

El alcance del control en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia. Estándares actuales.

Por Marcela I. Basterra.

Sumario. 1. Introducción. 2. Decretos de Necesidad y Urgencia. Análisis del artículo 99, inciso 3° constitucional. 3. La Comisión Bicameral Permanente como órgano de control. Ley N° 26.122. 3. a. Integración y Dictámenes. 3. b. Requisitos formales. 3. c. Requisitos Materiales. 4. El control judicial sobre los DNU. Estándares actuales. 4. a. "Consumidores Argentinos c/ EN – PEN-" . 5. Conclusiones.

1. Introducción.

Los decretos de necesidad y urgencia -DNU- fueron receptados en forma expresa en el inciso 3º del artículo 99 del texto constitucional a través de la reforma de 1994. No obstante, con anterioridad, este tipo de reglamentos había sido admitido desde la más alta fuente jurisprudencial, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló en el fallo "Peralta" que; "(...) puede reconocerse la validez constitucional de una norma (...), dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque - esto es de público y notorio- ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados(...)" (Considerando 24 del voto de la mayoría).

La incorporación de estos instrumentos a la Ley Fundamental, tenía por objeto delimitar el ejercicio de dichas facultades –ya que si bien aún no estaban contempladas en la Constitución Formal, habían ingresado a la Constitución Material- condicionándolas al estricto cumplimiento de determinados requisitos, entre los que aparece con más fuerza, la necesaria fiscalización del Congreso como órgano de contralor.

Los constituyentes del '94, dieron a los DNU el carácter de acto complejo, lo que implica que la validez constitucional de los mismos exige la concurrencia de dos voluntades; la del Poder Ejecutivo que los dicta, y la del Poder Legislativo que controlará la existencia de los presupuestos fácticos, que habilitan al Presidente de la Nación el ejercicio de esta facultad excepcional.

El procedimiento de control político previsto por el texto constitucional da lugar a un control intra-órganos, dado que se requiere la intervención de las dos Cámaras que componen el Congreso Nacional, órganos que finalmente determinará si corresponde aprobar o rechazar un DNU.

Es de vital importancia destacar, que durante varios años el control político encomendado por

mandato constitucional al Congreso, no fue ejercido en forma completa. Ello por cuanto, si bien la reforma de 1994 previó la creación de una Comisión Bicameral en el ámbito del Poder Legislativo, que tuviera por finalidad examinar la constitucionalidad de los decretos -de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial-; lo cierto es que recién en el año 2006, con la sanción de la Ley 26.122 se crea la Comisión Bicameral Permanente.

Esta omisión del Poder Legislativo, no sólo fue útil para anular el control político sobre el Ejecutivo, sino que además, sirvió para atenuar el control por parte del Poder Judicial.

Justamente, lejos de considerar la inconstitucionalidad de estos instrumentos por la ausencia de la ley especial a que se refiere la Carta Magna, el criterio en principio utilizado por el Alto Tribunal, fue la doctrina resultante del caso "Peralta". Es una prueba contundente lo ocurrido ya, en 1997 en la sentencia "Rodríguez", en la que el tribunal directamente inhibe el ejercicio del control de constitucionalidad, argumentando que en estos supuestos sólo el Congreso podía ejercer el control de legalidad de los DNU, entendiendo que al no estar sancionada la ley reglamentaria, no correspondía al Poder Judicial expedirse. Así, se interpretaba como aprobación ficta -en contraste con el texto expreso del artículo 82 de la Ley Fundamental - la sola circunstancia de que el Congreso no emitiera una norma en contrario del decreto, aún cuando el mecanismo de elaboración y sanción de las leyes se encontrara totalmente normalizado .

En otro orden de ideas, siempre estuvo controvertida la facultad del Poder Judicial para realizar el control de constitucionalidad sobre los presupuestos habilitantes para el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia. No obstante, puede afirmarse que a partir del fallo "Consumidores Argentinos" la Corte despeja cualquier tipo de duda al respecto, expidiéndose a favor del control judicial sobre los presupuestos fácticos que habilitan el ejercicio de determinadas atribuciones del Poder Ejecutivo.

2. Decretos de Necesidad y Urgencia. Análisis del artículo 99, inciso 3° constitucional.

Con posterioridad a la última reforma, la discusión doctrinaria acerca de la necesidad de constiucionalizar los DNU -con las ventajas que implican pero, también con todos sus riesgos e inconvenientes- pierde sentido, ya que como se ha expresado , este "tipo legislativo" ha adquirido carta de ciudadanía constitucional. Por el contrario, se torna indispensable respetar la verdadera voluntad del constituyente al momento de analizar la normativa, a fin de alcanzar un punto de equilibrio en la interpretación de la misma.

El principio general surge del primer párrafo del artículo 99, inciso 3° de la Ley Suprema, y constituye un límite concreto, al momento de dictar decretos por parte del Poder Ejecutivo. El dispositivo legal prescribe; "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". Surge con absoluta claridad,

el carácter “prohibitivo” que contiene la norma.

La potestad otorgada al Presidente de la Nación, en este caso, es excepcional; por lo que su interpretación deberá realizarse siempre, con carácter sumamente restrictivo. Enseñaba Bidart Campos , que “la práctica abusiva que en la cuestión exhibe el Derecho Constitucional material a partir de 1989, obliga a interpretar y aplicar el artículo 99, inciso 3° con extremada severidad y excepcionalidad, pese a la jurisprudencia complaciente de la Corte como en el caso Peralta de 1990”.

