

ADMINISTRACIÓN & DERECHO

REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR:

JAVIER INDALECIO BARRAZA

- ☐ Impacto del proceso de integración europeo en la organización institucional del Estado-Nación, Granillo Ocampo, R.
- ☐ Los fideicomisos públicos, González Illing, A.
- ☐ Participación de la sociedad civil en la Administración Pública, Muratorio, J. I.
- ☐ La responsabilidad del Estado y el derecho de los ex combatientes no reconocidos, Aramburu, J. J.
- ☐ Decretos de necesidad y urgencia, Spada, G. D.
- ☐ La opinión pública y su incidencia en la actividad de gobierno, Saravia, A.
- ☐ Las concesiones de autopistas, Renzulli, G. N.
- ☐ El sistema federal y la regulación de los servicios públicos en la Argentina, Carrillo, S.
- ☐ El instituto de la renuncia. Un aporte del Derecho Civil al Derecho Administrativo, Traiman, S.
- ☐ Disquisiciones y reflexiones sobre las acciones de clase. El caso "Halabi", Dates, L. E.
- ☐ Régimen jurídico de los concursos docentes, Barraza, J. I.

NOVIEMBRE 2010 / N° 2

EDITORIAL
ARES

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: Naturaleza – Reseña de su utilización – Evolución Jurisprudencial.¹

Por *Darío Germán Spada*²

ABSTRACT:

¿Son los DNU una respuesta útil y eficaz a las urgencias normativas del mundo contemporáneo? o ¿surgen como consecuencia de la imposibilidad de las fuerzas políticas de convivir razonablemente en un ámbito de discrepancia, y en tal contexto el Ejecutivo de turno se vale de ésta legislación de excepción como instrumento de poder para imponer sus decisiones al margen del Legislativo?. He aquí algunas nociones que permitirán comprender su uso –y abuso- así como la evolución en el criterio de nuestro Máximo Tribunal.

SUMARIO:

- I.-** Concepto Denominación Naturaleza.
- II.-** Nociones sobre la división de poderes ¿Insuficiencia del Órgano Legislativo?
- III.-** Breve reseña sobre su utilización a través de nuestra historia constitucional.
- IV.-** Marco normativo Su redacción por el convencional de 1994 Resguardo de la garantía de la división de poderes La Ley 26.122.
- V.-** Presupuesto de habilitación para su dictado El Caso Verrocchi.
- VI.-** El Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los Casos “Peralta” y “Consumidores Argentinos”.
- VII.-** Evolución Jurisprudencial.

I.- 1.- CONCEPTO

Los decretos de necesidad y urgencia (en adelante DNU) son normas de alcance general, con rango de ley, que dicta el Ejecutivo en ejercicio de un apoderamiento constitucional, sobre materias legislativas sin autorización previa del Parlamento; en tal sentido su carácter es extraordinario, porque sólo proceden ante supuestos constitucionalmente tasados, y provisorio, ya que una vez dictados requieren la inmediata aprobación del Congreso³.

¹ Fecha de cierre del presente trabajo: agosto de 2010. Publicado en ADMINISTRACIÓN & DERECHO, Revista de Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Ares, Bs. As., nov. 2010, p. 61.

² Abogado UBA. Maestrando en Derecho Administrativo en la UAI. Relator en Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires -Jefe de Departamento-. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de San Isidro. Docente UBA -Elementos de Derecho Administrativo-.

³ BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo*, 1º Reimpresión, Bs. As., La Ley, 2008, t. 1, p. 397, 405.

I.- 2.- DENOMINACIÓN

En nuestra antigua doctrina se los ha denominado “decretos-leyes”⁴ pero toda vez que con ese nombre también se llamó a las leyes dictadas por los gobiernos de facto, dicha designación dejó de utilizarse para evitar confusiones.

En general los administrativistas prefieren utilizar la expresión “reglamentos de necesidad y urgencia” para designar a los DNU. Así, en opinión de Ekmejdjian tal denominación es correcta ya que, ab initio, sugiere su inclusión en la órbita del Ejecutivo⁵.

Contrariamente, Guillermo Oddone considera que dichos “reglamentos” no provienen del ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo entendiendo consecuentemente que tal denominación resulta errónea⁶, criterio que comparte con Sagües, para quien la calificación de reglamentos no es correcta porque reduce su calidad de ley material⁷.

I.- 3.- NATURALEZA

Lo cierto es que tales instrumentos traducen el ejercicio de la actividad legislativa, en cuanto son actos unilaterales de la Administración que crean normas jurídicas generales y obligatorias que regulan situaciones impersonales y objetivas.

En opinión de Cassagne, si lo que realmente define su naturaleza es el hecho de la creación, modificación o extinción de normas de alcance general, es evidente que se trata de actos de legislación y no de actos administrativos. Agrega dicho autor que siendo un producto de la actividad materialmente legislativa, si bien técnicamente no es una ley posee un régimen jurídico similar al de las leyes en cuanto atañe a publicidad, extinción, etc.⁸.

⁴ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y Control. En la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1995, p. 3.

⁵ PÉREZ HUALDE, Ob. Cit., p. 5.

⁶ ODDONE, Guillermo, *Administración y División de Poderes. El caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia*, Bs. As., Editorial B de F. Julio César Faira Editor, 1995, p. 50.

