

LA PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS LEYES  
(1969)

SUMARIO

I. <i>La justicia intrínseca de la decisión</i> .....	45
II. <i>La retroactividad. existencia y vigencia</i> .....	46
III. <i>El acto administrativo de promulgacion de la ley</i> .....	51
IV. <i>Otra vez la justicia de caso</i> .....	54
V. <i>La cuestión constitucional</i> .....	56



## LA PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS LEYES' (1969)

### I. La justicia intrínseca de la decisión

En éste y otros casos<sup>2</sup> en que a la jurisprudencia le ha tocado y tocará pronunciarse sobre la fecha de entrada en vigencia de la llamada ley 17.391,<sup>3</sup> conviene distinguir lo que es la solución del caso concreto, de lo que sea formular peligrosos... principios generales que en otros casos pueden llevar a soluciones más injustas que las que se quiso evitar en éste.

Por lo que hace a la justicia de la decisión en el caso concreto, pareciera que no hay demasiada dificultad en admitir una u otra solución: En verdad, casi se siente uno inclinado a compartir el criterio según el cual al empleador deba pagar la mayor indemnización de la nueva ley y no de la anterior, por un criterio de tipo social;<sup>4</sup> además, no se resiste a la tentación de pensar que el despido tal vez se produjo para adelantarse a la vigencia de la ley, y no porque las motivaciones relacionadas con el vínculo laboral existieran al momento en que las separaciones

<sup>1</sup> Publicado en revista *Derecho del Trabajo*, año XXIX, n° 10, Buenos Aires, 1969, p. 595 y ss.

<sup>2</sup> Por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, *Jerez Gabriel contra La Vascongada (S. A.)*, 30-XX-1968, revista *Derecho del Trabajo*, año XIX, n° 2, febrero de 1969, p. 85 y ss., con nota de SEGUNDO V LINARES QUINTANA, también publicado en la *Revista de Jurisprudencia Argentina*, año XXXI, t. 2-1969, n° 3301, 13-V-1969, con nota de JORGE REINALDO A. VANOSI.

<sup>3</sup> Si bien hoy en día no está ya en discusión que este tipo de actos son decretos-leyes y no leyes como lo dijimos en su oportunidad (nuestro libro *Derecho administrativo de la economía Buenos Aires*, 1967, pp. 66-67, nota 11, y especialmente pp. 447-448), todavía la equívoca denominación puede dar lugar a confusiones. En parte esto puede haber ocurrido en el presente caso, según yernos *infra*, n° 3.

<sup>4</sup> A los que no es ni puede ser ajeno el derecho público, como hemos expresado al referirnos a las bases sociales del derecho administrativo (nuestro libro *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., pp. 49-59); en el caso del derecho del trabajo con mayor razón esto ha de ser así sobre todo si recordamos con RADBRUCH que “la idea central en que el Derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las “personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.” (RADBRUCH, GUSTAVO, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1955, p.162.)

se produjeron;<sup>5</sup> ello mueve también al intérprete a no querer dejar que se concrete con éxito un posible intento de escapar a la vigencia de la nueva ley.<sup>6</sup>

Desde este punto de vista, la impresión inicial que el fallo despierta es que quizá sea más justa en el caso la decisión adoptada, y más simpática incluso que la contraria.

## II. La retroactividad. Existencia y vigencia

Distinto es el problema de la fundamentación. Por de pronto, parécenos difícil compartir la idea de que una norma puede regir para atrás en el tiempo, a partir de la publicación, sin ser por ello retroactiva. Casi hubiéramos preferido que se admitiera la existencia de retroactividad y se la convalidara considerando a la ley de orden público,<sup>7</sup> antes que esta general retroactividad que no es tal y que al parecer pudiera ser aplicada a cualquier tipo de ley.

También motiva fuertes dudas la aplicación de la doctrina de que la retroactividad es constitucional en tanto no prive al individuo de ningún derecho incorporado a su patrimonio, pues en el caso pareciera que si bajo una determinada ley se concreta un acto o una transacción que de acuerdo a esa ley tiene efectos patrimoniales, esto se incorpora “efectivamente” al patrimonio de la persona;<sup>8</sup> que, por lo tanto, una modificación a los efectos patrimoniales de ese acto o transacción

<sup>5</sup> Claro que esto, para poder ser tomado como dato, debió haber sido objeto de prueba durante el proceso. Comparar MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich, 1962, 11ª ed., p. 100, quien señala cómo la previsibilidad del nuevo ordenamiento retroactivo en tenida en cuenta por la Corte Constitucional a fin de determinar si su aplicación retroactivo lesiona o no un principio de seguridad jurídica, de justicia material y de buena fe. De todos modos, se advierte cómo este autor ubica ya la cuestión en el marco de la retroactividad, constitucional o no, y no en el de la entrada en vigencia de la ley, que sienta recién en su publicación, *op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>6</sup> Se trataría del “interregno propicio para especulaciones o fraudes de toda especie cuyo resultado sería, sin duda, la violación *ab initio* de los fines propuestos por la ley,” a que teme VANOSI, Un creso de interpretación constitucional: “Sanción, promulgación y publicación de las leyes,” comentario citado, *JA*, mayo 13 de 1969, p. 4 y ss., p. 9. Sin embargo, veremos que la solución a este interregno no está precisamente en interpretar que las leyes existen y rigen antes de su publicación. Ver especialmente *infra*, nº 3-4, nota 33.

