

EL ALCANCE DEL CONTROL EN MATERIA DE DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. ESTÁNDARES ACTUALES

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-”¹. 5. Conclusiones

1. Introducción

Los decretos de necesidad y urgencia -DNU- fueron receptados en forma expresa en el inciso 3° del artículo 99² del texto constitu-

¹ CSJN, “Consumidores Argentinos c/EN-PEN-Dto.558/02-SS -ley 20.091”, (2010).

² Constitución Nacional, artículo 99.- “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o 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. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los

cional 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”³ 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 Na-

miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

3 CSJN, *Fallos*, 313:1513, “Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central-)”, (1990).

cional, órganos que finalmente determinarán 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 ⁴ 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” ⁵, 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 ⁶- la sola circunstancia de que el Congreso no emitiera una norma en contra-

4 Ley N° 26.122, “Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de las Leyes”, publicada en el B.O. del 28/07/2006.

5 CSJN, *Fallos*, 320:2851, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, (1997).

6 Constitución Nacional, artículo 82.- “*La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta*”.

rio del decreto, aun cuando el mecanismo de elaboración y sanción de las leyes se encontrara totalmente normalizado ⁷.

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 ⁸, 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.

⁷ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La postergación institucional”, LL. Sup. Adm. 2006, octubre, p. 1.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 151/157.

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 CAMPOS⁹, 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 aun 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-¹⁰.

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

9 BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 346/347.

10 BASTERRA, Marcela I., “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, 2001.

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- habilitan 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 de 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 ¹¹.

En este orden de ideas, es indispensable determinar el alcance de la formula “*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 necesidad, que

11 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, 04/08/2000, p. 6/12.

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, y 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 ¹².

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 ¹³.

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 aquellos temas en los que no se pueden reunir los consensos parlamentarios exigidos.

12 AQUINO BRITOS, Armando, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia”, Bole-
tín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 166, 2000.

13 BIDART CAMPOS, Germán J., “Los decretos de necesidad y urgencia”, LL
2001-A, p. 1114.

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 ordinarizarse, 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 ¹⁴.

Siguiendo esta línea argumental la Corte Suprema ha puntualizado en “Verrocchi” ¹⁵ 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 necesaria una solución inmediata. Tal sería el 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

14 MIDÓN, Mario A., *Decretos de Necesidad y Urgencia – En la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales* -, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. p. 209/210.

15 CSJN, *Fallos*, 322:1726, “Verrocchi, Ezio D. c/Administración Nac. de Aduanas”, (1999).

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 aun 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”¹⁶. La controversia se suscitó por el denominado “impuesto al video”, establecido por los decretos 2736/91¹⁷ y 949/92¹⁸, bajo la justificación de “emergencia cinematográfica”. Estas disposiciones ordenaron que el gravamen dispuesto por el artículo 1º de la ley 17.741¹⁹ 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 aun 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 admi-

16 CSJN, *Fallos*, 318:1154, “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, (1995).

17 Decreto N° 2736/1991, publicado en el B.O. del 07/01/1992.

18 Decreto N° 949/1992, publicado en el B.O. del 29/06/1992.

19 Ley N° 17.741, *Ley de fomento de la actividad cinematográfica nacional*, publicada en el B.O. del 30/05/1968.

nistrativo 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 ²⁰.

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

²⁰ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina -Comentada y Concordada-*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 299.

Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. 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 ²¹.

La finalidad 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 ²², encargada de hacer el control efectivo sobre los institutos mencionados.

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

22 Ley N° 26.122, artículo 2º.- “La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3º, 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”.

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 ²³. Sus miembros duran en sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara, pudiendo ser reelectos ²⁴. 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 ²⁵.

Estas objeciones son objeto de análisis en el seno del Congreso nacional, toda vez que existe un Proyecto de ley ²⁶ 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 aun durante el receso del Poder Legislativo ²⁷, y sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayo-

23 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”.

24 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”.

25 LoÑ, Félix, “Cambiar para que nada cambie”, La Nación, 15/08/2006.

26 Proyecto de Ley presentado por el Senador Cano, Expte N° S-795/10, artículo 3°.

27 Ley 26.122, artículo 6°.- “La Comisión Bicameral Permanente cumple funciones aun durante el receso del Congreso de la Nación”.

ría absoluta de sus miembros ²⁸. Los dictámenes deben ser suscritos también por la mayoría absoluta de sus miembros; en caso de que exista más de uno, con igual número de firmas, el de mayoría es el que lleva la firma del presidente ²⁹.