En otros términos, en esta situación el Poder Ejecutivo ejerce atribuciones que no le son propias, sino que son exclusivas del Poder Legislativo. Por ello, si el criterio de interpretación no fuera restringido, se estaría menoscabando arbitrariamente el principio cardinal de la división de poderes.

La previsión del constituyente, en relación a la nulidad absoluta e insanable como categoría constitucional establecida expresamente, es la contracara de haber institucionalizado la competencia jurisdiccional para este tipo de inconstitucionalidades. Es decir, que si dictara el Presidente de la Nación disposiciones legislativas fuera del marco constitucional, tendrán el efecto erga omnes de todas las nulidades.

La nulidad no sólo procede cuando no se configura un caso de “circunstancias excepcionales”; sino, que también es posible declararla cuando aún dándose los supuestos de emergencia o gravedad, cuyo dictado y sanción constituyen el camino inevitable, no se da cumplimiento a otros recaudos -como por ejemplo los requisitos procesales previstos- .

Seguidamente la norma consagra la excepción a la regla general, al disponer que; “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 el 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”.

En la redacción queda evidenciada la gravedad y la necesidad que deberá tener la materia a legislar por vía de decreto. Únicamente situaciones de estas características -deberá tratarse de una notoria y verdadera emergencia- habilita al Poder Ejecutivo a atravesar la esfera de separación de poderes, para hacer uso de facultades privativas del órgano legislativo.

En forma genérica los Ejecutivos en turno, han interpretado que la normativa les otorga un amplio margen de discrecionalidad, pudiendo utilizar los decretos ante una necesidad “relativa”. Ello por cuanto, se encuentra íntimamente vinculada con los objetivos que el gobierno en ejercicio pretende llevar adelante durante su gestión, independientemente que desde otra óptica política, el logro de esas finalidades pueda no ser considerado “necesario” .

La urgencia es una noción esencialmente teleológica, que cobra una significación propia en relación a los objetivos concretos hacia los que en cada caso aparece orientada. Una disposición resulta urgente y necesaria, únicamente para atender cierta finalidad que se advierte amenazada en una coyuntura determinada. Desde esta perspectiva, los términos “urgente y necesidad”, aparecen netamente redimensionados adquiriendo nuevas perspectivas materiales .

En este orden de ideas, es indispensable determinar el alcance de la fórmula “circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir el trámite ordinario de las leyes”.

Para que proceda el dictado de un DNU deben concurrir los siguientes elementos; a) una situación de extrema de necesidad, que ponga al Estado bajo el riesgo de continuidad. En esta hipótesis la utilización de estos instrumentos tiene la finalidad de sortear una crisis de gran magnitud, es inevitable el dictado de un Decreto, ya que si no se sanciona con la premura del caso, pueden devenir para la sociedad consecuencias graves de imposible reparación ulterior; b) existencia de la debida y ponderada razonabilidad entre el fin perseguido y las medidas adoptadas, para conjugar la crisis que dispone el decreto y; c) debe sancionarse con celeridad, dado que el objeto es justamente evitar procedimientos ordinarios, que de observarse, la solución sería tardía .

Se hace referencia a la "necesidad", ésta es algo más que conveniencia; es sinónimo de imprescindible. Se agrega "urgencia", y lo urgente es lo que no puede esperar. Necesario y urgente aluden -entonces- a un decreto que solamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir el procedimiento normal de formación y sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna, la norma sustitutiva. Por ende, ni el apuro presidencial en tomar la medida ni la conveniencia o la necesidad de la misma, ni la urgencia valorada por el Ejecutivo, ni la lentitud de las Cámaras, ni la hostilidad hacia un determinado proyecto de ley; configuran aquella imposibilidad que en circunstancias extraordinarias habilita a dictar decretos de necesidad y urgencia .

Sin embargo, contrariando el espíritu que se tuvo en miras en la última reforma a la Ley Fundamental, e incluso desvirtuando el propio sistema; los DNU cada vez ganan mayor espacio en la práctica constitucional. Fueron y son utilizados de manera discrecional por los diferentes integrantes del Poder Ejecutivo, para legislar en relación a aquéllos temas en los que no se pueden reunir los consensos parlamentarios exigidos.

Tal situación importa un falseamiento constitucional, dado que ni de la letra ni de la finalidad de la norma se desprende que el supuesto de débil o pobre desempeño legislativo, sea en modo alguno una condición habilitante para el dictado de los decretos contemplados en el artículo 99, inciso 3º de la Constitución.

De esta forma, la calidad de extraordinario -cualidad esencial de los DNU- pasa a ordinarse, desvirtuando el propósito de los mismos. Es importante recordar que la posibilidad de su dictado se ha instalado en la Carta Magna para trascender el interés circunstancial del detentador de turno; con ello, la solución que importa el acto legislativo interesa a toda la sociedad afectada por el estado de necesidad, así como el trastorno que experimenta el poder, menoscabado en su funcionamiento por la parálisis que padece, nada más y nada menos, que el cuerpo más representativo de la configuración triangular; el Congreso de la Nación . Siguiendo esta línea argumental la Corte Suprema ha puntualizado en “Verrocchi” , las condiciones bajo las cuales puede ejercer el Poder Ejecutivo esta facultad. Entre las exigencias materiales, hace referencia a la existencia de un estado de necesidad configurado por la imposibilidad del Congreso de dictar normas, o ante una situación de urgencia, de tal envergadura que torne necesario una solución inmediata. Tal sería caso de acciones bélicas o calamidades naturales que impidan las sesiones ordinarias del Congreso, y en consecuencia, no pueda sancionar leyes; para concluir que en estos supuestos procede la utilización de este instituto. Asimismo, señala expresamente que de los considerandos del decreto, debe surgir la motivación fáctica que permita realizar el control de razonabilidad, reafirmando de esta forma la competencia del Poder Judicial para efectuar un verdadero test de constitucionalidad, tema que será abordado en profundidad en el punto 4 del presente estudio.