<sup>7</sup> O por un razonamiento similar al de la Corte Constitucional de Alemania Occidental, que no considera inconstitucional la retroactividad, contada a partir de la publicación, si ella no lesiona los principios de buena fe, justicia natural y seguridad jurídica; por ejemplo, cuando la “confianza del ciudadano no se ve atacada porque éste preveía la modificación y se preparó para ella: MAUNZ, *op. cit.*, p. 100 y sus referencias. Como posible fundamento para admitir la validez de la retroactividad ver también *infra*, nota 56.

<sup>8</sup> En efecto, si el patrimonio se integra por derechos y deberes, la incorporación de algo a un patrimonio se produce a partir del momento que se tiene derecho a algo, más aún si ese derecho se ha concretado con un acto positivo y definitivo de ejercicio. No podrá pretenderse que la garantía sólo protege al que además de tener derecho a algo y haberlo ejercido, ha percibido también los resultados de ese derecho y tiene el dinero en el bolsillo: O al que tiene una situación definida por una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Para el caso, bastaba que la ley vigente le otorgara un derecho y que el interesado lo hubiera ejercido: Con ello se concreta, a nuestro modo de ver, el efectivo ingreso de ese derecho o facultad al patrimonio de los demás derechos de la persona.

importa un caso de retroactividad constitucionalmente prohibida,<sup>9</sup> máxime cuando el nuevo art. 3° del Código Civil destaca que “La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por cláusulas constitucionales.” El planteo de la retroactividad llevaba en este contexto a la no aplicación retroactiva de la ley; en el contexto del anterior art. 59 del Código Civil<sup>10</sup> o en el de una mala fe (no aducida ni probada; que sepamos) de los empleadores, podría quizá haber llevado a la aplicación retroactiva.

Por lo demás, el sentido común se encuentra perplejo ante distinciones que pretenden dar un concepto de retroactividad que nada tiene que ver con el tiempo hacia el pasado. Decir, por ejemplo, que una ley sólo es “exigible” a partir de su publicación, pero puede crear obligaciones para antes de ese momento,<sup>11</sup> y que “Ello no importa retroactividad alguna: Sí, en cambio, importa un efecto de orden público la fijación del momento de entrada en vigor de la ley,”<sup>12</sup> es tanto como sostener que una ley dada puede decir en 1969 que entró en vigor en 1988, o 1868, que para el caso es lo mismo, sin que ello importe retroactividad. ¿Qué es retroactividad entonces, si no vigencia antes de ser ley, o sea exigible?

La retroactividad ha de considerarse necesariamente vigencia hacia atrás en el tiempo, contada a partir del momento en que la ley comienza a producir sus efectos jurídicos, lo que no ocurre sino con la publicación de la ley.<sup>13</sup> Incluso el derecho constitucional austríaco, que admite la retroactividad de la ley por sobre

La confusión es similar a la que se produce en otros casos (ver por ejemplo el que analizamos en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, pp. 50-51) y deriva de pensar inconscientemente en el derecho materializado en los hechos, en lugar de ubicarlo exactamente en el plano de normas del deber ser. De cualquier manera en el presente caso el derecho en cuestión se concretó en los hechos, a través de los actos de despido.

<sup>9</sup> A menos que se pruebe, en la tesitura anteriormente citada, la mala fe con que hubiera obrado al actuar con la exclusiva finalidad de escapar al nuevo régimen; si esta mala fe no se prueba, ni se hacen otras argumentaciones, (por ej., notas 4, 6, 56), pareciera que la retroactividad lesiona en el caso la seguridad jurídica. Esto, por lo que respecta al argumento concreto de los derechos incorporados al patrimonio.

<sup>10</sup> Si se quisiera decir que la ley es de orden público.

<sup>11</sup> Así el fallo de 1ª instancia en el caso *Jerez*, JA, 13-V-1969, p. 5, al cual se adhiere en este aspecto VANOSI.

<sup>12</sup> VANOSI, artículo citado, p. 8.

<sup>13</sup> Pues solamente entonces tiene el individuo la regla precisa, a la cual sabe que debe ajustar sus actos. Como dice KRÜGER, HERBERT, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 287, estructuralmente la retroactividad es la aplicación de una ley a una situación en la cual el individuo no tiene ya la libertad ni la posibilidad material de ajustarse a ella, precisamente porque el acto se encuentra ya cumplido cuando la ley se toma aplicable. KRÜGER agrega que la ley se transforma así de ser un juicio hipotético (“Si tú te colocas en la situación de hecho prevista por la ley se te aplicarán las consecuencias jurídicas previstas un la ley”) en una orden apodíctica que no deja materialmente al destinatario elección alguna posible de colocarse o no en la situación de hecho dispuesta por la ley. Por ello señala que en la duda debe aplicarse la regla *Tempus regit actum*, op. cit., p. 288. De estos conceptos resulta que una ley no publicada oficialmente, y por tanto no conocida oficialmente por los destinatarios, no deja elección posible a éstos de ajustarse o no a sus disposiciones, si luego de su publicación ha de aplicarse también al tiempo precedente; se transforma, de un juicio hipotético, en una orden apodíctica en la frase de KRÜGER: En suma, es retroactiva.

los derechos adquiridos,<sup>14</sup> de todos modos considera que la entrada en vigencia se produce a partir de la publicación,<sup>15</sup> y establece que una entrada en vigencia anterior a ese momento debe ser dispuesta expresamente por la ley y constituye entonces un caso de retroactividad.<sup>16</sup> La misma solución, en cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la ley, encontramos en el derecho italiano, que lo hace luego de un período de *vacatio legis* posterior a la publicación,<sup>17</sup> y en el derecho alemán.<sup>18</sup> Solamente en el derecho inglés y norteamericano, pero de todas maneras no en todos los Estados,<sup>19</sup> se encuentra la regla inversa, de pretender que la ley esté en vigencia desde su sanción<sup>20</sup> o desde, su promulgación<sup>21</sup> pero no desde su publicación.

