

La Reglamentación de los Decretos de necesidad y Urgencia

Por Marcela I. Basterra

Sumario: 1. Introducción. 2. los DNU en la etapa 1994-2006. El artículo 99 inciso 3 y la interpretación judicial. 3. La sanción de la ley 26.122. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Uno de los temas que ha generado mayor discusión en el ámbito del derecho constitucional ha sido, con anterioridad a la última reforma, la inconstitucionalidad de los llamados “decretos de necesidad y urgencia” (en adelante DNU). La reforma de 1994 pone punto final a esta discusión y decididamente contribuye al esclarecimiento de este punto. sin embargo, en la lista del “debe” que el congreso tenía en relación a los temas a reglamentarse, aparecía en un lugar descollante los decretos de necesidad y urgencia. De manera tal que no podía concretarse el mandato del constituyente hasta tanto no estuvieran funcionando definitivamente los controles sobre dichos decretos.

En efecto, tuvieron que pasar doce años desde la reforma para que se sancionara la ley 26.122¹ y se saldara la cuenta pendiente de cumplir con la manda constitucional del artículo 99, inciso 3 cuando establece que una *“ley especial, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara que regulará el trámite y los alcances de la intervención del congreso”*. asimismo en la misma normativa se crea la *“comisión bicameral permanente”*, indispensable para el control del poder legislativo sobre la facultad de excepción de legislar por parte del poder ejecutivo.

en este trabajo analizaré, en primer, lugar –desde la jurisprudencia y doctrina, única opción- la situación de los decretos de necesidad y urgencia en la etapa que va desde 1994, año en que se les da jerarquía constitucional a los decretos, hasta el año 2006 en que finalmente se sanciona la ley reglamentaria y se crea la comisión bicameral permanente.

En segundo lugar analizaré la ley 26.122 y los alcances del control y de la intervención del Congreso respecto de los DNU del poder ejecutivo. Asimismo la creación de la Comisión

¹ LEY 26.122, Sancionada el 20/07/2006 y Publicada en: Boletín Oficial 28/07/2006 -ADLA 2006- D, 3619.

bicameral permanente y sus funciones. Finalmente generalizaré sobre el trabajo – muy breve, dos meses,- que se está haciendo desde la comisión bicameral creada por la ley, según indica la propia constitución.

2. los DNU en la etapa 1994-2006. El artículo 99 inciso 3 y la interpretación judicial.

A partir de la reforma constitucional, podría afirmarse que la tan discutida doctrina de la necesidad, con todas sus ventajas, pero también con todos sus riesgos e inconvenientes, ha adquirido carta de “ciudadanía constitucional”². Esto, sin duda hace que pierda total sentido discutir acerca de la validez constitucional de los mismos. Sí, es necesario desentrañar la verdadera voluntad del constituyente al momento de analizar la norma y lograr un punto de equilibrio en la interpretación de la misma. Permitiendo, tal como la propia Constitución lo menciona, que el Poder Ejecutivo ejerza facultades legislativas única y solamente cuando “*circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los tramites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*”; pero con todos y cada uno de los pasos de control posterior por parte del Congreso previstos en la normativa constitucional³.

2.1. El principio general surge del primer párrafo, y constituye el primer límite al dictado indiscriminado de decretos por parte del Poder Ejecutivo: “*No podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*”. El principio general, sin duda tiene carácter “prohibitivo”

La potestad otorgada al Poder Ejecutivo es, en este caso, una potestad excepcional; y por lo tanto su interpretación deberá ser de carácter restrictivo. Así nos enseñaba Bidart Campos⁴ al señalar 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 extrema severidad y excepcionalidad, pese a la jurisprudencia complaciente de la Corte como en el caso Peralta de 1990*”.

La previsión del constituyente, en relación a la nulidad absoluta e insanable como categoría constitucional establecida en la norma, significa haber institucionalizado la competencia jurisdiccional para este tipo de inconstitucionalidades. Es decir que, de dictar

² CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, 6° Edición actualizada, año 2000, pp. 151/157

³ SABSAY, Daniel; Derecho Constitucional, AA.VV, Editorial Universidad; 2004, pp.623/627

⁴ BIDART CAMPOS, Germán, Compendio de Derecho Constitucional, Ediar, 2004, pp 346/347.

el Presidente de la Nación disposiciones legislativas fuera del marco constitucional, tenga el efectos *erga omnes* de todas las nulidades.

