

**Decretos de necesidad y urgencia: regulación legal y su posición como figura
controversial en la realidad jurídica**

*Decrees of necessity and urgency: legal regulation and its position as a
controversial figure in the legal reality*

Nahuel A. Martín*

RESUMEN

El presente trabajo nos invita a pensar en la figura del decreto de necesidad y urgencia desde una perspectiva general e integral. Esto es posible debido a que nuestro análisis se centrará en examinar al instituto a partir de sus más profundas particularidades para así poder comprenderlo de un modo más objetivo. Es por ello que realizaremos un pasaje a través de sus orígenes dentro de la realidad jurídica argentina, su consolidación en el texto constitucional reformado, como así también su posterior regulación normativa. Así las cosas, no podemos dejar de lado la importancia del control político que conlleva el dictado de estos reglamentos, como tampoco el ineludible tema del control judicial sobre la constitucionalidad de este tipo de normas. Por último, efectuaremos un balance de su funcionamiento actual, acompañado de una valoración final referida a sus aspectos positivos y negativos.

PALABRAS CLAVE: decretos de necesidad y urgencia, reforma constitucional de 1994, constitucionalidad, control del Congreso de la Nación, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, abuso en su utilización

ABSTRACT

The present work invite us to think the legal concept of the necessity and urgency decree from a general and integral perspective. Our analysis will focus on examining this institution as

* Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador (2020). Profesor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias de la Educación y Comunicación Social de la Universidad del Salvador (2021).

from its deepest particularities so as to understand it from a more objective perspective. In order to do that, we will make a journey across its origins within the argentinian legal reality, its consolidation in the constitutional reform and its subsequent normative regulation. This being said, we cannot omit the importance of political control that entails the issuance of these regulations neither the inescapable issue of the judicial control regarding the constitutionality of this kind of norms. Lastly, we will carry out an overall balance of its present performance along with a final assessment regarding its positive and negative aspects.

KEYWORDS: necessity and urgency decree, constitutional reform of 1994, constitutionality, control of the nation's congress, jurisprudence of the Supreme Court of Justice, abuse in its use

I. Introducción

En el presente trabajo trataremos el tema de los decretos de necesidad y urgencia desde una perspectiva general e integral con el propósito de revelar, objetivamente, por qué es considerada una herramienta jurídica controversial y cuál es la razón por la cual los distintos gobiernos constitucionales han abusado de su utilización.

En relación con el objeto de estudio y su extensión, haremos alusión a los decretos de necesidad y urgencia como una herramienta constitucional compleja, esto quiere decir que valoraremos de un modo profundo todas y cada una de sus cualidades, manteniendo una lógica lineal que alcanzará desde sus primeras apariciones en la realidad material argentina, hasta culminar en la actualidad. De este modo, es posible formular un análisis completo respecto del comportamiento de las instituciones públicas y el funcionamiento de determinados institutos.

Sobre la base de un extenso y pormenorizado desarrollo, intentaremos dilucidar la estructura central y los fundamentos que justifican su existencia y vigencia dentro de la realidad jurídica argentina.

II. Reforma constitucional de 1994

Para comenzar, aproximadamente en los años 80 —luego de una oleada de dictaduras militares— se extendió un incuestionable consenso académico y político en torno a la importancia de resolver la inestabilidad democrática que enfrentaba toda América Latina. Se expresaba que un mal diseño constitucional que acentuaba el hiperpresidencialismo era en gran medida el causante de la crisis política. Los esfuerzos se concentraron en ampliar los derechos existentes, descuidando —en la mayoría de los casos— la organización del poder. A este suceso, se lo conoce como “transición democrática”: proceso de modificación de los sistemas de gobierno.

Puede decirse que para superar la tradición autocrática se debía, inequívocamente, replantear el diseño de las instituciones. De este modo, se instauró un catálogo de nuevos derechos (individuales, sociales y colectivos), procurando la participación de los sectores sociales más relegados.

Esta transformación concluyó, en algunos casos, con el establecimiento de una nueva Constitución, y en otros, con una profunda reforma de la ya existente. En nuestro país, esta transición se basó en la incorporación de nuevos derechos y garantías, sumado a una redefinición en el reparto del poder.

Con el regreso de la democracia en el año 1983, de la mano del presidente Raúl Alfonsín, la necesidad de la reforma constitucional comenzó a tomar relevancia. Frente a estos cambios políticos, las provincias, a partir de ese año, comenzaron a impulsar reformas

en sus constituciones locales, generando claros antecedentes para las futuras disposiciones que llegarían en el año 1994.

El proceso que propiciaba el cambio normativo adquirió carácter oficial cuando el entonces presidente de la República crea el “Consejo para la Consolidación de la Democracia”, mediante decreto 2446/85. Tan solo dos años después, el Consejo presentó un informe en donde se destacaba la conveniencia de una reforma parcial de la Constitución Nacional. Esta idea se vio frustrada cuando, después de los comicios de 1987, el partido gobernante quedó privado de las mayorías necesarias para impulsarla.

El 14 de noviembre de 1993, el entonces presidente Carlos S. Menem, junto al exmandatario Raúl Alfonsín, arribaron a un acuerdo que se conoció como el “Pacto de Olivos”: se trataba de un convenio político programático que explicaba el por qué y para qué de la reforma constitucional. Un mes después, se firmó el llamado “Pacto de la Rosada”, donde se detallaban las materias a reformar y los procedimientos a seguir, formando un “núcleo de coincidencias básicas”. Cabe destacar que estos acuerdos fueron concertados sin debate previo, publicidad o conocimiento alguno de la ciudadanía.

La sanción de la Ley 24309 del 29 de diciembre de 1993 estableció formalmente la necesidad de la reforma, y con ella la legalización de los pactos existentes entre las principales fuerzas políticas. La ciudadanía fue convocada a un acto comicial, dando por resultado la conformación de la Convención Reformadora, compuesta por una pluralidad de voces que proporcionó un alto nivel de legitimidad política. La Convención Reformadora comenzó a sesionar el 25 de mayo de 1994, concluyendo su labor con la sanción de la reforma y el texto constitucional ordenado, que fue publicado en el Boletín Oficial el día 23 de agosto de 1994 y entró en vigencia al día siguiente.

Los objetivos de la reforma fueron explícitos desde el inicio: se buscaba que, a través de esta modificación en la ley fundamental, se lograra atenuar el presidencialismo; se limitara la concentración de poder; se robusteciera la función del Poder Legislativo y, por último, se afianzaran los mecanismos de control, a fin de consagrar el equilibrio de los tres poderes. Las metas de la Convención Constituyente, a nuestro entender, perseguían un propósito plausible, teniendo en cuenta el contexto político y social que venía atravesando la región latinoamericana.