Ahora bien, si este concepto que pareciera responder a una excepción antes que a una regla en los sistemas constitucionales modernos, ha sido en su propio lugar de origen objeto de acertadas críticas,<sup>22</sup> por las múltiples razones que se han explicado,<sup>23</sup> y si nuestra Constitución no adopta un criterio expreso sobre el punto, ¿A qué dar una interpretación desajustada históricamente? Para nosotros el problema no consiste en saber qué entendieron los constituyentes, ni cuál es el sentido histórico-etimológico de las palabras “promulgación,” “publicación,” etc., sino determinar cuál es el sistema por el que queremos regirnos hoy. ¿Queremos regirnos por leyes que no conocernos oficialmente? ¿Queremos favorecer el crecimiento de leyes obligatorias que aún no sabemos que nos están ya obligando? ¿Queremos enterarnos mañana de lo que debimos hacer hoy?

<sup>14</sup> ADAMOVICH LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Vorfassungsrechts*, corregida y actualizada por HANS SPANNER, Viena, 1957, 5ª ed., p. 317.

<sup>15</sup> ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 317.

<sup>16</sup> ADAMOVICH, *op. y loc. cit.*

<sup>17</sup> BARTHOLINI, SALVATORE, *La promulgazione*, Milán, 1955, pp. 23, 506 y otras.

<sup>18</sup> KISKER, GUNTER, *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen, 1963, p. 9.

<sup>19</sup> Por ejemplo la Constitución del Estado de Indiana, dispone en su artículo IV, § 28, que “Ninguna ley tendrá efecto hasta que sea publicada y circulada en los distintos departamentos (*counties*) del Estado, por la autoridad, excepto en caso de emergencia; emergencia que debe ser declarada en el preámbulo, o en el cuerpo, de la ley.” Ampliar en KISKER, *op. cit.*, p. 11 y sus referencias.

<sup>20</sup> Como pretendía un fallo inglés de 1365, que reputaba la ley conocida desde su misma sanción, por cuanto los parlamentarios representaban a toda la población... KISKER, *op. cit.*, y p. 60.

<sup>21</sup> Como dice la ley inglesa de 1793 “*Acts of Parliament Commencement Act*” diciendo que las leyes comienzan a regir cuando tienen el “asentimiento real.” KISKER, *op. cit.*, pp. 1 y 10.

<sup>22</sup> Por ejemplo la crítica de AUSTIN, que recuerda KISKER, *op. cit.*, p. 11.

<sup>23</sup> 1º) Que no puede cumplirse una regla que no se conoce oficialmente: *Supra*, nota 12, e *infra*, notas 34-35, etc., pues ello viola un concepto de seguridad jurídica e impide realizar la conducta querida por la ley; 2º) que la solución para impedir el posible peligro de un interregno de *vacatio legis* (lo que no preocupa, como se advierte, al derecho italiano, que lo consagra expresamente) es hacer la ley retroactiva en los casos en que ello es admisible, o si no simplemente asegurar una publicación inmediata de la ley, lo que no es tan difícil (*infra*, notas 59 y 60); 3º) que lo propio de un régimen republicano es acentuar la publicidad de los actos estatales, y no enfatizar un acto de promulgación que es un resabio del “*royal assent*” de los sistemas “monárquicos;” 4º) que es irrazonable aplicar esta tesitura justamente cuando es el propio órgano autor de la ley el responsable de la falta de publicación oportuna. (*Infra*, n° 4.)

Más cuestionable aún nos parece la especiosa diferencia entre vigencia y exigibilidad de la ley, con el sentido de que la ley nace o rige a partir de cierto momento, pero sólo se hace “exigible” a partir de otro posterior.<sup>24</sup> Esta distinción nos es familiar, con otro alcance, en derecho administrativo, donde la hemos visto con frecuencia a propósito de la distinción de un acto administrativo válido pero no eficaz.

Desde este punto de vista, la doctrina administrativa que efectúa la distinción es pacífica en afirmar que el acto que ha sido dictado, firmado, etc., pero no publicado, es un acto “válido,” pero no “eficaz,” en el sentido de que no es ejecutorio<sup>25</sup> y de que los efectos jurídicos del acto nacen recién con la “perfección” que supone agregar a la “validez” la “eficacia” de la publicación.<sup>26</sup> La vigencia del acto comienza así con su publicidad,<sup>27</sup> y será retroactivo todo efecto que se quiera aplicar a situaciones anteriores a la fecha de esa vigencia;<sup>28</sup> vigencia y publicidad se confunden en un solo momento temporal; va de suyo, por supuesto, que la doctrina administrativa no admite la validez de un tal tipo de efectos hacia atrás en el tiempo, a lo que denomina retroactividad.