⁷ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y Control. En la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1995, p. 5.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 8ª Edición Actualizada, Bs. As., Abeledo-Perrot. Lexis Nexis Argentina, 2006, t. II, p. 117.

Teniendo en cuenta que toda norma con carácter general y obligatorio reviste entidad de ley en sentido material y que si además el precepto emana del Parlamento se trata de una ley en sentido formal, surge el interrogante en relación a la naturaleza de los DNU. En tal sentido, cabe concluir que dichos instrumentos, dictados por el Ejecutivo en circunstancias excepcionales, sujetos a la aprobación del Legislativo, con vigencia transitoria por el lapso de la emergencia y expuesto a reputarse como inexistente, en modo alguno satisface el test de apariencia para que pueda considerarse como ley formal. Por exclusión, un DNU es ley en sentido material⁹.

II.- 1.- NOCIONES SOBRE LA DIVISIÓN DE PODERES

En primer lugar cabe mencionar la inexactitud de la expresión “división de poderes” y señalar que la misma, confusamente, pretende designar la división o distribución de funciones inherentes a un poder único y que tales funciones representan nada menos que las distintas formas a través de las cuales se manifiesta dicho poder. Tal poder no es otra cosa que el propio Estado, y las funciones son varias: gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa.

Entonces, la llamada “división de poderes” designa una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias, ya que el poder Estatal está integrado por los órganos máximos del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, que lo ejercen por medio de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria del mismo.

La separación e interdependencia orgánica y funcional es un presupuesto de auténtica garantía política para la defensa de la libertad, la cual no exige que los órganos del Estado ejerzan todas las funciones, pero sí que algunos de ellos ejerzan determinadas competencias de modo exclusivo y excluyente¹⁰.

Resulta claro que para la realización de las decisiones políticas y medidas de gobierno se requiere sin excepción la intervención del Parlamento como expresión de la distribución de competencias tal como se ha mencionado precedentemente.

⁹ MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales*, Bs. As., La Ley, 2001, p. 33, 34.

¹⁰ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 11ª Edición, Bs. As.-Madrid-México, Editorial Ciudad Argentina- Hispania Libros, 2006, p. 96,97.

II.- 2.- ¿INSUFICIENCIA DEL ÓRGANO LEGISLATIVO?

Ahora bien, pareciera que en determinadas circunstancias el órgano Legislativo resulta insuficiente para enfrentar las bastas y urgentes necesidades normativas del Estado; los casos de necesidad y urgencia.

En ello funda el Ejecutivo su atribución ocasional de facultades legislativas –DNU- so pretexto de conjurar la crisis a la cual le atribuye caracteres de ser insoslayable, inminente, etc..

Pero a decir verdad los hechos han demostrado que, tal como sostiene Spota, dicha legislación de excepción nada tiene de respuesta útil y eficaz a las urgencias normativas del mundo contemporáneo sino que surge como consecuencia de la imposibilidad de las fuerzas políticas de convivir razonablemente en un ámbito de discrepancia.¹¹.

Y en tal contexto el Ejecutivo de turno se vale de los DNU como instrumento de poder para imponer sus decisiones al margen del Legislativo.

III.- BREVE RESEÑA SOBRE SU UTILIZACIÓN A TRAVÉS DE NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Si bien los DNU adquirieron raigambre constitucional recién a partir de la reforma de 1994, históricamente los gobiernos constitucionales han recurrido a su dictado ya sea para superar situaciones políticas o financieras de gravedad que requerían respuestas normativas urgentes o para aprobar leyes que eran rechazadas por la oposición en el Congreso, burlando así la legalidad constitucional.

Cabe señalar que se excluye del presente análisis a los gobiernos de facto toda vez que éstos dictaban otro tipo de decretos denominados “decreto-ley” que, a diferencia de los DNU que para ser considerados ley en sentido formal deben ser ratificados por el Parlamento, se consideraban ley desde su origen toda vez que eran dictados por gobiernos de origen revolucionario que concentraban las potestades legislativas en el Presidente, y, por lo tanto, no se requería la ulterior ratificación legislativa por inexistencia de tal órgano subsumido en el Ejecutivo de facto¹².

¹¹ SPOTA, Alberto Antonio, Prólogo a la obra de Mario A. R. Midón, *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales*, Bs. As., La Ley, 2001, p. IX, X.

¹² PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y Control. En la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1995, p. 4.

En relación a la intensidad de su utilización, podríamos decir que los DNU comenzaron a adoptarse con mayor frecuencia bajo el gobierno del Presidente Raúl Alfonsín y que antes de éste su uso fue excepcional, pero fue sobre todo a partir de la presidencia de Carlos Menem que comenzó una etapa de abuso de dichos instrumentos.

En tal sentido su historia puede dividirse en tres etapas tomando como puntos de inflexión los años 1983 y 1989.

En efecto, tomando como punto de partida el año 1853 y hasta 1983, en 130 años de presidencias constitucionales, se dictaron aproximadamente 20 DNU¹³. Entre los más conocidos de ésta etapa pueden mencionarse los decretos sobre nacionalización de la Unión Telefónica y de los ferrocarriles dictados por el Presidente Perón durante su primer mandato, es decir entre 1946 y 1952. En ésta primera etapa el promedio anual de dictado asciende a **0,154 DNU**.