Tal como lo he expresado anteriormente⁵ la nulidad no sólo procede cuando no estemos ante un caso de “circunstancias excepcionales”, que la propia norma describe. Sino también es posible declarar su nulidad cuando aún dándose los supuestos de emergencia o gravedad, cuyo dictado y sanción constituya el camino inevitable, pero no se de cumplimiento a otros recaudos –que la propia norma prevé – tal el supuesto de los recaudos procesales previstos.

2.2. Se deberían determinar los alcances de la expresión “*circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir... el trámite ordinario de las leyes...*”. De este párrafo surge la gravedad y la necesidad que deberá tener el tema a legislar por vía del decreto. Sólo una situación de estas características o sea deberá tratarse de una notoria y verdadera emergencia, habilita a que el Poder Ejecutivo atraviese la esfera de separación de poderes y haga uso de facultades privativas del Poder Legislativo.

Siguiendo a Aquino Britos⁶ para que proceda el dictado de un Decreto de necesidad y urgencia deben concurrir elementos tales como: a) un estado de necesidad que imponga al Estado, bajo el riesgo de su continuidad como tal, el dictado de esta norma a fin de sortear una grave crisis de cuya magnitud surja inevitable la sanción de la misma, la que de no sancionarse con la premura del caso puede devenir para la sociedad extremos graves de imposible reparación ulterior b) debe existir siempre la debida y ponderada razonabilidad entre el fin perseguido por la norma y el medio (medidas) adoptado para conjugar la crisis que dispone el decreto y c) debe sancionarse este decreto con celeridad, a fin de evitar procedimientos ordinarios que, en caso de cumplirse, la solución sería tardía.

En el fallo “*Verrocchi Ezio c/ Administración Nacional de Aduanas*”⁷ nuestro máximo tribunal señaló que el estado de necesidad puede estar fundado en una razón de fuerza mayor, sean acciones bélicas o calamidades naturales, que impida las sesiones ordinarias del Congreso que, en consecuencia, no pueda éste sesionar y sancionar leyes, y que para estos casos procede la utilización de este instituto.

5 BASTERRA Marcela, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia después de la reforma de 1994. Además de la letra de la constitución, ¿hubo algún cambio?”. Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, n°179, marzo 2001

6 AQUINO BRITOS, Armando, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia”; Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N°166, febrero de 2000.

7 “*Verrocchi Ezio c/ Administración Nacional de Aduanas*”. Sentencia del 19/8/99.

Se otorga al Poder Ejecutivo un amplio margen de discrecionalidad, pudiendo utilizar los decretos en caso de necesidad “relativa”. La necesidad se vincula a los objetivos que el Poder Ejecutivo quiera llevar adelante durante su mandato, independientemente que, desde otra óptica política, el logro de esas finalidades pueda no ser considerado “necesario”.

En relación a la urgencia, es una noción esencialmente teleológica que cobra una significación propia en relación a los concretos objetivos hacia los que en cada caso aparece orientada. Una disposición resulta urgente y necesaria únicamente para atender una cierta finalidad que viene amenazada en una coyuntura determinada. Desde esta perspectiva, el término “urgente necesidad”, aparece netamente redimensionado adquiriendo nuevas perspectivas materiales⁸.

2.3. Por si quedara alguna duda acerca de la excepcionalidad de las facultades legislativas del Ejecutivo, la Constitución se encarga de remarcar que ni aún en circunstancias excepcionales podrán ejercerse dichas funciones específicamente en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. La norma constitucional es por demás elocuente, es claro por otra parte, que no sería posible considerar prohibidas otras materias además de las enunciadas.

El tema es abordado por la Corte en “*Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía*”⁹. La controversia se suscitó por el llamado “impuesto al video” emanado de dos decretos del Poder Ejecutivo –2736/91 y 949/92– bajo la justificación de “emergencia cinematográfica”. Aquellas disposiciones ordenaron que el impuesto establecido por el art. 1° de la ley 17.741 para presenciar espectáculos cinematográficos, se aplicara además “a la venta o locación de todo tipo de videograma”. El actor inició acción de amparo alegando la inconstitucionalidad de los mencionados decretos.

La Corte Suprema, examina, entre otras cuestiones, los límites materiales de los decretos de necesidad y urgencia. Haciendo hincapié en el principio de legalidad tributaria, establece que el mismo se sostiene en el sistema de la democracia representativa y que, bajo ninguna circunstancia, está permitido el apartamiento del principio de legalidad tributaria, ni aún en caso de “calamidad pública interna”, “ni calamidad económica”.

8 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Decretos de Necesidad y Urgencia y Control de Constitucionalidad, La Corte suprema de justicia y un nuevo retroceso”. LL, “Suplemento de Derecho Constitucional” 4/8/2000 pp. 6-12.