Por si quedaba alguna duda acerca de la excepcionalidad de las facultades legislativas del Ejecutivo, la Constitución se encargó de remarcar que ni aún en acontecimientos extraordinarios podrán ejercerse dichas funciones específicamente en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Este tema fue analizado en el fallo “Video Club Dreams” . La controversia se suscitó por el denominado “impuesto al video”, establecido por los decretos 2736/91 y 949/92 , bajo la justificación de “emergencia cinematográfica”. Estas disposiciones ordenaron que el gravamen dispuesto por el artículo 1° de la ley 17.741 para presenciar espectáculos cinematográficos, se aplicará además, “a la venta o locación de todo tipo de videogramas”, motivo por el cual, el actor inicia una acción de amparo, alegando la inconstitucionalidad de los mencionados decretos.

El Alto Tribunal examinó, entre otras cuestiones, los límites materiales de los decretos de necesidad y urgencia. Haciendo hincapié en el principio de legalidad tributaria, entendió que éste se sostiene en el sistema de la democracia representativa, y que bajo ninguna circunstancia, se puede permitir el apartamiento del citado estándar, ni aún en los casos de calamidad pública interna o emergencia económica.

Los DNU cuestionados creaban impuestos, determinaban los sujetos obligados al pago,

asimismo, modificaban la ley 17.741 -Facultades de Inspección y tipificación de Infracciones y Sanciones-, erigiendo al Instituto Nacional de Cinematografía en juez administrativo con facultad de control y fiscalización. Robusteciendo el principio constitucional de legalidad para la imposición de tributos, concluyó que los decretos referidos no eran compatibles con el régimen constitucional que surge de nuestra carta política. Además, la Corte recordó que si bien la cláusula del artículo 99 expresamente contempla entre las atribuciones del Poder Ejecutivo la de dictar DNU, prohíbe también explícitamente el ejercicio de tal facultad extraordinaria -entre otras- en materia tributaria. Es destacable el activismo judicial en torno al “test” de constitucionalidad que realizara el Supremo cuando aún no existía la ley reglamentaria.

A mayor abundamiento, resta mencionar que el constituyente estipuló en el mismo artículo 99, inciso 3° Constitucional ciertos recaudos formales: “(...) serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos juntamente con el jefe de gabinete de ministros”. Estos requisitos deben cumplimentarse al momento de su dictado y con posterioridad a éste. La decisión es adoptada por el Presidente en acuerdo general de Ministros, incluido el Jefe de Gabinete. Es decir, la determinación de dictar un decreto de necesidad y urgencia debería estar presidida de debate en el seno del gabinete. La Constitución no indica quórum requerido para esa reunión; sin embargo, dado el carácter excepcional de la medida, el acuerdo general debe incluir a todos los Ministros, quienes una vez debatido el asunto están obligados a firmar el decreto .

3. La Comisión Bicameral Permanente como órgano de control. Ley N° 26.122.

3. a. Integración y Dictámenes.

El artículo 99, inciso 3° de la Ley Suprema in fine establece; “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 consideraran 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”. No obstante lo estipulado por la cláusula constitucional, tal como se indicaba con anterioridad, la ley N° 26.122 que crea la Comisión de referencia recién fue sancionada en el año 2006, es decir, doce años después de la reforma de 1994.

De acuerdo con la norma reglamentaria, el Congreso va a realizar labores materialmente constituyentes, por voluntad y encargo del propio poder constituyente, ya que la misma más que una ley de desarrollo constitucional es una verdadera legislación de integración

constitucional, que cubre una laguna, un vacío forzoso, producto de la impotencia política de la asamblea constituyente .

La finalidad de de la norma surge con absoluta claridad del artículo 1º, al establecer; “Esta ley tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: a) De necesidad y urgencia; b) Por delegación legislativa; c) De promulgación parcial de leyes”.

Seguidamente, se refiere a la creación de la Comisión Bicameral Permanente , encargada de hacer el control efectivo sobre los institutos mencionados.

La Comisión está integrada por 8 (ocho) diputados y 8 (ocho) senadores, designados por el presidente de la Cámara a la que pertenecen, previa propuesta de los bloques parlamentarios, y respetando la proporción de las representaciones políticas . Sus miembros duran en sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara, pudiendo ser reelectos . Esta composición numérica ha sido objeto de algunas críticas, por entenderse que no permite preservar la proporción de las representaciones políticas del Congreso, especialmente en Diputados. Si por el contrario, la cantidad de miembros fuera mayor a dieciséis, tendrían más representación en la Comisión las minorías, sin menoscabo de la que corresponde a la mayoría, dado que las primeras cumplen un rol fundamental en el control de la gestión del Ejecutivo .

Estas objeciones, son objeto de análisis en el seno del Congreso nacional, toda vez que existe un Proyecto de ley que propone aumentar el número de miembros a 24 (veinticuatro) legisladores; 12 (doce) diputados y 12 (doce) senadores. Asimismo prevé que los bloques de las representaciones políticas minoritarias deberán tener, como mínimo, el 50% de los integrantes.

La Comisión cumple funciones aún durante el receso del Poder Legislativo , y sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros . Los dictámenes deben ser suscriptos también por la mayoría absoluta de sus miembros; en caso que exista más de uno, con igual número de firmas, el de mayoría es el que lleva la firma del presidente .