En este sentido expresa JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE<sup>29</sup> que “...no se puede decir que no es retroactivo el acto que produce sus efectos con posterioridad a la fecha de emisión, pues un acto que produzca sus efectos después de dictarse, pero antes de ser publicado, pongamos por caso, es efectivamente retroactivo. Es decir, no puede ser el momento de la perfección del acto el que tomemos como indicativo de la retroactividad de sus efectos; dicho momento ha de ser el de la entrada en vigor del acto, que tiene lugar por la publicación o notificación del mismo, según su naturaleza.”<sup>30</sup> También la doctrina constitucional italiana repite la distinción entre existencia y eficacia de la ley, supeditando la segunda a la publicación,<sup>31</sup> pero aclarando debidamente que la entrada en vigencia de

<sup>24</sup> Este criterio lo recoge también VANOSI, artículo citado, p. 8, con diferentes palabras: “La obligatoriedad de la ley importa tanto como su vigencia, pero no su exigibilidad; la ley está vigente, en consecuencia, es obligatoria, más no es exigible hasta cumplirse con el recaudo de su publicación.” Sin embargo, parece contradictorio hablar de una norma obligatoria que no es exigible: Si es obligatoria, ello implica que hay deber jurídico de cumplirla, y por tanto facultad jurídica de exigir su cumplimiento. Por ello creemos, con BIELSA, RAFAEL, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1959, pp. 485 y 542, que sólo con la publicación de la ley nace la obligatoriedad: “La publicación es el medio de hacer conocer la ley y su obligatoriedad desde la fecha de ella,” p. 542.

<sup>25</sup> Ampliar en OTTAVIANO, VITTORIO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, 1953, p. 114 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL, S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1966, pp. 336-8, 368-9; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1965, p. 274.

<sup>26</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 214; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 384.

<sup>27</sup> MARIENHOFF, *op. loc. cit.*, DIEZ, *op. loc. cit.*

<sup>28</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 395.

<sup>29</sup> *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, pp. 41-2.

<sup>30</sup> DE LA VALLINA VELARDE, *La retroactividad del acto administrativo*, *op. cit.*, pp. 41-42. La bastardilla es nuestra.

<sup>31</sup> VIRGA, PIETRO, *Diritto costituzionale*, Milán, 1961, p. 344; el autor señala también similares problemas de demora en la publicación, lo que ha llevado a proponer que se hagan coincidir promul-

la ley solamente se produce después de la publicación, aunque la ley “existiera” antes.<sup>32</sup> Como se ve, de la distinción apuntada no es lícito sacar la conclusión de que una vez publicada la ley, sus efectos se retrotraerían a una fecha anterior en que la ley ya existía —pero no estaba vigente— sin ser eficaz.

En un planteo distinto del derecho administrativo se llega a la misma conclusión: Ya hemos dicho que acto administrativo es aquél que de suyo es apto para producir efectos jurídicos; si los efectos jurídicos no se producen sin el requisito de la publicidad, entonces no es acto administrativo el que ha sido dictado pero no publicado.<sup>33</sup>

Lo mismo en materia de leyes. Si la ley no es exigible sino a partir de la publicación y si a falta de publicación no pueden obligarnos a cumplirla,<sup>34</sup> es porque

gación y publicación; *op. cit.*, p. 345, nota 48.

<sup>32</sup>VIRGA, PIETRO, *op. cit.*, p. 346, quien incluso habla de que la ley es válida y perfecta antes de la publicación, p. 344, sin por ello concluir en que su vigencia sea anterior a la publicación. En igual sentido, aunque centrando la “perfección” de la ley en el acto de promulgación, BARTHOLINI, SALVATORE, *La promulgazione*, Milán, 1955, p. 506, también insiste en que la ley existe antes de entrar en vigor; ver también BARTHOLINI, *op. cit.*, p. 23: “Sólo desde un ángulo visual meramente práctico puede sostenerse que la ley no existe hasta que es aplicable. Además, parece que esta aplicabilidad es efecto de la publicación, y es por tanto gratuito ligarla inmediatamente a la promulgación.”

<sup>33</sup>En nuestro libro *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, 2ª ed., p. 323. En sentido similar dicese también: “Mientras la «publicidad» o «comunicación» no hayan” tenido lugar, se considera que los administrados ignoran la existencia del acto, para quienes es como si no existiere, MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 338; en nuestro planteo, que aquí reiteramos, el acto jurídicamente no existe en tanto la publicidad no ha sido dada.

<sup>34</sup>En la actualidad, parece claro que tal sometimiento de la vigencia de la ley a su publicación administrativa, no causa daño a una división de poderes que en el plano indicado no existe: El mismo autor de la “ley” sería en última instancia el responsable de que su ley publique o no, y si no quiere hacerlo en pronto término o de ninguna manera, sobre la misma autoridad recae entonces la consecuencia de que la ley no exista jurídicamente.

En cambio, si nos planteamos el problema en una relación de Poder Legislativo a Poder ejecutivo, parece claro que si bien desde el punto de vista de los habitantes la ley no publicada no tiene aún nacimiento jurídico como fuente de obligaciones, de todos modos la cuestión no puede quedar allí, abortando de tal manera la voluntad legislativa. Por de pronto, debe recordarse que el modo de publicación no es una cuestión constitucional sino de política legislativa, que el legislador ha resuelto encargándosela al *Boletín Oficial*, órgano que el Congreso resolvió dependiera del Poder Ejecutivo.

Es claro pues, al margen de esta decisión legislativa, que la publicación oficial de la ley tanto puede resultar de un boletín oficial administrativo como legislativo, o del propio *Diario Sesiones del Congreso*. Si en una hipótesis dada el Ejecutivo demorara irrazonablemente la publicación de la ley, pensamos que el Parlamento puede solucionar inicialmente la cuestión publicándola en el *Diario de Sesiones*, lo cual a nuestro juicio es suficiente publicación auténtica y oficial para dar nacimiento a la ley; y si el hecho se repite, queda la solución sencilla de pasar el *Boletín Oficial* a dependencia del Congreso, o de crear un boletín oficial exclusivamente legislativo, además de los medios sancionatorios por el incumplimiento de la obligación de publicar la ley: Juicio político al Presidente o ministro responsable, denuncia criminal por incumplimiento de las obligaciones legales del funcionario público responsable del Registro, etc.