Por otra parte, referido específicamente a los decretos de necesidad y urgencia, los constituyentes de 1994 debieron enfrentarse a una disyuntiva, teniendo en cuenta la constante situación de emergencia en la que se encontraba —y se encuentra— envuelta la Argentina. En estas condiciones, sostiene el Dr. Bianchi (2010):

el dilema se centraba en darles cabida constitucional o no hacerlo. Si les daban cabida convalidaban una práctica paraconstitucional que el Poder Ejecutivo venía ejerciendo intensamente, pero al menos, le imponían ciertos límites y controles; si no lo hacían, dejaban sentado que los DNU son inconstitucionales, pero con el riesgo [de] que el empleo de éstos continuara sin freno alguno. Optaron por lo primero, en lugar de guiarse por una postura principista, prefirieron resignar cierta ortodoxia en aras de que la Constitución impusiera límites y controles. (Bianchi, 2010, p. 24)

En el mismo sentido, como nos señala el Dr. Salvadores de Arzuaga (1996), se expresaba García Lema:

eran prácticas paraconstitucionales de larga data en nuestro medio, respaldadas por sectores importantes de la doctrina y cuya validez fue declarada por fallos de la Corte Suprema. No fueron creados por la reforma constitucional sino reconocidos con el fin de limitarlos, circunscribiéndolos —cuando fueron admitidos— mediante la aplicación

de reglas que dispusieron mayores exigencias para su utilización que las requeridas en las costumbres vigentes. (Citado por Salvadores de Arzuaga, 1996, p. 68)

Ahora bien, a la luz de lo expresado: ¿puede decirse que los objetivos propuestos por la convención constituyente se vieron consumados? Para responder a esta incógnita, acudiremos en primer lugar a la realidad jurídica. Tras la reforma, las facultades colegislativas del Poder Ejecutivo se vieron robustecidas, esto se debe a que más allá de haber rodeado a estos institutos con un complejo sistema de controles, no fueron suficientes o efectivos para cumplir con esa tarea. Por otro lado, el precepto constitucional supeditó el trámite y alcance de ese control a la sanción de una ley especial por parte del Congreso, el que recién en el año 2006 se expidió al respecto, es decir, 12 años posteriores a la reforma. Asimismo, la creación de la figura del jefe de Gabinete en modo alguno puede ser considerada como una atenuación del carácter unipersonal del Ejecutivo, como así tampoco un contrapeso suficiente para el dictado de los decretos de contenido legislativo, ya que el presidente de la Nación puede removerlo al igual que a cualquiera de sus ministros. Esto nos permite sostener que las modificaciones a la parte orgánica —“Constitución del poder”, en palabras de Bidart Campos— han fortalecido las potestades presidenciales.

Así las cosas, solo nos resta preguntarnos: ¿es suficiente este marco regulatorio? Siguiendo a Bidart Campos (2014), podemos responder rápidamente de forma negativa: “El estilo político con que desde la reforma se ejerce el Poder Ejecutivo acusa una concentración muy fuerte de poder, con pretensión ostensible de predominio sobre el Congreso” (p. 109).

En el mismo sentido, refiriéndose específicamente a la incorporación de los decretos de necesidad y urgencia, el Dr. Bianchi (2010) expresa que, luego de la reforma, la realidad indica que la incorporación de estos decretos a la Constitución Nacional no ha sido un freno para los desbordes del Poder Ejecutivo sino, por el contrario, se ha convertido en un punto de apoyo para ellos. Asimismo, el Ejecutivo ha contado con la eficaz colaboración del Congreso

y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han acompañado el rito de los acontecimientos.

Por último, a modo de reflexión, adherimos a las palabras del Dr. Badeni (2014) cuando manifiesta que

[...] con lamentable frecuencia, creemos ingenuamente que modificando las leyes será mejorada la realidad social y que la norma, por sí sola y sin mediar un esfuerzo de nuestra parte, resolverá mágicamente los problemas que nos agobian, tanto individuales como sociales. A ello se añade una constante en el pensamiento de los reformistas: su actuación en una burbuja teórica desconectada de la realidad argentina, en la soberbia intelectual que prescinde del enfoque empírico. (p. 13).

III. Regulación normativa

Un acercamiento a su estructura en el texto constitucional reformado

Luego de la reforma constitucional, podría afirmarse que el “derecho de necesidad” ha adquirido “carta de ciudadanía constitucional” (Cassagne, 1998, p. 153), acabando —al menos en la órbita de lo normativo— aquel debate sobre la validez de estos decretos, sobre la base nada menos que del propio texto constitucional. Así pues, los constituyentes de 1994 ubicaron este instituto en el artículo 99, inciso 3, de la constitución reformada.

Todos los esfuerzos estuvieron dirigidos a proporcionar sólidos límites que de algún modo contuvieran los abusos del pasado. Por ese motivo, se diseñaron mecanismos de control y se establecieron ciertas exigencias que fueron incorporadas expresamente en el texto normativo, cuya observancia resulta rigurosa¹.

¹ En concordancia con el voto de la jueza Argibay en “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otros/ amparo ley 16.986” 27/12/2006, Fallos: 329:5913. CSJN, en su considerando 3º, donde expresa que cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción esta que solo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general.

Centrándonos en el análisis del artículo, encontramos primeramente lo que llamamos el “principio prohibitivo general”. Expresamente el texto dice: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Con esta fórmula, puede evidenciarse claramente que la regla general establecida por la Constitución es la prohibición.

Inmediatamente después, la norma consagra específicamente cuales son los casos en que este principio puede ser transgredido. Por lo tanto, su procedencia corresponderá solo en circunstancias de extrema particularidad: un verdadero instituto de excepción. Así las cosas, su interpretación deberá realizarse siempre con carácter restrictivo, reforzando así la idea de excepcionalidad.

A pesar de ello, más allá de todos los esfuerzos concentrados en colocar restricciones y mayores controles que tornen aceptable la existencia de tales normas en nuestro ordenamiento jurídico, en la práctica se ha demostrado un resultado desfavorable; ya tiempo atrás lo expresaba el Dr. Marienhoff (1975): “lamentablemente, en la práctica administrativa esos criterios y requisitos no siempre fueron observados con prudencia, dando lugar así a injustas y generalizadas críticas negativas acerca de la validez constitucional de los expresados reglamentos o decretos”.

Al margen de lo expuesto, continuaremos adelante con nuestro análisis y nos detendremos en los restantes elementos que integran la norma.

Presupuesto habilitante

Como indicamos anteriormente, el artículo señala: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes [...] podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia [...]”. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de este enunciado?

Antes de responder este interrogante, se advierte que nos encontramos ante un enunciado que excluye aquellas situaciones que constituyan meras inconveniencias. Así pues, con esta fórmula, queda descartada toda posibilidad de elegir discrecionalmente, por puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto (Bidart Campos, 2014)². La norma, sin tergiversaciones, categóricamente expresa que esas circunstancias deben hacer “imposible” el trámite ordinario de sanción de las leyes, es decir, que

ni el capricho político, 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. (Basterra, 2011)

En caso de optar por su utilización, el primer mandatario deberá demostrar la imposibilidad objetiva de evitar un daño mayor por otras vías.

Sin embargo, a lo largo del tiempo, los ejecutivos de turno han interpretado que dicha normativa les otorga un amplio margen de discrecionalidad, lo cual difiere profundamente del objetivo principal propuesto por los constituyentes. Es por esto que resulta indispensable determinar el alcance de esta fórmula.