El artículo 10 de la ley, fija los alcances del dictamen respecto de los decretos de necesidad y urgencia en los siguientes términos; “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia”.

3. b. Requisitos formales.

Los requisitos formales que la comisión, como órganos de control debe verificar son; a) que sean firmados en acuerdo general de Ministros, con el refrendo de ellos, así como del Jefe de Gabinete y; b) que la presentación se haya efectuado dentro del plazo previsto en la ley .

El significado del Acuerdo General de Ministros ha dado lugar a posturas contradictorias. Se ha sido interpretado, desde que implica la necesidad de la simple mayoría de Ministros; e incluso, hasta se ha sostenido a los efectos que quede configurado el “Acuerdo”, la necesidad de unanimidad del cuerpo ministerial.

Parte de la doctrina , por razones prácticas considera que el criterio que debe adoptarse es el de la simple mayoría, por entender que pocas veces es factible reunir a la totalidad de los Ministros, por diversos motivos funcionales. La tesis contraria , con acierto, sostiene que se requiere la unanimidad del cuerpo ministerial, ya que así lo justifican la excepcionalidad y restricción del trámite.

A pesar de lo indicado, en la práctica la Comisión adhirió al criterio de simple mayoría, es decir, se chequea que los decretos lleven la firma del Presidente de la Nación, del Jefe de Gabinete y de al menos, otros cinco Ministros, lo que no impide que en un futuro, se pueda adoptar a una postura más restrictiva.

En cuanto al plazo de presentación del decreto ante la Comisión, se puede afirmar que ésta, tiene facultades para rechazar "in limine" aquel decreto que fuera presentado después de vencido el plazo que el Jefe de Gabinete tiene para hacerlo, o sea, de diez días .

El jefe de gabinete debe someter al control del Congreso los decretos pertinentes dentro de los 10 días, de lo contrario, la ley faculta a la Comisión a avocarse de oficio al tratamiento de los mismos .

Actualmente existe en el Senado un proyecto de ley que propicia el siguiente trámite; “En caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido por la Constitución de la Nación a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, los mismos quedarán sin efecto, salvaguardándose los derechos adquiridos durante su vigencia. Remitido éstos por el Jefe de Gabinete, la Comisión deberá cumplir con los plazos establecidos en esta ley para su tramitación” . Es de destacar que el Proyecto del Senador Cano , ante esta hipótesis, prescribe que los decretos carecerán de todo valor y eficacia jurídica, no pudiendo alegarse derecho adquirido alguno a su respecto.

El plazo que tiene la Comisión para expedirse, es también de 10 días desde que éste fue presentado por el Jefe de Gabinete , pero si transcurrido ese lapso temporal la Comisión no se expide, las Cámaras deben avocarse al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate . La iniciativa de reforma es más estricta en este aspecto al fijar un plazo concreto de 30 días corridos . En similar sentido, lo establece el proyecto de los Senadores Pérez Alsina,

González de Duhalde, Estenssoro y Escudero .

3. c. Requisitos sustanciales.

Como requisitos sustanciales la Comisión debe verificar el cumplimiento del presupuesto habilitante para el dictado de un decreto de ésta tipología. Recordemos que el mismo está dado por la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir el trámite ordinario del proceso de formación y sanción de las leyes; siempre que no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Por ello, como fundamento de la medida se descartaran los criterios de mera conveniencia, ajenos a circunstancias de extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto. Al respecto Bidart Campos destacaba que, "(...) de estar el Congreso en funciones y presentarse una situación súbita que demande la sanción de una ley, el parlamento tendrá que reunirse y actuar en consecuencia. De estar en receso deberá ser convocado por el Poder Ejecutivo a extraordinarias, tal como la Constitución argentina lo prevé".

El trámite parlamentario para los tres tipos de decretos que debe controlar la Comisión se encuentra previsto en el capítulo IV, título III de la ley reglamentaria, en los artículos 16 a 26. En primer lugar, la norma fija la plena vigencia de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a las atribuciones conferidas en la Constitución Nacional .

El artículo 22 dispone que las Cámaras se pronunciarán mediante sendas resoluciones -debiendo- el rechazo o aprobación de los decretos, ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución.

El dictamen de la Comisión debe abordarse, por imperativo constitucional, sin la menor dilación -acto seguido de su recepción- es decir, de inmediato. Si una de las Cámara incumple con esta tarea, incurre en un claro supuesto de inconstitucionalidad por omisión. A su vez, si cada Sala está constitucionalmente conminada a conocer y a tratar de inmediato el decreto, también tendrá que expedirse sin demora, una vez concluido el tiempo razonable e indispensable para debatir la norma .

Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo del contenido, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes .

En este punto la ley presenta cierta imprecisión, dado que si una Cámara aprueba el decreto y

la otra lo rechaza, la normativa nada dice al respecto. Entonces, aquí cabría preguntarnos; ¿qué pasa si una de las Cámaras no está de acuerdo? ¿Se necesita el acuerdo de ambas? ¿Qué valor tiene el silencio? ¿Significa el silencio una convalidación ficta?

El miembro informante sobre el punto del dictamen de la mayoría en la Convención Constituyente, García Lema , expresó; “el sentido que el artículo 71 bis (ahora art. 82) en cuanto establece que el Congreso debe expedirse expresamente sobre esta materia, significa que tanto para la aprobación del decreto como para su rechazo debe mediar una voluntad expresa del mismo”. Agregando, que con posterioridad a la reforma, la norma es sumamente clara y, por lo tanto, “no corresponde atribuir valor alguno al silencio”.

