

AUTORITARISMO Y EMPOBRECIMIENTO. La reforma laboral del presidente Javier Gerardo Milei.-

Javier Spaventa

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN / 2- EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: 2.1- Un libro que rescata a Carl Schmitt; 2.2.- El estado de excepción en la Constitución nacional; 2.3.- Los antecedentes de la reforma constitucional de 1994; 2.4.- Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional; 2.5.- La Ley 26.122; 2.6.- El control judicial de los decretos de necesidad y urgencia / 3.- CRITICA AL DTO. 70/2023 / 4.- LA REFORMA LABORAL DEL DTO. 70/2023: 4.1.- Sobre la libertad y la explotación: derecho del trabajo y derecho civil; 4.2.- Sobre la liberación del trabajo: jornada de trabajo, descanso y tiempo libre; 4.3.- Las indemnizaciones por despido; 4.4.- La participación en las ganancias con control de la producción y colaboración en la dirección; 4.5.- La libertad de asociación, la huelga y otras medidas de acción directa / 5.- CONCLUSION.-

1.- INTRODUCCIÓN.- Aquí vamos a analizar y criticar la reforma laboral del presidente Javier Gerardo Milei como la dispone en el Dto. 70/2023 (o en el art. 654 del proyecto de ley del 27-12-2023, NO-2023-153350781-APN-JGM, cuando ratifica el Dto. 70/2023).

La reforma laboral del presidente Milei es parte de una política general absolutamente antirrepublicana, antidemocrática, opuesta a la libertad y a la igualdad, contraria a los intereses de la Nación Argentina y favorable a las grandes patronales, banqueros y prestamistas.

Así como repudiamos su reforma laboral también nos oponemos a toda la política que propone y ejecuta el presidente Milei por ser contraria a la república democrática y al régimen de los derechos humanos.

No nos alejamos de la cuestión social o laboral cuando primero exponemos el régimen constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y cuando a partir de ese régimen constitucional mostramos que el Dto 70/2023 no es un decreto de necesidad y urgencia sino sólo un reglamento del presidente que es absoluta e insanablemente nulo e inconstitucional. La defensa de los derechos de los trabajadores no es ajena a la defensa de la democracia.

La reforma laboral del presidente es inconstitucional por violar la prohibición de regresividad (o el principio de aseguramiento de los derechos que, junto al principio de la progresividad social e individual, son los dos principios básicos del gobierno moderno): se trata de una reforma laboral regresiva, que retrocede o retrograda el nivel de desarrollo jurídico alcanzado.

La reforma laboral es inconstitucional porque ataca directamente, como mínimo, al derecho a las condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de labor, a la justa retribución, al descanso y las vacaciones pagadas, al disfrute del tiempo libre, a la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad en el empleo, a la celebración de convenios colectivos, y al derecho de huelga, entre otros.

Analizamos y criticamos la reforma laboral en las relaciones del derecho civil y el derecho laboral; en la jornada de trabajo; como también en las omisiones en las que incurre al no asegurar el derecho a la participación en las ganancias con control en la producción y colaboración en la dirección; o cuando mantiene el unicato sindical y reprime la huelga.

Cuando el presidente Milei legisla y dicta el Dto 70/2023 se ubica en el bando autoritario de nuestra historia constitucional donde se destacan los dictadores de los golpes de estado pero donde también podemos encontrar lamentablemente algunos presidentes de iure (u origen legítimo) que han usado y abusado de los decretos de necesidad y urgencia o de las facultades legislativas delegadas por el Congreso, todo lo cual ha deteriorado a la república democrática y, sin lugar a dudas, ha empobrecido a los habitantes de la Nación.

El presidente dicta el Dto 70/2023 el 20-12-2023. El decreto se publica el 21-12-2023. Y el 24-12-2023 Alberto B. Bianchi comienza su defensa de la medida legislativa del presidente con estas palabras: “Cualquiera que haya leído una página de historia sabe que ante una crisis extrema, que bordea lo terminal, si el presidente, o quien ejerza la autoridad ejecutiva, no cruza el Rubicón en los primeros días de su gobierno, no lo cruzará jamás.”¹

Para Bianchi el presidente debe cruzar el Rubicón como también lo debe hacer “quien ejerza la autoridad ejecutiva”.

Ahora bien: cualquiera que haya leído una página de historia sabe que fue Julio César quien cruzó el Rubicón. Fue en enero del año -49. Después de cruzar el Rubicón cualquiera sabe que Julio César con su acción militar desató la guerra civil contra el partido aristocrático de Pompeyo; que la victoria fue de Julio César y que siguió su dictadura y el fin de la república. También cualquiera que haya leído una página de historia sabe que luego llegaron los idus de marzo del año -44 ac (o el 15 de marzo) cuando los partidarios de la república (al mando de Casio y Bruto) mataron al dictador. Luego los ejecutores fueron derrotados por los partidarios de Julio César. Pero ello no implicó el triunfo del partido popular que ya hacía tiempo había sucumbido por la acción de los demagogos y los tiranos. Y los restos de la república desintegrada se disolvieron en el imperio de Augusto. Cualquiera lo sabe.²

No hay que cruzar el Rubicón. No hay que imponer la dictadura. Ante las opiniones autoritarias de algunos juristas debemos defender a la república democrática y al régimen de los derechos humanos, lo que implica que debemos repudiar a la doctrina autoritaria del estado de excepción tanto como a la reforma laboral del presidente Milei. ¿Por qué? Porque la república es inescindible del aseguramiento de los derechos de la persona que trabaja (de las trabajadoras y trabajadores que son la inmensa mayoría de los habitantes del país), tanto como la dictadura se acompaña de la supresión o reducción de los derechos sociales.

El presidente Milei intenta una reforma laboral importante tanto por la cantidad de normas que modifica como por los temas que trata. Para procurar que la misma se adopte ha elegido dos medios: el Dto 70/2023 y su ratificación por el Congreso (en el art. 654 del proyecto de ley del 27-12-2023). Con ello aumenta la posibilidad que sus reformas laborales se impongan. Por eso aquí no nos limitamos a una crítica de las mismas sino que también esbozamos algunos argumentos para contrarrestarlas.

¹ Alberto B. Bianchi, El megadecreto frente al espejo de la Constitución, La Nación, 24-12-2023, pág. 12.-

² Al respecto ver: 1.- Plutarco, las vidas de Cesar, Pompeyo, Antonio, Bruto y Cicerón, en Vidas Paralelas; 2.- Suetonio, la vida de Julio César (Libro I) en Vidas De Los Doce Césares; 3.- Theodor Mommsen, Historia de Roma, Tº I (de la fundación a la república) y Tº II (de la revolución al imperio), Aguilar, Madrid, 1960; 4.- Guglielmo Ferrero, Historia de Roma, Editorial Surco, Barcelona, 1966; 5.- Mijail Rostovtzeff, Roma, EUDEBA, Buenos Aires, 1973; 6.- André Piganiol, Historia de Roma, EUDEBA, Buenos Aires, 1974.-

Con ese sentido escribo este borrador de combate dejando aclarado que los errores que contiene no deben ser usados en perjuicio de los intereses de los pobres y débiles.

2.- EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.- Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional deben ser analizados dentro del marco regulatorio de la emergencia en la misma ley suprema y desde una doctrina general sobre el estado de excepción.

Aquí no vamos a exponer esta doctrina general aunque sí vamos a señalar algunas consecuencias de la misma que, a mi entender, se deben considerar cuando se analiza el régimen constitucional de los decretos de necesidad y urgencia.

Según sea el punto de vista doctrinario sobre el gobierno y sobre el estado de excepción será el régimen jurídico que se elabore o el significado que se atribuya a los textos constitucionales o legales.

No debemos dejar de criticar la doctrina autoritaria sobre el estado de excepción. Es la doctrina estándar, común, la más divulgada y la que cuenta con mayores expositores y defensores. No es errado sostener que el estado de excepción siempre ha sido concebido para incrementar las facultades extraordinarias del gobierno y suprimir o restringir los derechos de los ciudadanos de la república. La doctrina autoritaria sobre el estado de excepción es opuesta a la república democrática y al régimen de derechos humanos. La doctrina autoritaria propicia que ante la emergencia pública el gobierno tiene las atribuciones necesarias para salvaguardar al estado o a la nación. Para esta doctrina el gobierno es quien decide sobre la existencia y grado de la emergencia y sobre las facultades que son necesarias para hacerle frente en defensa de los intereses superiores de la sociedad y el estado. Cuáles serán las políticas que el gobierno adopte dependerá del tipo de emergencia, de los medios con que cuente y de los objetivos que pretenda alcanzar.

Frente a la doctrina autoritaria del estado de excepción se suele oponer una doctrina de democracia limitada. Se trata de una doctrina que considera al estado de excepción como una figura jurídica compatible con la república democrática. Para ello esta doctrina incorpora el estado de excepción a la constitución de la república democrática fijándole procedimientos para su adopción; restringiendo las atribuciones extraordinarias del gobierno o del poder ejecutivo de modo que no suprima ni limite ciertos derechos humanos; estableciendo límites geográficos o temporales al ejercicio de esas facultades; o sometiendo (en mayor o en menor medida) la actuación del gobierno en el estado de excepción al control judicial.

En contraposición a la doctrina autoritaria del estado de excepción debemos oponer una doctrina democrática del estado de excepción. Veamos.

La doctrina democrática o liberal del estado de excepción, la alternativa constitucional consiste sencillamente en asegurar y promover los derechos humanos ante la emergencia, ante el hecho o el acto extraordinario y dañoso a la persona o a sus bienes. La doctrina autoritaria agrega a los perjuicios que causa, motiva u ocasiona la emergencia, la política gubernamental de supresión o limitación del régimen de los derechos humanos. Claro está que ésta no es ni puede ser la política de la doctrina democrática. La escuela liberal del estado de excepción, a diferencia de la doctrina autoritaria, propone como política del gobierno ante la emergencia, al deber de asegurar los derechos humanos y a la obligación de promover el progreso individual y social.

El gobierno siempre debe asegurar los derechos humanos y promover el progreso individual y social. Tanto en situaciones normales como extraordinarias. Las políticas serán diferentes para el estado normal que para el estado excepcional. Pero, en cualquiera de los dos casos, el gobierno no tiene la atribución para desconocer, menoscabar, suprimir o limitar, a los derechos personales. La emergencia no justifica la supresión o limitación a los derechos humanos. Esto es básico. Ante la emergencia, el gobierno debe plantearse cuales son las acciones (los actos o políticas) que debe ejecutar para, en esas circunstancias especiales, asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y coadyuvar al progreso individual y social.

¿Para qué queremos un gobierno? ¿Para qué necesitamos de un gobierno? ¿Cuál es el sentido o la razón de ser de un gobierno? Si el gobierno tiene algún sentido es sólo básicamente para asegurar los derechos individuales y promover el progreso personal y social. De no ser así el gobierno carece de toda razón. Aseguramiento y progresividad son los deberes fundamentales del gobierno democrático, de la república liberal. Claramente se encuentran reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948.

El 10-12-1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas considera “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.” Aquí está claramente expresado el principio de aseguramiento (o prohibición de regresividad): el gobierno (por medio de “un régimen de derecho”) debe asegurar los derechos humanos. Si no hay aseguramiento, hay tiranía u opresión. Para la Asamblea General “la aspiración más elevada del hombre” es “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.” Se trata de liberar al ser humano del temor y la miseria. La doctrina democrática (el régimen de los derechos humanos) impone al gobierno dos condiciones de legitimidad. La legitimidad de origen, ya que el gobernante debe ser elegido en comicios libres o iguales y por el voto universal y secreto (art. 21 de la Declaración Universal). Y la legitimidad de ejercicio, o sea: que el gobierno asegure los derechos humanos. De no ser así, el gobierno es una tiranía, hay opresión política o social, hay temor o miseria, y está justificada la resistencia o la rebelión. Si los derechos humanos no están asegurados, si el gobierno no cumple con su deber de asegurar los derechos humanos, hay derecho de resistencia; o la resistencia o la rebelión contra la tiranía o la opresión está justificada.

La Asamblea General considera además en la Carta de Naciones Unidas que los pueblos “se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.” Aquí está reconocido (o impuesto) el principio de la progresividad individual y social: el gobierno tiene el deber de promover el progreso individual y social. Así ya no se trata solamente de que el gobierno asegure un nivel determinado de desarrollo, o el nivel de vida alcanzado, sino de “promover el progreso social” y de “elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.” El gobierno debe (tiene la obligación) de coadyuvar al progreso individual y social. No basta sólo con asegurar sino que también debe promover. Aseguramiento (no regresividad) y progresividad de los derechos humanos son los deberes fundamentales del gobierno, que quedan expresados o categóricamente reconocidos cuando la Asamblea General proclama “la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y

efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

Así se trata de promover y de asegurar la “concepción común de estos derechos y libertades” que se reconocen en la Declaración Universal, como un “ideal común”. Los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de 1949 en cuanto “concepción común”, en cuanto “ideal común” es un nivel mínimo (la versión mínima, o el mínimo minimorum) que el gobierno debe asegurar o proteger. Menos que los derechos establecidos en la Declaración Universal, es “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos”, es el sometimiento del ser humano al temor o a la miseria, a la tiranía o a la opresión política o social.

Es a partir de este nivel mínimo de desarrollo, de este régimen mínimo de derechos personales que la Asamblea General reconoce en su Declaración Universal de 1948, que la doctrina democrática debe construir su política alternativa ante la emergencia. Aquí, como en muchos otros temas de derecho constitucional, del derecho público, de la política y de la administración, hay que remar contra la corriente, hay que enfrentar a las doctrinas mayoritarias (y autoritarias en más o en menos, o en sus diferentes gradaciones) de los juristas de estado, de los empleados gubernamentales (o estatales como ellos mismos prefieren considerarse), de los acólitos del gobierno, supuestos servidores públicos que sólo están en la defensa del grupo social dominante y de su propia carrera burocrática. Son quienes elaboran doctrinas estatistas, gubernamentales o públicas con las que pretenden justificar sus funciones y con las que sólo ocultan sus propios intereses.

Ante la emergencia, ante el hecho extraordinario y dañoso, la doctrina autoritaria aprovecha la ocasión para suprimir o limitar (o suspender) los derechos personales, para imponer la tiranía o la opresión, el temor y la miseria. Aquí poco importa, desde el punto de vista jurídico, cuáles son las razones que esgrime para ello. Lo relevante es, sin lugar a dudas, que suprime o limita a los derechos humanos, que agrega a los daños causados por la emergencia, los perjuicios provocados por el propio gobierno. Esta no es la solución ni política ni jurídica, que propone (y establece) la doctrina democrática, la política constitucional moderna o el régimen de derechos humanos. Ante un terremoto, una inundación, ante la guerra externa o interna, una crisis económica, o ante la peste, no cabe que el gobierno discrimine a las personas por la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o por sus opiniones, o su origen nacional o social, o por su posición económica o de nacimiento o por cualquier otra condición (como su género, o su estado de salud, entre otras); ni que suprima el derecho a la vida (o la vida misma de sus habitantes); ni que los someta a la esclavitud, ni que los torture; ni que los detenga arbitrariamente; ni que cierre los tribunales independientes e imparciales e impida a las personas todo recurso efectivo ante ellos en defensa de sus derechos; ni que intervenga en nuestra vida privada, o en nuestro domicilio o correspondencia; ni que impida la libre circulación, o a entrar o salir del país o a elegir libremente el lugar de residencia dentro del país; ni que impida el matrimonio ni el formar una familia; ni que prive arbitrariamente a la persona de su propiedad individual o colectiva; ni que menoscabe el derecho de elegir o de ser elegido; ni que suprima los comicios universales y secretos para elegir los gobernantes; ni que desconozca el derecho a la seguridad social, ni el derecho al trabajo ni a igual salario por igual trabajo, ni a la remuneración, ni a sindicarse, ni a descansar, ni a disfrutar del tiempo libre, ni a gozar de la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica necesarios (también cuando se encuentre enfermo, inválido, viudo, viejo o haya perdido sus medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad); ni que elimine la educación ni la libre participación en la vida cultural o de las artes y de la ciencia. Todos estos derechos, libertades, o garantías individuales están plena o acabadamente reconocidos en los arts. 1 a 27 de la

Declaración Universal de Naciones Unidas y no son susceptibles de supresión o limitación alguna por el gobierno ante la emergencia.

El deber de asegurar, el aseguramiento como un principio básico del gobierno moderno, queda expresado en el art. 29.2 de la Declaración Universal cuando dispone que “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

También el aseguramiento está expresamente reconocido en el art. 30 de la Declaración Universal cuando dispone que “Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.” Hay un piso mínimo irretrogradable. La regresividad, el retroceso, el descenso por debajo de ese nivel mínimo, está absolutamente prohibido como una política del gobierno en una república democrática, inclusive en una situación de emergencia. Como ya hemos dicho: es con mayor razón aún en una situación de emergencia, en un estado de excepción, que el gobierno debe cumplir con sus obligaciones de asegurar los derechos humanos y de promover el progreso social e individual, en vez de sumar a los daños propios de la calamidad natural o social, su propia política de menoscabo o injuria a la persona y sus bienes. Es que también en una emergencia se trata de avanzar de un nivel de desarrollo a otro superior o más elevado ya que, como se dispone en el art. 28 de la Declaración Universal, “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”

La doctrina democrática (no puede ser de otra manera) repudia la tiranía, la dictadura, al gobierno fuerte. Ante la emergencia no es una atribución del gobierno andar de aquí para allá, como un fascista (disfrazado o no con uniforme militar, o con o sin camisa negra) describiendo el desastre y prohibiendo las acciones que expresamente se reconocen en la Declaración Universal. No son estos los deberes de un gobierno democrático, de una república democrática.

Ante la emergencia el gobierno democrático debe redoblar el esfuerzo para cumplir con sus obligaciones de asegurar los derechos y de coadyuvar al progreso social e individual. La cuestión se puede plantear en estos términos, a saber: ante la emergencia, ¿cuáles son las acciones públicas, las políticas más adecuadas que se deben ejecutar para asegurar y promover el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos? Que la situación sea extraordinaria, no determina, ni tiene por consecuencia que el gobierno posea atribuciones extraordinarias. No es así. La cuestión no consiste en autorizar al gobierno al ejercicio de un poder discrecional, arbitrario o autoritario, porque hay una emergencia. En estos términos la cuestión está absolutamente mal planteada. Desde el punto de vista moral, desde el punto de vista de los derechos humanos o de la república democrática, la cuestión es la siguiente, a saber: ¿cuáles son las medidas más adecuadas que debe adoptar el gobierno para, en la situación excepcional, asegurar y promover los derechos personales? Aquí no se trata de andar describiendo el desastre, de atemorizar a la población para facilitar el ejercicio del imperio, al mismo tiempo que se suprimen o limitan el pleno goce y ejercicio de los derechos personales, como propone la doctrina autoritaria, sino que, muy por el contrario, se trata de que el gobierno popular (elegido por el pueblo) construya la solución política, o adopte y ejecute las acciones más adecuadas a las circunstancias personales y de tiempo y lugar,

que ha generado la emergencia, para reestablecer el disfrute de las libertades y para promover el progreso individual y social.

Así no se trata de suprimir ni de limitar a los derechos humanos, sino de asegurarlos y de promoverlos incluso ante la emergencia o, con mayor razón aún, por la misma emergencia que nos daña. Estos son deberes básicos del gobierno en una república democrática. El incumplimiento de estos deberes nos llevará a la tiranía y a la opresión, al temor y la miseria, a actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad.

Hay que combinar con habilidad a las posibles acciones conforme a las circunstancias personales, y de tiempo y lugar, con el ideal de los derechos humanos. La reafirmación de este ideal común, de esta inspiración más elevada del ser humano, no es un acto ingenuo ni de irrealidad. No es un desconocimiento de las circunstancias propias de la acción política o del actuar del gobierno. La reafirmación o la reivindicación del ideal común de los derechos humanos, es claramente el señalamiento que el gobierno debe inclusive en las circunstancias excepcionales ajustar su actuación al deber del aseguramiento (o a la prohibición de regresividad) y al principio de progresividad. Aseguramiento y progresividad siempre, en toda situación. Lo que no implica (claro está) que la acción política sea la misma en tiempos normales que en épocas excepcionales. Claro está que con las mismas políticas de tiempos normales no se puede, *prima facie*, hacer frente a una emergencia. Pero ello no implica que la política de excepción (como sostiene la doctrina autoritaria) deba ser la supresión o limitación (o la suspensión) de los derechos humanos. Está claro que ello no es así y menos lo es desde el punto de vista de la doctrina política moderna, o de la democracia.

En principio es dable pensar que toda emergencia en cuanto hechos excepcionales y dañosos, lesionan a la persona y sus bienes, perjudican la vida, la integridad psicofísica y moral de las personas y destruyen (o reducen) sus bienes y servicios. Ante la emergencia y como mínimo para reestablecer el nivel de desarrollo existente antes de su inicio, no cabe duda que, en principio, se requerirá de un mayor esfuerzo de toda la sociedad afectada. Aquí se plantean varias cuestiones.

Primero. ¿Quiénes son los afectados? En general en una emergencia (y cualquiera sea ella) los más afectados son los grupos sociales más pobres. La situación de emergencia (natural o social, real o artificial) en la medida que afecta a los grupos sociales pobres, es un proceso de empobrecimiento.³ El gobierno no debe ni consolidar este proceso ni contribuir a su aceleramiento, sino que, por el

³ Carlos Sánchez Viamonte (en Estado de sitio, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, Tº X, págs. 956 a 1043) sostiene: "Las fuerzas conservadoras, usufructuarias de las injusticias, desean mantener esas injusticias, oponiendo la fuerza al derecho. El orden ético-jurídico no las ampara ya en la medida que ellas desearían, y se rebelan contra él. El estado de sitio ha sido siempre un instrumento de regresión, jamás de avance. So pretexto de asegurar el orden, se ha entregado a la tarea de destruirlo. Antes fue, más bien, un instrumento político. Ahora es, más bien, un instrumento social. Su tendencia está visible en todas sus manifestaciones. Dirige sus golpes contra la libertad y protege, como un escudo, al capital. Persigue al Derecho y ampara al abuso del Derecho. Persigue al individualismo de la libertad y fomenta el individualismo del patrimonio. Anula la personalidad humana y consolida y aumenta el predominio de la fuerza económica. Para probarlo, basta observar que la única garantía ante la cual se detiene, es la declaración constitucional que protege teóricamente la propiedad. No hay ejemplo de estado de sitio puesto al servicio de la función social de la propiedad; ante ese falso aspecto de los derechos del hombre, se ha detenido siempre con respecto." (pág. 1041).-

contrario, debe frenarlo y revertirlo para que todos gocen plenamente de sus derechos o libertades.