Como se ve, muchos son los caminos y las soluciones que tendría un Parlamento cuya ley no fuera publicada: Ello hace más obvio a nuestro entender que la solución tampoco entonces puede ser castigar a los destinatarios de la ley, haciéndosela supuestamente, obligatoria y existente, a pesar de su falta de publicación oficial y fidedigna. Con lo cual reiteramos que si la ley nunca se



como fuente de derecho, como ley en sentido normativo positivo, y no sociológico, sólo nace a partir del momento en que se integra con tal requisito.<sup>35</sup>

Una ley no publicada no es exigible, no produce efectos de ninguna clase frente a los individuos supuestamente “obligados” por ella; luego no es una ley en sentido impositivo, como fuente de derecho.<sup>36</sup> Pues bien, la cosa no cambia si la publicación como es la regla, efectivamente se produce los efectos jurídicos nacen con la publicación, y no cabe a nuestro modo de ver hacer distinción alguna entre la “existencia” menos aún “vigencia” de la ley y su “exigibilidad,”<sup>37</sup> si no hay publicación, los individuos “obligados” simplemente no hay ley, ley como fuente de derecho de esto se supone que estemos hablando.

Luego, la ley no existe ni tiene vigencia alguna (frente a los particulares alcanzados por sus obligaciones) hasta tanto la publicación se produzca. Otra cosa es determinar la fecha de dos leyes para saber cuál es posterior en el tiempo: Como esto un problema de interpretación de la voluntad legislativa, se toma en cuenta la fecha de promulgación, no la de publicación.<sup>38</sup>

### III. El acto administrativo de promulgación de la ley

Todo lo dicho, curiosamente, se refuerza cuando se quiere recurrir a la distinción entre sanción, promulgación y publicación de la ley.

publica, por culpa de quien fuere, nunca puede tener carácter de fuente de derecho en relación a los habitantes obligados por ella: La ley no publicada no es jurídicamente (aun y quizá nunca) una ley.

<sup>35</sup> Con lo dicho nos apartamos de la interpretación constitucional que suele dar por terminado el proceso de formación y nacimiento de la ley con su promulgación por el Poder Ejecutivo, considerando a la publicación mera instrumentación fáctica de un detalle más. En algún caso esto se lleva a sus extremos, como en el fallo que comenta ANASTASI, LEÓNIDAS, “La promulgación y la publicación de las leyes,” *LL*, 1: 802, en el cual la Sala IV de la Cámara de Paz de la Capital llegó a decir que no puede sostenerse que la ley haya nacido con su publicación, “desde que sólo puede ser notificado un acto existente.” Allí se ve clara la confusión entre la existencia sociológica o política de la ley, y su existencia jurídica como fuente del derecho.

Ningún acto existe, en cuanto acto productor de efectos jurídicos, en tanto no sea apto para producir de por sí, de suyo, esos efectos; y si estos efectos no se producen sin, ni antes de, la publicación entonces no cabe sino concluir en que efectivamente la ley no existe frente a los particulares obligados antes de la publicación. Comparar en cambio LINARES QUINTANA, art. citado, pp. 88-89.

<sup>36</sup> El argumento, a fuer de evidente, hay que repetirlo: No se puede exigir a nadie que cumpla una norma que no conoce oficialmente; saberla por noticias informales de los diarios no lo sufre, salvo casos de emergencia en que pueda admitirse un hecho excepcional de publicidad informal, por tiempo limitado. Los abogados bien sabemos que del exacto (por tanto fidedigno) texto de un artículo, de un giro, de una puntuación, puede resultar distinto el alcance de una ley; no nos digan, pues, que podemos interpretar, aplicar y luego cumplir una norma de la cual no se conoce el texto oficial y auténtico,

<sup>37</sup> Ya vimos que en el derecho italiano, con todo que se habla de existencia previa de la ley, no se habla en cambio de vigencia de ella; en ese planteo, la solución es jurídicamente correcta y sólo pasible quizá de discusiones terminológicas.

<sup>38</sup> VIRGA, *op. cit.*, p. 345, nota 48. Para una discusión más completa del asunto ver BARTHOLINI, *op. cit.*, pp. 507-510. Pero aún en este caso, la fecha de abrogación de una ley por otra se produce siempre después de la publicación de la ley abrogatoria y no antes. (BARTHOLINI, *op. cit.*, p. 509, nota.)

Esto es cuestión de gustos y de libertad de estipulación: Cada uno llame lo que quiera a cada cosa, basta que lo aclare.<sup>39</sup> Para nuestro gusto, sanción es la que hace el Congreso<sup>40</sup> o si se quiere el Poder Ejecutivo *de facto* al asumir el ejercicio de la función legislativa;<sup>41</sup> publicación es el hecho (no el acto, como a menudo se expresa, a nuestro juicio no acertadamente),<sup>42</sup> de insertar el texto oficial de la ley en el *Boletín Oficial*. Queda, en el medio la promulgación.

