diferencia mas para apuntar entre el esquema regulatorio del derecho clásico, (Código Civil y Código Comercial) y el esquema regulatorio de la ley 24240 (T.M. ley 26361).

Ello en virtud de que el Art. 50 tiene una formulación genérica, es decir habla de las acciones judiciales en general.

"Existen opiniones doctrinarias y jurisprudenciales de prestigio, que en contrario, sostienen que las normas de la ley de consumidor en tanto generales ceden frente a la especialidad que resulta de otras normas, como sería en el caso de la prevista por el artículo 855 del Código de Comercio o el del Art. 4041 del Código Civil en materia de vicios redhibitorios.

La opinión que preconizamos, coincidente con la de **Piedecasas**, encuentra apoyo en tres principios rectores en la materia, el primero de ellos, que nos indica que en materia de prescripción debe prevalecer un criterio de apreciación restrictivo, pues en caso de duda debe estarse por aquella solución que mantenga vivo el derecho; el segundo que refuerza el anterior e impide arribar a una decisión distinta a la que proponemos, es el establecido por el artículo 3° de la ley 24.240 que establecía que "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación mas favorable al consumidor" y cuyo texto conforme la ley 26.361 dispone que "en caso

de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la mas favorable al consumidor”.

El tercero de ellos surge de la interpretación armónica que realizamos de la propia ley que señala **“Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al mas favorable del consumidor o usuario”**. Con lo cual solo se aplicaran los plazos de prescripción previstos en leyes generales o especiales en la medida de que favorezcan al consumidor, no siendo aplicables los mismos cuando lo desfavorezcan, es decir cuando sean mas breves que el plazo genérico del art. 50.

VIII. Conclusión

Finalmente señalo, a titulo de conclusión, que entiendo que el plazo de prescripción para las acciones que emergen de la garantía legal por vicios redhibitorios (Art. 18 de la Ley 24240 (T.M. ley 26361) es el genérico de 3 años de conformidad con lo dispuesto por el Art. 50 de la Ley 24.240 (T.M. ley 26.361), informando al lector que este ha sido el criterio plasmado en la **recomendación V.1** de Comisión de Derecho Interdisciplinario. Derechos del Consumidor de las **XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil** realizadas en la ciudad de Córdoba los días 23, 24 y 25 de septiembre de 2009 en estos terminos: **V. Prescripción en las relaciones de consumo:** 1. *“De acuerdo al régimen vigente, el plazo de prescripción de tres años es aplicable a las acciones y sanciones derivadas de la relaciones de consumo, a excepción que resulte un plazo más favorable para el consumidor derivado de normas generales o especiales”*.

Bibliografía

- BORDA, GUILLERMO A., ABELEDO. Tratado de Derecho Civil. Contratos, 7ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1997.
- ITURRASPE, JORGE MOSSET – WAJNTRAUB, JAVIER H.. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361). Protección Procesal de usuarios y consumidores

- por Osvaldo Alfredo Gonzaini. Editorial Rubinzal Culzoni. Pag. N° 125.
- LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. Revista de derecho Privado y Comunitario, N° 5, Consumidores La contratación de la Ley de Defensa del Consumidor, en Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. CONTRATOS. Parte General. Editorial Rubinzal Culzoni.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE – PIEDECASAS, MIGUEL A. CONTRATOS. Aspectos Generales. Responsabilidad Civil y Contratos. Editorial Rubinzal Culzoni.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2006-3. Interpretación del Contrato. Calificación, Integración e Interpretación del Contrato. Editorial: *Rubinzal Culzoni*. Pag. N° 13.
- PIEDCASAS, MIGUEL A. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1 Consumidores. La ley 26.361, Reseña general. Editorial Rubinzal Culzoni. Pag. N° 112/114.
- RINESSI, ANTONIO JUAN. CONTRATOS. Tomo I y II. Editorial Mave.
- . Relación de Consumo y Derechos del Consumidor. Editorial Astrea.