Es claro por lo tanto, que de la norma se desprende la intención de que ambas Cámaras deben aprobar el decreto. Si una de éstas no lo hiciera, el mismo quedaría sin efecto. Esto es así, porque en caso contrario supondría admitir que puede legislar una sola Cámara del Congreso. Justamente lo opuesto a la función esencial que la Constitución encomienda al Poder Legislativo. En consecuencia, estamos en grado de afirmar que si la ley sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de cada Cámara, pudiera aceptar que sólo una de las Cámaras convalidara el decreto, desvirtuaría el fin esencial de esta norma constitucional, que no es otro que establecer un “fuerte control” sobre las facultades legislativas que excepcionalmente la propia Constitución otorga al Poder Ejecutivo Nacional.

En el caso de los decretos sometidos a control debe existir una manifestación expresa de aprobación o rechazo por parte de la Comisión, ya que el artículo 82 de la Constitución Nacional y el artículo 22 de la ley 26.122, excluyen todo intento de considerar convalidado un decreto por el mero silencio de la autoridad examinadora.

El estándar que se desprende de la regla enunciada, es que no existiendo pronunciamiento expreso del órgano legislativo, sea ratificando o rechazando; los DNU pierden validez y son nulos, de nulidad absoluta. La regla constitucional es la invalidez, salvo que se den determinadas condiciones y; por lo tanto, la disposición infraconstitucional que invierta el principio general es inconstitucional .

El Congreso tiene una tarea expresamente encomendada, que es la de analizar la norma en todos sus aspectos, examinar su legitimidad y cumplimiento de los recaudos, tanto formales como materiales. Aprobará o rechazará, esa aprobación o rechazo será la que completa el acto y pone fin al trámite establecido por la Constitución. No caben pasos posteriores. No hay posibilidad de veto presidencial, ni total ni parcial. El trámite terminó en el Congreso. Esto es así porque se trata de un acto complejo que se integra con la voluntad del ejecutivo -mediante el dictado del decreto de excepción- y la del legislativo -mediante la aprobación o rechazo de la norma- .

Idéntica solución propicia el proyecto de reforma de la Ley 26.122, al manifestar expresamente que; "El rechazo por una de las Cámaras del Congreso, del decreto que se trate o la falta de pronunciamiento de cualquiera de ellas implicará su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia" .

Si las Cámaras rechazan el decreto, ello implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil , quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Por último, la resolución debe comunicarse al Poder Ejecutivo, a fin que publique en el Boletín Oficial la resolución de las cámaras, que aprueba o rechaza el decreto sometido a consideración .

4. El control judicial sobre los DNU. Estándares actuales.

Tal como se adelantara, en el decisorio "Video Club Dreams" la Corte mantiene el criterio expuesto en "Peralta" , reafirmando su atribución para examinar el estado de emergencia. Sin embargo en el precedente "Rodríguez" , el Alto Tribunal renuncia expresamente al control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia. Deja sentada una postura de muy bajos estándares, al interpretar que se trataba de una cuestión política no justiciable.

Entendiendo así, que el contralor referido al análisis de la oportunidad y procedencia de la emisión de este tipo de decretos por parte del Presidente, sólo le corresponde al Congreso, que por otra parte, al momento no había sancionado la ley reglamentaria.

En este precedente de 1997, si bien la CSJN reconoció que dichos instrumentos eran susceptibles de menoscabar normas de mayor jerarquía -supuesto en el cual caerían dentro de la órbita del control judicial, así como en caso que no se cumplen los requisitos formales exigidos-; el Alto Tribunal especificó, que se trataba del ejercicio privativo de funciones propias de uno de los poderes del Estado y que sólo podían ser sometidas al contralor del Poder Legislativo, a quien corresponde pronunciarse sobre la concurrencia de los extremos que habilitan el dictado de la norma de excepción. O sea, que al Congreso le incumbe expedirse sobre la valoración política de los presupuestos fácticos que justifican la sanción del DNU, así como la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido –conforme lo estipulado por la Constitución Nacional en el inciso 3º del artículo 99-.

Siguiendo esta línea argumental, reseña que la contienda –propia de la dinámica política- debía resolverse dentro del marco institucional que la Ley Fundamental establece; que no es otro, que el Congreso de la Nación. La decisión contraria significaría –según la Corte- inmiscuirse en el ejercicio de funciones exclusivas del órgano que ostenta el mayor grado de representación popular.

Reafirmando esta tesis, Barra señala que no sólo la oportunidad, mérito y conveniencia de lo decidido por el DNU escapan al control judicial, sino también, la excepcional razón de

necesidad y urgencia que es una cuestión de valoración política. Expresa igualmente, que esta postura es acorde al texto constitucional, que genera una relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo de naturaleza institucional y por definición, no justiciable.

Posteriormente, en el fallo “Verrocchi” , retorna a la senda del control expuesto en “Video Club Dreams”, sentencia en la que argumenta a favor de la potestad otorgada constitucionalmente, para examinar si se cumplieron las exigencias materiales y formales en el dictado de aquellas normas.

Efectivamente, el Máximo Tribunal enuncia que está dispuesto a verificar si se cumplieron las exigencias materiales y formales en el dictado de DNU dado que; a) se enmarcan dentro del principio republicano, b) mantienen intangible el sistema de mutuos controles entre los Poderes, c) requieren la existencia de un estado de necesidad en términos de; c’) imposibilidad del Congreso para dictar normas, por ejemplo, en caso de una contienda bélica o de desastres naturales que impidan a los legisladores llegar a la Capital o, c’’) que la situación que necesite solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, d) desestiman razones de mera conveniencia para dictar los decretos, e) exige suficiente motivación fáctica en los mismos considerandos de la norma cuestionada para poder efectuar el pertinente control de razonabilidad y f) reclama el no aniquilamiento -ni aún en emergencia- del derecho limitado mediante la norma .