Para comenzar, diremos que la referida redacción representa lo que en la doctrina se conoce como “concepto jurídico indeterminado”, esto quiere decir que la ley hace referencia a una esfera de realidad cuyo límite no aparece bien precisado y que no puede ser conocido *a priori*. Esta imprecisión es justamente aquella que los sucesivos gobiernos utilizaron como medio para hacer uso del instituto ante necesidades relativas o incluso irrisorias que no justificaban su puesta en marcha. Claro está que este tipo de conceptos bajo ningún término

² Véase en el mismo sentido lo decidido en Cooperativa del Trabajo Fast Limitada c/Poder Ejecutivo Nacional - 01/09/2003 - Fallos: 326: 3180. CSJN. Considerando 5 del voto de la mayoría.

autorizan o implican discrecionalidad alguna, simplemente requieren de una compleja tarea interpretativa, la cual fue tomada por la doctrina y principalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dicho al comienzo de este apartado, podría inferirse entonces que el término “circunstancias excepcionales” trae consigo las nociones de “necesidad” y “urgencia”³. Cabe entonces cuestionarse a qué se refieren estos conceptos. Siguiendo al Dr. Bidart Campos, compartimos la idea de que estos dos vocablos califican una situación que excede al voluntarismo subjetivista del presidente de la República y que descarta cualquier apremio basado en su mero interés. Por su parte, la Dra. Basterra (2011) expresa que “necesidad” 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 las 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.

En el mismo sentido que los anteriores autores, el Dr. Balbín (2015) agrega que un acto es necesario cuando la crisis es de suma gravedad y constituye el único medio institucional idóneo para superar la situación excepcional. Está vinculada con las circunstancias extraordinarias (inusuales, imprevisibles o de muy difícil previsión); a su vez el decreto es urgente cuando el Estado debe responder de modo súbito o rápido, es decir que este debe adoptar en términos inmediatos e inaplazables medidas de contenido legislativo y que, en caso de no hacerlo, se causaría un daño sumamente grave (p. 144).

Estos planteamientos nos llevan a pensar que la implementación del decreto de necesidad y urgencia debe acarrear como fundamento la imposibilidad de intervención del

³ “El fundamento jurídico de estos reglamentos es el estado de necesidad y urgencia, lo cual constituye una cuestión de hecho. Pero ha de tratarse de una necesidad y urgencia súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilataciones del trámite legislativo” (Marienhoff, 1965, p. 121).

Congreso o, si este lograre intervenir, su accionar no sería suficiente para enfrentar las consecuencias dañosas que pudieran resultar producto de la incompatibilidad temporal que lleva aparejado el proceso de formación de las leyes con la premura del hecho que se pretende evitar⁴.

En este orden de ideas, ¿ambas nociones deben darse de manera simultánea o, por el contrario, podría ser viable su implementación con solo una de ellas? Creemos que, al igual que la Dra. Cayuso (2005), asignarles carácter alternativo a estos presupuestos a los efectos de su habilitación desnaturaliza la letra y el espíritu con que ha sido admitida la facultad al Poder Ejecutivo, toda vez que la propia norma reconoce en ella la particularidad de ser excepcional. Considerar que pueda darse uno u otro supuesto correspondería de manera implícita otorgar al primer mandatario un peligroso margen de discrecionalidad. Por otro lado, tampoco puede dejarse a un costado la razonabilidad de la medida, la cual tiene su correlato en la proporcionalidad que resulta entre la finalidad y el medio empleado, carácter indispensable para su plena constitucionalidad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema también ha proporcionado su interpretación sobre el presupuesto habilitante: comenzando con el icónico fallo “Peralta” —nombrado en los apartados precedentes—, el alto tribunal lo calificó como “una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas”, adicionando la circunstancia de que el Congreso Nacional no tome decisiones diferentes en asuntos de política económica (considerando 24 del voto de la mayoría). Por otro lado, en el caso “Verrocchi” (CSJN, Fallos, 322:1726), en el que se discutía la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia 770/96 y 771/96, que excluían la percepción de las asignaciones familiares a partir de un monto de retribución determinado, la Corte expresó como requisitos para su

⁴ Al respecto, Rodolfo C. Barra considera que la imposibilidad de seguir el procedimiento ordinario para la sanción de las leyes “no debe ser considerada de una manera absoluta”, lo que lo lleva a sostener que no constituye un requisito *sine qua non* que el Congreso se encuentre sin sesionar, apuntando a “la inconveniencia de aguardar la finalización del debate legislativo”, cuando se generan situaciones “siempre definidas por la necesidad y urgencia de su resolución” (citado por Cassagne, 2004, p. 67, nota 81).

admisibilidad la concurrencia de dos situaciones: que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, es 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 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 leyes⁵.

En el precedente “Risolia de Ocampo” (CSJN, Fallos, 323:1934), el Tribunal reconoce como carácter indispensable para la validez de los decretos de necesidad y urgencia la existencia de una afectación directa a los intereses generales de la sociedad, y no de determinados individuos, en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (situación que no fue cumplida en este caso). En el mismo sentido, la Corte se expresó en “Leguizamón” (CSJN, Fallos, 327:5559), donde la situación de crisis del Instituto demandado y la afirmación de que “es necesario tomar drásticas medidas” no deja de ser la crisis de un sector, por lo que en modo alguno justificaría que el Poder Ejecutivo Nacional ejerza una facultad extraordinaria, cuyo fundamento de hecho está dado por una situación de necesidad y emergencia que comprometa a la sociedad en su conjunto.

Entendemos que el presupuesto fáctico (necesidad y urgencia) debe ser real, susceptible de comprobación y de una magnitud tal que afecte a toda la sociedad, y no solo a un grupo o sector de esta⁶. Algunos autores agregan también el carácter público y notorio de

⁵ Verrocchi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo Nacional, op. cit., considerando 9 del voto de la mayoría. Véase en el mismo sentido Cooperativa del Trabajo Fast Limitada c/Poder Ejecutivo Nacional, op. cit., considerando 5 del voto de la mayoría.

⁶ La Constitución no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia pública en la sociedad: No basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional. Si la emergencia no existe, o lo que el reglamento resuelve nada tiene que ver con la emergencia, entonces es inconstitucional sin necesidad de recurrir a los nuevos textos constitucionales (Gordillo, 2017, p. VII-28).

las nombradas circunstancias excepcionales, pues consideran que la evidencia y ostensibilidad del riesgo implicado configura un argumento difícilmente rebatible desde una perspectiva que contemple con criterio realista la preservación de las instituciones democráticas (Comadira, 2012).

Es por todo lo expuesto que consideramos como “circunstancias excepcionales” a aquella situación de extrema necesidad que coloque a toda la sociedad en grave riesgo social o en una posición donde la subsistencia del Estado se vea atacada. De ahí que el Poder Ejecutivo requiera emitir razonable e inevitablemente una respuesta con celeridad, a causa de la urgencia que esta circunstancia demanda.

En consecuencia, si esta situación extraordinaria, en los términos descriptos, no existiera realmente, sin lugar a dudas dicho acto se encontraría viciado y, por lo tanto, susceptible de ser aplicada la sanción de nulidad absoluta e insanable, según el propio precepto constitucional⁷. Aun mediando estas circunstancias, tampoco sería viable este instrumento en determinadas materias, como se verá seguidamente.

