

Voces: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA ~ FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ PODER EJECUTIVO ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ DELEGACION LEGISLATIVA ~ PRESIDENTE DE LA NACION ~ PODER LEGISLATIVO ~ PODER JUDICIAL ~ DESPIDO ~ DESPIDO SIN CAUSA ~ INDEMNIZACION POR DESPIDO

Título: Diálogo entre precedentes, retórica e identidad institucional en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre DNU

Autor: Thury Cornejo, Valentín

Publicado en: Sup. Const. 2011 (agosto), 09/08/2011, 42 - LA LEY 2011-D,

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2011-06-28 ~ Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/despido](#)

I. Una sentencia, un precedente y varias preguntas. II. ¿Qué dijo la Corte Suprema en Consumidores Argentinos?. III. Encuentre las siete diferencias. IV. La política del fallo. V. Colofón.

"Estos son mis principios. Si a usted no le gustan, tengo otros"

Groucho Marx

I. Una sentencia, un precedente y varias preguntas

El 28 de junio de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa Aceval Pollacchi c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles s/despido. Julio C. Aceval Pollacchi fue despedido sin causa el 7 de abril de 2003. El art. 16 de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario 25.561 (Adla, LXII-A, 44) había suspendido por 180 días —corridos— esa clase de despidos y dispuso que, en caso de realizarse, debía pagarse al trabajador el doble de la indemnización prevista por la legislación laboral vigente. (1) La suspensión caducaba el 6 de julio de 2002, pero el 27 de mayo de ese año el Poder Ejecutivo Nacional la prorrogó —a partir del vencimiento del plazo original— por 180 hábiles administrativos. (2) Para ello se amparó en razones de urgencia que hacían "imposible seguir el procedimiento ordinario para la formación y sanción de las leyes" e hizo uso de "las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional". (3) La Cámara Laboral le reconoció al actor el derecho a la doble indemnización y la Corte Suprema avaló esa decisión. En fallo dividido determinó que el uso de esas facultades de excepción por parte del PEN se encuentra dentro de los parámetros constitucionales.

Mientras en su primera sentencia con su actual conformación en la que analizaba el régimen constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia - Consumidores Argentinos c. Estado Nacional, (4) en adelante, —CA—, el Máximo Tribunal había declarado la inconstitucionalidad del Decreto 558/2002 (La Ley Online) a través de una argumentación sumamente restrictiva, ahora adopta una postura deferente respecto del accionar ejecutivo y aprueba la norma. La paradoja que presenta el caso Aceval Pollacchi —en adelante, AP— es que para llegar a esa solución se cita expresamente la doctrina que emana del precedente CA. Ello nos sugiere varias preguntas iniciales. La diferente solución, ¿se debe a una aplicación de la misma doctrina a circunstancias diversas? O, por el contrario, ¿hay una variación en la doctrina establecida al sentenciar CA? Para responder a estas preguntas, es necesario entablar un diálogo entre ambas sentencias. Sin embargo, hacerlo solamente a un nivel de doctrina jurídica sería insuficiente. La Corte Suprema expresa muchas cosas diferentes en una sola sentencia: resuelve un caso concreto, fija doctrina para los siguientes, construye su imagen de cara a los actores jurídicos y políticos y, en el largo plazo, va creando su identidad como tribunal. Y hace todo esto, intentando acrecentar su capital simbólico, que es el que le da la fuerza de autoridad para lograr obediencia a sus decisiones. Por ese motivo, la lectura jurídica debe complementarse con un análisis de los procesos de legitimación que la Corte Suprema emprende, es decir, con cómo busca presentarse ante el resto de los actores políticos y sociales con los que interactúa.

Esta característica hace que el análisis diste de ser sencillo porque cuando la Corte explica los motivos de sus decisiones, no suele mostrar todas sus cartas. Ello es así porque debe cuidar su fuente de legitimidad y uno de sus pilares es la convicción de que sus decisiones se basan en el Derecho y no en motivaciones políticas. (5) Así, las razones que expresará tenderán a ser de índole técnico-jurídica y, como tales, deben ser fundadas y trascender, de alguna forma, las circunstancias concretas. (6) CA es un caso en el que se interpreta restrictivamente la posibilidad del dictado, por parte del Poder Ejecutivo, de DNUs. La Corte Suprema considera que el DNU examinado en AP debe ser aprobado. CA parece, en este contexto, un antecedente incómodo. ¿Qué hacer? Referirse a él parece inevitable por dos motivos: a) es el único pronunciamiento de la Corte actual donde se articula una doctrina sobre DNUs; y b) la sujeción a los propios precedentes legitima la actuación del Tribunal, también por dos motivos: i.- el precedente funciona como argumento de autoridad, y ii.- la propia sujeción a los precedentes es una actitud loable de parte de la institución, que demuestra así su sometimiento al derecho por ella establecido. Por ese motivo, en AP la Corte utiliza el precedente CA, pero lo hará de un modo tal que el vino de la mirada restrictiva sobre los DNUs de este último se vuelva a transformar en el agua transparente de la permisividad de AP.

El milagro lo producirá la retórica judicial, que articula todas las variables que componen ese gran balance táctico que es una decisión de la Corte Suprema. (7) Las sentencias judiciales son, además de actos con contenido jurídico, artefactos comunicativos que encierran en ellos toda esa complejidad. El análisis retórico será un componente esencial del diálogo que intentaremos y nos permitirá echar luz sobre algunas oscuridades, por ejemplo, las derivadas de la búsqueda de consenso. (8) En este sentido, la hipótesis que guía las páginas que siguen es que el diálogo entre AP y CA nos va a permitir entender la verdadera dimensión y sentido del precedente CA y la doctrina allí establecida. Esta interacción comenzará intentando desmontar el complejo entramado de citas y referencias jurídicas que componen una sentencia. Pero ese será solo el primer paso, que nos permitirá luego intentar una lectura que contemple los aspectos institucionales de la actuación del Tribunal. Las numerosas diferencias en los contextos de ambos casos —por ej: la posición estratégica de la Corte no es igual, tampoco lo son los derechos en juego en los casos ni el grado de cohesión interna del Tribunal— serán la puerta de entrada para un análisis de los procesos políticos de legitimación que subyacen a la "doctrina jurídica" y su aplicación.

II. ¿Qué dijo la Corte Suprema en Consumidores Argentinos?

Los cinco ministros que conforman la mayoría en AP (Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni, Highton y Maqueda) coinciden en la remisión a CA. En el considerando 5° de AP expresan:

"Que en cuanto a la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 883/2002, cabe subrayar que esta Corte en un pronunciamiento reciente ha reconocido, por un lado, la atribución con que contaba el Poder Ejecutivo tras la reforma de 1994 para dictar disposiciones de esa naturaleza, aún con anterioridad a la sanción de la ley reglamentaria 26.122; además, en esa sentencia ha establecido los requisitos que condicionan la validez de disposiciones de esta naturaleza, por lo que a las consideraciones efectuadas en dicho fallo corresponde remitir por razones de brevedad (causa "Consumidores Argentinos", voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerandos 5° a 13; voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco, Fallos: 333:633)". (9)

Esta referencia es central en la argumentación que realiza la mayoría ya que señala con el dedo la construcción doctrinal que va a utilizar en su decisión. "Este es el estándar jurídico que construí y al que ahora me voy a someter", dice la mayoría. La declaración tiene, entonces, un doble valor: de refrendo y de aplicación. La Corte Suprema confirma la doctrina establecida en Consumidores Argentinos y la utiliza para aplicarla a un caso concreto con características diferentes. Lo hace de un modo particular, ya que no reproduce ni resume lo allí elaborado sino que solamente lo refiere.