Segundo. ¿Qué significa o qué es un mayor esfuerzo? En términos generales no es otra cosa que más horas de trabajo, más productividad en el trabajo y menor retribución. ¿Para qué? Para por lo menos detener la producción de los daños que causa la emergencia, revertir la situación, alcanzar el nivel anterior al evento extraordinario y orientarnos en la vía del progreso, el desarrollo (o el crecimiento).

Tercero. ¿Cómo se debe distribuir este mayor esfuerzo? De manera progresiva o de forma no regresiva. La reparación de los daños causados por la emergencia, debe ser soportada por los grupos sociales más ricos (o menos afectados) “con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de” los más pobres o de los más perjudicados. La emergencia no debe ser una ocasión más para el empobrecimiento, el aumento de la desigualdad, la burocratización o el incremento de las facultades discrecionales de los gobernantes, sino el motivo para llevar a cabo la política de aseguramiento y progresividad que exige el régimen de la libertad y la igualdad en una república democrática según las circunstancias personales, y de tiempo y lugar.⁴

2.1.- Un libro que rescata a Carl Schmitt.- En abril de 2023 se publica el libro de Andrés Rosler titulado Estado o Revolución. Carl Schmitt y el concepto de lo político, por la editorial KATZ.

El martes 14 de noviembre de 2023 el libro se presentó en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Hablaron Enrique Zuleta (el profesor de filosofía o teoría del derecho, encuestador y columnista político), Carlos Pagni (el periodista del diario La Nación que además dirige el programa televisivo Odisea Argentina, que en sus comienzos lo compartía con Nicolás Dujovne) y Carlos Rosenkrantz (profesor de filosofía del derecho, ministro de la Corte Suprema y miembro de la Academia). De maestro de ceremonias ofició Alejandro Katz. Estaba presente Luis Alberto Romero (el hijo de José Luis Romero, y vicepresidente de la Academia), Marita Carballo (una socióloga discípula de José Luis de Imaz, que hizo carrera en Gallup y también miembro de la Academia), algún que otro político, parientes, amigos y público en general.

¿Qué sostiene Andrés Rosler en Estado o Revolución? Básicamente que la doctrina de Carl Schmitt sobre lo político (o que el concepto de lo político de Carl Schmitt) es un fundamento del liberalismo o del estado de derecho. Rosler rescata la doctrina de Carl Schmitt para el liberalismo y el estado de derecho. Para ello, por supuesto, tiene que tergiversar toda la doctrina y práctica políticas de Carl Schmitt, buscar apoyo en sus partidarios y defensores y ocultar a sus opositores. El libro es, en gran medida, una mera ordenación de citas de panegiristas de Carl Schmitt a través de los cuales se expresaría Rosler.

Enrique Zuleta relató su llegada en 1970 a estudiar en la España todavía franquista con discípulos de Carl Schmitt; creo que hasta lo conoció. Enrique Zuleta es hermano de Ignacio Zuleta (el columnista político de Clarín) que también estudió en aquella España. Son hijos de Zuleta Álvarez un historiador, partidario de las ideas de Julio Irazusta (uno de los fundadores del nacionalismo argentino) y autor del quizás mejor estudio sobre dicha corriente política de tan funestas consecuencias para la vida nacional⁵.

⁴ Así lo expongo en El Estado de Excepción, Buenos Aires, 2023, en academia.edu.-

⁵ Enrique Zuleta Álvarez, El nacionalismo argentino (Tº 1 y 2), Ediciones La Bastilla, Buenos Aires, 1975.-

No critica ni a Carl Schmitt (de quien llega a decir que su adhesión al régimen nazi es un tema secundario) ni al rescate que propone Andrés Rosler. Lo mismo se puede decir de la exposición que realiza Carlos Pagni. ¿Cuál es el argumento? Hay que rescatar a Carl Schmitt de su vida; hay que rescatarlo a partir de sus textos. Y así aparecería una doctrina realista, de un liberalismo conservador. Todo lo cual no es cierto pero que a estos comentaristas les gusta sostener.

De los expositores el único que no compartió la tesis central de Rosler sobre las ideas de Carl Schmitt fue Carlos Rosenkrantz. En forma categórica aunque con mucha suavidad (es un viejo amigo de Rosler y no es el primer libro que le presenta) Rosenkrantz manifiesta su desacuerdo con las ideas de Carl Schmitt (a quien no considera un autor liberal) y con el rescate que realiza Rosler de sus doctrinas. Pero antes de ello Rosenkrantz (sorprendido por la deriva schmittiana de Andrés Rosler: un judío de ascendientes alemanes perseguidos por los nazis) trata de responder por qué defiende las ideas de Carl Schmitt. Algunas de sus respuestas son porque Rosler admira a Hobbes; por su amistad con Jorge Dotti (otro exponente de la derecha que reivindica a Carl Schmitt); por su gusto por la Europa de entreguerras; porque admira a Alemania; o porque es partidario de las causas perdidas. No señala otra respuesta posible: porque Rosler es un conservador y como tal encuentra en Carl Schmitt todos los motivos típicos del pensamiento de la derecha que son de su agrado.

Con una élite muy influenciada por las ideas de la derecha europea desde la irrupción de los nacionalistas a finales de los años 20 del siglo XX (y que se divulgaron en diferentes ramas hasta antagónicas entre ellas mismas) y una práctica de golpes de estado y dictaduras militares, o con gobiernos constitucionales de fuertes presidencialismos y una tendencia marcada al estado de excepción como recurso para gobernar o administrar el país, el rescate de las ideas de Carl Schmitt en 2023 en la Argentina no es un ingenuo juego académico sino todo un clima intelectual de época y el soporte de filosofía política que se requiere para reproducir el régimen de dominación capitalista. Las ideas de Carl Schmitt perduran porque el capitalismo tiene que ser administrado por un gobierno de casi excepción permanente y con una mayor o menor represión.

La auténtica doctrina liberal nunca se plantea la alternativa entre el estado o la revolución como se hace en el título del libro de Rosler. La doctrina liberal es una doctrina que afirma tanto la revolución (como al gobierno revolucionario) como a la república democrática con su régimen de derechos humanos. Las opciones no son entre el estado o la revolución. La doctrina liberal ha impulsado algunas de las mejores y más beneficiosas revoluciones (como mínimo desde el siglo XVII hasta la fecha). Debemos distinguir a la revolución (como acto máximo de resistencia a la opresión), del gobierno revolucionario (con su asamblea constituyente) y a la república democrática con su régimen de derechos humanos como algunos de los conceptos básicos de la doctrina liberal que, por cierto, es absolutamente opuesta a las doctrinas de Carl Schmitt y de Andrés Rosler.

2.2.- El estado de excepción en la Constitución nacional.- En la Constitución nacional hay un régimen sobre el estado de excepción que está definido en el art. 6 (sobre la intervención federal de las provincias); en el art. 23 y cc (sobre el estado de sitio); en el art. 29 (sobre la prohibición al Congreso de otorgar facultades extraordinarias y la suma del poder público); en el art. 36 (sobre el imperio de la Constitución cuando se interrumpe su observancia por actos de fuerza); en el art. 76 (sobre la delegación legislativa en el poder ejecutivo) y en el art. 99.3 (sobre el dictado de decretos de necesidad y urgencia).

A partir de estos textos se puede elaborar una doctrina general del estado de excepción en la Constitución. Aquí no haremos tal cosa aunque sí vamos a señalar

algunos límites constitucionales al ejercicio de las facultades gubernamentales por razones de emergencia para tenerlos en cuenta a los fines de analizar la regulación especial de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3).

En el art. 22 se dispone que “Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

En el art. 29 se prohíbe al Congreso conceder al poder ejecutivo facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos (o mejor dicho de los habitantes de la Nación en los términos del preámbulo) queden a merced del gobierno o de persona alguna.

En el art. 36 se dispone que la Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza. También se establece que esos actos de fuerza serán insanablemente nulos. Y se reconoce el derecho de resistencia a todos los ciudadanos contra quienes ejecutaren esos actos de fuerza.

En el art. 76 se prohíbe la delegación legislativa. Este es el principio general, básico, congruente con la forma republicana de gobierno (adoptada en el art. 1º) y con la prohibición al poder ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo (que se establece en el art. 99.3).

Dentro de este marco normativo mínimo, de serias, categóricas e importantes limitaciones al ejercicio de facultades extraordinarias por parte del poder ejecutivo ante la emergencia (o en el estado de excepción) es que debemos abordar el estudio en particular de la regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia del art. 99.3 de la ley suprema.

Desde ya señalo que no hay un estado de excepción extraconstitucional que tenga sustento en la misma constitución que habilite su derogación, modificación o suspensión ante una emergencia, y que sostener tal doctrina es, lisa y llanamente, propiciar un gobierno (cualquiera sea su forma) ajeno al regulado por la ley suprema en imperio.

No hay un estado de la emergencia ni del estado de la necesidad superior a la Constitución nacional (ni para derogarla ni para suspenderla) que tenga su fuente originaria en los usos, prácticas y costumbres constitucionales (o en la tradición constitucional nacional), al que se debería subordinar el gobierno y todos los habitantes del país con el fin de garantizar la subsistencia del Estado o de la Nación.

En una república democrática con constitución escrita no hay razones de necesidad y urgencia que justifiquen o autoricen gobernar sin cumplir con los procedimientos o trámites (ordinarios o extraordinarios) previstos en la constitución o en franca violación a sus normas (o al debido proceso o el rule of law).

2.3.- Los antecedentes de la reforma constitucional de 1994.- La Constitución nacional de 1853 tiene una impronta claramente contraria al gobierno tiránico (o autoritario). Aquella constitución se redactó teniendo presente la tiranía de Juan Manuel de Rosas (la llamada “primera tiranía”) y claramente contra ella en su art. 29 se ordenó, decretó y estableció (con la ortografía de la época) que “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas Provinciales á los Gobernadores de Provincia, facultades extraordinarias, ni la

suma del poder público, ni otorgarles sumisiones ó supremacías, por las que la vida, el honor ó las fortunas de los argentinos queden á merced de Gobiernos ó persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sugetaran á los que los formulen, consientan ó firmen, á la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.”

A través de varias leyes (como la del 6-12-1829, la del 2-8-1830, la del 7-3-1835, la del 20-9-1851) la legislatura de la provincia de Buenos Aires le otorgó al gobernador Juan Manuel de Rosas facultades extraordinarias y, en definitiva, la suma del poder público.

Contra esta política autoritaria que imperaba en el gobierno de Rosas se ordena el art. 29 de la Constitución de 1853⁶. Ya no cabe que la legislatura conceda al ejecutivo ni facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni tampoco que le otorgue sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a su merced. Cualesquiera de esos actos son insanablemente nulos y quienes los formulen, consientan o firmen quedan sujetos a la pena de los infames traidores a la Patria.

Pero la Constitución de 1853, a pesar de esta clara política opuesta a la tiranía (o al gobierno autoritario), estableció un régimen de estado de sitio aunque (por cierto) limitado en su art. 23 cuyo texto es el siguiente: “En caso de conmoción interior ó de ataque exterior, que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la Provincia ó territorio en donde exista la perturbacion del órden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspension no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, á arrestarlas ó trasladarlas de un punto á otro de la Confederacion, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.”

Se trata de un régimen de estado de sitio restringido. Primero la declaración procede ante la conmoción interior o el ataque exterior. Pero no se trata de cualquier conmoción interior o ataque exterior sino de uno que ponga en peligro el ejercicio de la Constitución o de sus autoridades. Segundo el estado de sitio tiene por ámbito geográfico de vigencia la provincia o el territorio en donde exista la perturbación del orden, y así no vale su declaración en todo el territorio del país. Tercero durante el estado de sitio quedan suspendidas las garantías constitucionales. Así no se suprimen ni limitan los derechos sino que sólo se suspenden las garantías constitucionales. Cuarto el presidente no puede ni condenar ni aplicar penas sino que sólo puede arrestar o trasladar a las personas de un punto a otro de la Confederación salvo que ellas prefiriesen salir fuera del territorio argentino. Esta prohibición resulta congruente con la prohibición impuesta al presidente de ejercer atribuciones jurisdiccionales (art. 92). Quinto en caso de conmoción interior la declaración del estado de sitio corresponde al Congreso de la Nación o al presidente si el Congreso está en receso (art. 83.19).

⁶ La bibliografía sobre Rosas, su vida y sus gobiernos, es amplísima. Aquí sólo señalo de José Rivera Indarte, *Rosas y sus opositores*, Ediciones Jackson, Buenos Aires; en el Tomo 3ro titulado: *Tablas de Sangre de las administraciones de Rosas desde 1829 hasta el 31 de octubre de 1843*, Rivera Indarte enumera las víctimas del tirano. También señalo el *Juicio Criminal a Don Juan Manuel de Rosas*, editado por Rodolfo Alonso Editor, Buenos Aires, 1969, bajo el cuidado de Vicente Zito Lema, con la ley de enjuiciamiento, los dictámenes fiscales y sentencias condenatorias. Observo las similitudes entre las indagaciones de Rivera Indarte y el Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas (Eudeba, Buenos Aires, 1984) y entre el juicio a Rosas y el juicio a las juntas militares (en Fallos de la Corte Suprema, Tomo 309, volúmenes 1 y 2) que suelen pasar desapercibidas para quienes reivindican la tiranía decimonónica del gobernador Rosas.-

Sexto en caso de ataque exterior el Senado autoriza al presidente para que declare el estado de sitio (art. 49).⁷

Que del texto de la Constitución de 1853 se puede sostener una doctrina limitada del estado de sitio como la expuesta no controvierte que a partir de ese mismo texto constitucional se montó una práctica abusiva del estado de sitio como un medio para suprimir o limitar los derechos de los habitantes de la Nación desde (en mayor medida y en gran parte) el golpe del 6-9-1930 y en adelante hasta la recuperación de la democracia en 1983.

La reforma constitucional de 1994 tiene (entre otros antecedentes) las propuestas de cambio elaboradas por el Consejo Para La Consolidación De La Democracia creado por el presidente Raúl Ricardo Alfonsín (por el Dto. 2446 del 24-12-1985) y bajo la coordinación de Carlos Santiago Nino. Sobre el punto el Consejo recomienda que el presidente posea la atribución de dictar “reglamentos de necesidad y urgencia”. En el Dictamen Preliminar del 7-10-1986 el Consejo sostiene que “Circunstancias políticas excepcionales obligan a la toma rápida de decisiones que, dadas las cuestiones que puedan estar involucradas, permiten que el P.E. pueda dictar actos con contenido legislativo. Esta facultad de todos modos no implica admitir una delegación lisa y llana de potestades propias del Parlamento a favor del Ejecutivo. En todos los casos el Presidente deberá someter simultáneamente el acto a la aprobación del Congreso. Si éste no estuviera sesionando el Presidente deberá convocarlo; si no lo hiciere, el Congreso podrá autoconvocarse.”⁸

Se trató claramente de una recomendación absolutamente equivocada que no contribuyó ni contribuye a la consolidación de la democracia sino, sólo y exclusivamente, al incremento de las facultades discrecionales del gobierno (y, en especial, del poder ejecutivo) en desmedro de la soberanía popular, de la república democrática y del régimen de los derechos humanos.

El 29-12-1993 se sanciona la Ley 24.309 que declara la necesidad de la reforma de la Constitución nacional. En el punto G del Núcleo de Coincidencias Básicas se alude a la “regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos para la agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes.”

Con respecto a los decretos de necesidad y urgencia en el Núcleo de Coincidencias se considera que “El poder Ejecutivo no podrá, en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.”

⁷ Además del art. 23 ya transcrito, los textos de los artículos de la Constitución de 1853 que sostienen esta doctrina limitada del estado de sitio son los siguientes: 1.- Art. 49.- Corresponde también al Senado autorizar al Presidente de la Confederación para que declare en estado de sitio, uno ó varios puntos de la República en caso de ataque exterior. 2.- Art. 64.26.- Declarar en estado de sitio uno ó varios puntos de la Confederación en caso de conmoción interior, y aprobar ó suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo. 3.- Art. 83.19.- Declara en estado de sitio uno ó varios puntos de la Confederación, en caso de ataque exterior, y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior solo tiene esta facultad cuando del Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde á este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23. 4.- Art. 92.- En ningún caso el Presidente de la Confederación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ó restablecer las fenecidas.-

⁸ Reforma Constitucional, Dictamen Preliminar Del Consejo Para La Consolidación De La Democracia, EUDEBA, Buenos Aires, 1986, págs. 54 y 55.-

Además se sostiene que “Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros.”

Toda la doctrina de los decretos de necesidad y urgencia está equivocada por ser opuesta a la república democrática y el régimen de los derechos humanos. La incorporación al texto constitucional de la atribución del presidente de la Nación de dictar decretos de necesidad y urgencia es el huevo de la serpiente; es una facultad que se defiende (con simulación maliciosa) afirmando que el presidente requiere de atribuciones extraordinarias para defender la vigencia de la Constitución ante circunstancias excepcionales o de emergencia, cuando solo se trata de incrementar las competencias discrecionales de gobierno para que opere en defensa de los ricos y poderosos contra los pobres y débiles o para que coadyuve o favorezca la acumulación capitalista.

Cabe destacar que la atribución de dictar reglamentos de necesidad y urgencia que habilita incorporar a la Constitución la Ley 24.309 no implica un reconocimiento pleno de facultades legislativas al presidente de la Nación sino una competencia restringida. Hay un concepto limitado de necesidad y urgencia (que luego quedará incorporado en el texto de la Constitución). No se habilita la competencia ante cualquier necesidad, urgencia, emergencia o excepción sino sólo “Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos” por la Constitución. Pero si bien se impone un concepto limitado de excepción aquí está el huevo de la serpiente cuyo fruto será siempre un incremento de las facultades discrecionales del gobierno contra los derechos del pueblo soberano.

El reconocimiento de la atribución de dictar decretos de necesidad y urgencia al presidente, aunque sea hecho con limitaciones tendrá por consecuencia que se amplíe aquella facultad para regular supuestos nuevos casos, todo lo cual redundará en definitiva en una supresión o limitación de la libertad y de la igualdad de los habitantes de la Nación en beneficio de los ricos y poderosos. El imperio pleno del régimen de los derechos humanos y de la república democrática no se obtiene con el incremento de las atribuciones discrecionales del gobierno sino con el ejercicio popular directo de los derechos políticos.

Alberto Manuel García Lema fue uno de los juristas peronistas negociadores del Núcleo de Coincidencias Básicas que se sanciona en la Ley 24.309. García Lema, al relatar las negociaciones que se llevaron a cabo con el radicalismo y que dieron por fruto el referido Núcleo y la sanción de la Ley 24.309, cuenta que “Para el justicialismo fueron “puntos atados” de reforma los relativos a las regulaciones en materia de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada, y los referidos a los procedimientos para agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes. Por tal motivo su tratamiento fue incluido en un mismo capítulo. De esta manera, los negociadores de este partido indicaban que el uso de los decretos de necesidad y urgencia, criticado con fuerza desde la oposición, había sido imprescindible para implementar aceleradamente las reformas económicas y del Estado, ante la lentitud de los procedimientos legislativos.”⁹

⁹ Alberto Manuel García Lema, *La Reforma por Dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Planeta, Buenos Aires, 1994, págs. 202 y 203. Después de la reforma de 1994 García Lema comenta el texto del art. 99.3 en Rosatti, Barra, García Lema, Masnatta, Paixao, Quiroga Lavié, *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión redactora*, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, págs. 381-410 donde

Para este jurista hay una incompatibilidad entre los procedimientos legislativos de la república democrática y las reformas económicas y del estado que se requieren implementar (o, por lo menos, que se requerían implementar en los años 90 del siglo XX), de modo tal que se impone recurrir a otros procedimientos (como los decretos de necesidad y urgencia) en vez de atenerse al régimen constitucional. Y así se hizo.

Según García Lema “El justicialismo... pretendía transformar al Congreso Nacional en un órgano más activo y modificar su hábito de bloquear las políticas impulsadas por el Ejecutivo...”¹⁰

Con sustento en algunas ideas de Jorge Vanossi y de Humberto Quiroga Lavié (dos constitucionalistas radicales) y de Nestor Sagües y de la doctrina de la Corte Suprema in re PERALTA (del 29-12-1990, consid. 25) a favor del principio de la convalidación tácita de los reglamentos de necesidad y urgencia (una consecuencia que va en paralelo al principio de la presunción de legitimidad del acto administrativo de aceptación unánime por la doctrina administrativista autoritaria que impera en la Nación), para García Lema los decretos de necesidad y urgencia “deben mantenerse vigentes en tanto el Congreso no los derogue expresamente. A partir de que el Parlamento toma conocimiento de los mismos, los reglamentos mencionados se emancipan de la voluntad del Poder Ejecutivo. El transcurso del tiempo, y la ausencia de una derogación expresa, puede implicar así una convalidación tácita que impide su derogación por medio de simples decretos.”¹¹

Sin embargo el justicialismo, según cuenta García Lema, no pretendía incorporar la atribución de dictar decretos de necesidad y urgencia, sino “un tratamiento parlamentario abreviado para los proyectos de leyes de necesidad y urgente tratamiento, tal como en su momento también lo previera la comisión radical.”¹²

Pero como el radicalismo no estaba de acuerdo con la aprobación tácita o ficta de esos proyectos de leyes de necesidad y urgente tratamiento ante el silencio del Congreso, se incorporaron los decretos de necesidad y urgencia en la forma en que los conocemos actualmente en el art. 99.3 de la CN.