Un claro ejemplo de la jurisprudencia sobre la inexistencia de la situación fáctica es lo decidido en el precedente “Video Club Dreams”, en el que el alto tribunal asumió la obligación de verificar si la situación de emergencia que justificaba la adopción de los decretos de necesidad y urgencia efectivamente existía, dejando de lado toda consideración en torno a la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida. La Corte consideró, en el caso concreto, que los motivos que impulsaron el dictado de los decretos 2736/91 y 949/92 no se exhiben como respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas. Es más, no se puso en evidencia que las medidas impugnadas obedecieran a factores que comprometían el desarrollo económico del Estado. Sus

⁷ Si ese estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de “causa”. Precisamente, la inexistencia de esa necesidad y urgencia autorizarían al Parlamento a no ratificar o aprobar el reglamento respectivo (Marienhoff, 1965).

argumentos, antes bien, reposan en la actividad de fomento de la cinematografía y la necesidad de proveer de recursos con ese fin (considerando 15 del voto de la mayoría).

Asimismo, en “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” el Tribunal dejó asentado que la mera referencia a una situación de urgencia que habría determinado la “imperiosa” necesidad de sancionar el decreto en cuestión constituye una afirmación dogmática e insuficiente como tal para justificar por sí la emisión de disposiciones de carácter legislativo en los términos del art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional (considerando 7 del voto de la mayoría). En idéntico sentido, esta circunstancia puede comprobarse en las causas “Sallago” (CSJN, Fallos, 319:2267) y “Manna” (CSJN, Fallos, 323:3899), donde —más allá de que la Corte consideró que las cuestiones federales planteadas vinculadas a la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia se habían tornado insustanciales— los jueces Belluscio y Bossert, en sus respectivas disidencias, consideraron que la mera invocación que los considerandos del decreto hacen de la crisis en la marina mercante nacional no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes en materia laboral.

Límite material

El texto constitucional señala una serie de materias que se encuentran vedadas y sobre las cuales no hay excepcionalidad alguna de la que pueda valerse el Poder Ejecutivo. Es así como se establece un auténtico “límite material”.

Ahora bien, la norma dice: “y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”. Resulta lógico pensar que los constituyentes de 1994 optaran particularmente por estas materias y no otras, habida cuenta de que estas apuntan a la estabilidad del Estado de derecho y al respeto por el principio divisorio de poderes. Sin ir más lejos, en materia penal, la Constitución Nacional en sus

artículos 18 y 19 consagra el principio de legalidad y reserva, respectivamente, a fin de proteger a todos los habitantes de posibles arbitrariedades de los poderes públicos.

Con respecto a la materia tributaria, los artículos 4, 17 y 52 de la ley fundamental atribuyen la facultad de crear tributos exclusivamente al Congreso Nacional a través de ley formal y cumpliendo con el proceso establecido para su correcta sanción, por lo que se instaure así el principio de legalidad tributaria. A pesar de ello, la Corte Suprema tuvo que expresarse en varias oportunidades debido a la intromisión del Poder Ejecutivo en asuntos de esta índole, trasgrediendo la norma constitucional. Al efecto podemos nombrar el precedente “La Bellaca S.A.A.C.” (CSJN, Fallos, 319:3400), en donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 34 del decreto 435/90, en cuanto incrementó la alícuota establecida en el art. 13 de la Ley de Impuesto sobre los Capitales del 1,5 % al 3 %. También tuvo oportunidad de pronunciarse en la causa “Zofracor S.A.” (CSJN, Fallos, 322:3122), en ella se consideró inconstitucional y declaró inválidos los efectos del decreto 285/99 hasta su ratificación por el art. 86 de la ley 25237, teniendo en cuenta que a través de este el Poder Ejecutivo había concedido exenciones impositivas especiales, incluso la autorización a introducir bienes en el mercado interno a otro emplazamiento ubicado en la provincia de la Pampa, perjudicando a una zona franca ubicada en la provincia de Córdoba por la competencia desleal que generaban tales privilegios, entre otros tantos precedentes.

En lo que respecta al sistema electoral, es razonable que esta materia se encuentre dentro de las excluidas para la emisión de los decretos de necesidad y urgencia, ya que este resulta indispensable para el pleno ejercicio de los derechos políticos. Junto a los partidos políticos —considerados por la misma constitución como “instituciones fundamentales del sistema democrático”— constituyen las bases que sostienen la organización política del país y, por lo tanto, no cabría otra posibilidad de modificación más que por una ley en sentido formal.

Todas aquellas materias que no estén comprendidas en las ya nombradas, en principio, ingresarían dentro de la esfera de lo permitido. Sin embargo, hay muchas otras que no se encuentran contenidas explícitamente en la norma, más por la relevancia de los intereses que protegen revisten crucial importancia, como puede ser, a modo de ejemplo, la soberanía nacional o la integridad territorial del Estado. Es por esto último que consideramos preciso cuestionar si la técnica legislativa utilizada resultó suficiente para resguardar y, efectivamente, limitar el accionar del Poder Ejecutivo.

Es así que los constituyentes de 1994 se hallaron frente a cuatro posibles opciones: a) precisar únicamente las cuestiones que puede legislar el Poder Ejecutivo; b) especificar las materias en las que puede recaer y definir las vedadas; c) omitir todo tipo de límites materiales y otorgar simplemente la facultad, o d) establecer la prohibición de algunas materias. Está claro, según evidencia el texto constitucional, que aquellos se inclinaron por esta última alternativa. Ahora bien, ¿es la más adecuada? ¿Fue acertada esa elección?

Para responder a ese interrogante, en primer lugar, nos parece valioso observar las soluciones del derecho comparado. Al efecto, algunas constituciones que incorporaron el instituto también optaron —al igual que el caso argentino— por vedar ciertas materias sobre las cuales el Poder Ejecutivo no pudiera inmiscuirse; este es el caso de la Constitución española de 1978⁸. Asimismo, otras cartas fundamentales, además de especificar las materias prohibidas, determinaron aquellas que pueden recaer dentro de la órbita de la norma; entre ellas puede mencionarse la Constitución Política de Colombia⁹. Por último, algunas de ellas prefirieron solo hacer mención de las materias en las que el Ejecutivo estuviese habilitado para ello, como es el caso de la Constitución Política del Perú¹⁰.

En nuestra opinión, y respondiendo al interrogante en cuestión, creemos que la técnica legislativa utilizada en la reforma deja peligrosamente abierta una extensa cantidad de

⁸ Véase el artículo 86 incisos 1, 2 y 3.

⁹ Véase los artículos 212, 213, 214 y 215.

¹⁰ Véase el artículo 118 inc. 19.

materias posibles que son susceptibles de ser aprovechadas por el Poder Ejecutivo vía decreto. Por lo tanto, mejor hubiese sido que el texto constitucional señale expresamente qué y cuáles son viables, añadiendo explícitamente la prohibición de su dictado en ciertas materias que no hayan sido habilitadas a tal efecto.

Requisitos formales

La Constitución Nacional hace referencia a ciertos requisitos formales que necesariamente deberán cumplirse si lo que se busca es justificar adecuadamente la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que se pretenda dictar.

Así pues, el texto constitucional nos dice:

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. (Artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional)

Ante todo, es necesario aclarar que la emisión de un decreto de necesidad y urgencia es inevitablemente un acto complejo. Esto es así debido a que para su formación y correcta validez debe conjugarse la voluntad del Poder Ejecutivo —llámese también presidente de la Nación y Gabinete de ministros— con la posterior ratificación por parte del Poder Legislativo.