La causal habilitante mencionada ante la imposibilidad del Poder Legislativo para dictar normas, dio lugar a una fundada crítica por parte de Midón, quien cuestiona al Alto Tribunal, el reconocimiento al Poder Ejecutivo de una facultad por demás discrecional, donde la oportunidad y conveniencia imponen sus propias reglas. Para el citado autor, el fallo “cayó en una innecesaria ambigüedad que conduce a la apertura de una nueva brecha institucional en la materia” .

Por otra parte cabe agregar, que es sumamente peligroso el estándar de “eterna emergencia”. Al admitir que la omisión de un plazo en la duración de la medida no constituye un elemento descalificante de la validez de la norma, y que es el Poder Ejecutivo el órgano facultado -en la medida en que se superen las causales que le dieron origen- para dejar sin efecto en forma parcial o total lo dispuesto en el decreto, la Corte Suprema deja en manos del mismo Poder que emitió el acto, el control de razonabilidad de la medida. Es esencial que las excepcionales situaciones de emergencia tengan un límite temporal estricto, de lo contrario, la crisis se convierte en una peligrosa regla que afecta el núcleo esencial del sistema democrático .

En idéntico sentido se pronuncia en el precedente “Guida” , al señalar que se trata de actos complejos que forzosamente requieren la intervención del Poder Legislativo, a fin de otorgarles la legitimidad necesaria. El hecho de que el Congreso haya asumido sus facultades

de contralor, "(...) no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de la Nación (...)" (Considerando 9º del voto del Ministro Fayt). Poco tiempo después, le toca a la Corte expedirse sobre el paquete de legislación de emergencia que dio lugar al denominado "corralito financiero". En los fallos "Smith" y "San Luís" declaró la inconstitucionalidad de la normativa referida. Aproximadamente un año después, en la sentencia "Cabrera" consideró que quienes aceptaron voluntariamente y sin reserva la pesificación o la desafectación de sus depósitos en dólares, no podían pretender recuperar la diferencia.

A los tres meses el Tribunal se pronuncia en el caso "Bustos", precedente en el que resuelve que del plexo normativo resulta claramente que a los depositantes en dólares estadounidenses, se les ofreció la opción de obtener su devolución en pesos argentinos en diversos plazos, o bien en la moneda de origen pero en bonos del Tesoro y a plazos más prolongados; motivos por los que concluye que la garantía de propiedad constitucional se encontraba resguardada.

Argentina atravesó, quizá la crisis más grande de su historia, sin embargo, aún esas situaciones de emergencia y sus consecuencias, deben encuadrarse dentro de la Constitución, y utilizar los remedios que la misma estipula. En tal sentido, la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible tiene respuestas en un ejercicio más severo de las facultades que la Carta Magna concede, pero sin exceder los límites de la norma fundamental.

En los últimos casos mencionados, si bien no hay un análisis exclusivo o central en relación a los decretos de necesidad y urgencia, permiten visualizar cómo, este tipo de decretos se sancionan sin ningún tipo de control, pudiendo establecer aún, la denegación de acceso a jurisdicción y violentar hasta lo inimaginable el principio de la división de poderes; de allí que cobra vital importancia el rol de la Comisión Bicameral Permanente, como encargada de efectuar el control estipulado por la propia Constitución.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Máximo Tribunal recientemente en el fallo "Consumidores Argentinos", una vez más corrobora la doctrina expuesta con anterioridad, inclinándose a favor del control judicial sobre los presupuestos fácticos que habilitan el ejercicio de determinadas atribuciones del Poder Ejecutivo. Pero esta vez lo hace en forma más abarcativa, en consecuencia, la postura esgrimida se completa y desarrolla con mayor amplitud que la adoptada en "Verrocchi"; erigiéndose en un verdadero Tribunal de Garantías.

La Corte, aplicando excelentes estándares, reafirma nuevamente el criterio restrictivo con el que debe interpretarse la facultad del Poder Ejecutivo para dictar este tipo de reglamentos, circunstancia que obedece al carácter excepcional de los mismos. Haciendo hincapié en que el objeto de la incorporación de estos instrumentos al texto constitucional fue restringir la

práctica y abuso de los mismos; la reforma tuvo como meta limitar la concentración del poder, atenuar el hiper presidencialismo, robustecer la función del Congreso y afianzar los mecanismos de control, a efectos de consagrar el equilibrio entre los tres poderes.

La sentencia, siguiendo ejemplares lineamientos, reafirma la competencia del Poder Judicial para examinar los presupuestos fácticos que habilitan el dictado de estas medidas de excepción, determinando el alcance del control judicial.

La revisión judicial de este tipo de decretos fue y aún sigue siendo un tema por demás controvertido, de lo que da cuenta la jurisprudencia reseñada del Máximo Tribunal; que por ejemplo en el decisorio “Rodríguez”, alejado de una interpretación congruente con la norma fundamental, se auto limita y no ejerce el control de constitucionalidad, al que deben ser sometidos los actos emanados de los distintos poderes, en cumplimiento de una de las reglas básicas que componen el “rule of law”.

No obstante, poco tiempo después se produce un viraje trascendental; el Máximo Tribunal se aleja de la doctrina expuesta a través del fallo “Verrocchi”, considerando que es facultad del Poder Judicial analizar los presupuestos habilitantes de los reglamentos de emergencia. Esta postura es reafirmada y ampliada en la última sentencia (2010) sobre de control de DNU; “Consumidores Argentinos”, en la que enfatizó que es deber de la Justicia examinar si las circunstancias invocadas para dictar un decreto de necesidad y urgencia son excepcionales, dado que en la hipótesis contraria, la facultad ejercida por el Poder Ejecutivo carece del sustento fáctico constitucional que la justifique.