9 “*Video Club Dream c/Instituto Nacional de Cinematografía*”. JA 1996-I-258.

Los decretos cuestionados crean impuestos, determinan los sujetos obligados al pago, modifica la ley 17.741 (Facultades de Inspección, y tipificación de Infracciones y Sanciones), erigiendo de tal modo al Instituto Nacional de Cinematografía en juez administrativo con facultad de control y fiscalización. Recalcando con base en el párrafo señalado que la solución de la controversia pasa por la pertinente aplicación del principio de legalidad tributaria y la reserva constitucional de la ley formal para la imposición de tributos. Las modificaciones introducidas por el Decreto en cuanto crea un hecho imponible distinto del previsto por la mencionada ley, no son compatibles con nuestro régimen constitucional en cuanto al principio de legalidad se refiere.

Si bien la cláusula del artículo 99 expresamente contempla entre las atribuciones del Poder Ejecutivo la de dictar decretos de necesidad y urgencia, prohíbe también expresamente 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 alto tribunal cuando aún no existía la ley reglamentaria en fallos como el presente.

2.4. En cuanto a la posibilidad de revisión judicial de este instituto la Corte en “*Rodríguez, Jorge*”¹⁰ deja sentada su postura en sentido que es cuestión política no justiciable lo que hace al análisis por parte del Congreso, de la oportunidad y acierto de la emisión del decreto por el presidente; quedando entonces justiciables, lo referido a su pronunciamiento formal y sobre el fondo de lo que disponga el decreto. Es necesario mencionar, sin embargo, que en el considerando 24° de la sentencia deja abierta la posibilidad de una revisión judicial amplia de los mismos, si la misma es requerida por alguien afectado.

El caso “*Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo s/empleo público*” la cuestión constitucional sometida a debate consistía en analizar la constitucionalidad del Decreto de necesidad y urgencia 290/95¹¹. En lo sustancial, dicha norma –basada en la notoria crisis por la que atravesaban las finanzas públicas en el marco de una aguda crisis internacional– había resuelto disminuir los montos de las remuneraciones de los agentes de acuerdo a la siguiente escala proporcional: remuneraciones de dos mil uno a tres mil pesos: cinco por ciento; remuneraciones de tres mil uno a cuatro mil pesos: diez por ciento y remuneraciones de cuatro mil pesos en adelante: quince por ciento (artículo 2). Los

¹⁰ “*Rodríguez, Jorge*”, F. 320:2906

¹¹ Puede verse MIDÓN, Mario, “Guida: otro caso de necesidad y urgencia en el que la Corte detrae el control de constitucionalidad”, LL Suplemento de Derecho Constitucional 4/8/2000, pp. 1-6; BIDART CAMPOS, Germán, “Una grave irregularidad constitucional: la ley de presupuesto no puede convalidar decretos de necesidad y urgencia. L.L. “Suplemento de Derecho Constitucional” 4/8/2000.

agravios examinados cuestionaban los alcances del Decreto por considerarlo confiscatorio, y por ende, lesivo del artículo 17 de la Constitución Nacional.

La Corte declara la constitucionalidad del mismo, lo que indudablemente, significó un retroceso en materia de control de constitucionalidad de los Decretos de necesidad y urgencia. Entre los argumentos que justificaron la decisión se destaca el que establece que *“... la modificación de los márgenes de remuneración, en forma temporaria, motivada por los efectos de una grave crisis internacional de orden financiero, no implica una violación del art. 17 de la Constitución Nacional. Corresponde advertir, en este aspecto, que la ausencia de indemnización o compensación por la reducción salarial, no constituye el elemento determinante para juzgar la constitucionalidad de la norma,(...) que la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público, en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado, pero que componen el marco en que se desenvuelve su poder de gobierno... Que, sin embargo, esas prerrogativas no son absolutas ni irrestrictas, sino que encuentran su límite en la imposibilidad de alterar la sustancia del contrato celebrado. La reducción salarial, producto de la emergencia, no puede modificar la relación de empleo público originariamente establecida hasta desvirtuarla en su significación económica, ya sea porque deja de expresar un valor retributivo razonable en función del cargo que desempeña el agente, o porque la disminución salarial importa la pérdida de su posición jerárquica o escalafonaria... Que al respecto cabe señalar que no media lesión a la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional, cuando como en el caso, por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público en la medida en que la quita no resultó confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada”* (del voto de Nazareno, López y Moliné O'Connor, considerandos 9, 10 y 11).

En la mencionada sentencia *“Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”* la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto en cuestión, en este caso el Alto Tribunal mantiene el criterio expuesto en *“Peralta”*, reafirmando su atribución para examinar el estado de emergencia. Sin embargo en *“Rodríguez”* la Corte Suprema renuncia expresamente al control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia.