Hasta allí llegó el acuerdo ya que no pudieron coincidir en los efectos de la actuación de la Comisión Bilateral. Sobre el punto García Lema cuenta que “El justicialismo pretendía que se explicitara que la aprobación por la comisión convertía al decreto de necesidad y urgencia en ley, y que el rechazo lo remitía al plenario de cada Cámara”.

Todo ello es más que suficiente para comprender los límites que le imponen a la democracia los profesores de derecho constitucional que, a todas luces, nunca han estado de acuerdo con los principios básicos de la república democrática y el régimen de los derechos humanos sino, en más o en menos, con presidentes

nada interesante aporta para la construcción de una figura jurídica democrática de los decretos de necesidad y urgencia.-

¹⁰ García Lema, ob. cit., pág. 203.-

¹¹ García Lema, ob. cit., págs. 203 y 204.-

¹² García Lema, ob. cit., pág. 204.- La comisión de juristas del partido justicialista proponía “Regular el trámite abreviado en cada una de las Cámaras para los proyectos de leyes de necesidad y urgente tratamiento, así declarado por el Poder Ejecutivo, disponiéndose la aprobación ficta de los proyectos en caso de incumplimiento de los plazos previstos.” (ver García Lema, ob. cit., pág. 381).

fuertes, carismáticos, ejecutivos, caudillescos que, en el mejor de los casos, poseen una aprobación del pueblo por aclamación.

Aquí no importa la república democrática, ni la discusión de los representantes del pueblo para la elaboración de las leyes, sino la imposición de la voluntad del presidente de la Nación. Se trata de un presidencialismo doctrinario que, a todas luces, no tenía sustento en el texto de la Constitución de 1853, lo que hacía necesaria su modificación para imponer aquella concepción política: la del ejecutivo fuerte, la del caudillismo, la del cesarismo democrático que expuso Laureano Vallenilla Lanz en su defensa del gomecismo.¹³

Casi por último García Lema agrega (sin ningún comentario) el concepto de necesidad y urgencia que se incorpora en el texto del Núcleo de Coincidencias Básicas. Dice al respecto: “y se agregó la palabra "excepcionales" para referirse a las circunstancias que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la constitución y que autorizaran el dictado de esta clase de decretos.”¹⁴

2.4.- Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional.-

Los decretos por razones de necesidad y urgencia (DNU) se encuentran regulados en el art. 99.3 de la Constitución nacional. En el art. 99 de la CN se establecen las atribuciones del poder ejecutivo nacional. El inciso tercero dispone que el presidente de la Nación “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

La reforma constitucional de 1994 al incorporar una regulación de los decretos de necesidad y urgencia cometió una gravísima equivocación. En adelante trataremos de explicar el significado del texto del art. 99.3 o las consecuencias jurídicas del mismo. Para ello iremos mostrando los problemas que conlleva. Sostenemos una doctrina opuesta a la regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia o a la facultad presidencial de dictar este tipo de reglamentos y, mucho más aún, en la forma en que se dispuso en la reforma de 1994.

Hay en la reforma de 1994 una impronta contraria a los gobiernos autoritarios y, en especial, a los gobiernos de facto o dictaduras militares. Por ello se dictó el art. 36 de la Constitución. Pero también es cierto que se agregó la facultad del

¹³ Laureano Vallenilla Lanz, Cesarismo democrático. Estudios sobre las bases sociológicas de la constitución efectiva de Venezuela, en Cesarismo Democrático y Otros Textos, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1991.-

¹⁴ García Lema, ob. cit., pág. 205.-

presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3) y se autorizó al Congreso la delegación legislativa al poder ejecutivo en materias de administración o de emergencia pública (art. 76) con lo cual se incrementaron peligrosamente las atribuciones del presidente con grave lesión a la forma republicana (a la división o separación de los poderes), al federalismo, a las facultades del Congreso, a la discusión y deliberación pública de las políticas y a los derechos de los habitantes que quedan a merced de la voluntad del presidente.

Con estas reformas de 1994 se perdió la orientación antiautoritaria y se reconocieron prácticas que debieron haber sido categóricamente repudiadas. Con estas figuras jurídicas no se brindaron soluciones unívocas sino que se crearon una serie de problemas constitucionales que exteriorizan conflictos políticos y sociales aún no resueltos en la élite dominante argentina. No hay claridad en el texto constitucional porque no hay claridad en la doctrina política. En la Constitución encontramos doctrinas opuestas que muestran conflictos no resueltos.

En adelante avanzamos sobre el texto del art. 99.3 mostrando algunos de los problemas que presenta para determinar las consecuencias jurídicas del mismo.

1.- ¿Quién puede dictar un decreto de necesidad y urgencia? O ¿a quién pertenece la atribución de dictar un decreto de necesidad y urgencia? En principio se puede contestar que la atribución de dictar decretos de necesidad y urgencia pertenece al presidente. El art. 99 dispone que “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones” entre las que se encuentra la señalada en el inciso tercero.

A ello hay que agregar que el presidente debe decidir el dictado del decreto “en acuerdo general de ministros” quienes deberán refrendarlo conjuntamente al jefe de gabinete. Así entonces debe haber un acta de la reunión de los ministros con el presidente donde se decide el dictado del decreto que debe estar firmado por todos ellos junto con el jefe de gabinete.

Lo expuesto tiene sustento en el texto expreso del art. 99.3. Pero aquí aparece un primer problema, a saber: ¿cuál es el rol que tiene la Comisión Bicameral Permanente y las dos Cámaras del Congreso en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia o en su validez o vigencia? Ahora planteamos el problema, luego mostraremos algunas posibles soluciones que marcan una divisoria entre la doctrina autoritaria y la doctrina democrática.

2.- ¿Cuándo puede el presidente dictar un decreto de necesidad y urgencia? El principio general es que el poder ejecutivo tiene prohibido emitir disposiciones de carácter legislativo bajo pena de nulidad absoluta e insanable. La prohibición es categórica. Dice el art. 99.3 que en “ningún caso” podrá hacerlo. Pero la cuestión no es tan clara.

En el mismo art. 99.3 se permite al presidente dictar decretos de necesidad y urgencia “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.

A partir de este texto se puede sostener que el presidente puede dictar un decreto de necesidad y urgencia sólo cuando existan circunstancias excepcionales que hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la ley suprema para la sanción de las leyes.

Pero aquí se presenta un problema que divide a la doctrina autoritaria y a la doctrina democrática. ¿El caso de las circunstancias excepcionales es el único caso o hay otros casos que también habilitan al presidente el dictado de decretos de necesidad y urgencia?

La cuestión no es tan clara. En general se escribe o habla de decretos de necesidad y urgencia (o DNU) pero en el texto del art. 99.3 se dispone que el presidente “podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia”, o sea: son decretos que tienen sustento en razones de necesidad y urgencia. Repito: en general se alude a los decretos de necesidad y urgencia pero en el texto constitucional se escribió “decretos por razones de necesidad y urgencia.”

Así no habría un solo caso que habilitaría al presidente el dictado de un decreto de necesidad y urgencia y que sería la existencia de circunstancias excepcionales que hicieren imposible el trámite ordinario para la sanción de las leyes, sino que habría “razones de necesidad y urgencia” que también justifican el dictado del decreto. Aquí y de esta forma, sobre la base del mismo texto del art. 99.3 se abre otra serie de casos de una amplitud descomunal y que podría habilitar al presidente la emisión de disposiciones de carácter legislativo.

O al contrario de lo expuesto ¿se debe entender que las “razones de necesidad y urgencia” son sólo las circunstancias excepcionales que hacen imposible el trámite ordinario de la sanción de las leyes?

Aquí sin lugar a dudas hay un problema y que no es menor. La reforma constitucional de 1994, en vez de solucionar los problemas que el gobierno nacional acarrea, los dejó escritos en el texto de la ley suprema y así quedó abierto a nivel de la constitución un debate entre la doctrina autoritaria y democrática con grave riesgo para la vida y hacienda de los habitantes de la Nación y que, a no dudarlo, padecemos con graves consecuencias como son el fenomenal empobrecimiento y el deterioro de los procedimientos democráticos.

3.- ¿Sobre qué materias puede legislar el presidente? El presidente no puede legislar, salvo cuando existen circunstancias excepcionales que impiden el trámite ordinario para la sanción de las leyes “y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.

¿Puede haber otras materias excluidas? Aquí hay otro problema. Para la doctrina autoritaria no hay otras materias excluidas. De esta forma deja abierto un gran campo de acción al presidente de la Nación quien puede legislar (en caso de necesidad y urgencia) en todo el derecho privado y entre otras materias dictar los códigos civil, comercial, de minería, del trabajo y seguridad social o aeronáutico.

De esta forma se viola la forma republicana de gobierno, se atenta contra las atribuciones del Congreso y la vida y hacienda de los habitantes del país queda sometida a la voluntad discrecional del presidente en violación a las prohibiciones categóricas del art. 29 de la Constitución. Es muy grave. Se atenta contra la república democrática y el régimen de los derechos humanos.

La figura jurídica de los decretos expuesta en el art. 99.3 está mal diseñada desde la perspectiva de la doctrina democrática. Hay que insistir en este punto: la reforma de 1994 estuvo muy equivocada; puso los huevos de la serpiente en vez de repudiar sin más a toda la doctrina autoritaria sobre el estado de excepción que hemos padecido y padecemos (en grado sumo) desde el golpe de estado del 6-9-1930 y la irrupción del ideario nacionalista de clara inspiración en la derecha europea.

El mismo problema se presenta con la figura de la delegación legislativa del art. 76, otra figura jurídica que está mal diseñada, que no debió haberse incorporado a la Constitución y que es una de las reformas de 1994 más peligrosas para la libertad y la igualdad.

Nunca la delegación legislativa debe consistir en que el Congreso conceda al poder ejecutivo facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Hay que limitar al art. 76 con las claras y categóricas prohibiciones del art. 29 de la ley suprema.

Tampoco la delegación legislativa (que permite el art. 76) debe incluir "normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos" (art. 99.3). Hay que limitar la delegación legislativa con las exclusiones previstas para los decretos de necesidad y urgencia.

Todo este régimen de excepción nunca debe ser analizado, evaluado o interpretado desde el punto de vista de la doctrina autoritaria en la medida que deja librado a la voluntad del poder ejecutivo la constatación de la emergencia como la decisión de las políticas para hacerle frente.

4.- ¿Desde cuándo rige el decreto de necesidad y urgencia? O ¿desde cuándo entra en vigencia o es obligatorio? Aquí hay varias respuestas y nuevos problemas. Veamos.

Primero y de acuerdo a la doctrina autoritaria se sostiene que el decreto de necesidad y urgencia rige después del octavo día de su publicación o desde la fecha que el mismo decreto disponga (conforme se establece en el art. 5 del CCCN o se ordenaba en el art. 2º del Código Civil de Vélez Sarsfield).

Pero aquí se presenta el siguiente problema: de ser así ¿cuál es el rol que le cabe a la Comisión Bicameral Permanente y a ambas Cámaras del Congreso conforme al art. 99.3?

Para la doctrina autoritaria al Congreso sólo le cabe rechazarlo y para ello se requiere la resolución expresa de ambas Cámaras. Así el decreto deja de tener efecto, deja de regir. ¿Y desde cuándo? Desde que se realiza el rechazo por ambas Cámaras (o desde que se publican las resoluciones de ambas Cámaras con el respectivo rechazo), consolidándose los derechos adquiridos durante el tiempo de vigencia del decreto de necesidad y urgencia. ¿Por qué? Porque le reconoce al presidente la plena potestad para dictar decretos por razones de necesidad y urgencia que rigen como las leyes.

Dentro de la doctrina autoritaria ¿tiene algún sentido que el Congreso (o que ambas Cámaras) aprueben al decreto de necesidad y urgencia? En principio no tiene ningún sentido. ¿Por qué? Porque el decreto rige desde su entrada en vigencia conforme al art. 5º del CCCN de modo tal que la aprobación de las Cámaras luce irrelevante. ¿Se le podría dar algún efecto a la aprobación de ambas Cámaras? Quizás sí.

¿Qué pasa mientras que ambas Cámaras no emiten su resolución de aprobación o de rechazo? Para la doctrina autoritaria el decreto rige. Pero aquí se plantea otro problema: si consideramos que el decreto rige (según lo establecido en el art. 5 del CCCN) estamos suponiendo que ambas Cámaras no lo rechazan. Pero dicha suposición está absolutamente prohibida cuando en el art. 82 de la Constitución se dispone que "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, se excluye; en todos los casos, la sanción tácita o ficta." Entonces

como no hay sanción tácita o ficta (que está excluida “en todos los casos”) no podemos suponer que las Cámaras no rechazan el decreto, de modo tal que tampoco podemos considerar que el decreto rija según lo establecido en el art. 5 del CCCN. Pero entonces si el decreto no rige, ¿cómo hacemos frente a la emergencia por la cual (y para la cual) se dictó el decreto?

El mismo problema tenemos si consideramos que el decreto rige luego de la publicación oficial de las resoluciones de ambas Cámaras con la aprobación del decreto según las previsiones del art. 5º del CCCN. Veamos esta alternativa que trata de darle algún sentido a la intervención de la Comisión Bicameral Permanente y a ambas Cámaras.

Hay un trámite ordinario previsto para la sanción de las leyes. Pero hay también un trámite extraordinario y expedito que está establecido en el art. 99.3. ¿En qué consistiría? El presidente (junto con el jefe de gabinete y los ministros) dicta un decreto por razones de necesidad y urgencia porque hay circunstancias excepcionales que hacen imposible el trámite ordinario para la sanción de las leyes.

Dentro del plazo de los diez días de su sanción el jefe de gabinete lo debe someter a la consideración de la Comisión. La Comisión dentro del plazo de diez días debe elevar su despacho al plenario de cada Cámara para su expreso e inmediato tratamiento. Así que en menos de 30 días desde su sanción debería estar tratado el decreto por ambas Cámaras. Y mientras tanto no rige. Ahora bien: si mientras tanto el decreto no rige hay una luz de 30 días de necesidad y urgencia, de emergencia, que no reciben respuesta del gobierno con grave perjuicio para los habitantes del país afectados.

En el art. 99.3 tampoco se prevé el caso de que las circunstancias excepcionales hagan imposible ya no el trámite ordinario sino el mismo acuerdo general de ministros, o la reunión de la Comisión o de ambas Cámaras del Congreso para el tratamiento expreso e inmediato. Todos estos casos no están previstos en el art. 99.3 lo que muestra la deficiente construcción de la figura jurídica de los decretos de necesidad y urgencia que se realizó en la reforma del 94.

Las circunstancias excepcionales bien pueden hacer imposible el trámite previsto en el art. 99.3 para la sanción del mismo decreto. Si no se puede llevar a cabo el acuerdo de los ministros, ¿basta sólo con la decisión y firma del presidente? Es un punto que no surge expresamente del texto del art. 99.3 pero que la doctrina autoritaria contestaría afirmativamente. Al fin y al cabo el presidente es el “jefe supremo de la Nación, el jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país” (art. 99.1) y hay que hacer frente al estado de excepción, a la emergencia.

5.- Hagamos un bosquejo de la doctrina autoritaria con respecto a los decretos de necesidad y urgencia en relación al texto del art. 99.3 y cc de la Constitución nacional. Ante la emergencia o el estado de excepción el presidente tiene atribuciones para dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. A los efectos de hacer frente a la emergencia el decreto vale como una ley, de modo que no requiere de la aprobación del Congreso. El Congreso puede reprobador el dictado del presidente por resolución de ambas Cámaras. Dicha reprobación opera como una derogación del decreto. Además el Congreso puede remover al jefe de gabinete (conforme al art. 101 de la Constitución). Toda esta doctrina se sustenta también en que el presidente es el jefe supremo de la Nación, el jefe de

gobierno, el jefe político de la administración y como tal es el conductor o gran conductor que debe velar por la subsistencia de la Nación.¹⁵

6.- A la doctrina autoritaria debemos oponer la doctrina democrática del estado de excepción. A los mejores principios de la filosofía política o de la moral pública, a la república democrática y al régimen de los derechos humanos debemos unir una cantidad necesaria de realismo político. Aquí no hay que desconocer el fenómeno de la emergencia o de las necesidades y urgencias que se presentan al gobierno y a los habitantes. No puede haber duda que la emergencia pública requiere de la actuación del gobierno. Pero la actuación del gobierno no se debe estipular en los términos de la doctrina autoritaria: no es cierto que ante la emergencia haya que incrementar las atribuciones del poder ejecutivo ni que se deban suprimir o limitar los derechos de los habitantes afectados por el evento. No hay que sumar a los daños y perjuicios causados por la emergencia, nuevos daños provocados por el gobierno. Entonces ante la emergencia el gobierno debe detener la injuria, asegurar los derechos de los habitantes y promover el progreso individual y social. Así la respuesta la debemos brindar desde la doctrina de la república democrática y el régimen de los derechos humanos, el principio del aseguramiento de los derechos (o prohibición de regresividad) y el principio de progresividad individual y social.

Los problemas que ha generado la reforma constitucional de 1994 con la regulación de los decretos de necesidad y urgencia deben ser resueltos no para consagrar una solución autoritaria, opuesta a la república democrática y al régimen de los derechos humanos sino para asegurar los derechos y coadyuvar al adelantamiento social e individual una vez sorteada la emergencia con, sin lugar a dudas, una cuota del mejor realismo político. Y aquí vale esta aclaración, a saber: que el realismo político no es incompatible con el régimen de los derechos humanos ni la república democrática y que las verdaderas soluciones del realismo político no son ni la dictadura ni la tiranía.

Debemos ser serios y estrictos en la determinación de la emergencia pública para que su mera invocación no sea la excusa para que el presidente imponga la dictadura o la tiranía. Hay que revertir la tendencia de la doctrina autoritaria del estado de excepción hacia la tiranía. Esto es muy básico.¹⁶

Siempre que el Congreso no puede dar una respuesta rápida y expedita a una emergencia pública con la sanción de una ley por medio del trámite ordinario previsto en la Constitución (o mientras que el Congreso ejecuta ese trámite ordinario), es claro que el presidente puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia para hacer frente al estado de excepción.

¹⁵ Esta es básicamente la doctrina que expone Rodolfo Barra en defensa del Dto. 70/2023 en el reportaje que le hace Jorge Fontevicchia, DNU, Cautelares, Ley Omnibus y Gobernabilidad, el miércoles 3 de enero y publica en PERFIL, 7-1-2024, págs. 34 a 41; y en La megareforma oficialista, definiciones del abogado del estado, en La Nación, 31-12-2023, pág. 16. Cuando Barra interpreta el texto del art. 99.1 de la CN sobre que el presidente es el jefe supremo de la Nación en el sentido que es el conductor o el gran conductor, lo entiende desde la doctrina peronista o desde el libro *Conducción Política* de Juan Domingo Perón.-

¹⁶ Al comentar la balía de Siena (una comisión extraordinaria para atender a las crisis militares o fiscales) Daniel Waley dice: "El atractivo de la balía era su relativa informalidad; por definida que estuviera su autoridad, siempre gozaba de determinada exención de las reglas de las instituciones rutinarias de gobierno. Como normalmente podía recibir poderes no constitucionales, era el medio ideal de penetración del presunto dictador, y de hecho esto se convirtió en una maniobra corriente: muchos signori recibieron los poderes "especiales" de una balía favorable." (*Las ciudades-república italianas*, Ediciones Guadarrama SA, Madrid, 1969, pág. 65).-

Los decretos de necesidad y urgencia del presidente deben regir desde su publicación oficial si de lo que se trata en serio es de frenar o superar la emergencia pública, o de ejercer acciones rápidas de prevención o reparación de los daños a las personas o a las cosas.

La emergencia, en cuanto hecho de necesidad y urgencia, sólo habilita al presidente a emitir medidas transitorias, temporales, interinas o precarias. La emergencia no habilita al presidente a legislar en forma permanente sobre materias ajenas a su competencia de gobierno o administración (art. 99.1), ni sobre materias de derecho privado como son la legislación civil y comercial, de minería, de trabajo y seguridad social, o de aeronáutica, porque de ser así contraviene la forma republicana de gobierno (con su división de poderes), las atribuciones expresas del Congreso (determinadas en el art. 75) y porque se le estaría concediendo facultades extraordinarias, la suma del poder público, u otorgando sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los habitantes de la Nación queden a su merced (conforme lo condena el art. 29 de la misma ley suprema).¹⁷

Ante el desastre de la reforma de 1994 tenemos que realizar opciones claras y categóricas a favor de la democracia y la plena vigencia de los derechos humanos ante los problemas que plantea el art. 99.3 de la Constitución nacional invalidando toda solución a favor del incremento de las facultades del presidente de la Nación.

Hay que ser muy claros al respecto: una cosa es que el presidente quede habilitado para paliar o superar la emergencia con el dictado de decretos y otra muy distintas que el presidente pueda, sobre la base de un estado de necesidad, reemplazar al Congreso modificando la legislación sustantiva vigente en la república.

Con sustento en los principios básicos de la república democrática y el régimen de los derechos humanos debemos también entender las atribuciones que la Constitución determina para la Comisión Bicameral Permanente y ambas Cámaras en el art. 99.3. En la medida que la emergencia pública no imposibilita el trámite previsto en el tercer párrafo del art. 99.3 con respecto a la actuación de la Comisión y a ambas Cámaras es más que claro que la doctrina democrática impone hacer operativas esas actuaciones en cuanto son el control interno sobre la oportunidad, el mérito, la conveniencia y la legalidad de los decretos de necesidad y urgencia en el procedimiento expedito que manda el art. 99.3.