Hablando de gustos, nos parece que si el Congreso sanciona,<sup>43</sup> el Poder Ejecutivo al no vetar la ley y darle por contrario su conformidad en forma expresa mediante un acto formal, esto podría llamarse promulgación.<sup>44</sup> En esta orientación, puede además agregarse que la promulgación se integra con otro “acto” o hecho, el de la publicación, en una suerte de dos actos sucesivos;<sup>45</sup> o que la promulgación es la publicación formal y solemne,<sup>46</sup> etcétera.<sup>47</sup>

Pero lo cierto es que si la promulgación es un acto administrativo, pues esperamos que no se insistirá en llamarlo “acto de gobierno” o “colegislativo” después

<sup>39</sup> Nos remitimos a lo dicho en nuestro libro *El acto administrativo, op. cit.*, cap. I: “El acto administrativo en la metodología de la ciencia,” y a sus referencias doctrinarias en particular CARRÍO, GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965; ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1961, especialmente pp. 109-110; del mismo autor Tú-Tú, Buenos Aires, 1961, y el para nosotros excelente trabajo de divulgación de HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, Buenos Aires, 1966, cap. I.

<sup>40</sup> En este sentido LINARES QUINTANA, art. citado, p. 85 y sus referencias; VANOSI, art. citado, p. 5 y ss., que explica la contradicción entre los dos distintos empleos de la palabra “sanción” que realiza la Constitución, al hablar de sanción por el Congreso y sanción por el Poder Ejecutivo, p. 6.

<sup>41</sup> Ver *infra*, nota 53.

<sup>42</sup> La publicación, en efecto, no es sino una operación material de incluir un texto en el *Boletín Oficial*; otra cosa es el acto por el cual se ordena la publicación, del cual ésta no es sino su ejecución. Para la distinción entre acto y hecho administrativo nos remitimos a nuestro libro *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 79-93. Hacemos la salvedad referida al derecho alemán del siglo pasado, en que la publicación o falta de ella expresaba tácitamente el consentimiento o rechazo del rey: BARTHOLINI, *La programazieme, op. cit.*, pp. 51-53, pp. 58-59.

<sup>43</sup> En el sentido de dictar la ley; la cual para constituirse en fuente de derecho requiere los pasos posteriores que estamos analizando.

<sup>44</sup> Con todas las variantes y peculiaridades que se desee; así por ejemplo DALLOZ, en el *Nouveau Répertoire de Droit*, t. 2, París, 1948, p. 940, dice que “La promulgación es el acto por el cual el Jefe del Estado atesta la regularidad del procedimiento legislativo y ordena la ejecución de la ley;” otras definiciones en LINARES QUINTANA, art. citado, p. 86.

<sup>45</sup> O, menos bien, “El acto o actos por los cuales se hace obligatoria la ley exige la promulgación, decreto por el cual el Jefe de Estado ordena su ejecución; y, además, su publicación, medio de que se vale el poder público para darla a conocer. En realidad, la promulgación de la ley es un acto complejo, compuesto de los dos citados,” CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario de derecho usual*, t. 3, Buenos Aires, 1954, p. 263. La afirmación de que habría un acto complejo no es congruente con el concepto que de acto complejo tiene la doctrina del derecho administrativo. Con esta salvedad, podría decirse que la promulgación implica ordenar la publicación de la ley y que la publicación es el cumplimiento del acto de promulgación.

<sup>46</sup> Es el camino que elige el fallo de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ya comentado, revista *Derecho del Trabajo*, año XXIX, pp. 89-90. Para los antecedentes de este concepto ver BARTHOLINI, *op. cit.*, pp. 16-17, 57-8, etc.

<sup>47</sup> Para la amplísima y sutil gama de variedades que se han dado históricamente, véase el minucioso trabajo de BARTHOLINI, *La promulgazione, op. cit.*, pp. 15-25, 49-104, etc.

que se ha probado que su contrapartida, el acto de veto, es un acto perfectamente justiciable,<sup>48</sup> y además que el acto de promulgación es susceptible de regulación legislativa (como lo indica el propio art. 2° del Código Civil y el 5° de la ley 17.391);<sup>49</sup> si es un acto administrativo,<sup>50</sup> pues, entonces al igual que todos los demás, no tiene vigencia ni existencia ni obligatoriedad alguna sino a partir de la publicación oficial.<sup>51</sup>

Con lo cual recaemos en el punto de partida: La ley sancionada y promulgada no tiene vigencia ni existencia en tanto el acto de promulgación no tenga a su vez existencia y vigencia, que la adquiere recién con la publicación. Tanto la ley sancionada como el acto administrativo de promulgación, requieren de la publicación para producir efectos jurídicos, esto es, para nacer al campo de las fuentes del derecho.

Antes de la publicación, no son sino sociológicamente (o políticamente, o administrativamente, o lo que se quiera, pero no jurídicamente), ley y acto de promulgación, pero de ello no estamos hablando.

Supóngase ahora lo insólito: Que el Congreso dicte una ley, que el Poder Ejecutivo dicte un acto de promulgación, y que se publique en el *Boletín Oficial* el segundo para no la primera; en tal caso, obviamente, no puede sostenerse que la ley ha entrado de todos modos en vigencia y tiene exigibilidad; tendríamos entonces una ley jurídicamente “promulgada” pero no publicada y por lo tanto, jurídicamente no existente (aun no o quizá nunca) como ley.<sup>52</sup>

Supóngase ahora el caso inverso: Una ley publicada, pero el decreto de promulgación no publicado. Sí bien la práctica francesa es publicar el, texto de la ley precedido del texto del decreto de promulgación,<sup>53</sup> la nuestra por lo general omite la publicación del acto de promulgación; pero a nadie ha preocupado nunca esto y con razón: Lo que interesa es la publicación de la ley y que no haya veto; con

<sup>48</sup>Lo que se ha probado precisamente en el veto a la ley que precede a la presente y que la Corte Suprema, “justiciándolo,” declaró inconstitucional. Por lo que respecta al planteo constitucional y jurisprudencial de la doctrina de la irrevisibilidad de los actos llamados de gobierno, nos remitimos a la más larga exposición que realizamos en el libro *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 185-203, 205-225. y 233-237, donde concluimos en su plena revisibilidad y por lo tanto su equiparación con el resto de los actos administrativos.