La siguiente etapa coincide con la presidencia de Raúl Alfonsín, o mejor dicho está determinada por la misma, es decir entre 10.12.1983 y 08.07.1989. Durante éste período fueron dictados 10 DNU¹⁴ entre los que cabe mencionar el decreto sobre la creación de un nuevo signo monetario; así es, en 1985 el ejecutivo decretó el primer cambio de moneda en décadas -peso argentino por austral- sin dar intervención al Parlamento. El promedio anual en ésta etapa asciende a **1,8 DNU**.

La tercera etapa comienza el 8 de julio de 1989 con la asunción presidencial de Carlos Menem y se caracteriza por una intensificación de la actividad legislativa del ejecutivo que pone en evidencia la deformación del sistema republicano cuando es más sencillo conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley, hecho que estimula la emisión de esta clase de normas que deberían ser extraordinarias.

Así pues el Presidente Menem, quien gobernó entre 08.07.1989 y 10.12.1999, dictó alrededor de 545 DNU¹⁵, elevando el promedio anual durante su mandato a **51,9 DNU**, entre los que es dable señalar los que dispusieron: la privatización de los aeropuertos; la desregulación de las obras sociales; la flexibilidad laboral y otros.

¹³ BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo*, 1º Reimpresión, Bs. As., La Ley, 2008, t. 1, p. 398.

¹⁴ BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo*, 1º Reimpresión, Bs. As., La Ley, 2008, t. 1, p. 399.

¹⁵ Ibidem, p. 399.

Dentro de ésta tercera etapa, y precisamente durante el primer mandato del Presidente Menem, la materia adquiere raigambre constitucional a partir de la reforma de 1994.

Así es, la Convención Constituyente de 1994 incorporó en forma expresa el instituto de los DNU en nuestra Constitución Nacional dando plena legalidad a dichos instrumentos. Si bien con dicha incorporación se introdujeron limitaciones para su dictado, tanto el segundo gobierno de Menem -1995-1999-, como los subsiguientes Presidentes continuaron sancionando DNU con la única diferencia que desde la reforma a la Carta Magna se reglamentó su remisión al Congreso para que se expida sobre su validez lo cual sólo sucedió en casos excepcionales. Recién en 2006, luego de la aprobación de la ley 26.122, es decir 12 años después de la reforma que introdujo este tipo de normas, el Congreso comenzó a darles tratamiento de un modo sistemático.

Continuando con la actividad legislativa desarrollada en ésta etapa, el Presidente Fernando De La Rúa en poco más de dos años de gobierno, entre 10.12.1999 y 20.12.2001, dictó más de 70¹⁶ DNU, determinando un promedio anual de **35 DNU**, entre los que pueden citarse el decreto que dispuso la prórroga al vencimiento del impuesto destinado al fondo de incentivo docente, aún cuando la Carta Magna prohíbe expresamente que tales instrumentos puedan versar sobre cuestiones tributarias. Otros de los decretos firmados por De la Rúa introdujeron cambios en la ley de presupuesto.

Las presidencias provisionales de Ramón Puerta, Adolfo Rodríguez Saa y Eduardo Camaño, por su brevedad, no serán consideradas a los fines del presente trabajo.

Eduardo Duhalde, presidente interino entre 02.01.2002 y 25.05.2003, firmó 158¹⁷ DNU en su gestión. Es decir, un promedio anual de **112,8 DNU**, entre los que vale mencionar el que concedió a las provincias la libertad de instalar canales de TV y radios AM, y a los municipios, radios FM, y el que autorizó la instalación de un número indeterminado de repetidoras de Canal 7 en todo el territorio nacional

¹⁶ BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo*, 1º Reimpresión, Bs. As., La Ley, 2008, t. 1, p. 400.

¹⁷ Ibidem, p. 400.

El Presidente Néstor Kirchner firmó durante su gestión, entre 25.05.2003 y 10.12.2007, un total de 270¹⁸ DNU, con un promedio de **60 DNU** por año.

Durante el transcurso de éste gobierno, en el año 2006, es aprobada la ley 26.122 que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Ejecutivo, de modo que los DNU dictados a partir de ello comenzaron a tener control parlamentario, destacándose que no lo tenían los dictados con anterioridad.

Entre los DNU dictados por Néstor Kirchner vale mencionar el que dispuso en el último mes de su gestión, una ampliación del presupuesto nacional en 20.000 millones de pesos.

Finalmente, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner en ejercicio desde el 10.12.2007, firmó hasta la actualidad 10¹⁹ DNU, llevando éste gobierno un promedio de **4 DNU** dictados por año.

Entre los que han tomado mayor relevancia vale citar el que creó el Fondo del Bicentenario; un fondo especial para garantizar el pago de los intereses de la deuda externa, que fue posteriormente derogado por la Presidenta y declarado nulo por el Congreso, y mediante otro DNU dispuso el uso de reservas del Banco Central para pagar los vencimientos de deuda de 2010.