Nunca se debe presumir la aprobación de ambas Cámaras mientras las mismas no procedan al expreso tratamiento e inmediata consideración del decreto de necesidad y urgencia; ello por la exclusión en todos los casos de la sanción tácita o ficta de la voluntad de cada Cámara (art. 82).

¹⁷ En defensa de la política del presidente Milei, Juan Carlos Cassagne (presentado como presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires) sostiene que ante la emergencia cabe legislar en forma permanente: "la necesidad en sentido propio implica la facultad de resolver una situación excepcional en forma permanente con soluciones de cierta duración." Ver Juan Carlos Casagne, *Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023, La Ley*, segunda edición del 10-1-2024. Aquí aprovecho para observar la necesidad de reformar a las academias nacionales (como la de ciencias morales donde Andrés Rosler presentó su libro o la de derecho que preside Cassagne) para ponerlas acorde al ideario democrático y de la modernidad y que sean verdaderas usinas de conocimiento científico e innovación técnica.-

Hay que sostener que la omisión en el tratamiento expreso y en la inmediata consideración del decreto de necesidad y urgencia por ambas Cámaras es inconstitucional, habilita su descalificación por el poder judicial y hace procedente la evaluación de la validez y constitucionalidad de la medida del presidente en relación al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales.

Si el jefe de gabinete omite someter el decreto dentro de los diez días de su dictado a la Comisión, el mismo queda sin efecto (desde su dictado) como decreto de necesidad y urgencia.

Remitido por el jefe de gabinete, si la Comisión omite elevar su despacho a cada Cámara dentro de los diez días siguientes, cada Cámara deberá a partir del día once proceder a su expreso tratamiento y consideración inmediata. Así debe proceder tanto durante el período ordinario de sesiones como durante el período de receso a los efectos de cumplir con el cometido impuesto en el art. 99.3. Aquí no se impone interpretaciones restrictivas sobre las atribuciones del Congreso en el sentido que no puede sesionar durante el período de receso si el presidente no lo convoca a sesiones extraordinarias, porque (repito) se trata de cumplir con el trámite extraordinario y expedito previsto en el art. 99.3. Dentro de este trámite extraordinario y expedito, las resoluciones de ambas Cámaras se deben emitir luego del día veinte del dictado del decreto y ordenando la Constitución que el tratamiento debe ser expreso e inmediato es claro que no se debería extender más allá de los diez días, de modo que se emita entre el día 20 y el 30 del dictado de la medida por el presidente.

Si el decreto del presidente rige luego de su publicación oficial (conforme a lo establecido por el art. 5 del CCCN) y ello para ser operativa a la medida ante la emergencia, es claro que la aprobación de ambas Cámaras dentro o fuera de los plazos previstos en el art. 99.3 para el trámite extraordinario y expedito nada debe agregar a la validez y vigencia de la disposición legislativa del presidente que quedará sometida al más amplio control judicial.

Distintos es el caso del rechazo o desaprobación por las Cámaras. Para la doctrina democrática se impone sostener que basta el rechazo de una sola Cámara para invalidar el decreto del presidente. Aquí no se puede considerar que el rechazo debe ser de ambas Cámaras para descalificar al decreto porque de esta manera se incrementa el poder del presidente en desmedro de la república democrática, del federalismo, de las atribuciones del Congreso (y de la discusión y la deliberación) y de los derechos de los habitantes.

Desde la doctrina democrática se impone impedir todo incremento de las facultades discrecionales del presidente como todo intento directo o indirecto, explícito o simulado, que tenga por objeto o por resultado que el presidente cuente con facultades extraordinarias.

Y si el rechazo se da, como señalamos entre el día 20 y el 30 del dictado del decreto por el presidente, corresponde considerar que la resolución desaprobatoria de cualquier Cámara tiene efectos desde el dictado del decreto. Así invalida al decreto desde su dictado (o ex tunc y no ex nunc).

7.- De esta forma solucionamos los problemas más notorios (o de mayor discusión e importancia para la defensa de los habitantes de la Nación) que presenta el desastroso diseño de la figura jurídica de los decretos de necesidad y urgencia en el art. 99.3 por la reforma constitucional de 1994, o como mínimo brindamos los principios básicos o el método u orientación general para decidir cualquier conflicto en torno al significado de los textos o al uso o aplicación de los mismos.

2.5.- La Ley 26.122.- La Ley 26.122 expresa la doctrina autoritaria sobre los decretos de necesidad y urgencia tanto por lo que dispone como por lo que omite y, en definitiva, por las consecuencias que tiene. En adelante analizamos a la Ley 26.122 en lo que se refiere a los decretos de necesidad y urgencia.

La Ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes que dicta el poder ejecutivo (art. 1, Ley 26.122).

En su título segundo (arts. 2 a 9) la Ley 26.122 regula el régimen jurídico, la competencia, la integración, la duración en el cargo, las autoridades, el funcionamiento, el quorum, los dictámenes y el reglamento de la Comisión Bicameral Permanente.

La Ley 26.122 en su art. 17 dispone que los decretos de necesidad y urgencia “tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil.”

El art. 17 de la Ley 26.122 alude al art. 2º del Código Civil. Pero el art. 2º del Código Civil fue modificado por el nuevo CCCN que entró en vigencia el 1-8-2015. Así el art. 2 del Código Civil al que alude el art. 17 de la Ley 26.122 no existe desde el 1-8-2015 como una norma del derecho argentino. Por ello se puede entender que desde el 1-8-2015 cuando en el art. 17 de la Ley 26.122 se alude al art. 2 del Código Civil se refiere al art. 5 del CCCN que dispone “Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.”

En general se entiende que en el art. 5 del CCCN con la palabra “leyes” se alude tanto a las leyes, como a los decretos, como a las resoluciones o a cualquier otra norma jurídica de carácter general (como las ordenanzas municipales, entre otras).

La Ley 26.122 en su art. 18 establece que la Comisión Bicameral Permanente se abocará de oficio al tratamiento del decreto cuando el jefe de gabinete no lo remita en el plazo de diez días establecido en el art. 99.3. En este mismo art. 18 se dispone que el plazo de diez días que tiene la Comisión para emitir su dictamen comenzará a correr a partir del vencimiento del plazo de diez días que tiene el jefe de gabinete para realizar la presentación de la medida.

La Ley 26.122 en su art. 20 establece que las Cámaras se deberán abocar al tratamiento expreso e inmediato del decreto sin que la Comisión haya elevado el correspondiente despacho; o sea: dispone el tratamiento de oficio por cada Cámara.

La Ley 26.122 usa las mismas palabras que la Constitución en su art. 99.3. Dispone que cada Cámara debe proceder al tratamiento expreso e inmediato del despacho (o del decreto en ausencia del despacho) sin precisar con exactitud el plazo dentro del cual debe emitir su pronunciamiento. Que no se establezca un plazo cierto para el pronunciamiento es un defecto grave que coadyuva al incremento de las facultades discrecionales del presidente.

Cada Cámara se pronunciará por el rechazo o por la aprobación del decreto en forma expresa (art. 20 Ley 26.122).

En el art. 23 se prohíbe a las Cámaras introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del poder ejecutivo. Aquí también se incurre en un defecto

grave que facilita el aumento de las facultades discrecionales del presidente. El Congreso ha limitado los alcances de la intervención de las Cámaras lo que tiene por consecuencia que se amplía el ámbito de actuación del presidente como único legislador en el estado de excepción con grave atentado a la soberanía popular, a la deliberación y decisión de sus representantes.

En el art. 24 de la Ley 26.122 se dispone que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el art. 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.”

Con este texto se cierra la doctrina autoritaria en la confección de la figura jurídica de los decretos de necesidad y urgencia. El art. 24 impone un requisito difícil de cumplir para la desaprobación del decreto de necesidad y urgencia: que ambas Cámaras lo rechacen. Se supone la validez o constitucionalidad del decreto, su legitimidad y razonabilidad. Sobre esta base se requiere que ambas Cámaras desapruében el decreto. Pero ello no debe ser así. Desde la doctrina democrática corresponde una posición de mayor severidad para evaluar la actuación del presidente máxime cuando ejerce facultades legislativas que son ajenas a su competencia conforme al diseño básico de la república democrática. La consecuencia entonces debe ser que basta sólo con el rechazo de una de las Cámaras para invalidar al decreto del presidente.

Que se disponga que los decretos del presidente tienen plena vigencia según lo establecido en el art. 5 del CCCN (art. 17, Ley 26.122); que se omita fija un plazo para la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia; que se omita fijar un plazo para el pronunciamiento de ambas Cámaras; y que se exija el rechazo por ambas Cámaras; tiene por consecuencia reducir la participación del Congreso en el procedimiento extraordinario y expedito previsto del art. 99.3 y ampliar las atribuciones del presidente en materia de decretos de necesidad y urgencia.

El resultado del régimen de la Ley 26.122 es la existencia de un gran número de decretos de necesidad y urgencia en vigencia que no cuentan con la intervención de cada Cámara del Congreso conforme lo prescribe el art. 99.3 de la CN. Se trata de un gran número de decretos de necesidad y urgencia que sólo fueron dictados por el presidente y sobre los cuales ninguna de las Cámaras del Congreso ha emitido su resolución de aprobación o de rechazo.

Con la Ley 26.122 se controvierte la forma republicana de gobierno (art. 1 CN) y el régimen de los derechos humanos (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 20, ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la misma ley suprema); se favorecen las facultades discrecionales del presidente en desmedro de las atribuciones del Congreso; y se incrementa el presidencialismo en contra de la democracia (representativa o directa).

Todo lo cual amerita considerar a la Ley 26.122, en las partes aquí señaladas, como inconstitucional.

La reforma constitucional de 1994 no legisló contra la práctica legislativa del poder ejecutivo que se dio en la Nación Argentina desde el golpe de estado del 6 de septiembre de 1930 sino que, por el contrario, le dio recepción en la ley suprema con grave perjuicio para la libertad y la igualdad de los habitantes del país.

Con el reconocimiento de la atribución al poder ejecutivo del dictado de decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3), y al Congreso de la capacidad de delegar facultades legislativas al poder ejecutivo en materia de administración o de

emergencia (art. 76), la reforma constitucional de 1994 abrió la posibilidad (con sustento en la doctrina autoritaria del estado de excepción) de incrementar el poder del presidente violando incluso los límites que en el mismo texto fundamental se fijan.

La reforma constitucional de 1994 estuvo muy equivocada. Nunca debió haber regulado en la Constitución a los decretos de necesidad y urgencia ni a la delegación legislativa porque con ello se da causa, motivo u ocasión para que los partidarios de la doctrina autoritaria del estado de excepción avanzaran en la imposición de la dictadura, del cesarismo democrático, o del presidencialismo populista (o demagógico) para reproducir por estos medios la dominación capitalista en perjuicio de la libertad y la igualdad.

La reforma constitucional de 1994 estuvo muy equivocada. Dejó a un lado la impronta republicana democrática de la Constitución nacional de 1853 cuando había puesto un límite claro al despotismo al prohibir la concesión de facultades extraordinarias o de la suma del poder público (en su art. 29 CN), y cambió de dirección hacia el autoritarismo con el reconocimiento de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3) y la delegación legislativa (art. 76) como facultades del presidente.

Más allá de los límites impuestos al dictado de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3) y a la delegación legislativa (art. 76), que se establecen en esos artículos y en los principios generales del estado de excepción en la Constitución, no cabe duda que con la incorporación de esos textos se abrió la posibilidad para el aprovechamiento de los mismos por parte de quienes sostiene doctrinas autoritarias, opuestas a la república y a la democracia, supresoras o restrictivas de la plena vigencia de los derechos humanos (o de las libertades civiles, políticas y sociales).

No cabe duda alguna que el reconocimiento a favor del presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3) o de legislar en materia de emergencia por delegación del Congreso (art. 76) por parte de la asamblea constituyente de 1994 es fruto de una larga y ruinosa prédica de doctrinas autoritarias que se produce en el país desde finales de la década del 20 del siglo XX en manos de los llamados nacionalistas argentinos (ya sean de derecha o de izquierda), y el ataque constante que han llevado y llevan a cabo contra la doctrina liberal (o el liberalismo en general) y la reivindicación o defensa de la tiranía del hacendado Juan Manuel de Rozas. En toda esta tradición supuestamente nacionalista se encuentra la inspiración de la gran mayoría de las doctrinas y prácticas autoritarias que hemos padecido durante el siglo XX y el presente siglo XXI, que han contribuido a la existencia de una república autoritaria (o, en el mejor de los casos, de democracia muy restringida), de gobiernos despóticos o demagógicos al servicio del capitalismo y de potencias extranjeras.

2.6.- El control judicial de los decretos de necesidad y urgencia.- Ante la invocación de la emergencia se debe incrementar el control judicial máxime cuando la misma la realiza el poder ejecutivo para dictar un decreto de necesidad y urgencia.

El punto de arranque de toda evaluación de un decreto de necesidad y urgencia es presumir su invalidez (o inconstitucionalidad) porque el presidente tiene prohibido dictar disposiciones legislativas (art. 99.3).

En materia de decretos de necesidad y urgencia el poder judicial tiene el deber ineludible de ejercer el más amplio control sobre si se dan las "circunstancias excepcionales" que "hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta

Constitución para la sanción de las leyes”; si la medida dictada por el poder ejecutivo nacional es una política extraordinaria o la mera apariencia de una política excepcional para ocultar actos legislativos sobre materias propias del Congreso; si se ha cumplido con los procedimientos debidos para su dictado por el poder ejecutivo; y si se ha dado la intervención de ambas Cámaras para la aprobación de la medida del poder ejecutivo.

El poder judicial tiene atribuciones suficientes para conocer y decidir sobre todo el trámite extraordinario establecido en el art. 99.3 para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia y, en especial, sobre si se ha cumplido o no con el procedimiento allí previsto que para el caso es el debido proceso (o el rule of law).

La evaluación sobre la existencia y el alcance de las circunstancias excepcionales es una cuestión judicial o que está sometida al control judicial (o al conocimiento y decisión del poder judicial en los términos del art. 116 CN) en cuanto es uno de los requisitos de validez del DNU.

También el control judicial debe recaer sobre las acciones propiamente dichas que se disponen en el decreto a los efectos de evaluar si se trata de verdaderas medidas extraordinarias, excepcionales o de emergencia o si son disposiciones permanentes que hacen a la vida ordinaria de los habitantes del país.

Además el conocimiento y decisión del poder judicial (art. 116 CN) debe versar sobre si el decreto de necesidad y urgencia asegura o desasegura los derechos humanos y si coadyuva o no al progreso social e individual.

3.- CRÍTICA AL DTO. 70/2023.- El Dto. 70/2023 no es un decreto de necesidad y urgencia. Como reglamento es nulo, de nulidad absoluta e insanable. Si se considera que es un decreto de necesidad y urgencia, el Dto. 70/2023 es (por lo menos en las partes que regula la materia laboral) inconstitucional. En adelante realizo la crítica acabada del Dto. 70/2023 y muestro sus graves y notorios errores.

3.1.- El Dto. 70/2023 no es un decreto de necesidad y urgencia en los términos del art. 99.3 de la Constitución. El Dto. 70/2023 es solo un reglamento del presidente. Ahora bien, como el poder ejecutivo tiene prohibido “emitir disposiciones de carácter legislativo” (según el art. 99.3 de la Constitución) y siendo el Dto. 70/2023 una notoria “disposición de carácter legislativo”, entonces el Dto. 70/2023 es nulo de nulidad absoluta e insanable según lo dispuesto en el mismo art. 99.3.

El Dto. 70/2023 incumple con las condiciones o los requisitos que impone el art. 99.3 para considerar que un decreto o medida del presidente de la Nación sea considerado un decreto de necesidad y urgencia.

Los defectos son ostensibles. En términos generales no hay circunstancias excepcionales que habiliten al presidente el uso de las atribuciones previstas en el art. 99.3, ni el presidente ha hecho uso de medidas extraordinarias (o de necesidad y urgencia para remediar la emergencia que invoca). En adelante señalamos todas estas equivocaciones.

3.1.- El Dto. 70/2023 es nulo, de nulidad absoluta e insanable porque la voluntad de la administración resulta excluida por dolo en cuanto tiene como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos (art. 14.a, Ley 19.549), o por carecer de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados (art. 14.b, Ley 19.549)

El Dto. 70/2023 se dicta sin que existan “circunstancias excepcionales” que “hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. No hay circunstancias excepcionales en los términos del art. 99.3 de la Constitución nacional.

En el Dto. 70/2023 el presidente considera que “la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN expresó que “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, 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” (Fallos 322:1726 y 333:633).”

Para el presidente “la situación indicada en el punto 2 del Fallo antes citado es precisamente la que existe en la actualidad en nuestro país, dado a la desesperante situación económica general, descrita en todos los Considerandos anteriores, no admite dilaciones y hace imposible esperar el trámite normal de formación y sanción de las leyes, ya que ello podría implicar un agravamiento de las condiciones adversas que atraviesa la República Argentina y afectar todavía más a un porcentaje aún mayor de la población.”

Pero no es así. En los considerandos del Dto 70/2023 el presidente describe una situación que es permanente, que lleva muchos años (doce o más años), lo que excluye que sea una situación emergente, excepcional, única, irrepetible, infrecuente o imprevisible que imponga hacerle frente con un decreto de necesidad y urgencia con reglas transitorias. No es así.

Tampoco es cierto que exista la situación indicada en el punto 2 del fallo de la Corte como afirma el presidente. No es cierto 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”.

No es así. ¿Por qué? Porque la misma solución legislativa que adopta el presidente en el Dto 70/2023 al consistir en una reforma de la legislación sustantiva o del derecho privado, o de materia civil o comercial, de minería, o de trabajo entre otras, no es la solución legislativa inmediata que requiere la situación (en los términos del art. 99.3 y de la doctrina de la Corte Suprema) lo que demuestra que el presidente no cree seriamente en la existencia de la situación de urgencia que invoca.

Tampoco hay emergencia ni excepcionalidad ni urgencia alguna para la modificación de la legislación laboral por la vía de un decreto de necesidad y urgencia cuando el mismo presidente al establecer las “bases para la reconstrucción de la economía argentina” dispone con respecto a la desregulación que “la reglamentación determinará los plazos e instrumentos a través de los cuales se hará efectiva la desregulación dispuesta en el párrafo anterior” (art. 2 Dto 70/2023) lo que demuestra por sí sólo que no hay ninguna urgencia sino el uso espurio de la figura jurídica prevista en el art. 99.3 de la Constitución nacional para, con esa supuesta excusa, que el presidente legisle a su real antojo y saber. Es muy grave.

Tampoco hay circunstancias excepcionales en los términos del art. 99.3 (ni de la doctrina de la Corte Suprema) cuando el presidente, al mismo tiempo que dicta del Dto 70/2023, convoca a sesiones extraordinarias al Congreso (por medio del Dto 76/2023) y pone en consideración también la ratificación del Dto. 70/2023 en el art. 654 del proyecto de ley del 27-12-2023 (NO-2023-153350781-APN-JGM).

Estas conductas del presidente demuestran que la situación de urgencia invocada no requiere de una solución legislativa inmediata o en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (conforme a la doctrina de la Corte Suprema), lo que implica que el presidente no está habilitado para el dictado del Dto. 70/2023.

El art. 99.3 exige que las circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes. El art. 99.3 no dispone que el presidente está habilitado para dictar decretos de necesidad y urgencia cuando la situación “no admite dilaciones y hace imposible esperar el trámite” normal para la sanción de las leyes. La imposibilidad del art. 99.3 se refiere a “seguir los trámites” y no a “esperar el trámite” (como escribe el presidente en los considerandos del Dto 79/2023). La imposibilidad de esperar el trámite hace a un estado moral, anímico o sentimental del presidente cuando dicta el decreto 70/2023. Aquí la situación de urgencia está en el presidente cuando dicta el decreto 70/2023. Pero el apuro del presidente no es una situación de necesidad y urgencia ni una emergencia pública, ni para la Constitución nacional ni para la doctrina democrática.

Otorgar atribuciones legislativas al poder ejecutivo es de por sí muy peligroso para la vida y hacienda de los habitantes de la Nación, al mismo tiempo que abre la posibilidad de que, por la vía de las decisiones administrativas o judiciales y de las interpretaciones (o distorsiones) de estas decisiones, se amplíen los casos previstos con otros no establecidos en la norma constitucional incrementando así el daño a la república, a la democracia y, por sobre todas las cosas, al pueblo soberano cuando se lo deja sometido a la voluntad discrecional del presidente.

Estas son las consecuencias perjudiciales que padecemos por la reforma constitucional errada del año 1994.

Si la Ley 26.122 está equivocada en la medida que se alza contra la república democrática, mucho más opuesta resulta la consideración de la Comisión Bicameral Permanente que cita el presidente para justificar el dictado del Dto. 70/2023.

El presidente dice que la Comisión “reconoció que “la imperiosa necesidad del Poder Ejecutivo de contar con todas sus herramientas para realizar una eficiente administración configura una necesidad que torna imposible el cumplimiento de los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional, para la sanción de las Leyes” - Dictamen de validez en la consideración del Decreto N° 819/20 - (S.-2483 / 21-), y aprobado en la sesión del 18 de noviembre de 2021 junto con otros CIENTO CATORCE (114) decretos.”

La Comisión elabora un concepto de necesidad para justificar el dictado de un decreto de necesidad y urgencia que resulta completamente ajeno al texto expreso del art. 99.3: que “la imperiosa necesidad del Poder Ejecutivo de contar con todas sus herramientas para realizar una eficiente administración configura una necesidad que torna imposible el cumplimiento de los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional, para la sanción de las Leyes”.

En esta doctrina la identificación o determinación de la necesidad queda absolutamente en la voluntad discrecional del poder ejecutivo con total peligro para la vida y propiedad de los habitantes de la Nación. La Comisión considera que la necesidad (que torna imposible el cumplimiento de los trámites ordinarios previstos por la ley suprema para la sanción de las leyes) se configura en la imperiosa necesidad del poder ejecutivo de contar con todas sus herramientas para realizar una eficiente administración. Así para la Comisión la necesidad se constituye por la necesidad del poder ejecutivo de poseer los medios para ejercer la administración. En definitiva: conforme a esta doctrina la excepción se encuentra en que el poder ejecutivo cuente con todas las atribuciones que requiera para administrar el país.