Luego, en *“Verrocchi”*, retorna a la senda del control expuesto en *“Peralta”*, y enuncia que está dispuesta a examinar si se cumplieron las exigencias materiales y formales en el dictado de aquellas normas 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) contengan suficiente motivación fáctica en los mismos considerandos de la norma cuestionada para poder efectuar el pertinente control de razonabilidad y f) no aniquilen –ni aún en la emergencia– el derecho limitado mediante la norma¹². Según Garay¹³ una parte de la Doctrina ha juzgado que la interpretación constitucional contenida en “*Verrocchi*” demarca límites muy estrictos al Poder Ejecutivo en trance de dictar una de estas medidas de necesidad y urgencia¹⁴.

La causal habilitante mencionada en 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-, dio lugar a una fundada crítica, por parte de Midón, quien cuestiona al Alto Tribunal, el reconocimiento al presidente 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*”¹⁵

Además, es sumamente peligroso el estándar de la “*eterna emergencia*”. Al enunciar que la omisión de un plazo de duración de la medida no constituye un elemento descalificante de la validez de la norma y que es el Poder Ejecutivo el 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 2907/95, la Corte Suprema deja en manos del mismo Poder que emitió el decreto, el control de razonabilidad de la duración de la medida. Es esencial que las excepcionales situaciones de emergencia tengan un límite temporal estricto, de lo contrario, la emergencia se convierte en una peligrosa regla que afecta el núcleo esencial del sistema democrático.

¹² GELLI, María Angélica, “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’, ¿el regreso de ‘Peralta’?”, La Ley, 2000-A, p. 86

¹³ GARAY, Alberto “El futuro de los decretos de necesidad y urgencia y las condiciones constitucionales de su validez”, La Ley, 27/8/2004, p.16

¹⁴ GELLI, María Angélica, op. cit.p. 87

¹⁵ MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia. ‘Verrocchi’: empate técnico entre la libertad y el poder”, La Ley, “Suplemento de Derecho Constitucional”, 22/10/ 99.

2.5. En mayo de 2000 se sanciona el DNU 430/00, muy similar al 290/95. La pregunta que surge es; ¿son aplicables automáticamente las pautas elaboradas por la Corte Suprema en “Guida” al decreto 430/00? Desde mi óptica, la respuesta es negativa. Ello porque éste último no establece claramente cuáles fueron las razones de “necesaria urgencia”. Tan sólo invoca vagamente la situación financiera del sector público y el déficit fiscal. Tampoco faculta al Poder Ejecutivo Nacional a dejar sin efecto en forma parcial o total las disposiciones de emergencia en la medida en que se superen las causales que le dieron origen. De manera escueta, enuncia el carácter transitorio y de excepción de las medidas, hasta tanto se superen las circunstancias que motivaron el dictado de la norma de emergencia. Existe una sustancial diferencia entre el monto de los salarios y los porcentajes de descuento previstos en el decreto 290/95 y el 430/00. Por lo tanto, era necesario un nuevo análisis jurisdiccional, sobre la razonabilidad de los descuentos salariales previstos en el decreto 430/2000.

Con parecidos fundamentos a los del decreto 1570/01; reordenar la economía, evitar el colapso del sistema financiero y el restablecimiento del orden publico debido a la grave crisis social se dicta el decreto de necesidad y urgencia 214/02 por el cual se pesifican todas las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa y origen. Asimismo al disponer la pesificación compulsiva a \$1,40 no preserva el capital y altera los términos de las obligaciones originarias violando, además del derecho de propiedad, el derecho a la defensa del valor de la moneda y el derecho al desarrollo humano, contenidos en el artículo 75 inciso 19 de la constitución nacional. La norma establece *"Proveer lo conducente al desarrollo humano..."* y con el tristemente famoso “corralito”, es obvio que no se puede disponer de los frutos del trabajo y del ahorro que son necesarios para el ejercicio de este derecho¹⁶.

Como si esto no fuera suficiente el artículo 12 establece *"A partir del dictado del presente decreto, se suspenden por el plazo de 180 días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decreto. 1570/01..."*. Esta norma suspende la garantía de la defensa en juicio del artículo 18 de C.N.