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 órgano 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 ³⁰.

El significado del Acuerdo General de Ministros ha dado lugar a posturas contradictorias. Se ha interpretado desde que implica la necesidad de la simple mayoría de Ministros, hasta que -a los

28 Ley 26.122, artículo 7°.- “La Comisión Bicameral Permanente sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros”.

29 Ley N° 26.122, artículo 8°.- “Los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente se conforman con la firma de 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”.

30 BASTERRA, Marcela I., “La Reglamentación de los Decretos de necesidad y Urgencia”, AAVV, *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2006, p. 11/12.

efectos de que quede configurado el “Acuerdo”-es necesaria la unanimidad del cuerpo ministerial.

Parte de la doctrina ³¹, 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 ³², 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 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 ³³.

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 abocarse de oficio al tratamiento de los mismos ³⁴.

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, Buenos Aires, 1994, p. 340.

33 PEREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia: su ley especial. Derecho Constitucional de la Reforma de 1994-II*; Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 213 y ss.

34 Ley N° 26.122, artículo 18.- “En caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del Jefe de Gabinete”.

Actualmente existe en el Senado un proyecto de ley ³⁵ 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. Remitidos éstos por el Jefe de Gabinete, la Comisión deberá cumplir con los plazos establecidos en esta ley para su tramitación” ³⁶. Es de destacar que el Proyecto del Senador Cano ³⁷, 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 ³⁸, 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 ³⁹. La iniciativa de reforma es más estricta en este aspecto al fijar un plazo concreto de 30 días corridos ⁴⁰. En

35 Proyecto presentado por el Senador Romero, Expte. N° S-0943/10.

36 Expte. N° S-0943/10, artículo 2°.

37 Expte. N° S-795/10, artículo 6°.

38 Ley N° 26.122, artículo 19.- “La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II, III del presente Título”.

39 Ley N° 26.122, artículo 20.- “Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional”.

40 Expte. N° S-0943/10, artículo 3°.

similar sentido, lo establece el proyecto de los Senadores Pérez Alsina, González de Duhalde, Estenssoro y Escudero ⁴¹.

3. c. *Requisitos sustanciales*

Como requisitos sustanciales la Comisión debe verificar el cumplimiento del presupuesto habilitante para el dictado de un decreto de esta 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 descartarán 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 ⁴² 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 ⁴³.

41 Expte N° S-720/10, artículo 2°.

42 BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Fundamental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 85.

43 Ley N° 26.122, artículo 17.- “Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los artículos

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 Cámaras 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 ⁴⁴.

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 ⁴⁵.

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 ⁴⁶, expresó: “el

76, 99, inciso 3, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil”.

44 SAGÜÉS, Néstor P., “La regulación legislativa de los decretos...”, op. cit.

45 Ley N° 26.122, artículo 23.- “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”.

46 GARCÍA LEMA, Alberto, “Decretos de Necesidad y Urgencia. Delegación Legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes”, AAVV,

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 hiciere, 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 ⁴⁷.

La Reforma de la Constitución, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, p. 396/398.

47 CAYUSO, Susana, "La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente", LL del

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-⁴⁸.

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”⁴⁹.

Si las Cámaras rechazan el decreto, ello implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil⁵⁰, 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 consideración⁵¹.

21/07/2006, p. 1.

48 PEREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 222.

49 Expte. S-0943/10, artículo 6º.

50 Código Civil, artículo 2º.- “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”.

51 Ley N° 26.122, artículo 26.- “Las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate, en los supuestos previstos en esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial”.

4. El control judicial sobre los DNU. Estándares actuales

Tal como se adelantara, en el decisorio “Video Club Dreams”⁵² la Corte mantiene el criterio expuesto en “Peralta”⁵³, reafirmando su atribución para examinar el estado de emergencia. Sin embargo en el precedente “Rodríguez”⁵⁴, 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

52 CSJN, *Fallos*, 318:1154.

53 CSJN, *Fallos*, 313:1513.

54 CSJN, *Fallos*, 320:2851.

Corte- inmiscuirse en el ejercicio de funciones exclusivas del órgano que ostenta el mayor grado de representación popular.

Reafirmando esta tesis, BARRA ⁵⁵ 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” ⁵⁶, 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 aun en emergencia- del derecho limitado mediante la norma ⁵⁷.