De esta manera se impone la voluntad discrecional del poder ejecutivo. Los habitantes de la Nación quedan sometidos a la sola voluntad del presidente de la Nación ya que la emergencia o excepción está definida por las necesidades del presidente de contar con todas las atribuciones que se requieran para administrar el país.

Estas son las consecuencias a las que se llega con la errada reforma constitucional del año 1994 y el desastroso diseño de la figura jurídica de los decretos de necesidad y urgencia que se adoptó en el art. 99.3.

3.2.- El presidente no tiene atribuciones para declarar la “emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025” como lo hace en el art. 1º del Dto 70/2023.

Este tipo de declaraciones son típicas de la doctrina autoritaria del estado de excepción y ajenas al régimen de la Constitución nacional donde no se dispone una atribución tal para el presidente de la república ni el poder ejecutivo nacional.

Aquí el presidente sigue una práctica política (de gobierno o administrativa) ajena y opuesta a la Constitución nacional y a todas luces propia de los gobiernos de facto y dictaduras militares y de los usurpadores en general.

La declaración del art. 1º del Dto. 70/2023 es una típica manifestación de un presidente (o poder ejecutivo) autoritario. Declara la emergencia pública de los principales (si no de todos) los aspectos de la vida humana para sobre esa base (con esa supuesta excusa) luego legislar sin la participación del Congreso. Es de una gravedad institucional notoria y muy lesiva a la vida, honor y hacienda de los habitantes de la Nación que quedan así a merced de la voluntad discrecional del presidente y su camarilla de asesores al servicio de los grandes empresarios y financistas.

Observo que la “emergencia pública” es una de las razones que puede invocar el Congreso para delegar la facultad legislativa en el poder ejecutivo según lo establecido en el art. 76 de la CN. Pero el presidente no tiene la atribución de declarar la emergencia pública. En todo caso y con respecto a los decretos de necesidad y urgencia el presidente sólo puede declarar la existencia de “circunstancias excepcionales” que hagan “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” (art. 99.3 CN).

Por ello el Dto 70/2023 es nulo, de nulidad absoluta e insanable, ya que fue emitido existiendo incompetencia en razón del grado (art. 14.b, Ley 19.549), máxime cuando la misma Constitución nacional dispone que la delegación legislativa es una atribución del Congreso en casos de “emergencia pública” (art. 76 CN).

3.3.- En el Dto 70/2023 el presidente declara la “emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025” (art. 1º); y manda la desregulación del comercio, los servicios y la industria la que se hará efectiva por la reglamentación que se dicte (art. 2º).

Que la “emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social” se declare el 20-12-2023 (fecha del dictado del Dto 70/2023) hasta el 31-12-2025 (art. 1º) es la clara demostración que el presidente usurpa las atribuciones legislativas del Congreso durante los años 2024 y 2025.

En el Dto 70/2023 el presidente dicta 366 artículos distribuidos en dieciséis títulos que son los siguientes: I.- Bases para la reconstrucción de la economía argentina; II.- Desregulación económica: Capítulo I.- Banco de la Nación Argentina, Capítulo II.- Tarjetas de crédito, Capítulo III.- Operaciones de crédito mobiliario realizadas por medio de certificados de depósito y warrant; III.- Reforma del estado: Capítulo I.- Reforma del estado, Capítulo II.- Transformación de empresas del estado en Sociedades Anónimas; IV.- Trabajo: Capítulo I.- Registro Laboral, Capítulo II.- Ley de contrato de trabajo, Capítulo III.- Convenciones Colectivas de Trabajo, Capítulo IV.- Asociaciones sindicales, V.- Régimen de Trabajo Agrario, Capítulo VI.- Régimen del Viajante de Comercio, Capítulo VII.- Régimen legal del Contrato de Teletrabajo, Capítulo VIII.- De los trabajadores independientes con colaboradores, Capítulo IX.- Servicios esenciales; Título V.- Comercio exterior: Capítulo I.- Código Aduanero; Título VI.- Bioeconomía: Capítulo I.- Instituto Nacional de la Yerba Mate; Título VII.- Minería; Título VIII.- Energía: Capítulo I.- Régimen de Fomento a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica; Título IX.- Aerocomercial: Capítulo I: Código Aeronáutico, Capítulo II.- Rescate de Aerolíneas Argentinas y Austral Líneas Aéreas por el Estado Nacional, Capítulo III.- Utilidad pública de Aerolíneas Argentinas; Título X.- Justicia: Capítulo I.- Código Civil y Comercial de la Nación; Título XI.- Salud: Capítulo I.- Utilización de medicamentos por su nombre genérico, Capítulo II.- Marco Regulatorio de la medicina prepaga, Capítulo III.- Obras sociales, Capítulo IV.- Sistema Nacional del Seguro de Salud, Capítulo V.- Régimen de trazabilidad y verificación de aptitud técnica de los productos médicos activos de salud en uso, Capítulo VI.- Recetas electrónicas o digitales, Capítulo VII.- Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, Reglamentación del derecho de opción de cambio, Capítulo IX.- Régimen legal del ejercicio de la actividad farmacéutica y de la habilitación de las farmacias, droguerías y herboristerías; Título XII.- Comunicación: Capítulo I.- Ley de servicios de Comunicación Audiovisual, Capítulo II.- Argentina Digital; Título XIII.- Ley de deportes; Título XIV.- Ley de sociedades; Título XV.- Turismo; Título XVI.- Registro automotor.

La gran cantidad de modificaciones a la legislación que se lleva a cabo en el Dto 70/2023 y lo variado de las materias sobre las que versa es la clara demostración que no estamos ante una medida de urgencia sino ante el abuso de una facultad reconocida en el art. 99.3 de la Constitución y que, en el caso, expresa en realidad la sola voluntad del presidente de gobernar por decretos (o reglamentos) y sin la participación del Congreso en materias que le son propias conforme a la misma Constitución (art. 75.18).¹⁸

¹⁸ Hay un ejercicio abusivo de la atribución que contraría los fines del ordenamiento jurídico o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (como se expresa en el art. 10 del CCCN).-

La prohibición de legislar que impone el art. 99.3 al poder ejecutivo significa que tampoco puede mediante un decreto de necesidad y urgencia hacerlo sobre casi todas las ramas o materias del derecho que, además, son propias de la legislación que debe sancionar el Congreso (según lo establecido en el art. 75.18 de la CN).

El poder ejecutivo no puede legislar sobre el derecho civil, comercial, penal, minero, laboral (como tampoco sobre el aeronáutico o el aduanero) por la vía de la delegación legislativa prevista en el art. 76 de la Constitución nacional ya que la misma solo está prevista para materias determinadas de administración o de emergencia pública y en ninguna de estas materias queda incluido el derecho civil, o el comercial, o el penal, o el minero, o el laboral, entre otros.

En términos generales que el decreto sea de necesidad y urgencia quiere decir que su dictado se requiere inmediatamente por la situación de emergencia o excepción que lo motiva y que se pretende evitar o apartar, remediar o corregir.

Además que el decreto sea de necesidad y urgencia también quiere decir que las acciones que dispone (o que permite, prohíbe u obliga ejecutar) sean extraordinarias, excepcionales, anormales, singulares y adecuadas a la emergencia que se pretende evitar, apartar, eludir, remediar o corregir.

Así la situación de emergencia requiere de una política extraordinaria o fuera de lo común. Para una situación de emergencia o de excepción no es adecuada una política ordinaria o común como es legislar sobre las materias que aborda el presidente en su Dto 70/2023.

No puede caber la menor duda que el presidente ha ejercido facultades legislativas usurpando las atribuciones del Congreso con sólo advertir la variedad de materias y reformas que decide en el Dto 70/2023.

Por ello no se puede sostener que el Dto 70/2023 sea un decreto de necesidad y urgencia sino, solo y exclusivamente, un fenomenal y enorme, inmenso y fabuloso acto legislativo que, en una república democrática y según la Constitución es propio del Congreso y está absolutamente prohibido para el presidente (art. 99.3 CN). De modo tal que como acto legislativo el Dto 70/2023 es nulo, de nulidad absoluta e insanable por lo establecido en el art. 99.3 de la Constitución y porque fue “emitido mediando incompetencia en razón de la materia” (art. 14.b, Ley 19.549).

3.4.- Que exista en el país una supuesta “práctica de sucesivas gestiones presidenciales” consistente en el dictado de decretos de necesidad y urgencia similares al Dto 70/2023 y que dicha práctica se invoque como una fundamentación para la sanción del Dto 70/2023 (en los considerandos de la instrucción bajo análisis) no es un razonamiento justificado ya que del hecho que exista esa supuesta práctica no se deriva la atribución (ni el deber ni el derecho) del presidente de emitir el reglamento en cuestión: de un juicio del ser no se deriva un juicio del deber ser.

Tampoco se puede sostener que existan prácticas constitucionales (en el sentido de normas consuetudinarias constitucionales) que tengan por objeto o por resultado suprimir o limitar los derechos reconocidos en la ley suprema a favor de los habitantes de la Nación, ni modificar la forma de gobierno para limitar los poderes del Congreso o del Poder Judicial en beneficio del presidente.

Cualquier norma consuetudinaria constitucional sólo puede tener por objeto o por resultado la ampliación de los derechos reconocidos en la Constitución (entre los que se encuentran los de deliberar y gobernar a través de los representantes

y autoridades creadas por la ley suprema: art. 22 CN) y que “nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana del gobierno” (art. 33 CN).

Por ello el Dto 70/2023 es nulo, de nulidad absoluta e insanable, por no existir o ser falso el derecho invocado (art. 14.b, Ley 19.549).

3.5.- En los considerandos del Dto 70/2023 el presidente expresa que “con el fin de corregir la crisis terminal que enfrenta la economía argentina y corregir el grave riesgo de un deterioro aún mayor y mucho más grave de la situación social y económica, se debe reconstruir la economía a través de la inmediata eliminación de barreras y restricciones estatales que impiden su normal desarrollo, promoviendo al mismo tiempo una mayor inserción en el comercio mundial.”

Se trata de una finalidad que, como mínimo, puede ser ajena a la Constitución nacional. Aquí debemos observar que en los considerandos del Dto. 70/2023 el presidente no hace mención alguna a los objetos tenidos en cuenta por los representantes para ordenar, decretar y establecer la Constitución y que señalan en el preámbulo, tales como el de afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.

Estos objetos pueden ser ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema y así sostener que se busca el advenimiento de un país en que los habitantes estén liberados del temor y de la miseria (como se afirma en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948).

Si el presidente asume facultades legislativas que no le corresponden debemos señalar que omite promover “la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (conforme lo manda al Congreso el art. 75.18 de la ley suprema).

Si el presidente asume facultades legislativas que no le corresponden debemos señalar que omite (como mínimo) “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...” (art. 75.19 de la ley suprema).

Aquí están algunas de las finalidades constitucionales que deben guiar el ejercicio de las atribuciones del presidente como “jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (art. 99.1 CN).

Pero en vez de ello el presidente expresa en su Dto 70/2023 una finalidad simulada (y que contornea las finalidades declaradas en la Constitución nacional) para ocultar, por lo menos en lo que hace a la materia laboral, la real finalidad que es la supresión o limitación de los derechos de los trabajadores en claro incumplimiento al mandato de asegurarlos que impone el art. 14 bis de la Constitución nacional.

Hay aquí una doble ilegalidad. Primero expresa una finalidad que inspira su reglamento que es ajena a las finalidades constitucionales. Segundo con esa finalidad simulada oculta la real finalidad que es la supresión o limitación de los derechos de los trabajadores.

Por ello el Dto 70/2023 es nulo, de nulidad absoluta e insanable por violación “de la finalidad que inspiró su dictado.” (art. 14.b, Ley 19549).

3.6.- El Dto 70/2023 viola el principio de razonabilidad con fuente directa en los arts. 28 y 99.2 de la ley suprema ya que el desaseguramiento de los derechos del trabajador en directo incumplimiento al mandato impuesto en el art. 14 bis que se dispone en su Título IV, no es el medio adecuado para lograr el fin que se propone alcanzar, cual es “reconstruir la economía a través de la inmediata eliminación de barreras y restricciones estatales que impiden su normal desarrollo, promoviendo al mismo tiempo una mayor inserción en el comercio mundial.”

Aquí observamos que hace a la razonabilidad de la ley o del reglamento cuando se trata de hacer frente a una emergencia que la política de necesidad y urgencia sea limitada en el tiempo porque la excepción es extraordinaria. Así siendo la emergencia un hecho o un acto excepcional, se le debe hacer frente con una política extraordinaria lo que implica que sea limitada en el tiempo. De modo tal que no valen políticas permanentes como son las modificaciones a la legislación civil, comercial, minera, del trabajo y la seguridad social, aduanera, aeronáutica, entre otras.

El presidente subvierte este principio de razonabilidad cuando en el art. 1º del Dto 70/2023 declara la emergencia pública por los años 2024 y 2025, al mismo tiempo que dispone (como ya señalamos) políticas permanentes como las reformas a la legislación civil, comercial, minera, del trabajo y la seguridad social.

3.7.- Y lo más importante y que es más que suficiente para descalificar al Dto 70/2023 con respecto (como mínimo) a las reformas laborales que sanciona es que las mismas violan al principio de aseguramiento (o la prohibición de regresividad) y al principio de progresividad individual y social conforme lo mostramos en el punto siguiente. En el párrafo siguiente desarrollamos un poco más la idea.¹⁹

4.- LA REFORMA LABORAL DEL DTO. 70/2023.- La reforma de la legislación laboral en perjuicio de los trabajadores es una cuestión continuamente planteada, exigida o ejecutada por la élite dominante en lo político y lo social (o económico).

La Ley 20744 de contrato de trabajo (de 1974) poco y nada duró. Una de las primeras grandes y graves reformas ejecutada por la dictadura militar y el equipo económico de Martínez de Hoz fue su modificación por medio de la Ley 21.297 (del 29-4-1976) y el Dto. 390/76 (del 13-5-1976).

El otro gran cambio vino a finales de los años 80 y principios de los 90 del siglo XX con la flexibilización laboral que en Argentina difundió Caro Figueroa e impuso el presidente Menem²⁰. Hubo modificaciones lesivas con la presidencia de De La Rúa. Las ansias de reforma in peius de los trabajadores también se exteriorizaron

¹⁹ Ya que hacemos referencia al deber de asegurar es oportuno observar la caducidad del principio sobre que los derechos se gozan conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 CN). Este principio ha sido y es muy afirmado por la doctrina de los constitucionalistas y administrativistas. Pero este principio no tiene ninguna vigencia. Primero en materia de derechos sociales el art. 14 bis manda asegurar los derechos. Así no se trata de reglamentarlos sino de asegurarlos. Segundo con fuente en los tratados de derechos humanos (incorporados a la CN en el art. 75.22) los estados no tienen facultades reglamentarias para suprimir o limitar los derechos de la persona sin para adoptarlos, garantizarlos y promoverlos.-

²⁰ Armando Caro Figueroa, La Flexibilidad Laboral, Fundamentos comparados para la reforma del mercado de trabajo argentino, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1993.-

en el informe del Grupo de Expertos en 2008²¹ y durante la presidencia del Ingeniero Macri (cuando circuló algún proyecto muy perjudicial).²²

Todas estas reformas e intentos de reformas, sumadas al fenomenal fracaso de la revolución comunistas y a la derrota de la clase trabajadora (durante el siglo XX), a que (por ahora) las relaciones sociales de producción capitalistas no impiden ni obstaculizan el desarrollo de las fuerzas productivas, junto a los pésimos gobiernos pseudoprogresistas (como la dictadura bolivariana) que muestran la inexistencia de una alternativa seria son la base sobre la que se asientan las reformas del presidente Milei. Hay un pasado que no debemos olvidar y que resulta operativo a los intereses de las grandes empresas.

La reforma ejecutada por el Dto 70/2023 quizás sea la más extensa y lesiva a los trabajadores después de la ejecutada por la dictadura militar con la Ley 21.297 (del 29-4-1976) y el Dto 390/76 (del 13-5-1976). Observemos además que ambas reformas se realizan por medio de decretos del poder ejecutivo, lo que muestra una forma autoritaria de gobernar.

El Dto 70/2023 en su Título IV (de los arts. 53 al 97) realiza modificaciones que son casi todas (sino todas) in peius a los trabajadores o dependientes.

La reforma laboral del Dto 70/2023 incumple con el mandato de asegurar los derechos del trabajador que manda el art. 14 bis de la CN. Este es el punto central que no se debe perder de vista. El art. 14 bis de la Constitución ordena que las leyes deben asegurar al trabajador los derechos que allí mismo se reconocen. Pues bien: el Dto 70/2023 incumple categóricamente este mandato porque desasegura esos derechos, porque los suprime o reduce, porque los retrograda, porque retrocede del nivel de desarrollo alcanzado o porque impone un orden jurídico o social regresivo.

La cuestión es sencilla. ¿Para qué constituimos un gobierno? Para que asegure nuestros derechos y coadyuve al progreso social e individual. Aseguramiento y progresividad son los dos principios básicos del gobierno moderno, de la república democrática con un régimen de derechos humanos.

¿Qué quiere decir que el gobierno debe asegurar nuestros derechos? Quiere decir que el gobierno tiene prohibido retroceder suprimiendo o limitando los derechos. Quiere decir que está prohibida la regresividad desde el nivel de desarrollo alcanzado. Aquí no importa si el nivel es el superior, el inferior o uno intermedio: cualquiera sea el nivel de desarrollo alcanzado marca un grado irretrogradable, irreversible para el gobierno, o del cual el gobierno tiene prohibido retroceder. Es que no constituimos un gobierno para que nos dañe, nos lesione, nos ultraje, o nos desasegure nuestros derechos sino para que, como mínimo, los asegure, los conserve, los mantenga.

²¹ Grupo De Expertos En Relaciones Laborales, Estado Actual del Sistema De Relaciones Laborales En La Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.-

²² Muchas de estas reformas o proyectos los hemos criticado en: 1.- La Constitución, los tratados y la flexibilidad laboral (DT, 1986-B, 2707); 2.- Estudio sobre la flexibilidad laboral en la Argentina y Sobre el informe del Grupo de Expertos del año 2008; ambos en Apuntes Sobre Derechos Sociales, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2012; 4.- Ajuste Laboral Regresivo y Técnica Legislativa. Borrador de crítica al proyecto del PEN de 2017, Buenos Aires, 2017; 5.- además en Reforma Laboral y Desarrollo Económico y Social, Buenos Aires, 2023, proponemos modificaciones favorables al trabajador; todos en academia.edu.-

El principio de aseguramiento es un principio eminentemente conservador. Aquí no imperan los principios de la *lex superior*, de la *lex specialis*, ni de la *lex posterior*. No son ni verdades conceptuales ni leyes positivas. Además si la *lex superior*, la *lex specialis*, o la *lex posterior* fueran leyes positivas no prevalecerían ante el principio del aseguramiento.

La ley superior no deroga la ley inferior si con ella se desaseguran los mejores derechos ya reconocidos. La ley especial no deroga la ley general si con ella se desaseguran los mejores derechos ya reconocidos. La ley posterior no deroga la ley anterior si con ella se desaseguran los mejores derechos ya reconocidos.

La ley superior no prevalece sobre la ley inferior si con ella se desaseguran los mejores derechos ya reconocidos. La ley especial no prevalece sobre la ley general si con ella se desaseguran los mejores derechos ya reconocidos. La ley posterior no prevalece sobre la ley anterior si con ella se desaseguran los mejores derechos ya reconocidos.

Y así resulta ser tanto para el orden jerárquico de las normas como para el orden de prelación de las normas. El orden jerárquico de las normas es una clasificación de las normas por su jerarquía. Decimos que una norma es superior a otra cuando permite su dictado y fija su contenido mínimo irretrogradable. De acuerdo al principio de aseguramiento este contenido mínimo está definido por la norma del sistema que reconoce los mejores derechos y marca el nivel de desarrollo irretrogradable. Y lo mismo cabe señalar con relación al orden de prelación de las normas. Para su aplicación (o para su uso), conforme al principio de aseguramiento, se impone la norma que mejores derechos reconoce ya que de no ser así se retrograda el sistema.

Pero con la prohibición de regresividad no alcanza. A ella se agrega el principio de la progresividad social e individual que manda al gobierno coadyuvar al progreso, al adelantamiento, al avance, a la mejora continua de un nivel de desarrollo a otro superior.

Aseguramiento y progresividad son los dos principios básicos con lo que se constituye un orden social ascendente, un orden social progresivo en avance hacia mejor. Aseguramiento y progresividad son dos principios básicos que tienen sustento en los textos constitucionales de la doctrina política moderna, del gobierno moderno, y en las declaraciones de derechos como la Declaración de Independencia de USA redactada por Jefferson, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa de 1789, o la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, entre muchos otros.

Aseguramiento y progresividad son dos principios básicos de la mejor doctrina liberal del gobierno moderno que repudian los partidarios del autoritarismo.²³

El Dto 70/2023 se da dentro de un marco general de políticas favorables a los capitalistas y contrarias a los trabajadores que debe ser tenido presente para comprender que el reglamento del presidente lesiona el principio de aseguramiento e incumple con la progresividad.

El Dto 70/2023 se dicta junto con una fuerte devaluación del peso con respecto al dólar USA, a un aumento de las tarifas de los servicios públicos, a un incremento

²³ Hago un análisis de estos principios en el capítulo 2 (Aseguramiento y Progresividad) de Constitución y Trabajo, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2008; también en academia.edu.-

de los impuestos, y a un aumento generalizado de los precios, todo lo cual equivale a una importante reducción de los salarios.