¹⁶ Véase BASTERRA, Marcela I. "Los decretos de necesidad y urgencia. A diez años de la reforma constitucional". ED, 17 de septiembre de 2004, p.6

violando el derecho básico a la efectiva tutela judicial y acceso a la jurisdicción; como así también normas expresas de los tratados del 75.inc.22 que tienen jerarquía constitucional. La Corte a su turno en el fallo “*Smith, Carlos c/P.E.N. s/sumarísimo*” (2002) declaró la inconstitucionalidad de la normativa referida¹⁷. En el caso “*Provincia de San Luis c/ Estado Nacional*” (2003)¹⁸ declaró inconstitucional el régimen cuestionado estableciendo también la inconstitucionalidad de la “pesificación” de los ahorros en moneda extranjera (art. 2º, decreto 214/02)¹⁹. Posteriormente en autos “*Cabrera*”²⁰, consideró que quienes aceptaron voluntariamente y sin reserva la pesificación o la desafectación de sus depósitos en dólares según el decreto 214/02, no pueden pretender recuperar la diferencia. A los tres meses la Corte resuelve “*Bustos*”²¹, precedente en el que resuelve que del plexo normativo

¹⁷ “*Smith, Carlos c/P.E.N. S/Sumarísimo*” Sentencia del 1/2/2000. El Tribunal mas allá de reconocer la crisis económica consideró que el decreto y las normas dictadas posteriormente contienen tres abusos en relación a la Constitución: a) Un exceso en el uso de las facultades delegadas, ejercicio violatorio de los art.17,18 y 28 de la C.N. en el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada de los particulares (consid. 11º), b) una afectación de los derechos adquiridos, al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidos al amparo de la legislación anterior como ser la que garantizaba la intangibilidad de los depósitos (consid. 12º,13º y 14º), c) irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción de las restricciones que aniquilan la propiedad. El conjunto de medidas financieras adoptadas provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social en consecuencia las restricciones cuestionadas carecen de razonabilidad y proporción –consid. 15º- e irrazonabilidad de los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia generando un inédito y prolongado estado de incertidumbre –consid. 9º-. (el subrayado nos pertenece)

¹⁸ “*Provincia de San Luis c/ Estado Nacional*”, Sent. 2/3/2003, LL, 6/3/2003, con comentario de CARNOTA, Walter p. 2,4 y 30

¹⁹ Amplíese de BASTERRA Marcela I., “El derecho de propiedad en Argentina a través de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1853-2003) ¿La Emergencia en la Constitución o la Constitución en Emergencia? , AA.VV, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, T. I, Pp.127/170

²⁰ “*Cabrera Gerónimo y otros c/ P.E.N.*”. Sent. 13/7/2004, Véase comentario de BASTERRA, Marcela I, “El fallo “Cabrera”. Los “vaivenes” de nuestro máximo tribunal en busca de un estándar razonable en torno a la protección del derecho de propiedad”; J.A.2004-III, fascículo 9, del 1/9/2004, p. 36/46

²¹ “*Bustos*”, *Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo*”, CSJN. Fallos 7:4495. Sentencia del 26/10/2004. Puede veres comentado-entre otros- de BIANCHI, Alberto B. "El caso Bustos y sus efectos por ahora"; GIL DOMINGUEZ, Andrés. "El 26/10: ¡Ha muerto la Constitución!, ¡Qué viva la emergencia!"; MANILI, Pablo L. "La Corte Suprema es una convención constituyente en sesión permanente"; MIDON, Mario. " La Corte. El derecho a la cuasi posesión y su justicia Pisoniana", CARNOTA, Walter, "Pesificación: El fallo"; Publicados en el Suplemento Especial La Ley, octubre de 2004.; GELLI, María Angélica. "El caso Bustos: Entre la inadmisibilidad del amparo, las incógnitas de las cautelares y la pesificación convalidada", DJ 2004-3, 686; BADENI, Gregorio. "Reflexiones sobre el caso "Bustos", LL 9/11/2004,

resulta claramente que a los depositantes en dólares estadounidenses se les ofreció la opción de obtener su devolución en moneda argentina en diversos plazos o bien en la moneda de origen pero en bonos del Tesoro y a plazos más prolongados.

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 establece y nunca fuera de ella. En tal sentido, la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible tiene respuestas en un ejercicio más severo de las facultades que la Constitución concede pero sin exceder los límites de la norma fundamental.

En los últimos precedentes mencionados si bien no hay un análisis exclusivo o central en relación a los decretos de necesidad y urgencia, permiten visualizar como, 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 debemos celebrar la sanción de la ley reglamentaria de los mismos y de la Comisión bicameral permanente que se encarga de hacer el control estipulado por la propia Constitución.

3. La sanción de la ley 26.122

La reciente ley 26.122 establece el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes. Consta de 28 artículos, divididos en tres títulos.