CONFLICTIVOS D.N.U. UNA VISIÓN FILOSÓFICA, SOCIOLÓGICA Y CONSTITUCIONAL

GABRIELA NOEMI ELGUL¹

“El mayor peligro de la democracia radical, en su misma debilidad interna, es indulgente y benigna y permite que la excesiva libertad prepare el campo a los demagogos y tiranos”. (Platón)

Para Aristóteles la filosofía política es ante todo y en última instancia la búsqueda del mejor régimen por naturaleza en todo lugar y podemos agregar en toda época.² Estos pensamientos nos sirven para pensar en la tarea del filósofo y del científico, de tal modo que de sus enseñanzas podamos inferir cuales son los temas fundamentales de la política y de la función que cumple en nuestra sociedad estas enseñanzas válidas desde antaño, en tanto aceptemos que la filosofía política posee la majestad legítima de las ciencias sociales, de las ciencias del hombre y de los asuntos humanos.

En el devenir de las circunstancias y de rever los conceptos que surgen de estas dos grandes disciplinas podemos decir que estas han sido transformadas de tal manera que, ya no se ocupan de los temas originales, a tal punto que la filosofía política moderna fue reemplazada por la ideología, y lo que en su origen fue una filosofía se ha convertido en una ideología, y es en este punto donde se puede decir, que este hecho forma el núcleo de la crisis contemporánea de occidente.³

Esta crisis se observa en el comportamiento y en el desenvolvimiento de las organizaciones y funciones del estado y de las acciones de gobierno.

¹ Profesora de Introducción al Derecho, Derecho Constitucional Argentino y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas, UNNE.

² C.F.Ética Nocomaquea 1135^a4-5.

³ Leo Strauss “La ciudad y el Hombre” Ed. katz. 2006.

En este sentido y antes de analizar la naturaleza, el origen y la pertinencia de los decretos de necesidad y urgencia es necesario determinar cuales son los principios rectores de nuestra Carta Magna y cuales sus antecedentes inmediatos.

Recordemos que nuestro sistema determina la forma republicana, democrática y federal. Estos principios arraigados y adoptados por nuestros primeros constituyentes siguen estando plasmados expresamente en nuestra Constitución y deberían ser el hilo rector en todas las actividades del estado.

No podemos dejar de señalar que estos principios fueron ya señalados por el gran filósofo Montesquieu en sus estudios respecto de la división de poderes, material que surge del libro nº XI “El Espíritu de las Leyes”, como así tampoco que este gran maestro recogió las enseñanzas de nuestros grandes filósofos griegos que entendían al estado y la división de los distintos estamentos, con el fin de poder determinar los atributos y organizar debidamente el mismo (como Aristóteles, Polibio, Cicerón).

Algunos estudiosos en las lecturas de los autores mencionados, señalan que la diferencia entre ambos, es la perspectiva para determinar la importancia de la división de los poderes en un estado. Para los grandes maestros, conceder de determinados atributos a los poderes que se estaban organizando en un estado era determinar el área de sus competencias y de ese modo organizar correctamente el mismo. Según la teoría de Montesquieu esta iba mas allá de una finalidad de organización, para él con la división de poderes se lograba un propósito garantista, proteccionista, sea de derechos, obligaciones, competencias, responsabilidades, publicidad, etc. Principios básicos que posteriormente serán la columna vertebral y que a mediados del siglo XVIII, darán nacimiento a los movimientos del constitucionalismo.

Estos principios básicos del constitucionalismo son los mismos que inspiraron a los constituyentes a incorporarlos, entendidos no como meras enunciaciones o posibilidades de cumplimiento sino que efectivamente son los fundamentos esenciales que influyen, dan origen, inspiran y justifican al mismo tiempo todo el derecho positivo de un estado. Es la

esencia misma del derecho, que no puede ser vulnerado y mas aun me aventuro decir, en caso de vulnerarse por medio de las normas, estos principios pueden llegar a suplir la misma en aras de la máxima organización política y del sistema constitucional. Esto también ya lo señalaba Montesquieu cuando advertía que todo hombre que siente poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites, por lo que es necesario que el poder frene al poder”⁴.

Al presente esta división de poderes, como uno de los dogmas constitucionalistas no puede ser realizada en forma caprichosa, incongruente ni menos al azar. Esta división de poderes tal como su origen lo indica, lo es en función de garantizar el esquema republicano en su cabal expresión. La organización, las funciones, las competencias están determinadas y regladas normativamente, lo que no quiere decir que su accionar pueda llegar a ser incuestionable, por el contrario, para no permitir abusos y distorsiones, para que no se quiebre este principio, el mismo derecho positivo implementa una interrelación y vigilancia a través de los organismos de contralor a fin de que la división de poderes no resulte en estamentos estancos y absolutos. Lo contrario importaría que la armonía del todo se quebrantara en el primer intento. Por ello si bien orgánicamente están diferenciadas cada una de las funciones, simultáneamente debe ser equilibrado de tal modo que resulte que la división de poderes no sea mas que la distribución de determinadas funciones en resguardo de la soberanía del pueblo, soberanía que es indelegable, negando a cada uno la suma del poder del estado, de tal condición que los tres poderes deben trabajar armónicamente, en colaboración, coordinadamente, al mismo tiempo debe existir un mutuo control que resulta que el propio poder colabora con el poder y a su vez controla el poder.