Cabe señalar que durante éste gobierno se verifica un fenómeno particular en lo que respecta a la materia en estudio basado en la negativa de la Presidenta a dictar éste tipo de Decretos; aunque tal fenómeno sólo se registra desde un punto de vista formal ya que materialmente la realización de las decisiones políticas y medidas de gobierno que requiere la emisión de DNU es suplida por la vía que autorizan los artículos 76 y 99 inc. 1 de la C.N, aunque conforme la naturaleza normativa lo correcto sería, en tal caso, que se hiciera por la vía que autoriza el art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional.

¹⁸ CAPRIATA, Laura, *Kirchner firmó cada seis días un decreto de necesidad y urgencia*; La Nación; Sección Política, 13.04.08

¹⁹ Redacción Página 12, *El Ranking de los DNU*; Página 12; Sección El País, 20.05.10.

Sentada la breve reseña que antecede y como conclusión de la misma me permito señalar, adhiriendo a las opiniones de Spota, que a partir de 1983 pero particularmente desde 1989 los DNU han irrumpido en la realidad político-jurídica de nuestro país de un modo avasallante, dejando de ser una excepcionalidad para convertirse en moneda corriente, y mal que nos pese forman parte de la mecánica operativa de los poderes ejecutivos de turno que se valen de tales instrumentos con falta de criterio republicano y de responsabilidad²⁰.

IV.- MARCO NORMATIVO

IV.- 1.- SU REDACCIÓN POR EL CONVENCIONAL DE 1994

La Constitución Nacional de 1994 en su artículo 99, inciso 3, establece: “...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 ésta 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 miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

El convencional ha redactado el artículo partiendo de un principio prohibitivo para luego detallar las excepciones al mismo, fijando entonces los casos en que el ejecutivo cuenta con permiso constitucional para contrariar dicho principio.

²⁰ SPOTA, Alberto Antonio, Prólogo a la obra de Mario A. R. Midón, *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales*, Bs. As., La Ley, 2001, p. XI.

En efecto, la prohibición inicial aparece como definitiva, sancionando bajo la pena de nulidad absoluta e insanable, la emisión de disposiciones de carácter legislativo. Pero tal rotunda afirmación se desmiente a renglón seguido en el mismo artículo, abriendo la posibilidad del Ejecutivo de normar por sí y ante sí y violando con ello uno de los principios liminares del estado de derecho, cual es la división de poderes.

IV.- 2.- RESGUARDO DE LA GARANTÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Así, conforme la posibilidad otorgada al Ejecutivo respecto a la emisión de DNU tal como se ha visto precedentemente, cabe señalar que el principio de la división de poderes, o separación de funciones, encuentra aunque más no sea un mínimo de refugio en las limitaciones introducidas por el constituyente a la emisión de tales disposiciones legislativas.

Es decir, en la prohibición de dictar DNU en materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, se resguarda hoy lo que queda de la garantía de la división de poderes, siempre y cuando se respeten esos límites²¹.

Finalmente y como corolario cabe señalar que la facultad del Ejecutivo para dictar reglamentos debe ser entendida siempre con reservas toda vez que no es una potestad que le corresponde como principio, es decir de iure propio, sino como excepción²².

IV.- 3.- LA LEY 26.122

En cuanto a la ley especial cuya sanción dispuso el artículo 99, inciso 3º, in fine, de la Carta Magna de 1994, la misma tuvo aprobación recién en 2006, es decir doce años después de la reforma que introdujo este tipo de normas.

Así es, con fecha 27.07.2006 se promulgó la Ley 26.122 cuyo objeto, enunciado en su artículo 1º, es regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Ejecutivo, es decir, de necesidad y urgencia, delegados, y de promulgación parcial de las leyes.

²¹ SPOTA, Alberto Antonio, Prólogo a la obra de Mario A. R. Midón, *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales*, Bs. As., La Ley, 2001, p. X.

²² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5º Edición, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. I, Parte General, p. 37.

Los artículos 2 al 9 disponen los aspectos generales de la Comisión Bicameral Permanente, es decir, lo atinente al régimen jurídico, competencia, composición, duración en el cargo de sus integrantes, autoridades, funcionamiento, quórum, dictámenes y reglamento.

El artículo 10 regula el marco de intervención de la Bicameral en relación a los DNU, estableciendo que la misma debe expedirse respecto a la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara a fin de su expreso tratamiento. Asimismo y en relación al mencionado dictamen establece que éste debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Por su parte, los arts. 11 a 15 disponen lo propio en relación a los decretos delegados y a los de promulgación parcial de las leyes.

Finalmente, los artículos 16 al 27 regulan el trámite parlamentario, común a los tres tipos de decretos, determinado por las siguientes disposiciones:

- 1.- los decretos tienen plena vigencia (art. 17);
- 2.- si el Jefe de Gabinete no remite el decreto a la Bicameral ésta se abocará de oficio a su tratamiento (art. 18);
- 3.- la Bicameral cuenta con 10 días hábiles para expedirse y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara (art. 19);
- 4.- si la Bicameral no eleva el dictamen, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto (art. 20);
- 5.- si la Bicameral eleva el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento (art. 21);
- 6.- las Cámaras emiten sendas resoluciones, pronunciándose expresamente por el rechazo o la aprobación del decreto (art. 22);
- 7.- las Cámaras no pueden modificar el texto del decreto, debiendo limitarse a su aceptación o al rechazo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (art. 23);
- 8.- el rechazo del decreto por ambas Cámaras del Congreso implica su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos (art. 24);
- 9.- el Congreso continúa en ejercicio de sus potestades ordinarias relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Ejecutivo (art. 25);

10.- las resoluciones de las Cámaras, en los supuestos previstos en la ley, serán comunicadas por su presidente al Ejecutivo para su publicación en el Boletín Oficial (art. 26).