<sup>49</sup>En efecto, esto prueba para el caso que es inexacta la pretensión de que ciertos actos colegislativos, “de gobierno,” etc., estuvieran quizá librados de la esfera de regulación legislativa. Para un análisis detallado de la crítica a esta concepción, y de la demostración de su falta de vigencia en el derecho argentino, nos remitimos a la obra últimamente citada, pp. 225-233.

<sup>50</sup>Aunque fuera acto de gobierno, pues al respecto no varían las reglas en materia de publicidad y vigencia.

<sup>51</sup>En nuestro libro *El acto administrativo, op. cit.*, p. 323.

<sup>52</sup>Pues ya vimos que los efectos jurídicos no se producen sino después de la publicación y que si la publicación nunca se realiza, la “ley” no produce, nunca tales efectos, no alcanza a integrar nunca, por ende, el cuerpo de las normas positivas: No es derecho vigente, ni lo ha sido en ningún momento. Nos referimos siempre, claro está, a la ley que crea obligaciones para los particulares.

<sup>53</sup>DALLOZ, *op. y loc. cit.*

estos dos requisitos haya entonces promulgación tácita por no existir acto alguno de promulgación o por haberse dictado y firmado, pero no publicado, el acto de promulgación; de todos modos la ley existe y es exigible a partir de tal publicación y no antes. (Por lo menos no conocemos que se haya sostenido que, en ausencia de promulgación expresa o norma que fije en ese u otro momento el comienzo de los efectos de la ley, la ley se hiciera valer desde la sanción y no desde la publicación.)

Pero de todas estas especulaciones felizmente nos salva el decreto-ley 17.391. Pues él es al mismo tiempo sanción y promulgación: Sanción de ley o decreto-ley, en cuanto ejercicio del Poder Legislativo; promulgación de la ley o decreto-ley, en ejercicio del Poder Ejecutivo;<sup>54</sup> por tanto, la publicación que tenga o deje de tener le sirve al mismo tiempo para sus dos contenidos: La publicación que de su texto se haga será tanto publicación de la ley como publicación del acto de promulgación de la ley.

O sea, que con distintas palabras y argumentos, tiene para nosotros razón, en el plano formal, la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Trabajo: La ley sólo puede empezar a producir efectos y sólo nace, vive, rige, es obligatoria, etc., a partir de su publicación.

Que la ley diga que sus efectos comienzan a partir de la promulgación y no de la publicación es el dato curioso que comentábamos, pues siendo la promulgación acto con existencia jurídica recién a partir de su publicación, el art. 5º de la ley 17.391 vale tanto como si en lugar de “promulgación” hubiera dicho “publicación.” Si la ley quería retrotraer sus efectos a la fecha de su dictado, debiera haber dicho en todo caso “sanción” y no promulgación.

#### IV. Otra vez la justicia de caso

Ahora bien, esta interpretación parece entonces desinterpretar el sentido de la ley; si es que la ley quería empezar a regir antes de la publicación, y esto parece ser el significado de su art. 5º, no puede razonar la Sala que la ley quería decir lo contrario.<sup>55</sup>

Nosotros diríamos en consecuencia que la ley en su art. 5º entendió retrotraer sus efectos a la fecha de su sanción, no de su promulgación, y que esta retroactividad es o no constitucional según que se entienda que es o no de orden público, afecta o no derechos adquiridos,<sup>56</sup> etc. Punto sobre el que no nos pronunciamos, aunque pensamos que la Corte de la Provincia quizá estimó más grave sostener

<sup>54</sup>La norma citada expresa: “El Presidente de la Nación Argentina Sanciona, y con fuerza de Ley;” trayendo así a la memoria la fórmula con la cual los reyes de las monarquías de otro siglo daban las leyes a su pueblo: “Noi... abbiamo sanzionato... e promulghiano quanto segue...” (BARTHOLINI, *La promulgazione*, op. cit., p. 24.)

<sup>55</sup>Salvo que sea para salvarlo de una tacha de inconstitucionalidad, lo que no es expreso en el fallo.

<sup>56</sup>*Supra*, § 2.

su carácter de ley de orden público<sup>57</sup> y concluyó entonces en que no es retroactiva, para no abundar en aquella dirección.<sup>58</sup>

La argumentación de la Corte de la Provincia es entonces discutible, pues más daño se hace a los principios de nuestro sistema republicano de gobierno (que era el que quisimos instaurar en el art. 1º de la Constitución) sentando criterios de que puedan existir normas jurídicas; ergo, imperativas, obligatorias, creadoras de deberes y derechos para los particulares que supuestamente serían tales antes de producir efectos por la publicación. En este último sentido y al margen de la solución concreta del caso, preferimos a la Sala cuando nos dice:

“El acto legislativo, dada la forma republicana representativa federal de gobierno adoptada por la Nación Argentina (art. 1º, Const. Nac.), no puede ser reservado, oculto ni sorpresivo para los ciudadanos, para la sociedad, para el obligado por la ley, aunque haya tenido conocimiento de la gestación y también de la sanción de la ley por algún otro medio de publicidad no oficial, porque en orden a los derechos, deberes y obligaciones jurídicos y a la estabilidad de ellos, no puede quedar librada su vigencia a la profana publicación.”<sup>59</sup>