En este sentido ya Platón en Las Leyes señalaba... si se da demasiado poder a alguna cosa, demasiada vela a un navío, demasiado alimento al cuerpo, demasiada autoridad al espíritu, y no se tiene en cuenta el medio, todo se derrumba y la irreflexión del exceso conduce en un caso a desórdenes, y en el otro a la injusticia, que es hija del exceso. Digo con

⁴ Montesquieu “El Espíritu de las Leyes”, pag. 188, Ed. Heliasta S.R. L, Ed. 1984, Bs. As.

esto amigos míos, que ningún alma humana, joven e irresponsable podrá resistir la tentación del poder arbitrario...”⁵

Es que la significación del principio de división de poderes no significa que estos adoptan un modo individualista, absoluto e independientes de los demás órganos del estado, pues ello resultaría contrario a los principios republicanos vulnerando las garantías no solo individuales sino colectivos establecidos en la Carta Fundamental, desnaturalizando su objetivo, es por ello que debe entenderse al mismo como una separación mitigada, en un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye para el gobierno del estado una vida interior permanente y continuada, al mismo tiempo una garantía de libertad al decir de Hauriou.⁶

Como lo afirmaba Alberdi la Constitución debe ser la carta de navegación de un país. Es en este sentido que todo el ordenamiento jurídico positivo establece determinadas leyes que deben cumplirse irrefutablemente, no sólo para proteger los principios republicanos si no también democráticos. Y dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se establece que la legislación es general. Es decir las leyes dictadas por la Constitución revisten el carácter de generales, emanadas de autoridad competente, en este caso el poder Legislativo, debe ser escrita y obligatoria. Las normas generales refieren a que son dictadas y dirigidas para todos los administrados sin tipos ni distinciones, general en el sentido de Wright⁷ refiere a eminentemente generales, sin distinción de definiciones ni descripciones definidas.

Ya en el ámbito de los decretos de necesidad y urgencia, figura jurídica utilizada mas de una vez con propósitos políticos han tenido diversas denominaciones, a modo de ejemplo, algunos autores llaman “decretos-Leyes”⁸, la mayoría de los administrativistas “reglamentos

⁵ Platón, Obras Completas, Bs As, Omeba, 4 vols.

⁶ Hauriou Maurice, Principios de Derecho Público y Constitucional, Ed. Reus, Madrid.

⁷ Ver Norma y Acción. Una investigación lógica. Trad.P. García Ferrero, Madrid, 1970.

⁸ Miguel A. Ekmekdjian, La inconstitucionalidad de lo llamados reglamentos de necesidad y urgencia, en L.L.1989-E-1297.

de necesidad y urgencia”⁹, otros “decretos de necesidad y urgencia” como ser Sagues, Gowland¹⁰ entre otros.

En nuestro derecho positivo y luego de la reforma del año 1994 conforme surge de los Arts.99 inc 2^a y 100 inc.2^a, se denominan Reglamentos.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la Constitución Nacional, nuestra Carta Fundamental, la competencia para el dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia corresponde y solo en casos excepcionales al Poder Ejecutivo, pero estos deben acreditar suficientemente el estado de Necesidad y/o Urgencia. Posteriormente al dictado de los mismos, deben ser ratificados por el Congreso de la Nación, de lo contrario pierden toda validez.

En todos los casos el estado de necesidad establecido, debe ser estar refrendado con la firma de todos los ministros, conjuntamente con el jefe de gabinetes tal lo enuncia la propia Constitución.

Esta facultad incorporada con la reforma del año 1994 por el acuerdo de los entonces presidentes Carlos Saúl Menem y Ricardo Alfonsín, seguramente fue para avalar los innumerables decretos durante los períodos de gobierno presidencial de ambos, donde por supuestas emergencias económicas, financieras mayoritariamente, a más de otras fundamentaciones, se dictaron centenas de decretos de necesidad y urgencia, o quizás por motivos políticos del momento, de otro modo su incorporación a la Constitución no se explica por ser innecesaria.