Enrolándose en la tesis diametralmente opuesta a la del fallo “Rodríguez”, subrayó que el precepto constitucional habilita al Poder Judicial a verificar en cada caso concreto, la existencia de las pautas requeridas para emitir un decreto de excepción, sin que ello importe en modo alguno, atribuirse facultades propias del Poder Legislativo.

El iter discursivo expuesto, rechaza el uso meramente político que se pretenda efectuar de los decretos. Tal es el caso por ejemplo, de apelar a dichos instrumentos frente a la ausencia de las mayorías obligatorias para generar los consensos que requieren la aprobación de las leyes, alegando que de lo contrario se pone en riesgo la gobernabilidad.

La sentencia es contundente; por encima de cualquier política pública que se promueva está el respeto a las normas constitucionales, lo que significa que por regla, la competencia de legislar corresponde al Congreso y sólo por excepción al Ejecutivo. Si una política pública no alcanza el consenso necesario de las fuerzas parlamentarias mayoritarias, deberá ser adaptada a las exigencias de ésta, pero nunca podrán burlarse mediante el dictado de un DNU. Pues su utilización implica el uso de un recurso excepcional, y no un mecanismo que desconozca la voluntad popular, orfebre de dichas mayorías .

En un Estado constitucional de Derecho, es lógico suponer que el Poder Ejecutivo no pueda sustituir discrecionalmente el funcionamiento del Congreso, y mucho menos, que sus atribuciones excepcionales no se encuentren sujetas al control judicial. Ejerciendo un encomiable activismo, la Corte se encargó de realizar su función como última intérprete de la Constitución Nacional, especificando que sus facultades de contralor alcanzan el análisis de los requisitos sustanciales expresados en la Ley Fundamental y, no son sólo un mero control sobre los formales.

4. a. “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN-”.

La Asociación “Consumidores Argentinos” -para la defensa, educación e información del consumidor-, inicia una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, con la finalidad que se declare la inconstitucionalidad del DNU 558/2002 , por entender que esta normativa modificaba sustancialmente la ley de entidades de seguros .

Manifiesta en primer término, que el artículo 1º del decreto incorpora la posibilidad de que las empresas aseguradoras, frente a una situación de iliquidez transitoria, constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales emanados de los contratos de seguros. En segundo término, que el artículo 2º de la normativa cuestionada contemplaba cesiones de cartera sin la exigencia de publicidad, exclusión de activos de la aseguradora, imposibilidad de realizar actos de ejecución forzada sobre aquellos activos que habían sido excluidos; además de trabar medidas cautelares sobre los mismos. De esta manera, con razón argumenta que se menoscababan derechos constitucionales, específicamente los garantizados en los artículos 17 , 18 , 42 , 75 inciso 12 y 109 de la Carta Fundamental.

Tanto el juez de primera instancia como la Alzada, hacen lugar a la demanda, destacando que no es suficiente la situación de emergencia para habilitar el dictado de un decreto de necesidad y urgencia; sino que además se exige que medie una circunstancia excepcional que haga imposible llevar a cabo el trámite legislativo. Este último requisito no se encontraba presente en la causa, ya que el Congreso estaba en período de sesiones ordinarias. Asimismo, la Cámara subrayó que la norma en cuestión era de regulación permanente y modificaba leyes, lo que sin duda, significaba un apartamiento claro de la Carta Magna. Contra este pronunciamiento, el demandado interpuso recurso extraordinario. No obstante, la Corte Suprema en consonancia con el texto constitucional, esgrime sólidos argumentos y confirma la sentencia cuestionada.

El Máximo Tribunal juzgó necesario fijar los requisitos indispensables que deben cumplimentarse, para que el dictado de un DNU sea considerado válido en términos constitucionales.

A tal efecto, destacó el propósito que había motivado a los convencionales constituyentes de

1994 para incorporar dicho instituto a la Ley Fundamental. Hasta ese entonces, la Constitución formal no receptaba los DNU, sin embargo, la realidad institucional evidenciaba lo contrario. En el entendimiento que este tipo de normativas conlleva a un severo deterioro, tanto del sistema republicano, como democrático; y que la incorporación expresa de esta potestad normativa a favor del Poder Ejecutivo fue realizada con la intención de garantizar transparencia, celeridad y eficacia, es que se decidió reglar este instituto de “emergencia”. Por tal razón, se introdujeron parámetros de interpretación restrictivos y coherentes con las normas, valores y estándares del sistema constitucional argentino.

El principio cardinal que rige el funcionamiento del Estado Constitucional, es la división de poderes y el control recíproco entre éstos. Al Congreso le incumbe legislar, el Poder Ejecutivo tiene funciones reglamentarias y, por último, el Poder Judicial ejerce el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. En consecuencia, el Presidente no puede atribuirse funciones que son propias y exclusivas del órgano legislativo.

El inciso 3º del artículo 99 de la Ley Suprema, establece que el Poder Ejecutivo solamente podrá emitir disposiciones de carácter legislativo, cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los tramites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, y siempre que no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos.

Inmediatamente después, la citada cláusula dispone los requisitos formales para la comunicación a la Comisión Bicameral Permanente, así como el tratamiento del decreto en ambas Cámaras del Congreso.