Sin embargo, la doctrina que emana de CA no está tan clara como esta referencia pareciera sugerir. En efecto, en CA la Corte Suprema hace dos cosas: da un criterio general de interpretación sistémica del instituto de los DNUs y, además, algunas definiciones respecto de su régimen. Respecto de la interpretación general, hay consenso entre sus miembros —de allí la adhesión de Argibay hasta el considerando 10—; en los aspectos concretos, en cambio, hay opiniones divergentes que explican la diversidad de votos —cinco—, a pesar de coincidir todos los Ministros en la inconstitucionalidad del DNU examinado. Esta diferencia plantea un problema respecto de la continuidad argumentativa que existe entre esa interpretación sistémica —restrictiva, como dijimos— y las definiciones más puntuales —v.gr: el valor de la intervención legislativa—, ya que esas cuestiones saldrán a la luz cuando la Corte argumente en pro de la validez de un DNU y no respecto de su nulidad. En suma, cuando haya que estar a la altura de las circunstancias.

Pero para poder desarrollar mejor este argumento y ver su importancia en la resolución de AP, desgranemos el razonamiento que se enunciaba en CA:

* Hay una línea que conecta los objetivos esbozados en la Convención Constituyente para la reforma de 1994 con la jurisprudencia de la Corte, representada por su interpretación restrictiva en el caso Verrocchi -1999- (10)

* Los convencionales trataron de remediar la "sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo" y, por ese motivo, "consideraron conveniente regular en forma explícita aquella facultad, sustentando tal decisión en la necesidad de introducir parámetros de interpretación restrictiva...". (11)

* Esos objetivos son los que deben guiar la interpretación del texto constitucional, tal como se dijo en Verrocchi: "el texto transcrito (artículo 99 incs 3) es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país". (12)

* La estructura institucional que sostiene la interpretación anterior se enmarca en el principio de división de poderes, traducido en el binomio "prerrogativa-control". Se incorporan "facultades excepcionales de los poderes constituidos, con el fundamento de que aquello significaba la institucionalización de los mecanismos de control a los que se los sometía". (13)

* En ese esquema, los jueces tienen la atribución de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos, ya que el art. 99 inc. 3) fija "estándares

judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación". (14)

* ¿Cuál es ese estándar? La sentencia vuelve a remitir a Verrocchi: "1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; 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". (15)

El control judicial se muestra, en esta argumentación de la Corte Suprema, como una atribución que es al mismo tiempo un deber constitucional. En efecto, los jueces deben controlar la atribución presidencial pues la misma no es entendible sino en el marco de un sistema de controles recíprocos. El sistema diseñado por la Constitución Nacional respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia implica la actuación de los tres poderes: Presidente, Congreso y Poder Judicial, y la participación de los dos primeros —por ejemplo, ante una eventual aprobación del DNU por parte de la Comisión Bicameral— no excluye el control judicial posterior. (16) Ello es así, principalmente, porque los DNUs son normas jurídicas de naturaleza legislativa y, como tales, tienen el mismo régimen de control judicial que las leyes. No hay motivo, en este sentido, para negarles a los jueces el control de constitucionalidad sobre las mismas previsto en la Constitución Nacional ni para suponer que, en el caso de los DNUs, aquél fuera ejercido exclusivamente por el Congreso. Ahora bien, ¿hasta dónde debe llegar ese control judicial? La mayoría postula un criterio absolutamente amplio: debe hacerse "sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquélla que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación". (17) Ahora bien, si afirmamos la competencia del Poder Judicial para controlar, situar la línea divisoria para ejercer el control va constituir una cuestión fundamental. El estándar fijado en Verrocchi, por ejemplo, significaba una línea divisoria concreta. Esta formulación más amplia, ¿significa desdibujarla?

Digamos que esta formulación amplia concreta una gran alquimia: un consenso doctrinal que enmascara aproximaciones diversas de los Ministros de la Corte. Una visión general, dogmática y principista sobre la reforma constitucional que se define en su aplicación a la situación concreta. Para algunos, la visión restrictiva del instituto es tajante y por ello sostienen que el Poder Ejecutivo no tenía facultades para dictar DNUs hasta tanto no se constituyera legalmente la Comisión Bicameral Permanente. Por esa razón, Argibay y Petracchi fulminan el DNU desde el vamos y no entran en estas discusiones ulteriores. Sí lo hacen los otros cinco ministros, de un modo en que la coincidencia en el resultado final —nulidad del decreto 558/2002— matiza algunas diferencias importantes en el modo en que el control será ejercido:

* Lorenzetti, Fayt, y Zaffaroni, por ejemplo, subsumen el análisis de la existencia de necesidad y urgencia en su examen de razonabilidad de la medida. Su voto no analiza directamente la conformación de situaciones excepcionales, sino que se limita a medir si los instrumentos usados se adecuan a esa declaración. La medida dispuesta por el DNU es permanente, la situación que buscaba remediar es transitoria; ergo: no es constitucional. (18)

* Highton de Nolasco sostiene que el Poder Judicial debe evaluar estrictamente la existencia del presupuesto fáctico para el dictado del DNU, a falta de la intervención de la Comisión Bicameral Permanente. (19) En esa situación, el examen debe ser esencialmente formal y no sustancial, ello es, comprobando —o no— la existencia de los presupuestos fácticos.

* Para Maqueda, lo verdaderamente determinante para la validez de un DNU es evaluar si la intervención legislativa "permite inferir la voluntad del Congreso Nacional de ratificar o derogar el DNU". (20) Es el titular de la potestad legislativa y si no hay pronunciamiento suyo, el DNU es inconstitucional. Esa intervención no impediría el análisis de la facticidad de la necesidad y urgencia, tarea esencialmente judicial. (21)

La fuerza de la determinación final en el caso Consumidores

Argentinos —decretar, por primera vez con esta composición de la Corte Suprema, la invalidez de un DNU— aglutinó posiciones que, de modo latente, tendían a divergir. Ello creó, quizás, la ilusión de la existencia de una doctrina y una posición institucional del tribunal respecto de los DNUs que necesitaría nuevas pruebas de solidez. AP las provee y la —en apariencia— ingenua referencia a este precedente resulta cuanto menos problemática, y nos obliga al análisis de las disrupciones que se producen entre esa argumentación y la práctica concreta.