Por último, no podemos dejar de mencionar que las construcciones por las cuales se quiere salvar un defecto de publicación tardía (ninguna imposibilidad práctica existe para componer tipográficamente el texto de una ley e incluirlo en el número de diario, boletín, etc., que está en la imprenta próximo a salir en el día siguiente), se hacen justamente en un caso en que no se justifican los temores de que en el interregno entre la sanción de la ley y su publicación ella sea conocida, alertando así a los destinatarios.<sup>60</sup> Tratándose de un decreto-ley, si su sanción es conocida antes de su publicación la culpa es del Ejecutivo mismo: Se trata de su propio hecho, al dar al conocimiento periodístico una ley que aún no ha publicado.<sup>61</sup> Es irreal, por lo tanto, en el caso de la ley 17.391 o similares,

<sup>57</sup> Otra variante pudiera haber sido indicar, cambiando el énfasis en el sujeto que resulta obligado o beneficiado por la ley el sentido de si es una ley que crea nuevos gravámenes o en cambio otorga mayores derechos. Para el empleador que despidió antes de la publicación, la ley importa un mayor gravamen; para el empleado despedido con una indemnización menor, la ley le confiere un derecho mayor. Desde este punto de vista, bien puede sostenerse que el único que realmente recibe un gravamen sustancial es el obrero y no la empresa, pues en proporción es muchísimo más grave el daño de la mínima indemnización a una persona de escasos recursos, que el pago de una suma algo mayor a una empresa mediana: Con este criterio social (*supra*, nota 3), unido al criterio de buena fe del destinatario de la ley (*supra*, notas 4 y 6), bien pudo decirse que la ley es efectivamente retroactiva, pero constitucional por estas razones excepcionales.

<sup>58</sup> Aunque, con todo, la Corte señala al pasar que de todos modos la retroactividad no es de esencia constitucional, punto éste que, en ésa amplitud, es quizá menos preferible que admitir por excepción la constitucionalidad de la retroactividad.

<sup>59</sup> Ver también *supra*, nota 35.

<sup>60</sup> Tal argumento en VANOSI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>61</sup> Si se prefiere, al no organizar al *Boletín Oficial*, de modo que publique rápidamente las leyes. En definitiva resulta que se está haciendo interpretación constitucional para salvar, en este caso, un mero defecto de organización administrativa interna. [Desde que su publicación está en manos del Ente Cooperador La Ley, el problema no se volvió a repetir. Pero la doctrina del fallo quedó.]

hacerse preocupación alguna. Y en cuanto a las demás, como el legislador no puede predecir que su ley será promulgada y publicada, lo único que tiene razonablemente que hacer si quiere que su ley rija desde cierto tiempo en particular (sea su etapa de proyecto, de debate, de sanción, etc.), es fijarlo con carácter retroactivo, para que, de ser aprobada finalmente como ley, tenga entonces dicho efecto; y de lo contrario, dejar que su efecto y su vigencia y su exigibilidad nazcan normalmente, como tiene que ser, con la publicación. La solución de que los efectos nazcan con la promulgación, sin ser la ley retroactiva, nos parece inadmisibles; además de que, según ya vimos, el acto de promulgación también necesita de su publicación para nacer al mundo jurídico como acto administrativo. De donde, entonces, promulgación y publicación culminan siempre en el mismo instante a producir sus efectos.

#### V. La cuestión constitucional

De todo lo expuesto concluimos en que una ley que se proponga sin retroactividad entrar en vigencia antes de ser conocida, simplemente es irrazonable al pretender una imposibilidad de hecho: Su cumplimiento por quienes no saben que tienen que cumplirla; en esa medida, al desconocer la realidad social a la cual tiene que aplicarse, la ley transgrediría el principio del debido proceso en sentido sustancial y resultaría arbitraria en sentido constitucional.

Es de recordar también el problema del derecho emergente de la ley anterior, ejercitado a todos sus efectos antes de nacer al mundo jurídico la ley posterior, con lo cual quedó efectivamente incorporado al patrimonio del titular, como parte de su garantía constitucional de propiedad.

A ello cabe agregar que el criterio de la no publicidad de las leyes o de su vigencia sin publicidad, es a todas luces antirrepublicano y contrario al sistema constitucional.

Los tres argumentos constitucionales indicados pueden ser obviados admitiendo que la ley es retroactiva y que la retroactividad es excepcionalmente, en el caso, válida; pero en la medida en que se afirme que no hay de por medio una cuestión excepcional de retroactividad, sino un asunto normal de mera entrada en vigencia de la ley, entonces la objeción constitucional reaparece con toda su fuerza. Por tales razones la Corte Suprema debió haber decidido la cuestión planteada en el caso *Busos*;<sup>62</sup> al omitir resolverla, y decir en cambio que “establecer la fecha a partir de la cual comenzará a regir una ley” es un asunto “de derecho común,” lleva derechamente a la conclusión de que no habrá problema constitucional

<sup>62</sup>Corte Suprema: *Busos, Aurora E. contra Selsa (S. A.)*, revista *Derecho del Trabajo*, XXIX, n°5 de mayo de 1969, pp. 273 y 275, con nota de DEVEALI.

porque una ley sea puesta en vigencia retroactivamente, lo que sin duda ha de comportar un exceso de interpretación.

Claro está que la sentencia dice, como es de práctica, que lo resuelto es “con referencia al caso concreto,” y en verdad no podría serlo de otra manera, pero esto no otorga tranquilidad acerca de si el tribunal sacará o no en próximos fallos la conclusión que parece desprenderse de lo indicado. Este es un interrogante que sólo el propio tribunal podrá contestar. Queda mientras tanto flotando una sensación de inseguridad: ¿Qué ley nos estará rigiendo hoy?