En el título I, establece el objeto de la reglamentación, en el título II crea la Comisión bicameral permanente y establece sus funciones, y por último en el título III dispone lo relativo al procedimiento mediante el cual se someten a consideración de la comisión los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados y los de promulgación parcial de leyes.

Sagüés²² ha entendido que, de acuerdo a 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 ley de integración constitucional, que cubre una laguna constitucional, un vacío forzoso, producto de la impotencia política de la asamblea constituyente.

p.1; MIDON, Mario. "La regresión no alcanza a los Derechos Adquiridos que gozan de buena salud". LL, 2005, A, p. 127.

²² SAGÜÉS, Néstor P. La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia. SJA 18/10/2006

El objeto de la ley se encuentra establecido en el artículo 1º y establece “*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 permanente²³, encargada de hacer el control efectivo sobre estos institutos mencionados en el artículo 1ro. La misma se integra por 8 diputados y 8 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.²⁴ Sus miembros duran en sus funciones hasta la siguiente renovación de la cámara a la que pertenecen y pudiendo ser reelectos.²⁵ Esta composición numérica ha sido objeto de críticas por considerar que no permite preservar la proporción de las representaciones políticas de las Cámaras, especialmente la de diputados. En cambio si la cantidad de miembros de la comisión fuera mayor que dieciséis, tendría cabida en la Comisión más minorías sin menoscabo de la representación de la mayoría, dado que las minorías cumplen un rol fundamental en el control de la gestión del Ejecutivo.²⁶

La comisión cumple funciones aun durante el receso del congreso²⁷ y sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros.²⁸ Los dictámenes deben ser suscriptos por la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente.²⁹

²³ Ley 26.122, artículo 2: “*La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno; y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3; 76; 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional.*”

²⁴ Ley 26.122, artículo 3: “*La Comisión Bicameral Permanente está integrada por OCHO (8) diputados y OCHO (8) senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas.*”

²⁵ Ley 26.122, artículo 4: “*Los integrantes de la Comisión Bicameral Permanente duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos.*”

²⁶ LOÑ, Félix, “Cambiar para que nada cambie”, La Nación, 15de agosto de 2006.-

²⁷ Ley 26.122, artículo 6.

²⁸ Ley 26.122, artículo 7.

²⁹ Ley 26.122, artículo 8.

La ley faculta a la comisión para dictar su reglamento de funcionamiento interno y establece la aplicación supletoria de los reglamentos de las cámaras de senadores y diputados.³⁰

El artículo 10 de la ley fija los alcances del dictamen de la comisión respecto de los decretos de necesidad y urgencia. Al respecto dispone: *“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.”*

Los requisitos formales que la comisión debe verificar son: a) que sean firmados en acuerdo general de ministros y la refrendada de ellos y del jefe de gabinete previstos; y b) que la presentación sea efectuada dentro del plazo previsto que el jefe de gabinete tiene para hacerlo.

El significado del “acuerdo general de ministros” ha dado lugar a posturas contradictorias. Así ha sido interpretado como la necesidad de la simple mayoría de ellos, pero también como la necesidad de unanimidad del cuerpo ministerial. Para una corriente³¹, por razones prácticas, el criterio que debe adoptar la comisión es el de la simple mayoría, ya que no muchas veces es factible reunir a la totalidad de ellos por diversos motivos funcionales (viaje, enfermedad, etc.) La postura contraria³² sostiene que se requiere la unanimidad del cuerpo ministerial ya que así lo justifican la excepcionalidad y restricción del trámite. Gelli³³, explica –postura a la que adhiero- que los requisitos formales de los decretos de necesidad y urgencia se exigen al momento de su dictado y con posterioridad a ello. La decisión debe tomarse por el presidente en acuerdo general de ministros, incluido el jefe de gabinete. Es decir, la determinación de dictar un decreto de urgencia debe estar presidida de una consideración y debate en el seno del gabinete. La Constitución no indica quórum requerido para esa reunión (la ley tampoco) , pero dado el carácter excepcional de

³⁰ Ley 26.122, artículo 9.

³¹ COMADIRA, Julio Rodolfo. “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional” LL 1995-B, p. 825.

³² DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, La constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada. Ediciones ciudad argentina, Bs. As, 1994, p. 340.

³³ GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, -Comentada y Concordada-, La Ley, Bs. As. 2001, p. 299.

la medida el acuerdo general de be incluir a todos los ministros, quienes una vez debatido el asunto están obligados a firmar el decreto.

Actualmente la Comisión está adhiriendo al criterio de simple mayoría, es decir se está chequeando que los decretos lleven la firma del presidente de la nación, del jefe de gabinete de ministros y de al menos otros cinco ministros, quizá por una cuestión práctica lo que no implica en un futuro adherir a una postura más restrictiva.