Un breve análisis del trámite parlamentario previsto en la Ley 26.122 permite efectuar las siguientes críticas:

a.- el texto debió fijar un plazo de vigencia para los decretos, siempre que éstos no establecieran otro menor;

b.- el legislador desconoció atribuciones propias del Congreso al impedir a las Cámaras la introducción de modificaciones al texto del decreto;

c.- la ley no estableció el plazo en el que el Congreso debe expedirse;

d.- el texto no desarrolló las materias excluidas previstas en el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional;

e.- el legislador no debió exigir que ambas Cámaras rechacen el decreto para tenerlo por derogado sino que debió establecer que el rechazo de una Cámara sería suficiente para la derogación, ello teniendo en cuenta que para la ratificación es necesaria la aprobación de ambas Cámaras;

f.- la ley debió incorporar el instituto del silencio legislativo y entonces considerar el silencio del Congreso como supuesto de rechazo del decreto;

g.- el texto debió establecer los efectos en caso de rechazo.

En síntesis, el análisis crítico del texto de la ley en lo que respecta al procedimiento parlamentario permite concluir que el legislador ha regulado su trámite en términos básicos y sin detalle ni profundidad legislativa, omitiendo dar expreso tratamiento a ciertos supuestos de relevancia legal, que exige un esfuerzo interpretativo y pone en evidencia su insuficiente regulación jurídica.

V.- 1.- PRESUPUESTO DE HABILITACIÓN PARA SU DICTADO

Revisado y criticado el trámite parlamentario, surge necesario en ésta instancia determinar y/o conceptualizar el presupuesto que habilita el dictado de la legislación de excepción.

En tal sentido el artículo 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional remite a “...circunstancias excepcionales...” que “...hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes...”.

Ahora bien, la pregunta de rigor es ¿cuándo se configuran tales circunstancias?.

V.- 2.- EL CASO VERROCCHI”²³

Pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Verrocchi” estableció los dos supuestos que impiden seguir el trámite parlamentario ordinario previsto para la sanción de las leyes y que constituyen el presupuesto necesario para que el Ejecutivo dicte éstos actos materialmente legislativos que son los DNU.

Dichos supuestos son, por una parte, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse materialmente para sesionar por razones de fuerza mayor; y, por la otra, cuando la situación que requiere respuesta legislativa sea tan urgente que ello resulte incompatible con el tiempo que demanda el trámite normal de las leyes.

Cabe reseñar brevemente los hechos que motivaron el caso mencionado y la intervención de la Corte: el Ejecutivo, mediante el dictado de dos DNU -770/96 y 771/96-, suprimió las asignaciones familiares a los trabajadores cuyas remuneraciones superaran los \$1.000. Frente a ello el accionante, agraviado por la medida, interpuso una acción de amparo alegando la inconstitucionalidad de dichos decretos por resultar violatorios de garantías constitucionales y por no encontrarse fundados en una situación de necesidad y urgencia. La acción resultó procedente tanto en primera como en segunda instancia, por lo que el fisco interpuso recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema confirmó la inconstitucionalidad de los decretos impugnados, disponiendo que el Ejecutivo no estaba facultado para dictar disposiciones de carácter legislativo. Agregó que no concurrían en el caso circunstancias excepcionales que hicieran procedente el dictado de los DNU, a saber: que el Congreso no pudiera reunirse por razones de fuerza mayor o que la situación que requería solución legislativa fuera de tal urgencia que no permitiera aguardar el dictado de una ley por el Congreso. Además declaró que el Poder Judicial estaba facultado para controlar que en el caso concreto existieran las circunstancias excepcionales alegadas por el Ejecutivo. Este fallo sienta el carácter excepcional de los DNU, y la función de contralor constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia de los actos de gobierno.

²³ CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas s/ Acción de Amparo”, sent. del 19 de agosto de 1999, Fallos 322:1726, La Ley 2000 -A, 88.

Por último, siguiendo la opinión de Balbín, cabe señalar que el estado de excepción y la imposibilidad de seguir los trámites legislativos no constituyen supuestos de justificación alternativos sino concurrentes, es decir que ambos deben verificarse para que el Ejecutivo pueda dictar un DNU. En tal sentido, no basta con la imposibilidad de seguir el trámite si no existe un estado excepcional, entendido éste último como inusual, imprevisible, extraordinario, y como tal transitorio. En cuanto a la necesidad, ésta se configura cuando el acto legislativo constituye el único medio institucional idóneo para superar la situación de excepción, de modo que entre el acto y la situación debe existir una relación razonable, es decir que el mismo debe limitarse solamente a resolver las cuestiones inaplazables en el marco de esa situación de excepción²⁴.