Una primera observación con respecto a la forma es lo relativo al sujeto habilitante para dictar este tipo de reglamentos. Sin lugar a dudas, la norma está dirigida exclusivamente al presidente, el cual goza de la facultad en forma privativa e indelegable y, por lo tanto, no podrá bajo ningún término transferirla a otro funcionario. Con respecto a este punto, hay un casi pleno consenso entre la doctrina, con excepción de Balbín (2015), para el cual esta atribución puede ser delegada en cabeza del jefe de Gabinete (pp. 145 y 146), posición que no compartimos.

Como bien dice el precepto constitucional, deberá ser decidido en acuerdo general de ministros y refrendarlo conjuntamente por el jefe de Gabinete. Se presentan varias cuestiones al respecto: ¿Qué características tiene este acuerdo? ¿Cuál es el *quorum*? ¿Representa efectivamente una limitación?

A propósito del refrendo requerido, este surge no solo del artículo en análisis, sino también de las propias atribuciones que la Constitución le ha asignado al jefe de Gabinete en su artículo 100 inc. 13.

En cuanto a las características, seguimos el criterio del Dr. Gordillo (2017), el cual considera que este acuerdo en primer lugar debe darse antecedido por un real y verdadero debate en el seno del Gabinete, no basta con simplemente juntar las firmas. Para el control judicial y de la opinión pública en relación con la veracidad de la existencia de esta sesión, creemos que ella debiera estar abierta al público y a la prensa (p. VII-30).

Acerca del *quorum* necesario, la norma no especifica ninguno en particular. Podrían darse dos posibilidades: una simple mayoría, y por lo tanto bastaría con solo conseguir el acuerdo de la mayor parte de los ministros, o unanimidad. Por nuestra parte consideramos que esta última opción resulta la más apropiada, ya que reforzaría la idea de excepcionalidad y restricción en el dictado de estos reglamentos. No obstante, en la práctica, la Comisión Bicameral Permanente 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 (Basterra, 2011).

Por último, respecto a si realmente se configura o no una limitación al Poder Ejecutivo en cuanto al trámite para su formación, consideramos que la respuesta es negativa. Como hemos mencionado, el primer mandatario tiene la facultad de remover a sus ministros—incluso al jefe de gabinete— en caso de que alguno de ellos se niegue a refrendar el decreto, y es por esto último que no podría considerarse un verdadero límite, dado que en cabeza del presidente no recae ningún tipo de obstáculo.

Seguidamente, el texto nos presenta como siguiente requisito formal un plazo de 10 días para que el jefe de Gabinete eleve el decreto a consideración de la Comisión Bicameral Permanente y esta, a su vez, en el mismo plazo, eleve su dictamen para ser considerado por cada una de las Cámaras del Congreso. En lo que respecta a la composición de la Comisión Bicameral y al control político de estos decretos, será analizado en los próximos apartados.

Sobre el nombrado plazo, por nuestra parte consideramos que los días deberán contarse de corrido y no como días hábiles. La sencilla razón de esto se centra en que de esta manera se justificaría la excepcionalidad de la medida, en caso contrario, podrían peligrosamente dilatarse los tiempos necesarios para poner en estudio el reglamento y su posterior ratificación o rechazo por parte del Poder Legislativo. Este asunto será retomado en lo sucesivo.

Como último requisito formal implícito, encontramos la incorporación expresa de las razones que justifican el ejercicio de esta potestad, ya que la fundamentación de los actos de gobierno hace a la forma republicana y elimina las posibles arbitrariedades o abusos en que podrían incurrir los órganos estatales, sin perjuicio de su potencial revisión judicial en caso de requerirse, puesto que la simple enunciación dogmática no es suficiente, sino que estas

deben existir efectivamente. Esta cuestión fue tratada con mayor profundidad en los apartados precedentes, a los cuales nos remitimos.

Control político

En cuanto al control político, el artículo en estudio configura el órgano encargado de dictaminar sobre la procedencia o improcedencia de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y la promulgación parcial de leyes¹¹: la Comisión Bicameral Permanente.

Pese a que en los próximos apartados se analizará todo lo relativo a la profundidad del tema, no queremos dejar de nombrar algunas cuestiones. En primer lugar, aclarar que este tipo de reglamentos tiene claro contenido legislativo, y es por eso que, en definitiva, su eficacia posterior dependa de la ratificación por parte del Congreso. En segundo lugar, y en relación con lo primero, esta convalidación por el Poder Legislativo a través de una ley no subsana de ninguna manera aquellos decretos que fueran inconstitucionales desde su origen, en todo caso, siempre se tendrá la posibilidad de ser revisado judicialmente, ya que la inexistencia o ineficacia del control político no releva la función jurisdiccional de los tribunales¹².

Para finalizar, destacamos nuevamente la desprolija técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo, teniendo en cuenta que, en definitiva, se ha postergado la regulación del trámite y alcance del control a una ley especial. Esta riesgosa medida dejó a merced del arbitrio legislativo su dictado, pudiéndose de este modo retrasar y así despojar del efectivo control político requerido por la propia norma constitucional¹³.

Control judicial

La participación de los tribunales ha sido fundamental en lo que respecta a la limitación de los decretos de necesidad y urgencia. Al margen de eso, y en sentido contrario,

¹¹ Véanse los artículos 76 y 80 de la Constitución Nacional.

¹² Vgr. véase lo resuelto en Spak de Kupchik, Luisa y otro c/Banco Central y otro. op. cit.

¹³ “No hace a la congruencia del diseño constitucional que, mientras se dispone la habilitación de facultades por una norma superior, se pretenda limitar estas facultades con controles sujetos a disposiciones de una norma inferior” (Salvadores de Arzuaga, 1996, p. 105).

uno de los principales problemas en torno al abuso de esta potestad del Poder Ejecutivo fue la tolerancia del alto tribunal en asuntos de trascendencia institucional, como hemos mencionado con anterioridad.

Aun así, en principio, la ausencia prolongada de una ley especial que regule el alcance y trámite para su revisión dentro de la esfera política ha resaltado la importancia del control judicial. Cabe aclarar que la posterior sanción de esta ley no limitó en absoluto las facultades atribuidas al Poder Judicial para verificar la concurrencia de los elementos necesarios que justificarían la constitucionalidad de estos reglamentos. Asimismo, es incorrecto creer que el ejercicio amplio de este control incurre en competencias propias del Poder Legislativo, ya que el control de constitucionalidad de las normas es atribución exclusiva del Poder Judicial, siendo parte integrante de la llamada zona de reserva de la justicia.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia no siempre ha tenido un criterio uniforme en torno a la verificación de los presupuestos que integran este instituto jurídico¹⁴. Comenzando con el caso “Peralta”, el Tribunal se vio inclinado a favor de una revisión más amplia que incluía al presupuesto fáctico, el que, según su apreciación en el caso concreto, era palpable al momento de ser dictado el decreto 36/90. Con el mismo criterio, la Corte se pronunció en “Video Club Dreams”, examinando el estado de emergencia al cual se hacía alusión.