En cuanto al plazo de presentación del decreto ante la comisión, siguiendo a Pérez Hualde³⁴ se puede afirmar que la misma debe estar facultada para rechazar *"in limine"* aquel decreto que fuera presentado después de vencido el plazo que el jefe de gabinete tiene para hacerlo, esto es de diez días.

Como requisitos sustanciales la comisión debe verificar el cumplimiento del presupuesto habilitante para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Recordemos que es la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes y 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 deben descartar 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.

Bidart Campos³⁵ nos decía 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 artículo 11 dispone: *"Las bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo."* El poder ejecutivo, dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa debe someterlo a consideración de la comisión³⁶, la que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 *"deberá 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*

³⁴ PEREZ HUALDE, Alejandro. Decretos de Necesidad y Urgencia: su ley especial. Punto E: Requisitos formales para su emisión. Derecho Constitucional de la Reforma de 1994 -II; Ed. Depalma Bs. As.; 1995, p. 213 y ss.

³⁵ BIDART CAMPOS, Germán; Tratado Fundamental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, 1989, T. II, p. 85.

³⁶ Ley 26.122, artículo 12.

expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.”³⁷

Los requisitos formales que la comisión debe verificar a los fines de pronunciarse sobre la validez o invalidez de los decretos delegados son: a) la firma del presidente de la Nación, del jefe de gabinete de ministros y con la del ministro del ramo en razón de la materia; b) que el decreto haya sido presentado dentro del plazo previsto que el Jefe de Gabinete tiene para hacerlo; y c) que el decreto delegado haya sido publicado en el boletín oficial.

El presupuesto habilitante que debe verificar la Comisión para el dictado de un decreto delegado en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional reside en que el mismo verse sobre materias de determinadas de administración o de emergencia pública dentro de un plazo fijado para su ejercicio y de acuerdo a las bases establecidas para la delegación legislativa.

La delegación que la Constitución permite, exige que sea ejercida "*dentro de las bases... que el Congreso establezca*", es decir previo dictado de una ley a través de la cual el poder legislativo delegue en el poder ejecutivo la facultad de emitir disposiciones de carácter legislativo que verse sobre determinadas materias, siempre que ello no altere el límite establecido por el artículo 28 de la Constitución.

En cuanto a la promulgación parcial de las leyes, la comisión "*debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto de promulgación parcial y elevar el dictamen al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y sustancial del decreto. En este último caso debe indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado originalmente por el Congreso.*"³⁸

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 dictados de acuerdo a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3, y 80 de la Constitución Nacional.

³⁷ Ley 26.122, artículo 13.

³⁸ Ley 26.122, artículo 14.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley , el jefe de gabinetes debe someter al control de la comisión los decretos pertinentes dentro del plazo de 10 días, de lo contrario, la ley faculta a la comisión a avocarse de oficio al tratamiento de los mismos.

Por su parte el plazo que tiene la Comisión para expedirse respecto de los decretos, es también de 10 días desde que el decreto fue presentado por el jefe de gabinete³⁹, pero si transcurrido el plazo la Comisión no se expide, las cámaras deben avocarse al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate.⁴⁰

El artículo 22 dispone que las Cámaras deben pronunciarse mediante sendas resoluciones y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá 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 Cámara incumple con tal tarea, incurre en un supuesto nítido de inconstitucionalidad por omisión. A su vez, si cada sala está constitucionalmente conminada a conocer y a tratar de inmediato al decreto, también tendrá que expedirse, sin demora alguna, una vez concluido el tiempo razonable e indispensable para un debate sobre esa norma.⁴¹

Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del poder ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.⁴²

Este es un punto de la ley que presenta cierta imprecisión, dado que si una Cámara aprueba el decreto y la otra lo rechaza la norma nada dice al respecto. *“Si falta el consenso explícito de uno de los dos sectores del Congreso, no hay, obviamente, acuerdo del Congreso. No puede argumentarse con solidez jurídica que el visto bueno de solamente una sala significa la conformidad del Congreso con el decreto. Y si una de ellas lo objeta expresamente, eso produce un no del Congreso al decreto, porque no se ha obtenido el asentimiento pleno del parlamento al mismo.”*⁴³

Recordemos que el último párrafo del inc. 3º del artículo 99 establece: *“Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulara el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”*. Entonces, aquí cabría

³⁹ Ley 26.122, artículo 19.

⁴⁰ Ley 26.122, artículo 20.

⁴¹ SAGÜÉS, Néstor P. La regulación legislativa de los decretos... Op. Cit.