III. Encuentre las siete diferencias

Los distintos votos del fallo de la Corte Suprema en AP no le dedican demasiado tiempo a la descripción de las circunstancias del caso ni a los pormenores de la evolución normativa de la materia. Simplemente, enunciada la cuestión a decidir —determinar la vigencia del art. 16 de la ley 25.561 en aras de establecer la cuantía de la indemnización— y calificado el decreto 883/2002 como DNU, (22) pasan a discutir su validez. Allí entroncan la remisión a CA que transcribimos al comienzo del apartado y tres son las posiciones que podemos identificar de acuerdo a como el precedente es interpretado y utilizado. La más lineal y por ello menos problemática a la hora

del análisis es la que protagonizan Argibay y Petracchi, en votos separados. Como el decreto 883/2002 fue emitido antes de la conformación de la Comisión Bicameral Permanente, se atienen a la opinión expresada en CA de que, por ese motivo, son nulos. La cuestión no es tan sencilla para el resto de los miembros del Tribunal, que para llegar a una solución favorable a la validez del DNU deben remontar la corriente en contra que les marca el precedente. Dos son las estrategias que siguen: Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni minimizan la fuerza de esa doctrina, pasan rápidamente por el cumplimiento de los requisitos fácticos de la existencia de necesidad y urgencia y se detienen más en los aspectos sustanciales —de fondo— de la normativa discutida. Highton y Maqueda, en cambio, afrontan de forma directa los desafíos que la doctrina de Consumidores Argentinos plantea, evalúan los requisitos de validez del DNU y, contemplativamente, lo aprueban.

III.a. Operaciones retóricas

El voto de Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, según vimos al comienzo del apartado II, traza una línea de continuidad directa con CA. Ahora bien, si releemos esa cita y luego revisamos el desarrollo de la sentencia del 2010, notamos una compleja utilización retórica del precedente. La misma se articula a través de una serie de pasos que, sutilmente, van vaciando de contenido al precedente:

1) Una referencia intencionada: cuando el voto —en su considerando 5 antes citado— remite al precedente, no lo hace abiertamente sino que direcciona esa referencia a los dos puntos que le interesa resaltar. En primer lugar, resalta "la atribución con que contaba el Poder Ejecutivo tras la reforma de validez de disposiciones de esta naturaleza aún con anterioridad a la sanción de la ley reglamentaria 26.122". Recién luego, en segundo lugar, expresa que "además, en esa sentencia ha establecido los requisitos que condicionan la validez de disposiciones de esta naturaleza, por lo que a las consideraciones efectuadas en dicho fallo corresponde remitir por razones de brevedad". (23) En esta breve remisión a CA se realizan, de modo conjunto, dos operaciones retóricas: I. se subvierte el contenido simbólico de la sentencia anterior, al trastocar su orden argumentativo y poner en un lugar preeminente una afirmación que sólo se halla implícita —pero no expresada formalmente— en el precedente, y II. se cambia, de modo significativo, la expresión con la que se relaciona el dictado de DNUs y la autoridad que puede hacerlo, lo que aquí, como seguidamente explicaremos, es una "atribución", en CA era la "admisión del ejercicio".

En efecto, CA se hallaba estructurado de forma de resaltar el consenso existente entre los miembros de la Corte Suprema en cuanto a la interpretación que debía dársele al régimen de los DNUs en la reforma constitucional y a la afirmación de la potestad judicial para controlarlos. Ese era el rol que cumplían los considerandos 1 a 13 de ese voto. (24) La definición respecto a que el Presidente podía dictar DNUs aún con anterioridad a la conformación de la Comisión Bicameral es algo que no se afirma directamente, sino que puede leerse en los considerandos de la mayoría posteriores al consenso referido. (25) Allí, los distintos votos manifiestan que el DNU es anterior y pasan a evaluarlo de acuerdo con los parámetros de control enunciados anteriormente. ¿Qué quiere decir esto? En primer lugar, que el reconocimiento de esa "atribución" no se halla enunciado de modo explícito en CA; en segundo lugar, que al no estarlo, tampoco se formulan en el precedente razones constitucionales que sustenten esa interpretación; y, finalmente, que esa afirmación, implícita y sin fundamentar, forma parte del disenso en CA, no del consenso. (26)

La referencia que se hace a Consumidores Argentinos no es total, sino que se encuentra direccionada a la remisión autoritativa a un precedente que recorre otro camino argumentativo. Y ese razonamiento, que sustenta toda la estructura del fallo, es puesto en un segundo lugar de importancia por la remisión que se hace. (27) Ello se refleja en el cambio de terminología utilizada. Así, lo que aquí aparece como una afirmación de la atribución con la que contaba el Poder Ejecutivo de dictar DNUs era en el precedente citado un matizado recorrido por los fines de la reforma de 1994 y que llevaba a esta formulación:

"...el texto transcrito es elocuente (n. de la r.: art. 99 inc 3 y 100 inc. 13 CN) y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país ("Verrocchi)". (28)

Entre el actual "reconocimiento de una atribución" y la anterior "admisión del ejercicio de facultades legislativas" hay un océano retórico, que remite a las diferencias existentes entre aquellas posiciones sostenidas tradicionalmente por el PEN —dictar DNUs es una atribución presidencial, en pie de igualdad con el resto de las enunciadas en los arts. 99 y 100— y las más restrictivas. Tanto la argumentación como la mención conceptual que se realizaba en CA entraban en esta última categoría, como expresamente lo reconoce el considerando citado.

2) Argumentación por remisión: al mencionar pero no reproducir las condiciones de validez de los DNU enunciadas en CA, el voto de LFZ transforma un articulado discurso respecto de las atribuciones del Poder Judicial para evaluar la existencia del estado de necesidad y urgencia en un mero check-list. Esta reducida mención de los requisitos formales del DNU es resuelta en dos breves considerandos: uno para declarar que existió necesidad y urgencia, el otro para constatar que la materia no era de las prohibidas por el art. 99 inc. 3. Analicemos el primero:

"7º) Que en el sub lite corresponde tener por cumplido el recaudo relativo a la existencia del estado de

necesidad y urgencia que justifica el dictado de la norma atacada según lo ya resuelto por el Tribunal en la causa "Valente, Diego Edgardo c/ Bank Boston N. A." (Fallos: 327:4422) y en C.1642.XLI "Cardoso Graña, Ana Carolina c/ Argencard S.A. s/despido", sentencia del 16 de mayo de 2006. En el mismo sentido, esta Corte comparte las consideraciones efectuadas respecto a esta cuestión en el punto IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal en la causa S.1352.XL "Salemme, Héctor c/ Emece Editores S.A y otro", fallada por el Tribunal el 18 de julio de 2006."

Cuando uno lee la sentencia resulta verdaderamente sorprendente que la doctrina de CA se circunscriba en AP a un acto de autoridad —"corresponde tener por cumplido el recaudo relativo a la existencia de necesidad y urgencia"— cuya argumentación se hace por remisión a los precedentes. Pero más sorprendente es constatar, al revisar esos antecedentes, que en esos casos no se discutía la validez de ningún DNU. Antes bien, de modo indirecto en las dos sentencias citadas y más directamente en el dictamen de la Procuradora Fiscal en Salemme, lo que se discutía era la relación existente entre la medida de fondo dispuesta —doble indemnización— y la situación de crisis que había motivado su adopción. Nada se dice allí —y por tanto nada se dice en este voto— sobre los requisitos fácticos de la necesidad y urgencia que tanto se desarrollaron en el precedente CA. Más bien esta intrincada redacción, bastante lejana de los objetivos de transparencia comunicativa del Tribunal, parece asimilar lo que son los requisitos para el ejercicio —acrecido por la emergencia— de un poder de policía en manos del Estado —arts. 14 y 28 CN— con los dispuestos por el art. 99 inc. 3 para el dictado por parte del Ejecutivo de un DNU.