⁵⁵ BARRA, Rodolfo C., “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998B, p. 1362.

⁵⁶ CSJN, *Fallos*, 322:1726.

⁵⁷ GELLI, María Angélica, “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’, ¿el regreso de ‘Peralta’?”, LL, 2000-A, p. 86.

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” ⁵⁸.

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 ⁵⁹.

En idéntico sentido se pronuncia en el precedente “Guida” ⁶⁰, 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 pa-

58 MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia. ‘Verrocchi’: empate técnico entre la libertad y el poder”, LL 1999-E, p. 590.

59 BASTERRA, Marcela I., “La Reglamentación de los Decretos de necesidad y Urgencia”, op. cit., p. 8.

60 CSJN, *Fallos*, 323:1566, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional”, (2000).

quete de legislación de emergencia ⁶¹ que dio lugar al denominado “corralito financiero”. En los fallos “Smith” ⁶² y “San Luis” ⁶³ declaró la inconstitucionalidad de la normativa referida ⁶⁴. Aproximadamente un año después, en la sentencia “Cabrera” ⁶⁵ 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” ⁶⁶, 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, aun esas situaciones de emergencia y sus consecuencias deben encuadrarse dentro de la Constitución, y utilizar los re-

61 Decreto N° 15701/2001, publicado en el B.O. del 03/12/2001; Ley N° 25.562, “Ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario”, publicada en el B.O del 07/01/2002; Decreto N° 214/2002, publicado en el B.O. del 03/02/2002; entre otros.

62 CSJN, *Fallos*, 325:28, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita interv. urgente en: Smith, Carlos A. con P.E.N. s/sumarísimo”, (2002).

63 CSJN, *Fallos*, 326:417, “Provincia de San Luis c/Estado Nacional”, (2003).

64 Amplíese en BASTERRA, Marcela I., “El Derecho de propiedad en Argentina a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional* -año I- Número I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2003.

65 CSJN, *Fallos*, 327:2905, “Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/Poder Ejecutivo Nacional”, (2004). Puede verse 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”, 2004-III-191, SJA 01/09/2004.

66 CSJN, *Fallos*, 327:4495, “Bustos, Alberto R. y otros c/Estado Nacional y otros”, (2004).

medios 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 aun 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 más recientemente en el fallo “Consumidores Argentinos”, otra vez 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 juris-

prudencia reseñada del Máximo Tribunal; que por ejemplo en el decisorio “Rodríguez”, alejado de una interpretación congruente con la norma fundamental, se autolimita 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”⁶⁷, 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 par-

67 CSJN, “Consumidores Argentinos c/EN -PEN- Dto.558/02-SS-ley 20.091”, (2010), op. cit.

lamentarias 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 ⁶⁸.

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 realzar 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 de que se declare la inconstitucionalidad del DNU 558/2002 ⁶⁹, por entender que esta normativa modificaba sustancialmente la ley de entidades de seguros ⁷⁰.

Manifiesta en primer término, que el artículo 1º ⁷¹ del decreto incorpora la posibilidad de que las empresas aseguradoras, fren-

68 PIZZOLO, Calogero, “La emergencia para la Constitución es excepcionalidad y al juez corresponde controlar la existencia”, LL 02/06/2010, p. 6.

69 Decreto N° 558/2002, publicado en el B.O. del 03/04/2002.

70 Ley N° 20.091, publicada en el B.O. del 07/02/1973.

71 Decreto N° 558/2002, artículo 1º.- “Incorpóranse a continuación del último párrafo del Artículo 29 de la Ley N° 20.091 y modificatorias, los siguientes: ‘Ante situaciones de iliquidez transitoria de las entidades aseguradoras, la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN dependiente de la SUBSECRETARÍA DE SERVICIOS FINANCIEROS de la SECRETARÍA DE FINANZAS del MINISTERIO DE ECONOMÍA podrá eximir las de la prohibición prevista en el

te 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 ⁷² de

inciso g) del presente artículo. Los aseguradores podrán realizar y constituir deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguros, y sujeta a la reglamentación que fije la autoridad de control”.