Esta institución terminó siendo un despropósito, y obstruyó uno de los principios fundamentales de nuestro estado que es el sistema republicano. Posiblemente para evitar esta violación expresa, en el dictado de la excepcional facultad al Poder Ejecutivo, de los Decretos de Necesidad y Urgencia, expresa que estos solo pueden emitirse en situaciones

⁹ Bartolomé Fiorini, Derecho Administrativo 2, ed. act. t 1, Abeledo-Perrot, pag. 297-1976-

Villegas Basavilbaso, Derecho Administrativo, t.1. Tea, Bs. As, pags. 284 y ss.

¹⁰ Nestor Pedro Sagles, “Los decretos de necesidad y urgencia”, L.L.1985-E-801.

Hector Pozo Gowland, Las leyes y Decretos de necesidad y urgencia ante la Constitución Nacional Argentina, en revista de Derecho Administrativo, Depalma, Bs As., 1991, pag. 527 y ss.

excepcionales. Es irónico y al mismo tiempo incongruente, que en el mismo artículo y antes de establecer la circunstancia excepcional de los Decretos, se afirma que en ningún caso el poder ejecutivo podrá emitir disposiciones legislativas y en el caso de que así los fuera serán pasibles de nulidad absoluta e insanable.

Confirmando lo expuesto anteriormente, se expresa que el Poder Ejecutivo promulga y hace publicar las leyes, estableciendo implícitamente que la regla es que el Poder Ejecutivo no legisla, ésta es facultad exclusiva del Congreso, y extraña al ejecutivo.

Tal es el criterio que confirma la regla, que para el dictado de este decreto de necesidad y urgencia, que es un acto complejo, por lo que requiere de más de una voluntad institucional para considerarlo válido, por lo que debe necesariamente contener la firma de todos y cada uno de los ministros, del jefe de gabinete y ser puesto a disposición del Congreso para su tratamiento en el plazo perentorio de diez días. En el supuesto caso de que el plazo expire o que no sea tratado en el plenario por el Congreso este se torna nulo de nulidad absoluta.

El mismo efecto debe tener cuando no se respeten las representaciones políticas proporcionales en la Comisión, (debe ser en todo los casos, comisión bicameral permanente) esto expresamente también lo establece el Art.9 Inc.3 últ. Párrafo, y no es un tema menor, caso contrario este decreto se vuelve ilegítimo, contrario y violatorio de nuestra Constitución. Y en este sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país se han manifestado, que no se admite como regla la delegación de potestades legislativas.¹¹

Es decir, que la competencia a la que faculta el art.99 inc.2ª de la Constitución Nacional si bien posibilita el dictado en casos extraordinarios de los Decretos no significa que esta competencia sea utilizado en desmedro del estado de derecho, ni por abuso de poderes, extralimi-

¹¹ Becerra Ferrer Guillermo, "Delegación de facultades legislativas", L.L. t. 100, pag. 852.

Linares Quintana Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, t. 9, pag. 265.

Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. I, pág. 774.

tándose de las funciones respectivas, como así tampoco ante la mera enunciación de un estado de necesidad y/o urgencia, de lo contrario al decir de Sabsay, si permitimos al Ejecutivo la potestad legislativa sin el debido control puede éste convertirse en un legislador sustituto¹², poniendo e grave riesgo el estado de derecho.

Primeramente este estado debe ser razonablemente fundado. Cuando nos referimos a que debe estar fundado queremos señalar que este estado de necesidad, entendido como dispensa de la constitución, tal como expresa Sagues debe caracterizarse por ser emergente, apremiante, circunstancial, inesperado, de tal modo que el dictado del mismo debe ser de carácter restrictivo.¹³ En consonancia con lo expuesto Linares Quintana agrega que a más de las características que comprende el estado de necesidad este también debe salvaguardar el interés de la comunidad. Si tiene como sujeto necesitado a la colectividad, sólo en este caso y en salvaguarda de los intereses colectivos, se considera el dictado del decreto. Este debe tener un fin legítimo, en pos de los intereses vitales de la comunidad, sólo así se justifica el dictado de los decretos y la vigencia de los mismos se condiciona a la subsistencia de estas condiciones temporales, accidentales y excepcionales.¹⁴