3) Borrando huellas: la estrategia de remisión a antecedentes jurisprudenciales es posible gracias a la difuminación de las exigencias fijadas en CA. Como mencionamos más arriba, la Corte afirmaba allí, esencialmente, dos cosas sobre el control de la necesidad y urgencia: que el Poder Judicial podía controlar esos presupuestos y que la Constitución fijaba estándares judicialmente verificables para hacerlo. ¿Cuáles mencionaba la Corte? Según transcribimos en el punto II, con cita de la sentencia Verrochi fijaba que era lo que había que entender por necesidad y urgencia a la luz del art. 99 inc. 3. La Corte no menciona esa referencia pero lo verdaderamente importante es que elude el análisis que ese estándar le imponía. (29) En ninguna parte del voto de Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni hay un intento de constatación o, al menos, una referencia a los requisitos allí fijados. "Hecha la ley, hecha la trampa", reza el dicho popular. Pues bien, ocultado el parámetro de medición, ya no hay trampa posible. Solamente la nuda voluntad del juzgador que elige considerar cumplida el requisito de la necesidad y urgencia sin contestar ninguna de las preguntas del formulario.

4) Yendo a lo sustancial: luego de las brevísimas referencias a la existencia de necesidad y urgencia, el voto se expone respecto de la validez sustancial de las normas —prohibición de despedir sin causa y pago de doble indemnización—, a través del clásico examen de razonabilidad (cons. 9 y 10). Lo hace en parte por remisión al dictamen de la Procuradora en el caso Salemme y a mayor abundamiento, enuncia una serie de consideraciones sobre los bienes jurídicos en juego en la situación planteada. El argumento citado decía que "no se advierte la norma ostensiblemente irrazonable, en particular si se repara: a) en los elevados índices de desempleo; b) en que el artículo limita la facultad rescisoria del empleador por medio de un aumento de la tarifa, mas no le impide o prohíbe despedir; y c) en que se trata de una disposición transitoria objeto de periódicas revisiones por el Poder Ejecutivo (cfse. Decs. Nros 883/02, 662/03, 256/03, 1351/03, 369/04, 823/04, etc.) y aún por el legislador (v. art. 4 Ley 25792)". (30)

Estos argumentos, emitidos en el año 2005, son repetidos textualmente en el dictamen que la Procuradora Fiscal realiza en la causa Aceval Pollacchi, en el año 2006. ¿Por qué remitir a ese antecedente y eludir la mención directa del dictamen de la causa que se está juzgando? La única razón aparente es que el voto quiere referirse a lo sustancial y eludir, nuevamente, el tratamiento de la necesidad y urgencia que se halla tratado —de modo favorable a la vigencia del DNU— en ese dictamen. Algunas puertas, dice la Corte por medio de esta compleja estructura retórica, es mejor no abrirlas. Más vale concentrarse, como hace en el largo considerando 10, en las cuestiones sustanciales y en los "inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones sociales propias de la situación a la que se aplicó". (31) Este discurso sobre la protección del trabajador que las normas discutidas encarnaban no desciende al análisis de la política pública en concreto —análisis de la razonabilidad de los medios empleados—, sino que se limita a articular una serie de ideas-fuerza: dignidad personal del trabajador, armonía social, etc. Visto de modo panorámico, el argumento de este voto se estructura, retóricamente, como un rápido tránsito por las partes más deterioradas de la casa para llegar y sentarse cómodamente en el lugar más confortable de la misma, donde uno se siente seguro y puede declamar sus verdades.

III.b. Haciendo los controles

El otro voto que conforma la mayoría en Aceval Pollacchi, el de Highton y Maqueda, sigue una estructura que diverge del que acabamos de analizar. A partir de un tronco común —la referencia a CA en el considerando 5to es casi igual al de LFZ—, (32) el voto marca diferencias en cómo se debe considerar lo que allí se dijo. Intenta así realizar un análisis del cumplimiento de los parámetros fijados en ese precedente. Donde LFZ pasaban de puntillas, Highton y Maqueda van a tomar el toro por las astas. Dos son los puntos relevantes en este sentido: I.- uno, en línea de continuidad con lo que ambos Ministros expresaron en CA, es la centralidad que

tiene el análisis de la intervención legislativa respecto del Decreto 883/02; y II.- el otro es el detenimiento con el que se trata de dar cuenta de los requisitos vinculados con la necesidad y urgencia.

1) Intervención legislativa: el art. 4 de la ley 25.972 "prorroga" la medida dispuesta por el art. 16 de la Ley 25.561 y "sus modificatorias" y le da vigencia hasta que la tasa de desocupación, según medición del INDEC, sea inferior a 10%. ¿Qué efectos tiene esta medida legislativa sobre la validez del decreto 883/2002? Highton y Maqueda la ponen en un lugar relevante de su camino argumental, que debe leerse a la luz de la opinión de este último en CA. Si no hay intervención legislativa posterior, el decreto es de por sí inválido. Ahora bien, ¿basta esa intervención? Veamos que dice el texto del voto:

7º) Que en este caso que, como se adelantó en el considerando 4º, se refiere a un decreto dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente —a la que hace referencia el art. 99, inc. 3º de la Ley Fundamental— se ha producido la intervención legislativa, pues de las previsiones del art. 4º de la ley 25.972 se infiere la voluntad del Congreso Nacional de adoptar el criterio expresado por el Poder Ejecutivo en el decreto 883/02)...".

La intervención del Congreso es un requisito que Maqueda había puesto como necesario para considerar válido el DNU pero no es suficiente para superar el test de constitucionalidad. Se ve aquí el punto de encuentro con Highton, que en CA había sostenido que era la falta de intervención de la Comisión Bicameral Permanente la que habilitaba al Poder Judicial a controlar la existencia de necesidad y urgencia. Así, ambos respetan sus opiniones anteriores y coinciden en que el Poder Judicial, en este caso, debe controlar la existencia de necesidad y urgencia. Sin embargo, del cumplimiento del requisito de la intervención legislativa no se extrae ninguna consecuencia jurídica más allá de la de abrir las puertas al control judicial. En efecto, ¿qué significa que se infiere la voluntad? ¿El decreto está por ello ratificado? ¿O es una simple opinión del Congreso? (33) Desde su disidencia, Argibay hace el trabajo que este voto omite y llega a la conclusión de que "inferir" es mucho menos de lo que pide la Constitución Nacional:

"El argumento propuesto por la señora Procuradora Fiscal subrogante no consigue revertir la referida presunción de inconstitucionalidad, en la medida que atribuye a una hipotética ratificación implícita, contenida en una ley dictada más de dos años después (ley 25.972, del 15 de diciembre de 2004), el mismo efecto que el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional otorga al tratamiento expreso e "inmediato" por ambas salas del Congreso. La mencionada ley prorroga la suspensión de los despidos, pero nada dice sobre lo actuado con anterioridad por el Poder Ejecutivo. Debe recordarse que el criterio seguido por la Constitución al crear el procedimiento de revisión de los decretos de necesidad y urgencia, pretende mucho más que la sola aprobación o rechazo por el Congreso (Fallos: 329:5913, 5937, voto de la jueza Argibay)." (34)

2) Necesidad y urgencia: lo que en el voto de LFZ era un acto de autoridad, con intento de fundamentación en decisiones anteriores, se transforma en el voto de Highton y Maqueda en una verdadera argumentación:

8º) Que, en consecuencia, corresponde evaluar en el sub examine la existencia de un estado de necesidad y urgencia. Con ese objeto, cabe recordar que el decreto 883/2002 fue dictado en el contexto de acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más agudas en la historia contemporánea de nuestro país, hecho público y notorio cuya gravedad fue reconocida por el Tribunal en reiterados pronunciamientos. (...)