Diferente situación se observó en el caso “Rodríguez” (CSJN, Fallos, 320:2851), donde el alto tribunal, con un desfavorable cambio de criterio, sostuvo que el Poder Judicial solo está habilitado para verificar si efectivamente se ha cumplido con los requisitos formales, excluyendo de esta forma el control sobre las circunstancias de hecho, por considerar que se trata de una “cuestión política no justiciable”, la cual solo resulta revisable por el Poder Legislativo.

¹⁴ Para un análisis más amplio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de control jurisdiccional de los decretos de necesidad y urgencia, véase Balbín (2015, pp. 152 y ss.).

El caso “Verrocchi” constituye un precedente muy importante en lo concerniente al control jurisdiccional de los decretos de necesidad y urgencia. En primer lugar, reafirma nuevamente el criterio de revisión amplio de la Corte y, en segundo lugar, plantea parámetros más definidos con relación a las circunstancias en las que se configura el presupuesto habilitante. También es destacable considerar que para ese entonces (1999) aún no había sido reglamentada la norma constitucional en cuanto al trámite y alcance del control político, es por ello que la Corte consideró que esta circunstancia reivindicaba y confirmaba un riguroso control de constitucionalidad por parte de los jueces.

Más cercano a nuestro presente (2010), en el caso “Consumidores Argentinos” (CSJN, Fallos, 333:633), el tribunal confirma el control de constitucionalidad amplio, declarando inconstitucional el decreto 558/2002 por considerar que modificaba sustancialmente la ley de entidades de seguros, sin haberse cumplido los requisitos necesarios para dictar normas de ese tenor por parte del Poder Ejecutivo. Sostuvo como fundamento que si la Corte, en ejercicio de la facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente “Ercolano” (CSJN, Fallos, 136:161) la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad —esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad—, con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de la circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen¹⁵.

Por último, en el precedente “Aceval Pollacchi” (CSJN, Fallos, 334:799) (2011) la Corte consideró constitucional el decreto de necesidad y urgencia por el cual se prorrogó a los empleadores la obligación de abonar a los trabajadores despedidos el doble de la

¹⁵ Consumidores Argentinos, op. cit. Véase el considerando 11 del voto de la mayoría.

indemnización que les hubiera correspondido conforme a la legislación laboral. Para llegar a este resultado, el tribunal evaluó la real existencia de una circunstancia de emergencia que configurara la debida necesidad y urgencia justificante del acto; descartó la existencia de vicios en sus requisitos formales, como también su inclusión dentro de las materias vedadas; y finalmente el pertinente control de razonabilidad.

Por nuestra parte, creemos que indudablemente el Poder Judicial debe realizar un control jurisdiccional amplio en torno a los decretos de necesidad y urgencia. Este control integra no solo la verificación del cumplimiento de los requisitos formales y el trámite a seguir, sino también la existencia de las situaciones de necesidad y urgencia, como el control de razonabilidad. Por lo tanto, todo aquel reglamento dictado a razón de las facultades que otorga el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional deberá superar el test de constitucionalidad con el alcance descripto¹⁶.

IV. Análisis de la Ley 26122

Durante un largo tiempo, el control parlamentario encomendado por mandato constitucional al Congreso no fue ejercido en forma plena. Esta vigilancia, se vio supeditada a la posterior sanción de una ley especial que estableciera los parámetros de su alcance, norma que tardaría nada menos que 12 años para su efectiva aparición dentro del mundo jurídico. Sin lugar a dudas, esta circunstancia ha demostrado la propia ausencia de voluntad política para controlar al Poder Ejecutivo. En la práctica, esta situación representó no solo sustraer a este tipo de reglamentos de su debido control, sino que también ha llegado a condicionar el obrar de los tribunales, como hemos hecho referencia en relación con el caso “Rodríguez”.

¹⁶ En el mismo sentido, véase Bidart Campos (2014); Gordillo (2017).

Cabe destacar también que, a su injustificada demora, se agrega la falta de eficacia en el mecanismo de control que establece la norma reglamentaria. Lamentablemente, la técnica legislativa utilizada ha resultado confusa, contradictoria o desventajosa en algunos aspectos, culminando nuevamente en una oportunidad perdida por parte del Poder Legislativo para limitar realmente las facultades extraordinarias del presidente.

Aun así, la sanción de la Ley 26122¹⁷ ha significado un gran avance en la materia que aquí respecta. Con sus aciertos y desaciertos, los legisladores marcaron un valioso antecedente normativo, y aún más importante, saldaron una grave deuda con la república. Aclarados estos puntos, continuaremos con el análisis propiamente dicho.

Para comenzar, la norma expresa en su artículo primero que tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo, entre ellos, los decretos de necesidad y urgencia, los dictados por delegación legislativa y la promulgación parcial de leyes.

Seguidamente, en su Título II, regula la “Comisión Bicameral Permanente”, la cual constituye el único mecanismo auténtico de control político. Por esta razón, le otorga competencia para pronunciarse respecto a los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo y la promulgación parcial de leyes.

Este órgano está integrado por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de las representaciones políticas. Detengámonos sobre esta cuestión: ¿realmente se respetan las proporciones tal y como lo consagra la Constitución Nacional con esta composición? Ciertamente, a nuestro entender, la configuración actual de integrantes ha generado una evidente desproporción en la representación política, sobre todo en la Cámara de Diputados. La consecuencia directa de esta circunstancia radica, principalmente, en

¹⁷ Ley 26122, sancionada el 20/07/2006, BO. 27/07/2006.

desprobeer a las minorías de su efectiva participación, siendo que estas cumplen un papel fundamental en el control de la gestión del Ejecutivo.

Sus integrantes duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos. Con respecto a sus autoridades, son elegidos anualmente y pueden ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponde un año a cada Cámara.

En lo que se refiere a su funcionamiento, la Comisión cumple funciones aun durante el receso del Congreso de la Nación y sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros. Tiene la obligación de emitir dictámenes que versarán expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, en ellos se expedirá acerca de la validez o invalidez del decreto y lo elevará al plenario de cada Cámara. En cuanto a su forma, deben estar compuestos por la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de uno con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente. Es valioso aclarar que la opinión emitida por la Comisión en sus dictámenes no es vinculante para las Cámaras del Congreso.

En cuanto al trámite parlamentario, este se encuentra contenido en su Título III, capítulo IV. Según el artículo 99 inc. 3, el jefe de Gabinete personalmente y dentro de los diez días someterá el decreto de necesidad y urgencia a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. Ahora bien, ¿días corridos o hábiles? Esta circunstancia no surge del texto constitucional, como tampoco de su ley reglamentaria. En nuestra opinión, estos deberán ser corridos. Su fundamento radica en el carácter excepcional del instituto, ya que, de otra forma, los plazos podrían extenderse de manera alarmante, perdiendo el sentido de celeridad que lleva ínsito el control de estos reglamentos.

Contrariamente, la norma reglamentaria plantea que bajo el supuesto de que el jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta la ley, dicha Comisión se avocará de oficio a su tratamiento, contando para ello con el plazo de diez días hábiles para dictaminar, que se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de Gabinete. Si el funcionario pone en consideración el decreto dentro del plazo, la Comisión contará con el tiempo establecido, a partir del día en que efectúa la presentación. A esta situación puede atribuírsele idénticos fundamentos a los vertidos en relación con el plazo que posee el jefe de Gabinete para poner en consideración el decreto, con la sustancial diferencia de que la norma, en este caso particular, instituye explícitamente días hábiles. Solución que, a nuestro parecer, es totalmente errónea.