En términos generales es claro que el Dto 70/2023 incrementa el poder y la riqueza de las patronales en desmedro del poder y los bienes de los trabajadores violando así el principio de aseguramiento (o prohibición de regresividad) y el principio de progresividad social e individual.

En términos generales se incrementa el poder y la riqueza de las patronales en desmedro del poder y los bienes de los trabajadores a través: 1.- de la ampliación del ámbito de validez del derecho civil para la regulación del trabajo con la consiguiente reducción del ámbito de validez del derecho laboral; 2.- del predominio de la libertad contractual en el derecho civil; 3.- de la supresión o limitación de los derechos del trabajador en el contrato de trabajo; 4.- del mantenimiento del unicato sindical (como instrumento de dominación a la clase obrera); 5.- de la casi supresión total del derecho de huelga.

La supresión o reducción de los derechos laborales incrementa el desequilibrio en las prestaciones de las partes en el contrato de trabajo, generando una desproporción de las prestaciones a favor de la patronal, lo que constituye una clase pauperizada (o empobrecida) y poco cultivada lo que facilita su dominación política y la explotación económica por una élite oligárquica y al servicio de potencias extranjeras, con lo que se incumple con los objetos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución de constituir la unión nacional, de afianzar la justicia, de promover el bienestar general y de asegurar los beneficios de la libertad.

Por todo ello el Dto 70/2023 es inconstitucional y se impone su más categórica y absoluta descalificación en defensa de la libertad y la igualdad que junto con la fraternidad son la tricolor de 1789, cuyos valores siguen siendo una guía irrenunciable para el progreso del género humano.

El Dto 70/2023 se trata de una disposición legislativa del presidente, de un acto unilateral del presidente, que no tuvo ningún debate público sobre las reformas laborales a adoptar y que fue escrito por los abogados de las grandes patronales en defensa de los intereses de sus clientes con el claro objeto o resultado de suprimir o limitar los derechos de las personas que trabajan.²⁴

²⁴ Giselle Leclercq (en PERFIL, del 24-12-2023, Política Económica, pág. 3) señala que “A los equipos de Sturzenegger y Rodríguez Chirillo, además, se sumó Jorge Muratorio, socio del Estudio O’Farrel.” Agrega “la versión de que hubo asesoramiento por parte de los abogados del Grupo Techint”. Dice que “Los estudios jurídicos que tienen semejante grado de influencia no son tantos, la mayoría se conoce entre sí y por estos días mantuvieron conversaciones permanentes sobre cómo avanzaba el proyecto. Brouchou & Funes de Rioja, Martínez de Hoz & Rueda y Cassagne Abogados son algunos de los que se mencionan como los colaboradores en las sombras del DNU.” Roberto García (PERFIL, 24-12-2023, pág. 10) cuenta que “En cuanto al proyecto de ley adicional se conformó con la funda de varios estudios jurídicos y de las empresas que los contrataron. Por ejemplo, Eduardo Eurnekian –a quien se sindicó como el promotor de Milei y máximo aportante de personal al Gobierno- habría comprometido a los abogados del centenario Bomchil. Eduardo Elsztein contribuyó con Marval O’Farrel – Mairal y el puntaesteño Marcos Galperin (Mercado Libre) suministró los consejos de Brouchou y Funes de Rioja (el titular de la UIA, sin embargo, niega su participación individual en ninguna sugerencia). Por supuesto, estas colaboraciones serán observadas porque es frecuente y razonable no creer en el espíritu patriota de los empresarios, mucho menos en su carácter de benefactores. Material típico para izquierda y los kirchneristas...”

Se trata de una reforma laboral absolutamente patronalista, con un marcado carácter oligárquico, excluyente, desigualitario y de desprecio al trabajador y sus derechos que, a todas luces, no tiene por objeto ni resultado ni afianzar la justicia, ni promover el bienestar general, ni asegurar los beneficios de la libertad para todos como fija el preámbulo de la Constitución nacional.

Federico Sturzenegger (uno de los principales autores del decreto) dice que el mismo “se estructuró en torno a tres ejes fundamentales y complementarios: ampliar las libertades individuales, eliminar los privilegios de la casta y desregular la economía.”²⁵

Pero no es cierto que se amplíen las libertades individuales o se eliminen los privilegios de la casta si se suprimen o reducen los derechos sociales o laborales como se hace en el Dto. 70/2023. Es exactamente al revés: la supresión o reducción de los derechos sociales tiene como consecuencia el incremento de la desigualdad, la consolidación de una élite oligárquica y la limitación de la libertad para la inmensa mayoría de los habitantes de la república.

También Sturzenegger dice: “No quiero detenerme en la discusión sobre la procedencia del DNU, porque creo que quienes lo plantean lo hacen como estrategia para evitar discutir el ataque a sus privilegios en el contenido del DNU.”

Pero ello tampoco es cierto. Las trabajadoras y trabajadores no tienen privilegios sino que son titulares de derechos sociales por el mero hecho de ser personas. Toda persona es titular de los derechos (como se reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948). De modo tal que el gobierno no ataca a los privilegios para imponer una sociedad igualitaria sino que ataca a los derechos de los trabajadores para consolidar una sociedad desigualitaria donde la mayoría del pueblo esté bajo la dominación política y la explotación económica de una oligarquía al servicio de potencias extranjeras. Es muy lesivo y grave.

Aquí no vamos a analizar en su totalidad esas reformas ni vamos a exponer cómo queda el régimen laboral argentino con la incorporación de esas modificaciones que ejecuta el presidente en el Dto 70/2023. A pesar de ello el resultado será una evaluación bastante completa.

Aquí vamos a detener nuestra atención en algunos temas que consideramos centrales y por demás demostrativos de que la reforma del poder ejecutivo incumple con el deber de asegurar los derechos del trabajador y con el principio de progresividad siendo por ello absolutamente inconstitucional y mereciendo la máxima descalificación como acto administrativo.

Los temas que vamos a analizar son las relaciones entre el derecho civil y el derecho laboral; la cuestión de la jornada de trabajo; las indemnizaciones por despido; la libertad de asociación y la huelga y otras medidas de acción directa.

4.1.- Sobre la libertad y la explotación: derecho del trabajo y derecho civil.- La reforma laboral del Dto 70/2023 opera en diferentes materias siempre en el mismo sentido favorable a las grandes empresas y contrario a los trabajadores.

El Dto 70/2023 amplía el ámbito de aplicación del derecho civil con relación al derecho del trabajo. Además al interior del derecho civil adopta figuras jurídicas (como la libertad de contratación) con las que beneficia al poderoso y rico sobre el pobre y débil. Y otro tanto hace en el derecho del trabajo donde modifica el

²⁵ Federico Sturzenegger, La revolución de la libertad, en PERFIL, 31-12-2023, pág. 20.-

régimen del contrato de trabajo para que deje de ser compensatorio de las desigualdades reales existentes entre el capitalista (o empresario) y el trabajador.

Veamos estas cuestiones.

1.- Empezamos con la ampliación del ámbito de aplicación del derecho civil con respecto al derecho del trabajo.

En el Dto 70/2023 se dispone (en su art. 65) sustituir el art. 2 de la LCT y que la LCT no será aplicable “A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.”

En el art. 68 del Dto 70/2023 se modifica el art. 23 de la LCT donde se establece la presunción de la existencia del contrato de trabajo: “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social.”

En el art. 96 (que pertenece al capítulo VIII: De los trabajadores independientes con colaboradores, del Título IV del Dto 70/2023) se dispone: “E trabajador independiente podrá contar con hasta otros CINCO (5) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo Nacional. El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras, e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación.”

Con estas reformas se intenta ampliar el ámbito de aplicación del derecho civil en desmedro del ámbito de aplicación del derecho del trabajo.

2.- Al interior del derecho civil se busca hacer prevalecer la libertad de contratación por sobre la legislación civil de orden público.

En el art. 252 del Dto 70/2023 (del Capítulo I: Código Civil y Comercial de la Nación del Título X) se sustituye el art. 958 del CCCN sobre la libertad de contratación: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva.”

En el art. 253 del Dto 70/2023 se sustituye el art. 960 del CCCN sobre las facultades de los jueces: “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley.”

En el art. 254 del Dto 70/2023 se sustituye el art. 989 del CCCN sobre el control judicial de las cláusulas abusivas: “La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.”

3.- Al interior del derecho laboral se modifican algunos artículos del régimen legal del contrato de trabajo quitando protecciones a los trabajadores que, en definitiva, incrementan el poder o la riqueza de las empresas. Aquí también se intenta hacer prevalecer la libertad de contratación por sobre la legislación de orden público. Son reformas que van en paralelo tanto en el derecho civil como en el derecho del trabajo (y que acompañan a la ampliación del ámbito de aplicación del derecho civil con respecto al derecho laboral). Se trata de un avance de la libertad de contratación por sobre la legislación de orden público tanto en el derecho civil como en el contrato de trabajo: se considera que las partes del contrato son libres para establecer las condiciones o cláusulas del convenio tanto si se trata de un contrato civil como si se trata de un contrato de trabajo.

Las reformas más notorias en este sentido son las que se deciden con relación al art. 9 (sobre el principio de la norma más favorable), al art. 12 (sobre el principio de irrenunciabilidad), al art. 23 ya señalado, al art. 29 (sobre mediación, intermediación, solidaridad y subsidiariedad), al art. 92 (sobre el período de prueba), al art. 197 bis y al art. 277 (sobre pago en juicio), a saber:

“ARTÍCULO 9°.- El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba, en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador, cuando hubieran agotado todos los medios de investigación a su alcance y persistiera duda probatoria insuperable, valorando los principios de congruencia y defensa en juicio. En tal sentido se aplicará la regla general procesal, en virtud de la cual los hechos deben ser probados por quien los invoca, con plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respeto a la seguridad jurídica.”

“ARTÍCULO 12 - Protección de los trabajadores. Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. Cuando se celebren acuerdos relativos a modificaciones de elementos esenciales del contrato de trabajo o de desvinculación en los términos del artículo 241 de esta Ley, las partes podrán solicitar a la autoridad de aplicación su homologación en los términos del artículo 15 de la presente Ley.”

“ARTÍCULO 29.- Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad. Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados.”

“ARTÍCULO 92 bis.- Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros OCHO (8) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de

preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232. El período de prueba se regirá por las siguientes reglas: 1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo

de naturaleza permanente. 3. Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales. 4. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social, con los beneficios establecidos en cada caso. 5. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescrito en el cuarto párrafo del artículo 212.”

La incorporación del art. 197 bis que habilita a la negociación colectiva para la modificación de la jornada de trabajo también se inscribe en esta política favorable a la supuesta libertad de contratación, que no es otra cosa que el incremento del poder del empresario sobre el trabajador o el aumento de la desigualdad entre el capitalista y el dependiente.

El art. 277 sobre el pago en juicio se agrega el siguiente párrafo (en el sentido que aquí estamos destacando): “Las personas humanas y las personas jurídicas alcanzadas por la Ley N° 24.467, ante una sentencia judicial condenatoria, podrán acogerse al pago total de la misma en hasta un máximo de doce (12) cuotas mensuales consecutivas, las que serán ajustadas conforme la pauta establecida en el artículo 276 de la presente Ley.”

4.- De esta manera se intenta incrementar el poder y la riqueza de los patronos en perjuicio del poder y los bienes de las personas que trabajan.

Son todas ellas normas que procuran incrementar el poder de decisión del empleador sobre el trabajador y reducir los derechos del trabajador (lo que equivale a bajar los salarios). Se impone una mayor libertad de contratación o se “civiliza” o “deslaboraliza” al derecho del trabajo. Para ello se eliminan presunciones a favor del trabajador o se incorporan figuras jurídicas (como el período de prueba aumentado o la validez de la registración por el intermediario o conchabador) que facilitan el fraude a la ley laboral: en vez de adoptar figuras jurídicas antifraude se ponen en la ley figuras jurídicas que facilitan el fraude a la legislación laboral para así poder eludirla o evadirla.

En general el derecho del trabajo ha sido y es (en mayor o en menor medida) un derecho de protección de los trabajadores o de las personas que trabajan, entendiendo por ellas a los obreros libres en dos sentidos: libres de toda sujeción jurídica y sin los medios de producción requeridos para satisfacer sus necesidades básicas lo que las obliga a vender su fuerza de trabajo en el mercado al capitalista (o poseedor de los medios de producción)²⁶.

²⁶ Este concepto de obrero libre se encuentra en el capítulo 24 (la llamada acumulación originaria) del Tº I de El Capital de Marx, FCE, págs. 607 a 649.-

Para evitar el aprovechamiento, los abusos o la explotación del trabajador por parte del capitalista y también para atenuar los conflictos (y malestares) que los mismos causan en la sociedad y en el gobierno por las protestas de los trabajadores, los gobiernos han dictado normas protectorias del trabajador y su familia. Estas normas se integran en el derecho del trabajo para regular la prestación de los servicios del trabajador (o vendedor de su fuerza de trabajo al capitalista).

Con la reforma del Dto 70/2023 se pretende reducir el ámbito de aplicación del derecho del trabajo como regulador de las prestaciones de servicio para que las labores queden ordenadas por las normas del derecho civil en la inteligencia que estas últimas no contienen protecciones a la persona que trabaja sino que resultan favorables a la patronal que compra o alquila sus servicios.

Sin embargo puede haber serias objeciones a que ello sea así. En adelante voy a señalar algunos límites al intento del presidente de la República y que se exterioriza en su Dto 70/2023.

5.- Primero observo que hay una concepción muy limitada sobre el derecho del trabajo y sobre el trabajador. En general se piensa que el trabajador es quien trabaja en relación de dependencia de un patrón y que el derecho del trabajo regula la prestación de servicios dependientes. No digo que ello esté errado ni que tenga sus razones en las mismas relaciones sociales que se regulan, pero también es cierto que podemos considerarla una doctrina limitada si observamos el texto expreso del art. 14 bis de la Constitución nacional cuando dispone que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador” los derechos que allí se enumeran.

En este texto del art. 14 bis se alude categóricamente al “trabajo en sus diversas formas” de modo tal que tanto se protege al trabajo independiente (que sería el regulado por la legislación civil) como el dependiente (que sería el regulado por la legislación laboral).

Agreguemos a ello las normas con fuente en los tratados internacionales. Por ejemplo: la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En la Declaración Universal se reconocen los derechos a favor de toda persona sin ninguna distinción. Así toda persona tiene “derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (art. 23.1).

Además la persona “tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual” (art. 23.2), y “a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social” (art. 23.3).

Aquí amplió este derecho de la persona a una remuneración equitativa y satisfactoria” con lo establecido en el art. 25.1 de la misma Declaración Universal de modo tal que la remuneración para la persona que trabaja (como mínimo) tiene que asegurar “la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Pero además tiene “derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Todos estos bienes los debe percibir la persona que trabaja (ya sea independiente o dependiente). Observo también que todos estos bienes son mensurables o calculables en dinero.

La persona que trabaja “tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (art. 23.4).

En el art. 24 de la DUDH se reconoce también a favor de toda persona el “derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones pagadas.”

Aquí insisto (contra el sentido común o contra la creencia generalizada que impera en nuestra materia) que todos estos derechos no se reconocen sólo a favor del trabajador dependiente sino a favor de “toda persona”.

Por ello, aunque sea o parezca una herejía, un fenomenal desatino y hasta muy peligroso, podemos decir, a modo de un desafío, que hasta poco importa que se quiera regular el trabajo por las disposiciones del CCCN (o la ley civil) si atendemos en serio a las protecciones establecidas en la Constitución y en los tratados enumerados en su art. 75.22 (como la Declaración Universal y el PIDESYC).

Podemos decir que no hay un déficit de protecciones jurídicas sino que falta una élite de juristas que elabore una doctrina jurídica adecuada que las valore en toda su dimensión y una burocracia gubernamental dispuesta a hacer cumplir las obligaciones impuestas en los textos constitucionales y en las declaraciones y tratados de derechos humanos. Aquí hay dos problemas graves que limitan seriamente la interpretación de los textos tanto como la aplicación de sus normas o la ejecución de las acciones que prescriben.

Es un deber (por lo menos desde la doctrina) insistir que, a partir del mismo derecho civil, la persona que trabaja (independiente o dependientemente) tiene los mismos derechos que se señalan en los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema.

No hay excusa alguna para no aplicar los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema máxime lo establecido en el art. 1º del CCCN en el sentido que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República seas parte.”

Frente al intento del presidente de civilizar al derecho del trabajo y de hacer prevalecer a la libertad de contratación en el derecho civil, debemos recordar a la lesión subjetiva (ya sea en la versión del art. 954 del Código Civil o del art. 332 del CCCN). Hay que insistir en la aplicación de la lesión subjetiva cuyos orígenes se encuentra en la lesión objetiva del siglo III y que está incorporada en el Código de Justiniano (Libro 4, Título 44, Ley 2; y Libro 4, Título 44, Ley 8)²⁷.

No hay que soslayar a la figura de la lesión. Debemos pedir su aplicación. Es derecho vigente. Hay una notoria y fenomenal resistencia de los tribunales al uso de la lesión subjetiva.

Es doctrina de la Corte Suprema que “con la simple comprobación objetiva de que con un pago tan vil se haya pretendido cancelar la totalidad de lo adeudado

²⁷ Ver Luis Moisset de Espanés, la Lesión en los Actos Jurídicos, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, párrafos 21 a 37.-

se imponía aplicar el art. 954 del Cód. Civil, con operatividad de la presunción legislada en el párr. 3º de la norma. Esto es así pues sin hesitación alguna es observable que... la actitud de la apelada configura un despojo insoslayable desde la óptica de la primacía de la verdad jurídica material, cuya renuncia consciente ha sido dejada sin efecto –de modo inveterado- por esta Corte (Fallos 238:550 – La Ley, 89-412-, entre muchos otros).” (Corte Suprema, marzo 8-1994.- Hernández Elba del Carmen y otro c. Empresa El Rápido, La Ley, 1995-D, pág. 238).

No se puede desconocer la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación que obtienen (como mínimo) las grandes patronales de sus trabajadores y dependientes (directos o indirectos). No cabe la menor duda que la patronal se aprovecha o explota la necesidad, la ligereza o la inexperiencia del trabajador y que, a través de esta explotación, obtiene una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada que justifica el reajuste del contrato para equilibrar la ecuación económica de las prestaciones.

Eliminar (o como mínimo morigerar) la explotación en los contratos no es sólo asegurar los derechos del trabajador sino también afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para todos.

La doctrina del abuso del derecho no es ajena al CCCN que la establece en su art. 10. Hay abuso del derecho cuando el ejercicio de los mismos contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Ante el ejercicio abusivo del derecho el juez debe fijar una indemnización.

En la figura del fraude a la ley (del art. 12 CCCN y arts. 333 a 342 del mismo código). En la lesión del art. 332. En el régimen de la responsabilidad civil (arts. 1708 y ss). En la figura del enriquecimiento sin causa del art. 1794. Todas ellas brindan notorios argumentos para, junto con los derechos sociales reconocidos en los tratados enumerados en el art. 75.22 de la CN, la reparación integral de los daños y perjuicios que sufra la persona que trabaja en cumplimiento al deber de asegurar al trabajo en sus diversas formas (art. 14 bis CN) y por el principio de indemnidad (del art. 19 CN).

En el derecho civil hay argumentos favorables para proteger a la persona que trabaja o al trabajo en sus diversas formas. Allí no está el obstáculo para el progreso sino en las interpretaciones elitistas de los juristas y en la ausencia de una burocracia estatal dispuesta a construir una libertad igualitaria, una libertad para todos.²⁸

6.- Segundo señalo que contra el intento de ampliar el ámbito del derecho civil contra el ámbito del derecho del trabajo debemos oponer la figura de la nulidad por fraude laboral. El art. 14 de la LCT sobre nulidad por fraude laboral dispone que “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley.”

El art. 14 es una norma antifraude que se debe poner en juego junto con lo establecido en los art. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9 (incluso con las modificaciones que se realizan en el Dto 70/2023), 11, 12 (incluso con las modificaciones que se realizan en el Dto 70/2023), 13, 16 (en especial cuando dispone que las convenciones

²⁸ Ver Javier Spaventa, Derechos Humanos, Contrato de Trabajo, Locación de Servicios y Protección al Trabajo, Buenos Aires, 2019; en academia.edu.-

colectivas “podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador”), 17, 17 bis, 21, 22, 23 (incluso con las modificaciones que se realizan en el Dto 70/2023), 25, 26, 27 y cc.-

A partir de estas normas es claro que la prestación de servicios dependientes no debe ni puede quedar encerrada en la legislación civil como pretende el presidente que suceda cuando dicta el Dto 70/2023.

Pero si la prestación de servicios quedara encerrada en la regulación que impone la legislación civil (como pretende el presidente con su Dto 70/2023) es claro que el trabajador independiente gozará de los mismos derechos del trabajador dependiente (conforme los tratados de derechos humanos) máxime además el principio de trato igualitario y de la prohibición de discriminar (art. 16 CN ampliado por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema).

También señalo al art. 12 del CCCN que dispone: “Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En este caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.”

El art. 12 del CCCN es una norma antifraude. Por ella la relación jurídica fraudulenta queda sometida a la norma imperativa que se trata de eludir. De modo que si con las figuras legales de los contratos civiles se intenta eludir la norma imperativa laboral de la LCT es claro que la prestación de esos servicios queda sometida al derecho del trabajo.

Lo expuesto resulta coincidente con lo establecido en los arts. 962 (sobre el carácter indisponible de las normas legales relativas a los contratos), 963 (sobre la prelación en la aplicación de las normas indisponibles de la ley especial como la LCT), 964 (sobre la integración del contenido del contrato con las normas indisponibles) y 965 (sobre la incorporación de los derechos resultantes de los contratos a la propiedad del contratante, lo que implica que se incorporan las mejores normas indisponibles de cualquier fuente al contrato de trabajo) del CCCN.