Finalmente, a modo de corolario, cabe destacar por su trascendencia jurídica el criterio de la Corte expresado en el caso “Verrocchi”; para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

VI.- EL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LOS CASOS “PERALTA” Y “CONSUMIDORES ARGENTINOS”

VI.- 1.- EL CASO PERALTA²⁵

²⁴ BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo*, 1º Reimpresión, Bs. As., La Ley, 2008, t. 1, p. 410, 411, 412 y 413.

²⁵ CSJN, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía – Banco Central de la República Argentina s/ Acción de Amparo”, sent. del 27 de diciembre de 1990, Fallos 313:1513, La Ley 1991-C, 158.

En el año 1990 la Corte se expidió por primera vez sobre el régimen de éstos instrumentos y ello fue en el caso “Peralta” en el que se discutía la validez constitucional del Decreto 36/90 que dispuso que los depósitos a plazo fijo serían reintegrados a los ahorristas hasta 1.000.000 de australes en efectivo y el resto en títulos de la deuda pública serie Bonex 89 que serían rescatados en el término de 10 años.

En relación al caso, cabe hacer especial referencia al contexto hiperinflacionario en cuyo marco se dictó el decreto mencionado; en el año 1989, bajo el gobierno de Raúl Alfonsín, la situación límite generada por la hiperinflación obligó a traspasar anticipadamente el mandato al nuevo presidente electo, Carlos S. Menem, quien si bien inicialmente logró un relativo control de la situación no pudo evitar un nuevo rebrote hiperinflacionario, y en tal situación, ante la necesidad de tomar medidas contundentes, dictó el 3 de enero de 1990 el decreto 36/90 llamado Plan Bonex, enviando el mismo al Congreso junto con un proyecto de ley ratificatorio que fue aprobado por la Cámara de Senadores, en tanto que la de Diputados guardó silencio.

El juez de primera instancia rechazó la acción, por lo que el amparista interpuso recurso de apelación. La Cámara revocó lo decidido en la instancia inferior, por lo que el Fisco interpuso recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento de segunda instancia y confirmó la constitucionalidad del decreto impugnado.

Así, con fecha 27.12.1990 la Corte falló en contra de Luis Peralta y sostuvo la constitucionalidad del decreto, al que por empezar calificó como de necesidad y urgencia, fundando el decisorio principalmente en dos argumentos: 1) el silencio del Congreso fue tomado como consentimiento tácito o presunto en tanto no hubo expedición en sentido contrario; 2) no existía otro remedio a través del cual se pudiera superar la grave crisis económica ya que de haberse seguido la vía ordinaria de aprobación de las leyes, al tomar estado público los ahorristas hubieran retirado sus inversiones y la medida habría resultado ineficaz.

El fallo aborda y resuelve temas de extraordinaria repercusión, como la admisión del amparo en tanto vía apta para cuestionar ante los jueces la validez o legitimidad de actos de los otros poderes, actualizando a su vez su doctrina y sentando nuevas precisiones acerca del ejercicio del poder de policía de la emergencia. En el caso Peralta, la Corte además sostuvo que es el Ejecutivo el responsable primario de la subsistencia del Estado, y más aún en situaciones de gravedad política, económica o social, criterio discutible ya que en todo Estado de Derecho todos los poderes son responsables de dicha subsistencia en la medida de sus competencias y atribuciones.

La Corte también sostuvo la mayor eficacia del Ejecutivo frente al Legislativo en lo que respecta a la toma de decisiones, señalando a la Administración como órgano mejor dotado en virtud de su composición unipersonal, circunstancia que lo haría menos permeable a las presiones corporativas y más rápido en la toma de decisiones al no someterse al procedimiento deliberativo del legislativo. En desacuerdo con tal criterio es dable señalar; primero que es más sencillo disuadir a un órgano singular que a uno plural; segundo que el procedimiento deliberativo es nada menos que un valor propio del sistema democrático.

La importancia de este fallo radica en haber reconocido al Ejecutivo amplias facultades para legislar en situaciones de emergencia, aunque con fundamentos sumamente endebles y que merecieran la crítica generalizada del espectro político y de la doctrina. Por otra parte el fallo sostiene que los decretos de necesidad y urgencia son válidos en la medida en que se comuniquen su dictado al Congreso y éste no se expida en contrario. Es una innovación de la Corte que toma al silencio prolongado del Congreso como acto ratificadorio de la validez de un decreto de necesidad y urgencia, ya que el criterio hasta entonces en materia de silencio era el contrario.

VI.- 2.- EL CASO CONSUMIDORES ARGENTINOS²⁶

Recientemente la Corte se ha expedido en un caso en el que se discutía la constitucionalidad de un DNU y ello fue en el caso “Consumidores Argentinos”, siendo la disposición en cuestión el DNU 558/02 que modificó la ley 20.091 de entidades de seguros. Dicho decreto, dictado por el Presidente Duhalde en marzo de 2002, fue cuestionado por la amparista.

²⁶ CSJN, “Consumidores Argentinos c/ Poder Ejecutivo Nacional – Decreto 558/02 – Ley 20.091 s/ Amparo ley 16.986”, sent. del 19 de mayo de 2010.