72 Decreto N° 558/2002, artículo 2º.- “Sustitúyese el Artículo 31 de la Ley N° 20.091 y modificatorias por el siguiente: ‘ARTÍCULO 31. - Cuando la entidad se encuentre en algunos de los supuestos previstos en el Artículo 86 de la presente ley, la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN dependiente de la SUBSECRETARÍA DE SERVICIOS FINANCIEROS de la SECRETARÍA DE FINANZAS del MINISTERIO DE ECONOMÍA la intimará para que dé explicaciones en un plazo de CINCO (5) días hábiles. Recibidas éstas y, según la índole y gravedad de la causal, la autoridad de control podrá intimar a la entidad para que corrija la situación en un plazo que no podrá exceder de QUINCE (15) días hábiles o, para que presente un Plan de Regularización y Saneamiento, dentro de igual plazo, que deberá ser aprobado por la autoridad de control y cumplido en los plazos y condiciones que aquélla establezca. El Plan de Regularización y Saneamiento podrá contemplar distintos mecanismos: a) Aportes de capital. b) Fusión. c) Administración con opción a compra o fusión. d) Cesión de cartera, siendo inaplicable a estos casos la Ley de Transferencia de Fondo de Comercio y la publicidad dispuesta en el Artículo 47 de la presente ley. e) Exclusión del patrimonio de determinados activos (tangibles o no) y pasivos de la aseguradora y la transmisión a título oneroso de ellos a otra aseguradora y/o la constitución de fideicomisos. A los actos motivados por las medidas previstas en este inciso no les será aplicable la Ley de Transferencia de Fondo de Comercio ni la publicidad ordenada en el Artículo 47 de la presente ley. No podrán iniciarse actos de ejecución forzada sobre los activos excluidos por aplicación de este inciso, salvo que tuvieren por objeto el cobro de un crédito hipotecario o prendario. Tampoco podrán trabarse medidas cautelares sobre tales activos. En caso de que alguna de estas medidas haya sido iniciada o trabada, el juez interviniente, para permitir el uso de las facultades del presente inciso, ordenará el inmediato levantamiento de los embargos y/o inhibiciones generales trabados. Los actos autorizados, encomendados o dispuestos por la autoridad de control que importen transferencias de activos y pasivos no están sujetos a autorización judicial alguna ni pueden ser reputados ineficaces respecto de los acreedores de la entidad aseguradora que fuere la propietaria de los activos excluidos, aún cuando existiera un estado de insolvencia anterior a la exclusión. Los acreedores de la entidad aseguradora no tendrán acción o derecho alguno contra los adquirentes de dichos activos, salvo que tuvieren privilegios especiales que recaigan sobre bienes determinados. La autoridad de control, a fin de viabi-

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 17⁷³, 18⁷⁴,

lizar el cumplimiento del Plan de Regularización y Saneamiento y la continuidad operativa de la entidad, podrá admitir con carácter temporario, excepciones a los límites y relaciones técnicas pertinentes, sin que sea necesario imponer la medida de prohibición de celebrar nuevos contratos de seguros. Durante el proceso de reestructuración de una entidad aseguradora, las normas de la presente ley y las resoluciones de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN dependiente de la SUBSECRETARÍA DE SERVICIOS FINANCIEROS de la SECRETARÍA DE FINANZAS del MINISTERIO DE ECONOMÍA prevalecen sobre las normas que regulan el tipo de sociedad de que se trate, y sobre las resoluciones o actos de los órganos de fiscalización de la persona jurídica”.

73 Constitución Nacional, artículo 17.- “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

74 Constitución Nacional, artículo 18.- “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda

42⁷⁵, 75 inciso 12⁷⁶ y 109⁷⁷ 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 aparta-

medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

75 Constitución Nacional, artículo 42.- “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

76 Constitución Nacional, artículo 75.- “Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

77 Constitución Nacional, artículo 109.- “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

miento 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 de 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 5°).

Sin perjuicio de los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo, el Alto Tribunal destacó que las modificaciones introducidas a la Ley N° 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”⁷⁸, subrayó que toda disposición de carácter legislativo dictada por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima fa-*

78 CSJN, Fallos, 329:5913, “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional”, (2006).

cie inconstitucional, salvo que se compruebe el cumplimiento de las condiciones establecidas en el tercero y cuarto párrafo del artículo 99, inciso 3° de la Ley Suprema ⁷⁹.

5. Conclusiones

Los artículos 99, inciso 3° 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 ejer-

79 Puede ampliarse en BASTERRA, Marcela I., “El fallo Massa. ¿Fue ‘la decisión final’ en torno a la pesificación? ¿Ejerció la Corte la tarea del control de Constitucionalidad?”, Suplemento JA, LexisNexis 2007-II, Fascículo 4, p.19.

cer 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. Éste 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”.