En el caso de que estas situaciones y caracterizaciones no puedan fundamentarse podríamos enfrentar una crisis al principio de seguridad jurídica. Principio muy caro a nuestros constituyentes que ya lo enuncian categóricamente y así observamos en el Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815 en su art.20 cuando enunciaba “la garantía que concede el Estado a cada uno para que no se viole la posesión de sus derechos, sin que primero se verifiquen aquellas condiciones que estén señaladas por la ley para perderla” misma cláusula que fue reproducida por el Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817. Nuestra Constitución de 1826 con idéntico criterio reproducía en su Art.159 “Todos los habitantes del Estado deben ser protegidos en el goce de su vida, reputación,

¹² Sabsay Daniel Alberto, Revista la Ley, Año LXXIV, N° 21, Argentina.

¹³ Sagues Nestor Pedro, Derecho Constitucional y derecho de emergencia, Rev. La Ley, ejemplar-1990.

¹⁴ Linares Quintana Segundo V., La Legislación de emergencia en el Derecho Argentino y Comparado, L.L. T³., Secc. Doct., pág. 907 y ss.

libertad, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de ellos sino conforme a las leyes". En el mismo sentido Proyecto de Constitución de Alberdi lo enunciaba en su art. 19 también con características similares se encuentra la redacción del actual artículo 18 de nuestra Constitución. En idéntico sentido se expresan constitucionalistas prestigiosos comentando el caso Peralta entre otros, donde señalan, que invocando estado de necesidad, los magistrados de momento, posibilitaron al Poder Ejecutivo carta blanca para legislar en asuntos que no son de incumbencia de ese poder, asomando un futuro de incertidumbres, claramente dejando abierta la invitación para destruir la seguridad jurídica.¹⁵

Se violentaría igualmente el principio de legalidad y se manifiesta cuando ante la crisis o emergencia señalada, hay ausencia de control efectivo sobre este fenómeno. Solo se permite el dictado de este tipo de normas, y se las considera válidas, no ilegales, cuando existe un grave riesgo social, de otro modo nuestra C. Nacional no habilita a optar discrecionalmente entre el dictado de una ley y un decreto de necesidad y urgencia.

Tal como lo ha manifestado Spota, si bien necesario no es suficiente para dar con el fenómeno abordado contar con la ocurrencia de un proceder estatal generalizado desprovisto de apego a la normativa que prescriba su quehacer, se configuraría el quiebre del principio, es decir la crisis de legalidad cuando concurren dos aristas anexas y complementarias. La primera radica en un obrar positivo por parte del Estado que importe inobservancia del principio de legalidad. Empero, con ello no basta para dar por consumado el fenómeno descrito, pues debe conjugarse con la segunda-la inexistencia de un contralor político eficaz –previsto normativamente– que venga a reestablecer, de modo real– la ilegalidad señalada. Ello así, puesto que la comisión de conducta ilegítima –per se– no acarrea forzosamente ilegalidad, sino cuando se da de modo pleno, dato que ocurre siempre que no medie interdicción suficiente.¹⁶

¹⁵ Midón Mario A.R., "La Suprema Emergencia y los Decretos de Necesidad y Urgencia", en *Temas de Derecho Constitucional*, pág. 277.

¹⁶ Spota Alberto (h), Ponencia "La crisis de Legalidad", Congreso de Derecho Constitucional, Tucumán, 2009.

Es así que causas del quebrantamiento del principio de legalidad han sido claramente descriptas mucho antes que ahora y sabiamente explicadas, tomemos como ejemplos los trabajos de Esteban Echeverría “El Dogma Socialista”, Domingo Faustino Sarmiento “Facundo”, Juan B. Alberdi “La Bases y el Sistema Económico y Rentístico”, Bartolomé Mitre “Historia de Belgrano y San Martín”, V.F. López “Historia de la República Argentina José Ingenieros “La Evolución de las Ideas Argentinas”, entre otros tantos.