Antes de entrar en el análisis específico del caso, y al igual que se ha hecho en el caso Peralta, cabe realizar especial referencia al contexto en cuyo marco se dictó el decreto mencionado; el 2 de enero de 2002 asumió la presidencia Eduardo Duhalde en medio de una absoluta crisis financiera, política y social que comenzó a gestarse algunos meses antes y tuvo su máximo estallido en los días 19 y 20 de diciembre de 2002 con los sucesos que determinaron el fin de la presidencia de Fernando De La Rúa. En su discurso de asunción Duhalde sintetizó la situación socio-económica de la siguiente forma: "La Argentina está quebrada. La Argentina está fundida. La propia esencia de este modelo terminó con la convertibilidad. Arrojó a la indigencia a dos millones de compatriotas, destruyó la clase media, quebró nuestras industrias y pulverizó el trabajo de los argentinos... ...ningún pueblo puede tolerar el caos y la anarquía. Eso no se resuelve con balas o con bayonetas. Vamos a poner en pie y en paz a la Argentina. Este gobierno que empieza hoy se propone alcanzar tres objetivos básicos: reconstruir la autoridad política e institucional, garantizar la paz social y sentar las bases para el cambio del modelo económico y social"²⁷. Tal discurso refleja un contexto caracterizado por la emergencia, la cual, vale resaltar, se prolongó mucho más allá del mes de marzo de ese año, cuando tuvo lugar el dictado del DNU en cuestión. Sentado ello, cabe retomar el caso en análisis en el que la actora, "Consumidores Argentinos, Asociación para la Defensa, Educación e Información del Consumidor", accionó por vía de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, alegando la inconstitucionalidad del DNU 558/02 que modificó la ley 20.091 de entidades de seguros al permitir que en caso de iliquidez transitoria las aseguradoras realicen y constituyan deuda subordinada a los privilegios derivados de los contratos de seguro; y, al establecer cesiones de cartera sin la exigencia de la publicidad, y otras medidas, lo cual a criterio de la accionante privaría a los consumidores de ejercer el derecho de oposición en caso de transferencia de cartera y, al permitir la exclusión de activos de la aseguradora sin dar ninguna noticia a los asegurados, violaría el derecho de propiedad al restringir el ejercicio del derecho a ejecutar al deudor en sus activos por deudas impagas. Por último alegó la accionante que todo lo expuesto resultaría violatorio de los derechos de propiedad, de igualdad, del debido proceso y del principio de división de poderes, de los acreedores de la aseguradora respecto de los bienes excluidos de su patrimonio. La acción resultó procedente tanto en primera como en se-

²⁷ Redacción La Nación, *Duhalde fue designado por una abrumadora mayoría legislativa*; La Nación; Sección Política, 02.01.02.

gunda instancia, por lo que el fisco interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema, con fecha 19.05.2010, confirmó la inconstitucionalidad; el fallo, que en lo sustancial reedita el criterio sentado en el caso Verrocchi, sostiene básicamente que para la sanción de un DNU deben concurrir circunstancias tales como que “sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan”. La otra circunstancia que habilitaría la sanción de un DNU, según la Corte, es “que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.

En los aspectos principales, la opinión de los jueces es coincidente al considerar que el DNU cuestionado es inconstitucional. Las diferencias radican básicamente en la postura adoptada en relación a la ausencia de una ley al momento del dictado del DNU en cuestión; en efecto, como se trata de un decreto previo a la sanción de la ley 26.122, los jueces Carmen Argibay y Enrique Petracchi consideraron que tal circunstancia lo torna nulo. Según su criterio, toda vez que al momento del dictado del decreto impugnado no se había constituido la Comisión Bicameral, el ejecutivo no podía dictar decretos de necesidad y urgencia.

Sin embargo, el voto mayoritario descartó esa teoría y estableció tácitamente un doble control sobre los DNU: de la Comisión Bicameral Permanente, en el plano legislativo, y de la Corte, como última instancia del Poder Judicial. Así, en el voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni se dice que en el caso, siendo que el decreto fue dictado con anterioridad a la ley 26.122, corresponde examinar si hubo necesidad y urgencia. Entienden que no hubo razón para prescindir de la ley 20.091 y recurrir al DNU.

La Dra. Highton sostiene que el decreto fue dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral y que tal falta de control legislativo habilita a examinar si hubo necesidad y urgencia. En este sentido, señala que corresponde reconocer que hubo emergencia económica reconocida por la Corte en varios fallos, pero no hay ningún elemento aportado por el Estado Nacional para justificar la omisión de recurrir a una ley.

El Dr. Maqueda sostiene que el decreto fue dictado con anterioridad a la existencia de la Comisión Bicameral y no fue ratificado por el Congreso de la Nación,

lo cual es suficiente para descalificarlo. No obstante, advierte que tampoco está justificada la necesidad y emergencia.

En lo sustancial del fallo cabe destacar las siguientes consideraciones: las facultades para dictar un DNU son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad para limitar y no para ampliar el sistema presidencialista. Tal ha sido la motivación de los constituyentes de 1994 al resolver la incorporación de los DNU a la Constitución Nacional; tuvieron en cuenta la sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo y que su consecuencia había sido el debilitamiento del sistema republicano democrático. Por ende, la finalidad de su regulación fue atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.