9º) Que el decreto 883/2002 fue dictado el 27 de mayo de 2002, cuando ya se estimaba para el primer trimestre de ese año el pico más alto de desempleo y subocupación de la historia estadística argentina, con su consiguiente efecto devastador en el nivel de pobreza e indigencia de los argentinos. Sus considerandos —que evidencian la urgencia que imperaba en el proceso de toma de decisiones públicas para paliar el creciente costo social de la crisis— explican que esta norma se inscribió en el "conjunto de medidas legal y reglamentariamente integradas, que operan durante este período excepcional como un mecanismo regulador del llamado despido arbitrario, en el ámbito del sistema nacional de relaciones laborales (...)"

(...) En consecuencia, aceptada la situación de grave perturbación económica, social y política que representaba el máximo peligro para el país y la imperativa necesidad de adoptar en ese contexto medidas orientadas a contribuir al sostenimiento de las fuentes de trabajo, cabe concluir que existieron en el sublite —tal como lo postuló el decreto impugnado— las circunstancias fácticas que el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario ("Verrocchi", Fallos: 322:1726, considerando 10)."

El hecho de que Highton y Maqueda realicen el análisis de la necesidad y urgencia nos permite al menos discutir el efectivo cumplimiento de los parámetros fijados en CA, cuestión que nos era retaceada en el voto de LFZ y nos obligaba a un acto de aceptación de su decisión autoritativa. Hemos avanzado, pues, a otro estadio. La Corte dice que va a controlar y efectivamente lo hace. Pero... ¿son buenas sus razones? Aquí la cuestión se complejiza, porque el Tribunal, que ha fijado estándares restrictivos en CA y Verrochi, termina defiriendo la evaluación del cumplimiento de los mismos a la opinión del Poder Ejecutivo. En efecto, el voto cita extensamente los considerandos del DNU y adhiere al examen que el mismo hace de la situación pero no realiza un análisis autónomo. Por ejemplo, habla de "grave perturbación económica, social y política" y de "imperiosa necesidad de tomar medidas", pero ¿cumplen con los requisitos de Verrochi para decir que hay necesidad y urgencia que habilite el dictado de un DNU? La Corte no avanza más allá de lo expresado por el PEN. Hacerlo

significaría, por ejemplo, haber analizado esta secuencia temporal: el plazo de la Ley 25.561 vencía el 6 de julio de 2002; el PEN dictó el Decr. 883/02 prorrogando ese plazo, a partir del efectivo cumplimiento del original, el 27 de mayo de ese año. O sea, el DNU fue dictado 5 semanas antes del vencimiento de la medida dispuesta en la ley. ¿Cómo justificar una medida caracterizada por la excepcionalidad e inmediatez pero que, a la vez, se puede prever con tanto tiempo de antelación? ¿Cómo sostener, a la luz de Verrochi, que en esas 5 semanas era imposible cumplir con los plazos legislativos? Estas preguntas no son formuladas ni sugeridas en el voto, que parece apoyarse en la confianza que le brindan las razones ejecutivas.

IV. La política del fallo

En AP, la mayoría marca el precedente CA como el punto de origen de su doctrina respecto de los DNU. Por esa razón refiere a ella y la expone como el fundamento de su solución convalidatoria. Así, CA juega retóricamente como un argumento de autoridad, ello es, una verdad que no es sometida a discusión. En los párrafos anteriores hemos intentado problematizar ese uso y discutir su aparente carácter lineal. Al hacerlo, hemos mostrado cómo el razonamiento de la mayoría relativiza enormemente la doctrina que emanaba de CA y, sobre todo, la argumentación que la sostenía. Los votos analizados nos proponen un diálogo con los precedentes en el que, lejos de ser estos la base de una construcción doctrinal, terminan fungiendo como meras razones instrumentales de la decisión del Tribunal. ¿Cómo ilumina, entonces, la doctrina de CA lo dicho en AP? Por un lado, nos obliga a bajarle el tono a la declamación restrictiva que adornaba esos considerandos y a poner en duda los estándares allí establecidos. La sensación que nos queda, después del diálogo que emprendimos, es el de una armazón que se ha vaciado por dentro y en la quedan por descubrir elementos estructurantes no expresados directamente en los votos. (35) Por otro lado, esa puesta en duda de la doctrina misma que emana de CA nos obliga a mirarla más desde su función política que jurídica, o sea, desde la legitimación que ella provee a la actuación de la Corte Suprema antes que desde el prisma del Derecho. (36)

Emprendamos este último camino, vayamos hacia atrás y revisemos el contexto político en que la Corte se había pronunciado en CA. El verano había sido "movido", crisis del Banco Central mediante. (37) Los DNU que creaban el Fondo del Bicentenario y removían al Presidente del BCRA habían sido objeto de discusión judicial, legislativa y, por supuesto, mediático-política, pero la Corte Suprema no tomó intervención en ese debate. (38) Sin embargo, se comenzaba a avizorar su pronunciamiento en un caso sobre DNU sin tanta exposición, pero en el cual la Corte Suprema pudiera fijar límites al uso de estos instrumentos normativos por parte del Poder Ejecutivo. (39) Como ya mencionamos, hasta ese momento el Tribunal, en su actual composición, no se había pronunciado sobre el asunto y era necesario "enviar una señal". (40) No es casual, por lo tanto, que la sentencia fuera emitida y dada a conocer en un momento en el que el Tribunal se hallaba en el centro de atención para que interviniera en el conflicto de la Ley de Medios. (41) Leída contextualmente, entonces, CA significaba para la Corte cumplir con una tarea pendiente —cuando aún la tinta de los diarios veraniegos se hallaba fresca— y, al mismo tiempo, ganar espacio de maniobra actual al emitir un fallo que limitaba al Poder Ejecutivo.