⁴² Ley 26.122, artículo 23.

⁴³ SAGÜÉS, Néstor P. La regulación legislativa de los decretos... Op. Cit.

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 Lema⁴⁴, expresó: “*que 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 o para su rechazo debe mediar una voluntad expresa del mismo*”. Agregando que luego de la reforma la norma es sumamente clara y, por lo tanto “*no corresponde atribuir valor alguno al silencio*”

Ahora bien, el artículo 82 lo que deja claro a nuestro entender, compartiendo la opinión del citado autor, es que se excluye la aceptación ficta o tácita. Considero que de la norma se desprende la intención de que ambas Cámaras deben aprobar el decreto. Si una de ellas 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.

Además no debemos olvidar otros factores, entre ellos; a) estaríamos realizando un solo control (el de una Cámara) y no un doble control (el de las dos Cámaras) o sea el Congreso en pleno; b) si hacemos un seguimiento advertimos un “aval”, en relación a los Decretos de necesidad y urgencia desde la Corte Suprema y, desde principios de siglo (luego del primer gobierno *de facto*, en 1930); c) la necesidad de controlar el “hiperpresidencialismo” que caracteriza a nuestra democracia, etc, todo ello nos lleva a concluir que es necesario establecer el “mayor” control posible.

Se puede afirmar que si bien 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 presidente.

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.

⁴⁴ GARCÍA LEMA, Alberto, “Decretos de Necesidad y Urgencia...”, AAVV, “La Reforma de la Constitución”, Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 396-398.

Cayuso⁴⁵ afirma, con razón, que el principio que se desprende de la regla enunciada es que no habiendo pronunciamiento expreso del órgano legislativo, sea ratificando o rechazando, los decretos pierden validez y son nulos de nulidad absoluta. La regla constitucional es la invalidez salvo que se den determinadas condiciones, por lo tanto la disposición infraconstitucional que invierta el principio general es inconstitucional. El congreso debe analizar y considerar la norma en todos sus aspectos. Tratará sobre su legitimidad y sobre su conveniencia. La aprobará o la 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.⁴⁶

El silencio de las cámaras no posee efecto convalidatorio.⁴⁷ La voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente; por lo que se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

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 de que publique en el Boletín Oficial de las resoluciones de las cámaras que aprueben o rechacen el decreto sometido a consideración.⁴⁸

4. Conclusiones

1. A partir de la reforma constitucional de 1994, se institucionalizaron los decretos de necesidad y urgencia, tienen carta de ciudadanía. Las Estadísticas demuestran cómo el Poder Ejecutivo, merced a los decretos, ha ido ejerciendo facultades propias del Congreso.

2. Los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa y el veto o promulgación parcial de leyes, eran “prácticas para Constitucionales” de larga data en nuestro medio, respaldado por algunos sectores de la doctrina nacional y cuya validez fuera declarada por

⁴⁵ CAYUSO, Susana. “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente” LL 21/07/2006, p. 1

⁴⁶ PEREZ HUALDE, Alejandro. Decretos de Necesidad y Urgencia... Op. Cit, p. 222.

⁴⁷ GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, -Comentada y Concordada-, La Ley, 2001, p. 613.

⁴⁸ Ley 26.122, artículo 26

la propia Corte Suprema de Justicia. No fueron creadas por la reforma de 1994, sino reconocidas con el fin de limitarlas⁴⁹

3. La ley 26.122 que establece el régimen legal de los DNU, de Delegación legislativa y Promulgación parcial de leyes, a pesar de ser perfectible y de compartir muchas de las críticas realizadas, importa sin duda, un gran paso para concretar ese control.

4. La Comisión Bicameral permanente creada por la misma ley el 28 de julio de 2006 ha comenzado desde el mes de noviembre, fecha en que se constituyó, una tarea de control, no solo de los DNU que va dictando el poder ejecutivo desde esa fecha, sino de los 1.100 decretos que se dictaron desde que se sancionó la reforma de 1994. Es un trabajo arduo y complejo, a dos meses de su creación ya se han controlado alrededor de 100 DNU.

5. El rasgo fundamental en las prácticas legislativas excepcionales que establece la Constitución en los artículos 99 inc. 3 y 76, es justamente la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos para la adopción jurídica de remedios extraordinarios. Este es el momento oportuno para detener el avance del Poder Ejecutivo, por sobre el Poder Legislativo, ejerciendo un fuerte control, el que a su vez redundará en la recuperación de la deteriorada calidad institucional de nuestro país.

⁴⁹ GARCÍA LEMA, Alberto, Op. cit., nota 24, p. 397