En lo que refiere a los D.N.U. para poder establecer si no violentan el principio señalado al decir de Midón, previamente debemos verificar si un DNU satisface el *test* de razonabilidad y esta es una operación lógica que para el operador de la Constitución (Poder Judicial y/o Congreso) debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la Ley Fundamental. Esto es, la existencia de necesidad, más la urgencia, más los acontecimientos que impiden la deliberación del Congreso.¹⁷

Para poder enarbolar el estado de derecho, deberíamos repensar en los conceptos y las categorías básicas del derecho natural moderno, que son los que afirman y lo fundamentan, y casi son seguridad deberíamos recurrir al concepto de autoconservación. Todos los derechos naturales de Hobbes a Rosseau remiten a la autoconservación y la construcción misma de la sociabilidad secular y no se concibe sino partiendo del presupuesto de la autoconservación.¹⁸

En este sentido el gobierno determina las competencias de cada uno los poderes, y resulta así que las leyes son obra del arte legislativo, el arte legislativo es la forma superior de la sabiduría práctica o la prudencia, la prudencia que se ocupa del bien común de una sociedad política, distinta de la prudencia en el sentido primario de atender al propio bien.¹⁹ Por esta razón es que nuestro ordenamiento celoso de respetar estas competencias detalla en que casos el arte legislativo de

¹⁷ Midón Mario A.R., Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales, La Ley. 2001. Bs. As, p. 120.

¹⁸ Meabe Joaquín, Derecho y Filosofía Social, en Rousseau, pág. 25, Ed.1993, UNNE.

¹⁹ Leo Strauss La ciudad y el hombre” Pag.42 Ed-Katz 2006.

crear leyes como representantes del pueblo, resigan la misma al ejecutivo excepcionalmente.

Si analizamos, como González Calderón²⁰ a la República como una comunidad políticamente organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo, de tiempo en tiempo y responsable ante el mismo de su administración, no podemos dejar de señalar que este no es sino el acuerdo de los hombres libres.

Es el mismo acuerdo que da lugar al pacto de asociación, que dará a luz al cuerpo político legítimo, es aquel acto en si, que supone la concurrencia de cada individuo, en donde cada uno de ellos enajena la totalidad de sus derechos, y como todos lo hacen al mismo tiempo y en las mismas condiciones (igualdad) y de modo voluntario (libertad) la unión resultaría perfecta, de tal modo que el hombre si bien permanece libre, sin embargo al obedecer al cuerpo político no estaría obedeciendo sino a sí mismo, tal como lo interpreta Meabe. De tal modo como expresa Rousseau, "cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y así nosotros recibimos de nuevo a cada miembro como parte indivisible del todo".²¹

Cuando Rousseau continua expresando en su discurso que los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente aunar y dirigir las que existen y no les queda otro medio, para conservarse, que formar por agregación una suma de fuerzas, en el concurso de varias, nos impone reflexionar y concluir tal como infiere Meabe, que ese concurso de varios no es sino la sociedad, la sociedad pre-política que por el pacto alcanza su identidad como pueblo, es este pacto que supone unanimidad en el sentido mas profundo, como lo único que hace inteligible el acto y en esto se acerca a la utopía, en el sentido que otorga M. Weber²² y que exhibe destacados ejemplos en la historia como en el caso concreto de la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776, que para los

²⁰ González Calderón, Juan, Curso de Derecho Constitucional, 2ªEd., pag. 49 y ss.

²¹ J.J. Rousseau, Capítulo Sexto, Libro I, del Contrato Social.

²² Max Weber en su Ensayos "La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social, incluido en Ensayos sobre metodología sociológica, trad. castellana. Jose Luis Etcheverry BsAs, ed. Amorrortu 1973, pag. 39-101.

norteamericanos es un acto de enajenación total, un pacto verdaderamente unánime que los hizo posibles como pueblo al tiempo que les dio nacimiento como cuerpo político.²³ Es el contrato social, aquel contrato social que integra y constituye la voluntad general legisladora, y del cual el gobierno no puede legislar, sino sólo administrar, tal como lo analiza R.V. Gómez.²⁴

Por último y para reflexionar sobre el estado de Derecho formal y materialmente en el que efectivamente queremos cumplir los distintos roles que nos corresponde como protagonistas y no simples espectadores, podríamos recordar el pensamiento de nuestros constituyentes de 1853... “En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas [el Congreso] les pide y aconseja obediencia absoluta a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”.²⁵

²³ Meabe Joaquin, Derecho y Filosofía Social, en Rousseau, pág. 52, Ed.1993. UNNE.

²⁴ Vargas Gómez Rafael, “La lectura del Contrato Social de Rousseau”, Versión Preliminar, Fac. de Derecho, Inst. de Sociología, 1990, UNNE.

²⁵ Sesión del 7 de marzo de 1854. Ver Emilio Ravignani, Asambleas Constituyentes Argentinas, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Tomo IV, p. 683.