Pero no daba lo mismo hacerlo en cualquier controversia. La Corte Suprema "eligió" hacerlo en CA, donde se discutía la validez del Decreto 558/02, que modificaba la Ley 20091 de Entidades de Seguros. Una breve comparación de los trámites seguidos en CA y AP, en el ámbito de la Corte, puede ayudarnos a ver cómo el Tribunal elige pronunciarse sobre un caso en una situación determinada. El expediente del AP ingresó al Tribunal el 17 de junio de 2005 y su sentencia fue emitida el 22 de junio de 2011. Tiempo total de tramitación: 6 años. En cambio, CA ingresó a la Corte el 21 de junio de 2007 —dos años después que AP— y el fallo salió un año antes. Tiempo total de tramitación: 2 años y 10 meses. Durante ese período, AP tuvo 20 pases internos entre las vocalías de los Ministros, 13 de ellos antes de la emisión del fallo en CA. Cuando salió la sentencia de CA, en mayo del 2010, todos los miembros del Tribunal tenían conocimiento circunstanciado de AP. ¿Por qué, en esas circunstancias, hacerlo en uno y no en el otro? La primera razón es evidente: en CA, la Corte decidió no convalidar un DNU y si necesitaba posicionarse en el escenario político, debía mostrarse fuerte frente a las "extralimitaciones del Ejecutivo". La segunda está imbricada con la primera: para esa solución negativa, la Corte contaba con consenso entre los siete miembros. AP, como vimos, no cumplía con ninguno de estos requisitos. (42)

La existencia de consenso es fundamental en cuanto a la legitimidad de la decisión, por dos motivos: uno, porque la ausencia de disensos legitima la acción del Tribunal, en tanto la decisión consensuada refleja la existencia de un Derecho único, estable y armónico que los jueces interpretan y que fundamenta su aplicación neutral, y dos, más pragmáticamente, porque las decisiones únicas contribuyen a la claridad en la expresión de la doctrina que emana de la sentencia. (43) El primer motivo parece obedecer al orden de las causas y el segundo, al de las consecuencias. Dicho de otro modo, la búsqueda de legitimidad genera necesidad de consenso, la falta de él provoca una variedad de opiniones que conspira contra una visión única del derecho en juego. En este sentido, la necesidad de la Corte de hacer oír su voz en la esfera pública y así realzar su perfil en el sistema, potenció el consenso expresado en los considerandos iniciales de CA. A través de la enunciación de altos estándares de interpretación del art. 99 inc. 3 y la correlativa solución negativa del caso, la Corte Suprema emite una señal cuyos destinatarios son el Poder Ejecutivo, el resto de los actores políticos y la opinión pública. Ese mensaje, enunciado de forma clara, con una interpretación terminante de la cláusula, articulado y

principista, tuvo una gran repercusión pública. (44) Pero, según vimos, en CA no todo era consenso. Este aspecto es el que termina resaltando en la lectura que AP hace de CA, tal como lo demuestran la existencia de disidencias y los votos de mayoría con el único punto en común de la remisión a CA.

Tomado en su contexto político y analizado a la luz de la construcción de imagen del Tribunal, CA es estratégicamente perfecto. Pero las promesas de campaña hay que cumplirlas luego en la gestión, y AP aparece como un test para los altos estándares fijados en CA. Las circunstancias han cambiado: pasado el huracán, es tiempo de resolver los asuntos que quedaron en la lista de espera. La diversidad de características de los casos le plantea un desafío. AP toca de cerca los intereses del público común, de los trabajadores y el examen se centra en una política de emergencia, transitoria —pero no tanto, dadas sus sucesivas prórrogas— y a la que el Congreso le ha dicho "ni". La Corte había sentado doctrina en CA. Continuarla a través de AP implicaba dos movimientos, uno hacia el pasado y otro al futuro. El pasado estaba representado por su precedente, al que la Corte debía ser fiel en esta instancia. El futuro, por la continuación de una construcción doctrinal sobre los DNU a instancias de los nuevos problemas que le planteaban los decretos de prórroga de la situación excepcional prevista por el art. 16 de la Ley 25.561. A nuestro entender, nuestro Alto Tribunal no hace ni lo uno ni lo otro: resuelve el caso pero no se siente verdaderamente limitada por su precedente; tampoco ensaya nueva doctrina que la constriña hacia el futuro.

La elección estratégica ante la cual la Corte Suprema se encontraba y que AP saca a la luz es la de construirse institucionalmente o quedarse con la mayor cantidad de cartas en la manga. La primera opción implica auto-limitación. A través del seguimiento de sus propios precedentes, la Corte va limitando su capacidad de movimientos futuros. Su legitimidad pasa, justamente, por la sujeción de las decisiones circunstanciales a esos parámetros dados. Las valoraciones políticas pasan por el tamiz de la regla de derecho fijada. La segunda opción supone que la Corte no se autolimita, sino que deja abiertas numerosas variables que siempre van a necesitar de una decisión discrecional. Por ejemplo, la regla fijada en Verrochi acerca de cómo entender la existencia de necesidad y urgencia es un estándar verificable, cuya utilización no permite excesiva flexibilidad. ¿Qué es lo que hace entonces la Corte? No lo utiliza. Usa, en cambio, frases retóricas que demuestran su conformidad con la decisión del Ejecutivo pero que no aparecen sujetas a ningún parámetro concreto de evaluación. "En este caso", parece decir, "creo que hay necesidad y urgencia. En el próximo... vamos a ver". De este modo, la Corte Suprema construye poder político, ello es, conserva la capacidad de decidir en asuntos cruciales de modos no necesariamente prefijados por sus antecedentes. (45)

Tomar ese camino implica dejar de lado su rol de articulador de un verdadero discurso constitucional. Como sostuvimos en otra ocasión, (46) el tribunal está llamado a cumplir el papel de un verdadero actor cultural. Una de las formas en que lo hace es a través del desarrollo doctrinal de los contenidos de la Constitución. Este caso, en concreto, le ofrecía la oportunidad de pronunciarse sobre una situación novedosa: un decreto de prórroga de una situación de excepción, que es a la vez parte de una sucesión de DNU que extienden la vigencia de la norma de emergencia. ¿Es igual ese DNU, en esta situación, a cualquier otro DNU? ¿Al analizado en CA, por ejemplo? La sentencia AP no distingue, prefiere mirar el eslabón antes que la cadena. Dijimos antes que en las decisiones individuales que emite el Tribunal va tejiendo su identidad, su rol en el sistema político ¿Cuál va a ser el lugar desde el cual va a hablar? Hacerlo desde la legitimación que otorga su capacidad de "decir el derecho" implica someterse a reglas, aún las fijadas por ella misma, y supone también la vocación por desarrollarlas. Antes que eso, la Corte Suprema parece haberse tratado de ocupar aquí, con el menor daño posible a su imagen, de los asuntos pendientes que la resolución de CA dejó tras de sí.

V. Colofón

Creemos que el análisis de AP ha servido para iluminar algunos aspectos de las relaciones entre doctrina jurídica y política que se dan en las sentencias de la Corte Suprema. El mismo no ha pretendido resolver las tensiones ni puede dar respuestas terminantes, sino más bien mirar por debajo de la superficie e ir identificando las variables puestas en juego. Algunas conclusiones jurídicas salen a la luz, por ejemplo, la relativización de la fuerza de la doctrina de CA o la sutil emergencia de líneas de razonamiento que guían —casi invisiblemente— los votos de los Ministros. Pero ello no hubiera sido más que un ejercicio teórico sin la conexión de esos datos con la lenta formación de una identidad institucional por parte del Tribunal.