La Comisión elevará su despacho al plenario de cada una de las Cámaras. Si una vez vencido el plazo, el dictamen no fue puesto en consideración, estas pueden avocarse de oficio al tratamiento del decreto de que se trate.

Una vez que el reglamento se encuentra en el plenario de cada una de las Cámaras, deberán darle inmediato y expreso tratamiento. Estas se pronunciarán mediante sendas resoluciones, las que de forma expresa deberán inclinarse por la aprobación o rechazo del decreto en análisis. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.

Se presentan varias cuestiones al respecto: en primer lugar, la ausencia de plazo determinado que poseen las Cámaras para expedirse. En ese sentido, el texto constitucional y la norma en análisis solo expresan que deberá efectuarse en forma “inmediata”. Tal circunstancia deja abierta la posibilidad discrecional de los legisladores en dilatar la decisión del Congreso y, con eso, obstaculizar el debido control.

A esta situación, se le adiciona que dicha decisión será de forma expresa. Con esto, los legisladores intentaron pronunciarse en oposición a la doctrina instaurada por el fallo “Peralta”, donde la aprobación o acuerdo podía configurarse tácitamente cuando el Congreso se abstuviera de emitir leyes que fueran contrarias a lo resuelto por el decreto.

En razón a lo expuesto en el párrafo anterior, actualmente no solo la aprobación, sino también el rechazo deberán realizarse con esta modalidad. Pero aquí la crítica: ¿qué sucede con el no tratamiento de las Cámaras? ¿En qué sentido debe ser tomado el silencio legislativo? ¿Es adecuado este sistema? Para responder a estos interrogantes, primero debemos aclarar que la doctrina se ha expresado en distintos sentidos sobre la base de esta problemática¹⁸, pero a nuestro entender, la realidad solo demuestra una cosa: la inexistencia de un plazo determinado, más la vigencia indeterminada de los decretos mientras las Cámaras no se pronuncien expresamente en uno u otro sentido, operan en los hechos como una convalidación tácita, en contraposición a lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. En rigor, hubiese sido mejor que la norma fijara un plazo para que las Cámaras emitieran su decisión y, al mismo tiempo, se admitiera el rechazo tácito, en miras de establecer una garantía que resguardara el efectivo control de los decretos de necesidad y urgencia frente al arbitrio legislativo.

En segundo lugar, advertimos que ninguna de las Cámaras tiene prioridad en el tratamiento de estos decretos, por el contrario, lo hacen en paridad de condiciones. El tratamiento será paralelo y no sucesivo, apartándose del modelo previsto para la sanción de leyes. Su fundamento radica en la necesidad de abreviar los tiempos tendientes a obtener un pronunciamiento expedito del parlamento. Por eso, la norma prevé que las Cámaras deberán informarse entre sí sobre su decisión inmediatamente, cometiendo el mismo error descripto

¹⁸ Por un lado, las posturas que consideran al silencio legislativo en sentido negativo, entre otros, a modo de ejemplo, Gordillo (2017); Quiroga Lavié (1994); Balbín (2015). En sentido afirmativo, Marienhoff (1965); Comadira (2012).

en el párrafo anterior. Al respecto, compartimos idénticos fundamentos y soluciones, a las cuales nos remitimos.

Continuando con el análisis, la norma determina la prohibición de 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. Esto se relaciona con el tipo de disposición que emiten las Cámaras, ya que estas se pronuncian mediante “sendas resoluciones”.

Antes de seguir con el trámite parlamentario, hagamos una breve referencia relativa a la vigencia de los decretos mientras dure el nombrado procedimiento. Según la ley, estos reglamentos tienen vigencia hasta tanto no sean rechazados explícitamente por el Poder Legislativo. Por lo tanto, el decreto podría existir y producir efectos hasta tanto el Congreso decida pronunciarse por su rechazo, y como bien hicimos notar, esta circunstancia podría postergarse indeterminadamente. Aquí la principal crítica que se presenta: su vigencia en sí misma, a nuestro entender, es una consecuencia directa y necesaria de generar seguridad jurídica a los habitantes que puedan haber sido beneficiados con el dictado del reglamento, y por lo tanto acertada, pero la ausencia de plazo que obligue a las Cámaras a pronunciarse abre una puerta hacia la posibilidad de legislar por decreto por parte del Poder Ejecutivo, la cual es difícil de cerrar.

Ahora bien, retomando el examen, la ley reglamentaria expresa que para rechazar el decreto de necesidad y urgencia ambas Cámaras deberán pronunciarse en ese sentido, dando como resultado su derogación y quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. A simple vista puede observarse un primer defecto: ¿ambas Cámaras deben rechazarlo? ¿Qué sucede si una lo aprueba y la otra lo rechaza? La solución que introdujeron los legisladores resulta carente de lógica, ya que, comparativamente, es más fácil rechazar un proyecto de ley que un decreto del Poder Ejecutivo en uso de potestades extraordinarias.

Además de lo expuesto, es razonable pensar que para que exista un asentimiento pleno del Congreso, es necesario que ambas Cámaras aprueben el decreto, caso contrario, si una de ellas lo rechaza, nunca podría significar conformidad. La norma ha pecado de confusa e inexacta, siendo contraproducente para el control parlamentario y favoreciendo así el abuso de la figura por parte de los sucesivos titulares del Poder Ejecutivo.

Otra crítica que presenta el artículo es lo relativo a los efectos del rechazo. Como bien dice la norma, el pronunciamiento de las Cámaras en ese sentido tendrá efectos derogatorios, por lo que quedarán a salvo los derechos adquiridos en todos los casos. Ante este panorama: ¿es acertada esta solución? A nuestro parecer, y siguiendo al Dr. Balbín (2015), creemos que la norma no distingue entre los efectos en caso de que el rechazo responda a una situación de oportunidad, mérito o conveniencia o si se trata de defectos o incumplimientos de las previsiones constitucionales: en el primero de los casos tendría efectos hacia el futuro, en el segundo, efectos retroactivos. Si esta diferenciación estuviera plasmada en la norma, consideraríamos que es apropiada, ya que lo que se tiende a alcanzar es la protección jurídica de los derechos que podrían haber sido incorporados a la esfera privada de los habitantes, y respetaría, asimismo, la delicada circunstancia en la que fueron dictados esos decretos.

En este orden de ideas, ¿el Poder Ejecutivo puede vetar la ley que rechace el decreto de necesidad y urgencia? La norma reglamentaria nada dice al respecto. De todas formas, siguiendo un criterio de lógica jurídica, el trámite para la sanción de los decretos de necesidad y urgencia es un acto complejo, es decir, se conjugan la voluntad del Ejecutivo y culmina con la aprobación o rechazo del Legislativo, por lo tanto sería inconcebible que el presidente de la Nación pueda en uso de sus facultades vetar dicha ley, porque, en caso de darse ese supuesto, equivaldría a suponer que este pueda legislar con solo un tercio de los legisladores de una Cámara (Sagües, 1999, p. 610).

Para concluir el análisis, el artículo 26 expresa que las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial.

V. Balance en su funcionamiento actual

Luego de un extenso análisis dirigido principalmente a desentrañar los aspectos normativos de la problemática en cuestión, ahora debemos enfocarnos en la repercusión de todo lo estudiado dentro la realidad actual.