En conclusión señalo que si el presidente proyecta o intenta civilizar el derecho del trabajo o deslaborizarlo o enviar la prestación de servicios a la legislación civil, entonces con las normas antifraude hay que argumentar a favor del reenvío al derecho laboral.²⁹

7.- Tercero el presidente defiende una libertad contractual ilimitada: no hay razón alguna que justifique interferir en el contrato celebrado entre dos personas.

El presidente sostiene: “Quién soy yo para determinar que no es lo suficientemente capaz para saber qué es lo que quiere.” Grabis dice: “No es un problema de capacidad, si tenés que elegir entre no comer y ser explotado durante 18 horas, o 14 horas o diez horas, yo elegiría ser explotado. Pero esa no es mi voluntad.” El presidente: “Cómo que no, también podés elegir morirte de hambre y morirte.” En esta conversación interviene Jorge Fontevicchia (que es un empresario dueño del grupo editorial Perfil y quien organizó y dirige el diálogo). Fontevicchia le pregunta al presidente: “Javier, ¿vos sinceramente defendés el derecho a morirte de hambre?” El presidente contesta: “Cada uno puede hacer

²⁹ Ver Javier Spaventa, Fraude o Simulación en el Contrato de Trabajo, Buenos Aires, 2015; en academia.edu.-

de su vida lo que se le da la gana.” Fontevecchia: “Pero sinceramente en esa situación a una persona no solamente la hacen trabajar 18 horas...” El presidente: “Si tenés la posibilidad de trabajar y alguien lo eligió, prefirió no trabajar y que sus hijos se murieran de hambre.” Y Fontevecchia dice: “Nadie puede tener como preferencia morirse de hambre.” El presidente: “Entonces trabajará, y si no le gusta ese lugar, buscará la forma de salir de eso. Pero ¿Por qué vos te querés meter en el medio de ese contrato imponiéndole tus preferencias?, ¿no te parece autoritario eso? Porque es imponer tu visión. Si querés hacerlo, hazelo con tu plata, no con la mía.” Grabois: “Sí, pero cuando hay una limitación en las opciones y se reducen...” El presidente: “Pero las opciones no se hacen quitando libertades, se logran dando más libertad, no menos libertad.” Grabois: “Yo le quiero dar libertad al que no tiene opciones, no hay que imponer las condiciones.” Y Grabois luego agrega: “En tu concepción sería legítimo que alguien le compre un brazo a un tipo porque le gusta coleccionar brazos.” El presidente: “Si alguien se lo quiere vender, ¿cuál es el problema?”³⁰ En adelante vamos a señalar algunos problemas.

No es un dato menor que, en el mundo moderno, muy urbanizado y desarrollado con grandes empresas públicas o privadas de bienes y servicios, en general las partes del contrato no determinan su contenido sino que, muy por el contrario, una parte del contrato se adhiere al comprar el bien o contratar el servicio a las condiciones fijadas por la empresa vendedora o prestadora del mismo.

En este caso legislar a favor de la libertad de contratación es, lisa y llanamente, favorecer los intereses de las grandes empresas contra los intereses y derechos de los adherentes, de la misma manera que legislar a favor de la libertad de contratación en relación a la venta de la fuerza de trabajo es, sólo y exclusivamente, hacerlo a favor de las patronales.

El presidente regula la libertad de contratación en el art. 958 del CCCN. Cuando el presidente legisla no impone una libertad contractual absoluta o ilimitada sino, por el contrario, restringida por la ley y el orden público. Hay una gran diferencia entre la defensa irrestricta a la libertad de celebrar la compraventa de un brazo y la libertad de contratación dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La doctrina del presidente no coincide con la regulación que luego dicta sobre el punto. Esta falta de coincidencia nos lleva inmediatamente a dos problemas muy básicos. El primer problema es sobre cuáles son esos límites. El segundo problema es sobre quién determina los límites impuestos por la ley y el orden público.

Aquí no hay que olvidar que, además del presidente o la élite gobernante, hay otras personas que también tienen interés en determinar los límites que impone la ley y el orden público, que se reúnen y asocian para discutir sus problemas y definir sus propuestas, que piden ser escuchadas, que formulan sus peticiones a las autoridades y que, en definitiva, dentro de una república democrática (directa o indirecta) donde las decisiones se adoptan por mayoría luego de un debate público, también pueden adoptar sus decisiones.

Y este no es un problema menor. Hay límites que el mismo presidente reconoce que se deben imponer a la libertad de contratación que deben (o pueden) ser determinados por la voluntad popular bajo las reglas de la república democrática.

Las personas que si no celebran un contrato de trabajo para prestar servicios durante 14 o 18 horas diarias se mueren de hambre, son personas que pueden reunirse y asociarse libremente para la defensa de sus intereses. Al unirse pueden

³⁰ PERFIL, 29-5-2023, REPORTAJE, De León XIII a von Mises (II), Juan Grabois, Javier Milei, Más parecidos que diferentes: los dos quieren cambiar el mundo, pág. 36.-

plantearse la necesidad de la reducción de la jornada, la mejora de las condiciones de labor, la fijación de una remuneración mínima para vender sus servicios, y también se pueden plantear que quieren participar en la administración de la producción y distribución de los bienes o que tienen interés en decidir qué producir y cómo distribuir el producto.

El presidente dice: “Si alguien se lo quiere vender, ¿cuál es el problema?” El problema se presenta cuando los que venden su fuerza de trabajo se reúnen y asocian para tratar de modificar el estado de necesidad en el que se encuentran y proyectar una sociedad donde la persona no requiera vender su fuerza de trabajo durante una jornada de 14 o 18 horas para no morir de hambre o para que, como mínimo, si tiene que vender su fuerza de trabajo ese negocio se haga bajo condiciones mínimas que le garantice gozar de una jornada limitada, de un descanso y vacaciones, y de una justa retribución entre otros derechos básicos.

Esas personas que están en una situación de necesidad notoria, de real dependencia (porque carecen de los medios de producción necesarios para satisfacer sus requerimientos vitales y además no poseen ahorros suficientes) y que por ello deben vender su fuerza de trabajo durante una jornada de 14 o 18 horas, pueden unirse con otras personas que están en su misma o similar situación y cuestionar ese estado de malestar público en el que se encuentran, criticar la distribución desigualitaria de los bienes y pretender la reforma social para que todas las personas tengan participación en la decisión sobre qué producir y cómo distribuir el producto.

Y este es uno de los problemas: que la democracia política y económica es incompatible con el capitalismo. Por ello el presidente legisla y sanciona el Dto 70/2023 donde declara la emergencia pública y establece un régimen represivo de la huelga (en los arts. 80 y 97).

Una lectura completa del Dto 70/2023 nos muestra con total claridad que el ajuste económico y social (de las clases bajas y medias de la sociedad) se debe acompañar con represión y que el presidente (o los escribas del Dto 70/2023) son plenamente conscientes que la reducción de los derechos del trabajador se debe proteger con una clara limitación (o casi total supresión) de los derechos de reunión y de huelga.

Este es el problema. El capitalismo es incompatible con la democracia política y económica. Durante el siglo XX (y el desarrollo económico y social, la urbanización, la tecnificación del campo, y el crecimiento de la gran industria) el poder ejecutivo asume facultades extraordinarias y legisla para asegurar la reproducción de la acumulación capitalista.

Por ello Hayek propone una democracia restringida o limitada para que no obstruya a la economía de mercado que él propicia y que no es otra cosa que los negocios de los grandes capitalistas.

En una república se debe limitar el poder de la mayoría para que no dañe a las minorías. Para ello se establece la división de poderes, la independencia del poder judicial y se reconocen derechos. Se trata de construir una república democrática, con libertad igualitaria (o con libertad para todos) de modo que las restricciones a la mayoría sean para que todos gocen del pleno ejercicio de sus derechos y pueden en plena libertad procurar su adelantamiento desarrollando sus proyectos o planes de vida.

Pero en vez de ello Hayek distorsiona esta idea básica de la república democrática para hacerla operar a favor de la acumulación capitalista y así

proyecta limitaciones a la democracia para asegurar el mantenimiento del régimen de dominación.³¹

Entonces no es un argumento concluyente el que da el presidente en su diálogo con Grabios: “Si alguien se lo quiere vender, ¿cuál es el problema?” Hay muchos problemas y entre ellos está que los trabajadores (como vendedores de la fuerza de trabajo) se pueden reunir, asociar, peticionar, piquetear, ir a la huelga, resistir y, llegado el caso hacer uso del “supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

El problema es que no quieren vender la fuerza de trabajo en las condiciones que se les imponen (de explotación de sus necesidades, ligerezas o inexperiencias) y que aspiren al “advenimiento de un mundo en que los seres humanos” estén “liberados del temor y la miseria” (como reza el preámbulo de la Declaración Universal) y construyan una democracia política y económica, una república de libertad. Este es el problema del presidente, de sus ministros, de los abogados redactores del decreto y de las grandes empresas. Pero (y a no dudar) es la solución de las personas que trabajan (la inmensa mayoría de la humanidad) y que debemos aquí mostrar una vez más.³²

De modo tal que cuando el presidente pretende cerrar la discusión con la pregunta sobre ¿cuál es el problema?, es claro que nada finiquita y la cuestión política (como también la discusión moral) quedan absolutamente abiertas.

4.2.- Sobre la liberación del trabajo: jornada de trabajo, descanso y tiempo libre.- En el art. 79 del Dto 70/2023 se incorpora a la LCT el art. 197 bis con el siguiente texto: “Las convenciones colectivas de trabajo, respetando los mínimos indisponibles de 12 horas de descanso entre jornada y jornada por razones de salud y seguridad en el trabajo, así como los límites legales conforme la naturaleza de cada actividad, podrán establecer regímenes que se adecuen a los cambios en las modalidades de producción, las condiciones propias de cada actividad, contemplando especialmente el beneficio e interés de los trabajadores. A tal efecto, se podrá disponer colectivamente del régimen de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral.”

En la doctrina iuslaboralista dominante la autonomía colectiva de la voluntad es el símil de la autonomía individual de la voluntad del derecho civil, que en el derecho laboral se esgrime como razón (o argumento) para justificar la celebración de convenios colectivos o acuerdos entre las empresas y los gremios en perjuicio de los trabajadores.

El unicato sindical junto con la autonomía colectiva de la voluntad son una típica combinación de figuras jurídicas de inspiración y consecuencias acabadamente patronalistas y muy perjudiciales para los trabajadores que desde hace ya muchos años padecemos en la República Argentina.

³¹ Hayek, Nuevos Estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas, EUDEBA, Buenos Aires, 1981, segunda parte, págs. 63 y ss.-

³² Para el concepto de libertad (entre muchas) ver: 1.- John Stuart Mill, Sobre la libertad, Folio, Barcelona, 2007, o en Ediciones Orbis SA, Hyspamérica, Madrid; 2.- John Stuart Mill, Autobiografía, Alianza, Madrid, 2008; 3.- Isaiah Berlin, Sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 2017; 4.- Quentin Skinner, La idea de la libertad, Editorial Gorla, Buenos Aires, 2023; 5.- Guido de Ruggiero, Historia del liberalismo europeo, Ed. Pegaso, Madrid, 1944; 6.- Carlos Sánchez Viamonte, El problema contemporáneo de la libertad, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, 1945.-

En el art. 79 del Dto. 70/2023 el presidente permite que, a través de la negociación colectiva, se disponga del régimen de las horas extras, banco de horas, francos compensatorios, de modo tal que se modifiquen los límites legales a la jornada de trabajo. Es gravísimo y muy lesivo.

Terminar con la jornada limitada es, lisa y sencillamente, someter al obrero libre a la voluntad discrecional del patrón y a la explotación de sus necesidades básicas.

La reducción de la jornada de trabajo ha sido uno de los primeros reclamos de los trabajadores. Que se imponga un límite máximo a la jornada de trabajo no es un recurso legal que sólo incide en la duración del trabajo sino que, además, define el tiempo de descanso y el tiempo libre. La jornada de trabajo limitada, el descanso y el tiempo libre son tres conceptos básicos inescindibles uno de otro. En el art. 24 de la DUDH de Naciones Unidas de 1948 (como una de las ampliaciones al art. 14 bis de donde se establecen el derecho a la jornada limitada y al descanso y las vacaciones pagadas) se reconoce categóricamente el derecho “al disfrute del tiempo libre”³³

Son tres derechos diferentes y con sus propias razones o utilidades. El derecho a la jornada limitada con el que se pretende reducir el tiempo de prestación de servicios acorde con la edad, sexo y habilidad de la persona en relación al tipo de tarea y a las otras actividades propias del ser humano en general. El derecho al descanso y a las vacaciones pagadas como el tiempo necesario para recuperar la fuerza de trabajo, el desgaste propio que producen las labores en el cuerpo y la mente de la persona. Y el derecho al disfrute del tiempo libre como el tiempo dedicado a las ocupaciones libres o para ejercer cualquier otra actividad no laboral como pueden ser la circulación (el paseo o el viaje); la práctica religiosa; la divulgación de las ideas; la asociación con fines culturales, artísticos, deportivos, de ayuda mutua, de estudio, o de conocimiento; el entretenimiento, la amistad, el amor, la reproducción; o también la actividad política, o de enseñar y aprender, entre muchas otras.

La limitación de la jornada de trabajo se enmarca en la lucha del ser humano por la liberación del trabajo. Un conocido texto del tomo III de El Capital ilustra claramente el punto. Marx dice: “... el reino de la libertad sólo empieza allí donde termina el trabajo impuesto por la necesidad y por la coacción de los fines externos; queda, pues, conforme a la naturaleza de la cosa, más allá de la órbita de la verdadera producción material. Así como el salvaje tiene que luchar con la naturaleza para satisfacer sus necesidades, para encontrar el sustento de su vida y reproducirla, el hombre civilizado tiene que hacer lo mismo, bajo todas las formas sociales y bajo todos los posibles sistemas de producción. A medida que se desarrolla, desarrollándose con él sus necesidades, se extienden también las fuerzas productivas que satisfacen aquellas necesidades. La libertad, en este terreno, sólo puede consistir en que el hombre socializado, los productores asociados, regulen racionalmente este su intercambio de materias con la naturaleza, lo pongan bajo su control común en vez de dejarse dominar por él como por un poder ciego, y lo lleven a cabo con el menor gasto posible de fuerzas y en las condiciones más adecuadas y más dignas de su naturaleza humana. Pero, con todo ello, siempre seguirá siendo éste un reino de la necesidad. Al otro lado de sus fronteras comienza el despliegue de las fuerzas humanas que se considera como fin en sí, el verdadero reino de la libertad, que sin embargo sólo

³³ Se dispone en el art. 24 de la DUDH que “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.” Así resulta claramente el derecho a la jornada limitada, al descanso y a las vacaciones pagadas y al disfrute del tiempo libre.-

puede florecer tomando como base aquel reino de la necesidad. La condición fundamental para ello es la reducción de la jornada de trabajo.”³⁴

En la lucha por la jornada limitada está en juego la construcción del reino de la libertad como un estado social donde la persona esté liberada del trabajo para satisfacer sus necesidades o reproducir la vida. En la lucha por la jornada limitada está en juego la construcción de una sociedad donde la persona humana pueda, en definitiva, disfrutar del tiempo libre requerido para el más pleno desenvolvimiento de sus actividades creativas.

El ataque directo del presidente a la jornada limitada es una prueba más que no defiende a la libertad y que cuando se dice liberal o partidario de la libertad es sólo un defensor más de los intereses de las patronales que necesitan de recursos humanos o de capital humano.

En el punto el proyecto es un ataque directo al derecho a la jornada limitada, al descanso y las vacaciones pagadas que manda asegurar el art. 14 bis (ampliado por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema). También es un ataque directo (como mínimo) a los COIT 1, 14, 30, 47, 106 y 132. Todo lo cual descalifica constitucionalmente a la reforma laboral del Dto 70/2023.

Conforme a esos derechos expresamente reconocidos en la Constitución nacional y los tratados enumerados la persona tiene derecho a la jornada limitada, al descanso que es diario y semanal, a las vacaciones que (como mínimo) son anuales y al disfrute del tiempo libre. Por ello aquí no vale establecer un banco de horas para que las disponga libremente el patrón. No es así el régimen constitucional.

4.3.- Las indemnizaciones por despido.- En adelante muestro que el Dto 70/2023 del presidente implica una muy importante supresión o limitación de derechos del trabajador que, en definitiva, equivale a una reducción de sus remuneraciones e indemnizaciones, en beneficio de los patronos y su funcionariado.

Para ello voy a liquidar ciertos rubros o conceptos correspondientes a casos o causas muy comunes, de acuerdo a la ley laboral reformada (la LCT 20744, la LNE 24013, o la ley 25323) y al Dto 70/2023 del presidente. De esta manera se podrá observar la magnitud del ajuste regresivo.³⁵

El primer caso es un autodespido. La relación de empleo tiene una antigüedad real de cinco años (supongo una fecha real de ingreso del 31-12-2018 y un egreso del 31-12-2023), de los cuales cuatro años están registrados (la fecha de registración es del 31-12-2019). El primer año de relación laboral no está reconocido por el real empleador. Ello se puede deber a diferentes causas o motivos, tales como, por ejemplo, las siguientes: durante el primer año la relación no estuvo registrada; durante el primer año la relación se ocultó por la simulación de normas no contractuales: el trabajador aparece como becario (se simula una beca), como pasante (se simula una pasantía), como monotributista o “facturero” (se simula una locación de servicios); durante el primer año se pudo haber ocultado el real empleador por medio de la interposición fraudulenta de personas,

³⁴ Marx, El Capital, Tº III, FCE, pág. 759.-

³⁵ Los casos que aquí analizo no agotan los posibles ejemplos del ajuste regresivo que propone el PEN. No hay que descartar que en las cuentas haya incurrido en errores, ni que los ejemplos puedan estar mal contruidos o que haya otros casos más ilustrativos. A pesar de esas posibles equivocaciones, pienso que las liquidaciones que aquí presento muestran el ajuste regresivo.-

tales como una agencia de servicios eventuales, una consultora o un supuesto "contrata". Por cualquiera de estos medios resulta que la fecha de ingreso está postdatada. Para que el ejemplo sea general no voy a usar la moneda de curso legal (o los pesos) sino (en abstracto) una unidad monetaria (UM). En este primer caso el sueldo percibido es de UM 10.000.-; el sueldo registrado es de UM 8.000.-; y el sueldo devengado (por aplicación de las escalas salariales correspondientes al CCT aplicable, o por la existencia de trabajos no pagados, o de comisiones retenidas o de horas extras no abonadas, entre otras posibles razones) es de UM 15.000.- El trabajador reclama por la registración o regularización de su relación de empleo (en los términos de la LNE 24.013) y el pago de las diferencias salariales devengadas; su reclamo es rechazado y adopta su autodespido.

CONCEPTOS	LIQUIDACION POR LEY REFORMADA	LIQUIDACIÓN POR DTO 70/2023
1.- Indemnización por despido: UM 15000 x 5 años.-	UM 75.000.-	UM 75.000.-
2.- Preaviso: 15000 x 1 mes.-	15.000.-	15.000.-
3.- Sac s/ preaviso: 15000 / 12.-	1.250.-	1.250.-
4.- Mes despido.-	15.000.-	15.000.-
5.- Sac prop: 1250 x 5.-	6.250.-	6.250.-
6.- Vac prop: 15000 / 25 = 600 x 14 días.-		
7.- Sac s/ vac.-	8.400.-	8.400.-
8.- Diferencia salarial: 15000 – 10000 = 5000 x 24 meses.-	700.-	700.-
9.- Sac s/ Dif. Sal.-	120.000.-	120.000.-
10.- Art. 9 LNE: 15000 x 12 = 180000 x 25%.-	10.000.-	10.000.-
11.- Art. 10 LNE: 2000 (diferencia entre lo percibido y lo registrado) x 60 meses = 120000 x 25%.-	45.000.-	0.-
12.- Art. 15 LNE: 1 + 2.-	30.000.-	0.-
13.- Art. 80 LCT: 15000 x 3 meses.-	90.000.-	0.-
14.- Art. 2 Ley 25323: (1 + 2) / 2.-	45.000.-	0.-
15.- TOTAL.-	45.000.-	0.-
	UM 506.600.-	UM 251.600.-

Las diferencias entre la primera y la segunda liquidación se deben a que en el Dto 70/2023 del presidente se derogan las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la LNE 24013, del art. 1º de la ley 25.323 y del art. 80 LCT.

Con la ley reformada la liquidación a favor del trabajador es de UM 506.600.-, mientras que con el Dto 70/2023 del presidente la liquidación a favor del dependiente se reduce a UM 251.600.- Así resulta que el ajuste laboral regresivo es del 50,33%. Las UM 251.600.- son el 49,66% de las UM 506.600.-, lo que implica una quita del 50,33% de los derechos del trabajador en beneficio de la patronal.

Segundo caso. Relación de empleo no registrada. Antigüedad de cinco años. Remuneración percibida: UM 10.000.- Remuneración devengada: UM 15.000. Autodespido.

CONCEPTOS	LIQUIDACION POR LEY REFORMADA	LIQUIDACIÓN POR DTO 70/2023
-----------	-------------------------------------	-----------------------------------

1.- Indemnización por despido: UM 15000 x 5 años.-	UM 75.000.-	UM 75.000.-
2.- Preaviso: 15000 x 1 mes.-	15.000.-	15.000.-
3.- Sac s/ preaviso: 15000 / 12.-	1.250.-	1.250.-
4.- Mes despido.-	15.000.-	15.000.-
5.- Sac prop: 1250 x 5.-	6.250.-	6.250.-
6.- Vac prop: 15000 / 25 = 600 x 14 días.-		
7.- Sac s/ vac.-	8.400.-	8.400.-
8.- Diferencia salarial: 15000 – 10000 = 5000 x 24 meses.-	700.-	700.-
9.- Sac s/ Dif. Sal.-	120.000.-	120.000.-
10.- Art. 8 LNE: 15000 x 60 meses = 900.000 x 25%.-	10.000.-	10.000.-
11.- Art. 15 LNE: 1 + 2.-	225.000.-	0.-
12.- Art. 80 LCT: 15000 x 3 meses.-	90.000.-	0.-
13.- Art. 2 Ley 25323: (1 + 2) / 2.-	45.000.-	0.-
14.- TOTAL.-	45.000.-	0.-
	UM 656.600.-	UM 251.600.-

Las diferencias entre la primera y la segunda liquidación se deben a las razones ya expuestas para el primer caso.