La construcción institucional no es una consecuencia necesaria de la actuación de la Corte Suprema así como una doctrina jurisprudencial no se alcanza por acumulación desordenada de casos. Más bien, es el resultado de un trabajo de autolimitación del Tribunal, que fija reglas y se somete voluntariamente a ellas, dejando de lado la discrecionalidad que la nuda interpretación constitucional le proveería. Este proceso, sin embargo, no se da en un limbo. Sus sentencias son siempre situadas, contextualmente limitadas por diversos factores, entre los cuales juegan las preferencias políticas y/o ideológicas de los integrantes del Tribunal y el poder relativo con el que cuentan para imponer, en su caso, sus decisiones al resto y, en conjunto, a los actores del sistema. Esta multiplicidad de tensiones se revela cuando hay que articular una explicación y por ello creemos que el estudio de este caso ha sido revelador de las elecciones estratégicas que nuestra Corte Suprema, silenciosamente, va tomando.

(1) El referido artículo dice así: "Suspéndese la aplicación de la Ley N° 25.557, por el término de hasta

NOVENTA (90) días. Por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contravención a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente".

(2) Con posterioridad, dichas prórrogas continuarían y el PEN emitiría los Decretos 662/03, 256/03, 1351/03, 369/04 y 823/04 hasta llegar al momento en que lo transitorio se hiciera un poco más permanente por medio del artículo 4 de la Ley 25972 que a fines del 2004 (17/12/04) extendería la vigencia de la medida hasta que el tasa de desocupación fuera inferior al 10%.

(3) Considerandos finales del Decreto 883/02 de 27/05/02, publicado en el Boletín Oficial el 29/05/02.

(4) Sentencia CSJN del 19 de mayo de 2010.

(5) Cf. THURY CORNEJO, Valentín, "La "nueva" Corte Suprema y sus estrategias de legitimación", El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, Año XLVI Nro. 11.951, 20 de febrero de 2008.

(6) Estas características fundan, en otras jurisdicciones, la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes. Las razones que justifican esta última, sin embargo, son generales para todos los sistemas. Cf. ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily, "Los jueces como creadores de reglas", en Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho Nro 4 (2010), pp. 128-167.

(7) Cf. KAPISZEWSKI, Diana, "Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases", Law & Society Review, Vol. 45 No. 2 (2011), pp. 471-506.

(8) A la multiplicidad de variables materiales y temporales que componen una decisión judicial se le suma, en el caso de la Corte Suprema, la característica de ser un órgano colegiado de siete miembros, cada uno con su propia visión del sistema jurídico y sus propias ideas políticas. La búsqueda de consenso entre los Ministros, al acentuar afinidades y disimular diferencias, suele tornar oscuras algunas afirmaciones o, por el contrario, simplifica en exceso cuestiones complejas.

(9) La mayoría del fallo Aceval Pollacchi se conforma de dos votos: uno emitido por Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, el restante, por Highton de Nolasco y Maqueda. Ambos coinciden en la remisión al precedente Consumidores Argentinos, con pequeñas diferencias lingüísticas pero que no varían el contenido sustancial. Es de hacer notar que el voto de los tres jueces no menciona que, en ese precedente, el voto concurrente de Maqueda también adhería a las afirmaciones contenidas en los considerandos 1 a 13 (ensayamos una explicación del por qué de esta omisión, infra, en la nota 26). Highton y Maqueda en el considerando 5to, espejo del transcripto, remiten al voto de la primera mayoría, al de Highton y también al de Maqueda.

(10) "Verrocchi, Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración General de Aduanas s/acción de amparo", CSJN, 19 de agosto de 1999.

(11) CA, Voto de Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni (al que adhieren Highton, Maqueda y Argibay), considerando 5°.

(12) CA, Voto de Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni (al que adhieren Highton, Maqueda y Argibay), considerando 10°.

(13) CA, Voto de Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni (al que adhieren Highton, Maqueda y Argibay), considerando 5°.

(14) CA, Voto de Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni (al que adhieren Highton y Maqueda), considerando 11°.

(15) CA, Voto de Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni (al que adhieren Highton y Maqueda), considerando 13°.

(16) En este mismo sentido, Santiago, Alfonso (h.) y Veramendi, Enrique: "Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122", JA, 2006-IV-1358/1395, p. 1389.

(17) CA, Voto de Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni (al que adhieren Highton y Maqueda), considerando 12.

(18) CA, Voto de Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 14.

(19) En el considerando 14 dice que "... la norma cuestionada fue dictada con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional. Esta circunstancia, habilita a este Tribunal —ante la inexistencia del debido control legislativo exigido por la Ley Fundamental—, a evaluar el presupuesto fáctico —la configuración de un estado de necesidad y urgencia— que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos" (subrayado nuestro) 20. O sea que, para Highton, la intervención de la Comisión Bicameral Permanente implicaría el impedimento por parte de los jueces de evaluar los elementos fácticos de la declaración de necesidad y urgencia.

(20) CA, Voto de Maqueda, considerando 14.

(21) Dice así en el considerando 17 que: "Debe reiterarse que es al Poder Judicial a quien incumbe en cada caso concreto puesto a su consideración ponderar si existe verdaderamente un estado de necesidad y urgencia que habilite el ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias atribuidas al Presidente de la Nación. Esta

responsabilidad implica ejercer una facultad fiscalizadora de modo claro y rotundo respecto de la preexistencia de la situación invocada por el Poder Ejecutivo..." (CA, Voto de Maqueda, considerando 17)

(22) La primera definición que da la Corte Suprema en su sentencia es que el Decreto 883/2002 es, efectivamente, un Decreto de Necesidad y Urgencia. La Sala II de la Cámara Nacional del Trabajo había expresado que "existió en el legislador una delegación de facultades, positiva y expresa, en el sentido de proteger el nivel de empleo, por lo que debe entenderse que el decreto 883/2002 es un reglamento de ejecución de un programa de preservación del empleo" ("Aceval Pollacchi, J. C. c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A s/despido", 30/12/04). Los siete Ministros de la Corte coinciden en calificar a este decreto como de Necesidad y Urgencia, basándose para ello en las propias declaraciones del Poder Ejecutivo al dictarlo, invocando razones de urgencia y fundando su competencia en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

(23) Aceval Pollacchi, voto LFZ considerando 5to, HM, considerando 5°.

(24) Consenso al que también adhería, aunque parcialmente, Carmen Argibay.

(25) CA, considerando 14 de los votos de Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, del de Highton y del voto de Maqueda.

(26) Por ejemplo, la posición de Maqueda en CA difiere tanto de la primera mayoría como de Highton en que para él, la falta de intervención legislativa vicia de nulidad el decreto. Ello parece explicar que LFZ no remitan en el transcripto considerando 5to de AP a su voto en CA, a pesar de que Maqueda también suscribió los considerandos 5 a 13 de CA. El voto de Highton y Maqueda, al hacer la cita de CA, si referencian también el voto de este último. ¿Por qué la diferencia? LFZ parecen citar el precedente CA para, principalmente, fundamentar la afirmación de que los DNUs anteriores a la reforma constitucional podían ser emitidos por el Presidente. Por eso no incluyen en su cita a Maqueda, que difiere parcialmente de esa posición. Pero la mención de los considerandos 5 a 13 no fundamenta la inclusión de los decretos dictados en esa circunstancia en los que pueden ser válidamente emitidos, porque esa inclusión se realiza, como se menciona en el texto, en el considerando 14. Esto habla a las claras de que ese voto intenta hacerle decir al precedente algo que este no dice expresamente.