Los jueces pueden, además de efectuar el control de constitucionalidad de los decretos, controlar la existencia del estado de necesidad y urgencia. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida por el Ejecutivo carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima.

Dijo la Corte que cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. 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 materiales por medio de un decreto.

VII.- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Los casos “Peralta” y “Consumidores Argentinos” tienen la particularidad de ser nada menos que el primero y el último, respectivamente, de los procesos en los que el Máximo Tribunal se ha expedido en materia de constitucionalidad de los DNU.

La evolución jurisprudencial entre ambos pronunciamientos es clara; casi 20 años los separan y puede decirse que ello no ha sido en vano. En el primer caso, con fecha 27.12.1990 la Corte falló en contra de Luis Peralta y sostuvo la consti-

tucionalidad del decreto, reconociendo al Ejecutivo amplias facultades para legislar en situaciones de emergencia. En cambio, en el último de los casos, la Corte Suprema, con fecha 19.05.2010, se expidió por la inconstitucionalidad, señalando que las facultades ejercidas por el Ejecutivo para dictar un DNU son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad y haciendo hincapié en la diferencia que existe entre el estado de necesidad y urgencia, y la mera conveniencia política.

Cabe destacar que en cada caso la emisión del decreto se realizó en un marco de emergencia económica de similares características, lo que permitiría concluir que el diferente criterio expresado por la Corte no radica en cuestiones relativas al contexto de su dictado. En efecto, la emergencia económica estuvo presente en ambos casos, no obstante lo cual en 1990 se reconocieron amplias facultades legislativas y en 2010 se consideró que las mismas han de ser admitidas con rigurosa excepcionalidad.

No es ocioso recordar que entre ambos fallos ha tenido lugar la reforma constitucional de 1994 cuyo objetivo, se ha dicho, fue fijar rigurosos límites al Poder Ejecutivo en la materia con el objeto de establecer frenos formales al voluntarismo presidencial imperante con anterioridad a la reforma.

También ha de señalarse que entre ambos pronunciamientos, tuvo lugar el caso “Verrocchi” en el que la Corte ha dejado sentado su criterio en relación al presupuesto de habilitación para el dictado de los DNU por parte del Ejecutivo. Así es, tal como se ha expuesto precedentemente, en el caso “Verrocchi”, en 1999, el Máximo Tribunal sostuvo que para que el Ejecutivo pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias:

1) que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse materialmente para sesionar por razones de fuerza mayor, circunstancia que torna imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Consecuentemente, es lógico inferir que el diferente criterio expresado por la Corte en los casos “Peralta” y “Consumidores Argentinos” ha de radicar precisamente en el presupuesto de habilitación delineado constitucionalmente en el artí-

culo 99, inc. 3º, cuando remite a “...circunstancias excepcionales...” que “...hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes...”, y en la interpretación que de ello ha hecho el Máximo Tribunal en el caso “Verrocchi”.

En apoyo de tal tesitura, cabe reproducir algunos de los considerandos y fundamentos del decisorio de la Corte Suprema en el caso “Consumidores Argentinos” : el considerando 16 del voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco: “...Que el decreto 558/02 fue dictado en el contexto de acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más agudas en la historia contemporánea de nuestro país, hecho público y notorio cuya gravedad fue reconocida por el Tribunal en reiterados pronunciamientos (Fallos: 328:690 “Galli”; 330:855 “Rinaldi”; y 330:5345 “Longobardi”, entre otros). Sin embargo, las presentaciones efectuadas por el Estado Nacional en el curso del proceso no aportan ningún elemento que permita al Tribunal llegar a la convicción de que el complejo contexto económico general en el que fue dictado el precepto impugnado haya afectado al sector asegurador de forma tal que exigiera, a los efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento y regularización que no pudiera ser implementado por los cauces ordinarios que la Constitución prevé (...) En este contexto, no es posible concluir que en el caso se tornaba necesaria la adopción de medidas inmediatas, pues no se ha demostrado el riesgo existente en el sector, que no sólo afectase a las entidades aseguradoras sino que, en atención al interés general que la actividad involucra, pudiera repercutir en el universo de los asegurados y en el resto de la sociedad. Por tales razones, no cabe tener por configurada en el sub examine -tal como lo postuló el decreto impugnado en sus considerandos- la existencia de las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (...) circunstancia que pone de manifiesto la invalidez constitucional del decreto impugnado...”. El considerando 16, segundo párrafo, del voto del Dr. Juan Carlos Maqueda: “...el texto constitucional no habilita a concluir en que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inciso 3º del art. 99 sea la necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo en imponer su agenda, habitualmente de origen político circunstancial, sustituyendo al Congreso de la Nación en el ejercicio de la actividad legislativa que le es propia...”. Finalmente, el considerando 17, primer párrafo, del mismo voto: “...es al Poder Judicial a quien incumbe en cada caso concreto puesto a su consideración

ponderar si existe verdaderamente un estado de necesidad y urgencia que habilite el ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias atribuidas al Presidente de la Nación. Esta responsabilidad implica ejercer una facultad fiscalizadora de modo claro y rotundo respecto de la preexistencia de la situación invocada por el Poder Ejecutivo...”.