Con la ley reformada la liquidación a favor del trabajador es de UM 656.600.-, mientras que con el Dto 70/2023 del presidente la liquidación a favor del dependiente se reduce a UM 251.600.- Así resulta que el ajuste laboral regresivo es del 61,68%. Las UM 251.600.- son el 38,31% de las UM 656.600.-, lo que implica una quita del 61,68% de los derechos del trabajador en beneficio de la patronal.

Tercer caso. Aquí quiero mostrar una de las consecuencias que tiene la modificación del art. 245 LCT que se ejecuta en el Dto 70/2023³⁶. El gobierno (en el Dto 70/2023) reduce el salario base para el cálculo de la indemnización por despido que consiste (en términos muy generales o aproximados) en un mes del mejor sueldo mensual, normal y habitual devengado por año de antigüedad.

Para limitar este sueldo base, el gobierno dispone incorporar al art. 245 LCT el siguiente texto: “La base de cálculo de esta indemnización no incluirá el Sueldo Anual Complementario, ni conceptos de pago semestral o anual. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, será de aplicación el promedio de los últimos SEIS (6) meses, o del último año si fuera más favorable al trabajador.” (art. 81 del Dto 70/2023).

Para las cuentas de este caso voy a suponer que la reducción es del 20%, o sea: que el valor del sac, de cualquier otro concepto de pago semestral o anual, de las comisiones o remuneraciones mensuales variables (como las horas extras o cualquier otra), son el 20% del sueldo. Es sólo una suposición para poder practicar una liquidación ejemplificativa. Es claro que podría ser un porcentaje mayor o uno menor, según sean los casos.

³⁶ Cuando el Dto 70/2023 habilita a la negociación colectiva sustituir el régimen del art. 245 por un fondo o sistema de cese laboral, tal cual está redactado en el art. 81 del reglamento resulta aún más perjudicial al trabajador que el vigente para la industria de la construcción. ¿Por qué? Porque deja casi todo librado a la negociación colectiva (donde se hace imperar el principio de libertad contractual colectiva que opera como un símil de la libertad contractual del derecho civil). Un proyecto sobre el punto (que no compartimos) propone Teddy Karagozian, Mochila Argentina, que publica como un contenido especial PERFIL, el 17-12-2023, en 31 páginas.-

Este tercer caso trata de una relación de empleo de cinco años de antigüedad. El primer año sin registrar por el real empleador. Con un sueldo registrado de UM 15.000.- (donde se incluye el pago de todos los rubros que se excluyen en el Dto 70/2023). Este sueldo de UM 15.000.- es también el mejor sueldo en los términos del art. 245 LCT. Conforme a la suposición ya señalada para la liquidación según el Dto 70/2023 tomo este sueldo de UM 15.000.- menos UM 3.000.- (que es el 20% de 15.000.-); así tomo como mejor sueldo la suma de UM 12.000.- (15.000 – 3.000).

CONCEPTOS	LIQUIDACION POR LEY REFORMADA	LIQUIDACIÓN POR DTO 70/2023
1.- Indemnización por despido: UM 15000 x 5 años (o 12000 x 5).-	UM 75.000.-	UM 60.000.-
2.- Preaviso: 15000 (o 12000) x 1 mes.-		
3.- Sac s/ preaviso: 15000 (o 12000) / 12.-	15.000.-	12.000.-
4.- Mes despido.-		
5.- Sac prop: 1250 (o 1000) x 5.-	1.250.-	1.000.-
6.- Vac prop: 15000 / 25 = 600 x 14 días (o 12000 / 25 x 14).-	15.000.-	12.000.-
7.- Sac s/ vac.-	6.250.-	5.000.-
8.- Art. 9 LNE: 15000 x 12 meses = 180.000 x 25%.-	8.400.-	6.720.-
9.- Art. 15 LNE: 1 + 2.-	700.-	560.-
10.- Art. 80 LCT: 15000 x 3 meses.-	45.000.-	0.-
11.- Art. 2 Ley 25323: (1 + 2) / 2.-	90.000.-	0.-
12.- TOTAL.-	45.000.-	0.-
	45.000.-	0.-
	UM 346.600.-	UM 97.280.-

Las diferencias entre la primera y la segunda liquidación se deben a las razones ya expuestas para el primer caso y a la reforma de la base de cálculo (o del art. 245 LCT) que dispone el presidente en el Dto 70/2023.

Con la ley reformada la liquidación a favor del trabajador es de UM 346.600.-, mientras que con el Dto 70/2023 del gobierno la liquidación a favor del dependiente se reduce a UM 97.280.- Así resulta que el ajuste laboral regresivo es del 71,93%. Las UM 97.280.- son el 28,06% de las UM 346.600.-, lo que implica una quita del 71,93% de los derechos del trabajador en beneficio de la patronal.

A partir de los casos analizados resulta un ajuste laboral regresivo del 61,41% (50,63% + 61,68% + 71,93% = 184,24% / 3) en promedio. Se trata de una reducción de derechos del trabajador muy importante. Es un retroceso grande y muy lesivo a los obreros y empleados. Observo que la mayor quita está ocasionada por la eliminación de las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013, de la ley 25.323 y del art. 80 LCT.

También advierto que sobre la eliminación de esas indemnizaciones habría acuerdo entre el gobierno, la oposición, las principales centrales patronales y los principales gremios obreros. Es así de sencillo y así de grave y lesivo.

Al ajuste laboral regresivo se agrega el ajuste regresivo general que ejecuta el gobierno a través de los siguientes medios, a saber: la inflación que equivale a la pérdida del poder adquisitivo del dinero (y, por consiguiente, del salario del obrero); el incremento o mantenimiento de los impuestos (o de una elevada

presión tributaria) sobre la clase media y la clase baja; el endeudamiento público con el que se benefician los grandes financistas, los contratistas del gobierno y el funcionariado que ejecuta la dominación.

El gobierno es un instrumento para la transferencia de recursos de los sectores bajos y medios de la sociedad, a los sectores altos y sus lacayos burocráticos. Así el gobierno opera como un instrumento funcional a los intereses de los ricos y poderosos en desmedro de los derechos e intereses de las grandes mayorías populares.

4.4.- La participación en las ganancias con control de la producción y colaboración en la dirección.- En el art. 14 bis CN se reconoce el derecho a la participación en las ganancias con control de la producción y colaboración en la dirección. Se trata de un derecho que prácticamente no ha sido asegurado por la legislación con carácter general y para todos los trabajadores. Se trata de un derecho que por un lado otorga poder de administración a los trabajadores en la empresa y por el otro pretende un reparto más equitativo del producto. Se trata de un derecho que tiene inspiración en la democracia política y económica. Va en el mismo sentido o coincide plenamente con la doctrina democrática.

¿Por qué aquí señalamos a la participación en las ganancias con control en la producción y colaboración en la dirección? Porque debemos criticar al Dto 70/2023 tanto por lo que hace (una fenomenal reducción de los derechos de los trabajadores) como por lo que omite. Pero también señalamos este derecho porque debemos mostrar otras alternativas a las propuestas del gobierno y también a las enseñanzas de la doctrina iuslaboralista dominante (la de los profesores de la facultad) que poco o nada proyecta en alternativa a la dominación capitalista.

En el Digesto se enseña que la jurisprudencia es el arte de lo bueno y de lo justo, de la separación de lo equitativo de lo injusto, del discernimiento de lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres por el miedo a las penas y la esperanza del premio, y deseando la verdadera filosofía y no la aparente³⁷.

Hay que mostrar otros caminos que, en la jurisprudencia, consisten en elaborar figuras jurídicas que muestren otras relaciones sociales posibles que, como alternativas, cuestionan la dominación o despiertan la esperanza y guían la acción.

Para ello aquí repito algunas propuestas de reforma sobre el tema que formulé en marzo de 2023³⁸. La redacción de los artículos es la siguiente:

Art. .- Administración del trabajador.- El trabajador tiene derecho a participar en la administración de la empresa en las mismas condiciones que el empleador.-

Art. .- Participación de los trabajadores en la administración de la empresa.- Los trabajadores tienen derecho a participar en la administración de la empresa cuando así lo decida la mayoría absoluta de éstos por el voto libre y

³⁷ Digesto, Libro I, Título I, 1.1; 10.2.- Y ya que traigo a cuento al Digesto como curiosidad señalo que en su Libro I, Título III (sobre las leyes, los senadoconsultos y la costumbre inmemorial), en la Ley 40 se expresa: "Modestino, libro I de las Reglas.- Todo derecho o lo estableció el consentimiento, o lo instituyó la necesidad , o le dio fuerza la costumbre." Así resulta que Modestino ya enseñaba que la necesidad establece el derecho. Aunque claro está que la cuestión es cuál derecho será el que establece: ¿el del príncipe (ex principi) o el del pueblo (ex populi)?.-

³⁸ En Javier Spaventa, Reforma Laboral Y Desarrollo Económico Y Social, Buenos Aires, febrero y marzo de 2023, en academia.edu.-

secreto emitido en una elección que se llevará a cabo en el lugar de trabajo de 8 am a 18 pm y convocada en un plazo no inferior a los 90 días y no superior a los 120 días.-

Art. - Derecho a la información.- El trabajador tiene derecho a pedir a su empleador la información sobre las ingresos, egresos y utilidades de la empresa durante los últimos diez años. El empleador deberá brindar la información requerida junto con la documentación respaldatoria de la misma dentro del quinto día de quedar notificado del pedido.-

Art. - Oposición a la venta.- La mayoría absoluta de los trabajadores de una empresa tiene derecho a oponerse a la venta de los medios de producción ya sean éstos bienes muebles o inmuebles, registrables o no registrables. La decisión de los trabajadores se adoptará en una elección anterior a la venta que se llevará a cabo en el lugar de trabajo de 8 am a 18 pm y convocada en un plazo no inferior a los 60 días y no superior a los 90 días. El voto será libre y secreto. Cuando se haya omitido la elección o no se haya atendido a la oposición obrera, la compraventa será nula y el adquirente de los bienes será considerado un comprador de mala fe.-

Art. - Oposición a la venta.- La venta de cualquier medio de producción de la empresa (sea mueble, registrable o no registrable, o inmueble) deberá contar con el consentimiento de la mayoría absoluta de los trabajadores. La decisión de los trabajadores se adoptará en una elección anterior a la venta que se llevará a cabo en el lugar de trabajo de 8 am a 18 pm y convocada en un plazo no inferior a los 60 días y no superior a los 90 días. El voto será libre y secreto. Cuando se haya omitido la elección o no se haya atendido a la oposición obrera, la compraventa será nula y el adquirente de los bienes será considerado un comprador de mala fe.-

Art. - Participación en las utilidades.- El trabajador tiene derecho al 10% de las utilidades netas imponibles de cada ejercicio de la empresa. Entre los trabajadores de la empresa se distribuirá el 10% de las utilidades netas imponibles de cada ejercicio en función de su antigüedad, de su remuneración devengada y sus cargas de familia. La participación en las utilidades en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo tomando como base a la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada en el ejercicio. El pago se efectuará una vez vencido el ejercicio que corresponda y como plazo máximo hasta el 30 de abril.-

Art. - Continuidad de la empresa bajo control de los trabajadores.- La administración de la empresa, aún después de la declaración de la quiebra o concurso, será ejercida por los trabajadores cuando así lo decida la mayoría de éstos en una elección que se llevará a cabo en el lugar de trabajo de 8 am a 18 pm el día 90 a contar desde que se haya dado a conocer en forma fehaciente la autorización. A partir de la administración de los trabajadores queda suspendido el trámite del concurso o de la quiebra, la ejecución o liquidación de los bienes del fallido, el cobro de sus créditos por parte de cualquier acreedor privado o público del fallido o del concurso con la excepción de los créditos de los trabajadores de la empresa anteriores o posteriores al concurso o a la quiebra.-

Art. - Estatización bajo control de los trabajadores.- Cuando el gobierno nacional, provincial o municipal decida la compra, expropiación o intervención de una empresa, la administración de la misma será ejercida por los trabajadores cuando así lo decida la mayoría de éstos en una elección que se llevará a cabo en el lugar de trabajo de 8 am a 18 pm y convocada en un plazo no inferior a los 90 días y no superior a los 120 días a contar desde que se haya dado a conocer en forma fehaciente la decisión del gobierno. A partir de la administración de los

trabajadores queda suspendido el cobro de los créditos pertenecientes al gobierno nacional o a cualquier gobierno provincial o municipal como así también los pertenecientes a cualquier otro ente público centralizado o descentralizado, autónomo o autárquico o dependiente.-

Art. - Exención de los tributos.- Las empresas bajo el control exclusivo de los trabajadores estarán exentas del pago de todos los impuestos nacionales, provinciales y municipales. Las empresas que estén bajo el control parcial de los trabajadores estarán exentas del pago de todos los impuestos nacionales, provinciales y municipales en la proporción correspondiente a esa supervisión.-

4.5.- La libertad de asociación, la huelga y otras medidas de acción directa.- El presidente Javier Gerardo Milei dice profesar la doctrina liberal. Pero mantiene el unicato sindical de la ley de asociaciones profesionales 23.551 que viola directamente la libertad de asociación. La libertad de asociación es uno de los derechos más básicos de la persona y como tal integrante primordial de la doctrina liberal. No hay doctrina liberal que se precie de tal que no proponga ni defienda la más amplia e ilimitada libertad de asociación.

¿Por qué el presidente Milei mantiene el unicato sindical? Porque el presidente Milei ejecuta una política patronalista y el unicato sindical es operativo a dicha política en la medida que mantiene encuadrada a la clase obrera en gremios de autorización estatal que administran el conflicto social para atenuar los reclamos populares y reproducir la dominación capitalista de una élite al servicio de potencias extranjeras.

Y por ello mismo en los arts. 80 y 97 del Dto 70/2023 el presidente restringe (casi hasta su supresión) al derecho de huelga y a otras medidas de acción directa propias de la clase obrera para la lucha (como mínimo) por el mantenimiento y la mejora de las condiciones de trabajo.

La reforma viola directamente al derecho de huelga reconocido en el art. 14 bis (ampliado por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema). La reforma del Dto 70/2023 incrementa la represión ya impuesta por la Ley 25.877 que viene a modificar con nuevas limitaciones o restricciones, y que tiene inspiración en las opiniones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.³⁹

A la regulación patronalista del derecho de huelga (como la que expone el presidente en el Dto. 70/2023) debemos oponer la regulación que tienen sustento en la Constitución nacional (art. 14 bis) y en los tratados enumerados en su art. 75.22 y que en adelante en una versión muy resumida paso a exponer⁴⁰. Veamos.

El PIDESYC establece que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país." (art. 8, 1, d). Adviértase que no condiciona el goce y ejercicio del derecho de huelga a una organización determinada de las personas, como sería un sindicato. Se trata entonces de un derecho reconocido, lisa y llanamente, a favor de la persona, por cuanto "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto" (art. 3).

³⁹ Hacemos una crítica a las opiniones del Comité de Libertad Sindical de la OIT en Javier Spaventa, Análisis Alternativo Sobre La Huelga Y Otras Formas De Protesta, Buenos Aires, junio de 2016, en academia.edu.-

⁴⁰ La versión más desarrollada sobre esta concepción del derecho de huelga la expongo en Análisis Alternativo Sobre La Huelga Y Otras Formas De Protesta.-

La huelga es un derecho de toda persona, no limitado a las relaciones laborales. Por ello admite la huelga de solidaridad, la huelga política y la huelga revolucionaria. El Comité de Libertad Sindical de la OIT expresa una concepción muy limitada o limitativa del derecho de huelga que no responde a los textos constitucionales ni a los tratados sobre derechos humanos.

La huelga es un derecho: es una actividad permitida. No es un derecho gubernamental. El sujeto titular es la persona, trabajadora o no, independiente o dependiente, jubilada; también una unión de personas, organizada o no, reconocida o no por el gobierno, con personería o sin personería. El sujeto pasivo es el gobierno y las otras personas (como las patronales). El sujeto pasivo tiene prohibido intervenir en el ejercicio del derecho de huelga. El derecho de huelga no es susceptible de ser regulado sino sólo asegurado. No está justificado el despido por huelga ni la retención de los salarios de los huelguistas. La huelga incluye básicamente una amplia variedad de actividades que abarca desde el trabajo a reglamento hasta la huelga revolucionaria o insurreccional. En la huelga se incluyen tanto las actividades principales como las accesorias o coadyuvantes: ocupaciones, piquetes, acampes, sentadas, caminatas, escraches, entre otras. La huelga puede ser por tiempo determinado o indeterminado, en los lugares de trabajo o no, de ámbito provincial o regional o nacional o internacional, de defensa o de avance; y la determinación de sus condiciones o circunstancias depende del sujeto titular. La huelga siempre es provocada por la culpa de los patrones o el gobierno.

Hay que ir a una regulación del derecho de huelga compatible con la Constitución y los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema y claramente opuesta a la doctrina dominante en nuestro país o en la OIT. Sobre esta base en marzo de 2023⁴¹ realizamos la siguiente propuesta:

Art. .- Derecho de huelga.- El derecho de huelga queda asegurado en los siguientes términos:

1.- La autoridad administrativa como los jueces al conocer y decidir las causas deberán considerar que la huelga implica desde el trabajo a reglamento, el trabajo a desgano o el quite de colaboración hasta la suspensión de la prestación de servicios, y a la huelga solidaria, a la huelga de protesta o a la huelga política, como también a todas las acciones accesorias del paro que se ejecutan con causa, motivo u ocasión del mismo tales como la ocupación de los establecimientos de labor, el piquete del ingreso a los lugares de labor, el piquete en las calles, la ocupación de lugares públicos, las manifestaciones o reuniones populares, caminatas, acampes, escraches y toda otra acción coadyuvante de la huelga para la promoción o defensa de los derechos e intereses de los trabajadores.

2.- El titular del derecho de huelga será, en forma conjunta o indistinta, el trabajador o una unión de trabajadores que se encuentre o no reconocida como persona jurídica.

3.- Queda prohibido para el poder ejecutivo y el poder judicial reglamentar la huelga, condicionarla, establecer requisitos para su ejercicio, sancionar la huelga, o calificarla de legal o ilegal o de legítima o ilegítima.

4.- Queda prohibido el despido de los huelguistas o de algunos de ellos. El huelguista despedido tiene derecho a la reincorporación y al pago de los salarios retenidos, o al pago de la indemnización por despido más el abono de los salarios retenidos desde la separación hasta que formule en forma auténtica su decisión.

⁴¹ En Javier Spaventa, Reforma Laboral Y Desarrollo Económico Y Social, Buenos Aires, febrero y marzo de 2023, en academia.edu.-

5.- El huelguista despedido tendrá derecho a elegir entre 1) su reincorporación al empleo y el pago de los salarios retenidos o 2) el pago de la indemnización por despido más el abono de los salarios retenidos desde la separación hasta que formule en forma auténtica su decisión.

En cualquiera de esos dos casos el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a 13 sueldos tomando como base la mejor remuneración normal, mensual y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuere menor.

6.- El empleador deberá abonar al trabajador huelguista los salarios correspondientes a los días de huelga.

De esta manera el derecho de huelga se inscribe en el marco del derecho a la resistencia a la opresión y en el derecho a la revolución tan necesarios cuando los defensores del Dto 70/2023 consideran que como Julio César hay que cruzar el Rubicón y cuando el presidente suprime o limita los derechos del trabajador, lo que equivale al incremento de la explotación y a la reducción de la libertad de la inmensa mayoría de los habitantes.

5.- CONCLUSIÓN.- Resumo aquí la propuesta de defensa y contraataque que seguimos contra el Dto 70/2023 y que en lo que referido a la reforma laboral se hace extensiva al art. 654 del proyecto de ley “ómnibus” del 27-12-2023. Consiste tanto en criticar al Dto 70/2023 como en mostrar caminos alternativos. Primero mostramos la nulidad absoluta e insanable del Dto 70/2023. El Dto 70/2023 no vale como un decreto de necesidad y urgencia y como decreto es nulo o inconstitucional porque el presidente no puede legislar. Segundo sostenemos la inconstitucionalidad de la reforma laboral que se dispone en el Dto 70/2023 porque viola el deber de asegurar, el principio de progresividad y porque es un ataque directo a las condiciones dignas y equitativas de labor, la justa retribución, el descanso y las vacaciones pagadas, la protección contra el despido o la estabilidad en el empleo, la libertad sindical, el derecho de huelga, derechos reconocidos en el art. 14 bis y ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema.⁴² Tercero. Ante el intento de ampliar el ámbito del derecho civil en desmedro del derecho laboral, recordamos las normas antifraude que reenvían la regulación de la prestación de servicios al derecho del trabajo. Cuarto. Ante el intento de civilizar el derecho laboral proponemos la elaboración de doctrinas civilistas que tenga una clara inspiración en la justicia social. Sobran normas para ello. Hay que difundirlas. Hay que crear consensos sobre ellas. Hay que usarlas y pedir que las apliquen junto con las normas de derecho constitucional e internacional.

Con la reforma laboral del presidente Milei (y su política económica) los habitantes de la Nación seguiremos en el largo proceso de empobrecimiento material y espiritual que padecemos desde hace ya muchos años. Autoritarismo y empobrecimiento es la política del presidente. Ante ello como mínimo damos testimonio y también mostramos algunas alternativas que acorde con la Constitución nacional puedan compensar los daños ocasionados y revertir el rumbo.-

Buenos Aires, 24 de enero de 2024.-

⁴² En Constitución y Trabajo (Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2008), capítulos 6 y 7, hago una exposición del art. 14 bis con las ampliaciones dispuestas en los tratados enumerados en el art. 75.22; ver en academia.edu.-