Esto demuestra que la finalidad de la Convención del '94 fue atenuar el sistema presidencialista, robusteciendo el rol del Congreso y otorgando mayor independencia del Poder Judicial. Este es el motivo que lleva a la Corte a interpretar que el espíritu que debe guiar a los tribunales de justicia para determinar el alcance de la normativa referida a los decretos de excepción, será de carácter restrictivo.

Es relevante mencionar, que la redacción de la norma no permite una interpretación distinta. Efectivamente, “(...) la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (...)” (Considerando 10 del voto de la mayoría).

Conforme a lo estipulado por la Carta Magna, el Poder Judicial tiene el deber de verificar que se cumplan los recaudos exigidos para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Poder Ejecutivo. En definitiva, tendrá la obligación de evaluar si las circunstancias invocadas realmente son excepcionales o, por el contrario, si son manifiestamente inexistentes

e irrazonables. En esta última hipótesis, la facultad ejercida carece de sustento fáctico constitucional que la legitime.

En los considerandos del decreto 558/2002 se hizo mención a que; "(...) la crítica situación de emergencia económica y financiera por la que atraviesa el país, en la que se desenvuelve el mercado asegurador, configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, resultando de toda urgencia y necesidad el dictado del presente decreto (...)" (Considerando 5º).

Sin perjuicio de los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo, el Alto Tribunal destacó que las modificaciones introducidas a la Ley Nº 20.091 –Ley de entidades de seguros- no reflejan una decisión de tipo coyuntural, susceptible de paliar una situación de emergencia, sino que se trata de normas permanentes que reforman leyes sancionadas por el Congreso Nacional.

Robusteciendo la doctrina a favor del control judicial, el Máximo Tribunal concluyó que el decreto cuestionado resultaba inválido por no cumplimentar las circunstancias fácticas que exige la Ley Fundamental, por lo que decidió confirmar la sentencia apelada.

Si bien la Ministro Highton de Nolasco, especificó que la norma en cuestión –de naturaleza comercial- no versaba sobre una de las materias vedadas por el texto constitucional y hace hincapié en que el decreto fue dictado con anterioridad a la ley que crea la Comisión Bicameral Permanente, entendió igualmente que el Poder Judicial se encontraba habilitado a estudiar los requisitos necesarios para justificar la adopción de esta medida excepcional, ante la inexistencia del debido control legislativo.

Apunta que la norma fue dictada en el contexto de una de las crisis más agudas por las que atravesó el país, pero destacó que no existía acontecimiento alguno que permitiera inferir que la reglamentación tuviera por objeto salvaguardar los intereses generales de la comunidad. Máxime teniendo en cuenta que se trataba de una disposición de regulación permanente, que excedía la situación de emergencia en la que se pretendía legitimar su dictado.

Por estas razones, juzga que no estaban configurados los requisitos contemplados por la Constitución Nacional, lo que evidenciaba la invalidez del decreto.

En similar sentido, el ministro Maqueda puntualiza en su voto, que la validez constitucional de un DNU está supeditada básicamente a los siguientes recaudos; 1) la intervención legislativa que permita manifestar la voluntad del Congreso Nacional de ratificar o derogar la medida y, 2) la concurrencia de razones de necesidad y urgencia. Dado que en el caso de marras, no se encuentran acreditados los requisitos mencionados, es dable concluir que el decreto no superaba el test de constitucionalidad.

Finalmente, la Juez Argibay siguiendo la tesis que había expuesto en el fallo “Massa” , subrayó que toda disposición de carácter legislativo dictada por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional; salvo que se compruebe el cumplimiento de las condiciones establecidas en el tercero y cuarto párrafo del artículo 99, inciso 3º de la Ley Suprema .

5. Conclusiones.

Los artículos 99, inciso 3º y 76 de la Constitución Nacional fueron incorporados con una disposición previa, expresamente denegatoria en ambos casos, sobre el uso de potestades legislativas por parte del Poder Ejecutivo.

Posteriormente, ambas normas establecen en forma taxativa y limitada, cómo, cuándo y bajo qué condiciones, el Presidente en turno podrá hacer uso de esas extraordinarias atribuciones. Esta redacción, guarda absoluta consonancia con los objetivos que tuvo la reforma de 1994 y con los principios básicos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Si bien en principio, puede interpretarse como “zigzagueante” la doctrina sobre el control judicial de estas facultades de excepción, a partir de la generalidad de los mencionados precedentes, en especial de la sentencia que surge del caso “Consumidores argentinos”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece el carácter excepcionalísimo que tiene este instituto de emergencia. Contribuyendo así notablemente a limitar el ejercicio abusivo de la utilización de Decretos de Necesidad y Urgencia, y con ello, al cumplimiento del principio constitucional básico en materia de delegaciones legislativas que el Congreso hace de manera excepcional en favor del Poder Ejecutivo.

El Tribunal enfrentó la realidad, evitando refugiarse en una cuestión meramente formal.

Actualmente se ha convertido en regla, la potestad del Poder Judicial para juzgar la constitucionalidad de los recaudos invocados unilateralmente por el Ejecutivo para ejercer facultades fuera de las potestades ordinarias que establece la Carta Política.

El rasgo fundamental de las prácticas legislativas excepcionales, es justamente la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos para la adopción de remedios jurídicos extraordinarios. Este es el momento oportuno para detener el avance del Poder Ejecutivo por sobre el Poder Legislativo, ejerciendo un fuerte control, que a su vez redundará en la recuperación de la deteriorada calidad institucional de nuestra democracia.

Por último, es relevante destacar que con excelente criterio se vigoriza el principio que nunca debió generar duda alguna, en sentido que; “(...) el texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos material por medio de un decreto”.