(27) En este sentido, es fundamental el uso del "además, ..." con el que se referencian los requisitos de validez fijados en Consumidores Argentinos.

(28) CA, Considerando 10.

(29) Siendo puristas, podríamos sostener que la referencia no sería estrictamente necesaria porque la remisión a CA la incluye. Siendo suspicaces, podríamos sostener que la referencia global hecha en el considerando 5to permite estos "olvidos" y omisiones.

(30) Dictamen de la Procuradora Fiscal en la causa "Salemme, Héctor c. Emecé Editores S.A. y otro s/despido", 2 de diciembre de 2005.

(31) Aceval Pollacchi, LFZ, cons. 10 1er párrafo.

(32) Vid. supra notas 10 y 26.

(33) Una respuesta afirmativa a esta última pregunta parece encontrarse en el voto de LFZ. Este se refiere a esta medida legislativa y sostiene que de ella "se infiere que el Poder Legislativo ha reconocido eficacia al decreto que, según surge de los considerandos que anteceden, ha superado el examen de constitucionalidad" (cons. 11). Al poner esta opinión luego de su propio análisis del DNU, el voto hace dos cosas: descarta que la intervención legislativa sea condición de validez del decreto —si no, lo hubiera analizado junto con el resto de ellos— y la hace jugar como un refrendo a su propia posición, adoptada en los considerandos que anteceden. En la estructura de este voto, este considerando final jugaría como un quinto instrumento retórico: la opinión del Legislativo ha ido en el mismo sentido que la de la Corte Suprema.

(34) AP, Considerando 6°, párrafo 8°. Nótese cómo Argibay polemiza con la interpretación de los dos votos de la mayoría, pero no lo hace directamente sino que mediatiza la discusión refiriéndose a la opinión de la Procuradora Fiscal.

(35) Uno de ellos podría ser, por ejemplo, el de la relación entre forma —reglas de juego— y fondo —decisiones sustantivas—. Para Argibay y Petracchi, la letra y el espíritu de la Constitución Nacional fijan reglas de juego que la Corte debe controlar y esclarecer, más allá de lo que esté en juego materialmente. Así, la sustancia de la medida no puede sanear el vicio originario en la forma. Para la mayoría, en cambio, esas reglas de juego no tienen un valor independiente que la Corte deba defender. En el caso de LFZ, porque se imbrican de tal modo con la sustancia que no terminan siendo analíticamente separables. En el de HyM, porque la interpretación de su validez la hace, primeramente, el propio Poder Ejecutivo y el Judicial solamente controla con deferencia.

(36) Aunque somos conscientes del enorme poder legitimador que la ortodoxia jurídica tiene sobre la actuación del Tribunal. Cf. MILLER, Jonathan, "Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina", Revista Argentina de

(37) Cf. SANTIAGO, Alfonso (h.) y VERAMENDI, Enrique, "Tormenta de verano. Los fallos sobre los decretos referidos al BCRA. Relaciones recíprocas entre el control legislativo y el control judicial", *El Derecho* Nro 12.453, 1° de marzo 2010.

(38) El Tribunal declaró que la causa "carecía de objeto actual" (Pinedo, Federico - Inc. Med. (8-I-10) y otros c. EN - dto. 2010/09 s/proceso de conocimiento, CSJN, 3 de marzo de 2010), ya que al momento de ese pronunciamiento el Poder Ejecutivo había derogado el Decreto 2010/09 —creación del Fondo del Bicentenario— por medio del decreto 296/2010.

(39) Cf. por ejemplo, esta nota de Irina Hauser —Todos tras la búsqueda de una sentencia— en Página 12 del 3 de marzo del 2010.

(40) Cf. MANILI, Pablo Luis, "Nuevo fallo sobre decretos de necesidad y urgencia. Algo de oportunidad y poco de novedad", *Jurisprudencia Argentina, Suplemento sobre Jurisprudencia de la CSJN*, 2010-II, 30/6/2010.

(41) Un desarrollo más extendido de estas ideas, puede verse en THURY CORNEJO, Valentín, "¿Hablándole claro al poder? Estrategia, doctrina y función institucional de la Corte Suprema en un fallo sobre decretos de necesidad y urgencia", *Jurisprudencia Argentina, Suplemento sobre Jurisprudencia de la CSJN*, 2010-II, 30/06/2010.

(42) A mayor abundamiento, el caso presentaba otras características que favorecían la actividad declarativa que la Corte quería realizar. Por un lado, se trataba de un DNU del año 2002. Si bien esto planteaba alguna dificultad respecto de la posición que considera inválidos a los DNUs emitidos antes de la conformación de la Comisión Bicameral —Argibay y Petracchi—, ese contratiempo era muy menor respecto de la decisión a la que habría tenido que enfrentarse el Tribunal si tenía que emitir opinión sobre el nuevo régimen de la Ley 26122. Por otro lado, confluían tres circunstancias que lo hacían un caso de fácil análisis: la permanencia de la medida de carácter legislativo dispuesta por el DNU, la falta de fundamentación adecuada por parte del Ejecutivo y la ausencia de intervención del Congreso Nacional.

(43) Tratamos esta cuestión con mayor extensión en "Respetuosamente, disiento" (partes I, II y III) del blog Todo sobre la Corte (www.todosobrelacorte.wordpress.com) publicados, respectivamente, el 29 de julio, 2 y 6 de agosto de 2010.

(44) Fomentada por la propia Corte Suprema, que desde el Centro de Información Judicial (CIJ) dio a conocer el fallo CA el mismo día en que se dictó la sentencia. La noticia fue recogida en la primera página de los principales diarios (Clarín, La Nación y Página 12) en su edición del 20 de mayo de 2010. La oposición, dice el Diario La Nación, se hizo eco inmediatamente y "vivió el fallo como un triunfo" (nota de G.Sued en la misma edición). Tal como relata el sitio Diario sobre Diarios (<http://www.diariosobrediaros.com.ar>) en su análisis comparativo de la prensa diaria: "La Corte instala un fallo adverso al Gobierno y otro que lo favorece", en referencia a la emisión en ese mismo día de la sentencia CA y la aceptación de conocer en la causa por la Ley de Medios.

(45) Este tipo de decisiones, a diferencia del prisma bajo el cual se presentó CA, tiende a deslegitimar a la Corte Suprema como tribunal de justicia en la medida en que su decisión puede ser evaluada como más "política". Esta auto-percepción puede explicar la falta de difusión que la Corte Suprema le ha dado al caso (no se dio a conocer en la página del CIJ), que ha redundado en la absoluta falta de referencia a él por parte de los principales diarios.

(46) THURY CORNEJO, Valentín, "Apuntes para una aproximación cultural al derecho constitucional", *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*, 10 de diciembre de 2009, p. 8.