Como primera advertencia es dable reconocer que no resulta acertado cargar únicamente toda la responsabilidad al Poder Ejecutivo de turno. Más bien habría que preguntarse, ante este abuso en su utilización, cuál fue el rol de los restantes poderes frente a esta situación. Esta incógnita ya fue contestada en el desarrollo del presente trabajo. Frente a la abundancia en el dictado de estos reglamentos, se agrega la escasez en el control legislativo y la tolerancia judicial. Entonces, podemos afirmar, siguiendo al Dr. Bianchi (2014), que el problema constitucional de la Argentina no es el texto de la Constitución, sino su incumplimiento.

Haciendo un balance en el tiempo, veremos que todo lo dicho se refleja expresamente: partiendo del año 1994 hasta el 2007, apreciaremos que su utilización se ha visto acrecentada de manera alarmante, con el dictado de más de seiscientos decretos. Luego, más cercano a nuestro presente, desde el año 2007 hasta el 2015, la expresidente de la Nación Cristina Fernández de Kirchner, después de sus dos mandatos, emitió un total de ochenta y dos DNU; su sucesor Mauricio Macri, al concluir el período presidencial en el año 2019, había dictado aproximadamente setenta DNU; y por último, el actual presidente de la Nación Alberto Fernández, transcurriendo su segundo año en el cargo, ha dictado —hasta mayo de 2020— la

totalidad de treinta y ocho DNU¹⁹. Observaremos que, cada vez con más intensidad, los gobiernos utilizan este instituto como herramienta gubernamental, con el fin de satisfacer sus políticas de gobierno y no como instrumento excepcional capaz de sortear los contratiempos que puedan presentarse y que requieran una respuesta inmediata. Lejos de reducir su uso, los titulares del Poder Ejecutivo emplean esta figura de manera indiscriminada y, en muchas oportunidades, trasgrediendo los requisitos esenciales para su emisión. La finalidad que esbozaron los constituyentes en el año 1994, sin lugar a dudas, no pudo concretarse.

VI. Conclusión

A lo largo del presente trabajo, sostuvimos como principal objetivo analizar la figura del decreto de necesidad y urgencia de forma integral, a fin de considerarla desde una perspectiva objetiva que nos permitiera descifrar las particularidades que hacen a su existencia, como también determinar la razón o motivo por el cual los gobiernos de turno abusan de su utilización.

Luego de un extenso recorrido a través de su aparición dentro de la realidad jurídica argentina, las opiniones contrapuestas de la doctrina y jurisprudencia, su incorporación formal en el texto de la Constitución, su regulación normativa y su puesta en práctica por parte de los órganos del Estado, llegamos a la conclusión de que, sin lugar a dudas, este instituto ha provocado una fuerte discrepancia en todos los ámbitos en los que se desarrolla la actividad jurídica, lo que lleva a definirlo como una figura sumamente controversial.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2010). *Decretos de necesidad y urgencia*, 1a ed. Buenos Aires: Secretaría de Jurisprudencia.

[Recuperado 16/06/2019

<https://ftp.justiciachaco.gov.ar/Biblioteca/DECRETOS%20DE%20NECESIDAD%20Y%20URGENCIA/DECRETO%20DE%20NECESIDAD%20Y%20URGENCIA%20-%20JURISPRUDENCIA%20DE%20LA%20CORTE%20SUPREMA%20DE%20LA%20NACION.pdf>

(Recuperado 13/09/2020 <http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1454>)

(Recuperado 12/09/2020 <https://www.politicargentina.com/notas/201912/31441-macri-cerro-su-ultimo-ano-de-mandato-dictando-dos-dnu-por-mes.html>)

(Recuperado 12/09/2020 <https://www.politicargentina.com/notas/201912/31441-macri-cerro-su-ultimo-ano-de-mandato-dictando-dos-dnu-por-mes.html>)

En esencia, su existencia es positiva. Esta circunstancia la hemos hecho notar en toda nuestra exposición: así pues, contando con los límites bien establecidos, cumplidos todos y cada uno de sus requisitos —tanto formales como sustanciales— la finalidad perseguida por estos reglamentos es considerablemente importante e indispensable en determinadas situaciones, toda vez que constituyen el remedio perfecto ante circunstancias de extrema necesidad. Su efectiva regulación no ha generado más que un avance en lo que respecta al reconocimiento de una realidad imposible de eludir.

Sin embargo, varios son los factores que han influido para transformar esta realidad. En primer lugar, la deficiente técnica legislativa que presentó la confección el artículo 99 inc. 3 de la Constitución reformada; en segundo lugar, las faltas e imperfecciones contenidas en la ley reglamentaria que regularía el trámite y alcance del control político; en tercer lugar, la tolerancia judicial que demostró la Corte Suprema de Justicia ante los distintos casos en donde los intereses del Ejecutivo se encontraban más comprometidos; y por último, la utilización indiscriminada por parte de los consecutivos gobiernos constitucionales, lo que proyectó una imagen desfavorable.

Creemos firmemente que un cambio en la actitud de aquellos que detentan el poder, apelando al carácter ético y honorable que demanda el ejercicio de la función pública, genere en estos la posibilidad de discernir correctamente cuál es el camino más respetuoso del sistema republicano, siempre dentro de un marco de legalidad que justifique realmente su procedencia y constitucionalidad, para que de una vez por todas se termine con esta nociva costumbre que acecha a nuestro país.

Referencias bibliográficas

BADENI, G. (2014). Reforma constitucional de 1994. *Revista Pensar en Derecho*, año 3, n°

- BALBIN, C. (2015). *Manual de derecho administrativo*, 3ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- BASTERRA, M. (2011). El alcance del control en materia de decretos de necesidad y urgencia. Estándares actuales, *Revista áDA Ciudad*, n° 4.
- BIANCHI, A. (2010). Del abuso de los decretos de necesidad y urgencia y de su falta de control efectivo, *La Revista - Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, RCA 70/71-23.
- BIANCHI, A. (2014). *Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*. [Recuperado 10/06/2019 URL: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/alberto_bianchi_-_discurso_de_incorporacion_a_la_academia_nacional_de_ciencias_de_buenos_aires_version_final.pdf]
- BIDART CAMPOS, G. (2005). *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II-B. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- BIDART CAMPOS, G. (2014). *Manual de la constitución reformada*, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- CASSAGNE, J. (1991). Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia, *Revista La Ley*, noviembre de 1991.
- CASSAGNE, J. (1998). *Derecho administrativo*, 6ª edición actualizada, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- CASSAGNE, J. (2004). Potestad reglamentaria y reglamentos de Necesidad y Urgencia, *Revista de la Administración Pública*, n° 309, junio de 2004.
- CAYUSO, S. (2005). *Los decretos de necesidad y urgencia. Texto constitucional vs. Praxis constitucional*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

COMADIRA, J. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2010). *Decretos de necesidad y urgencia*, 1a ed. Buenos Aires: Secretaría de Jurisprudencia.

GORDILLO, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo*, 1ª edición, 1ª reimpresión, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Fundación de derecho administrativo.

QUIROGA LAVIÉ, H. (1994). Decreto de necesidad y urgencia en la reforma de la constitución nacional, *Revista La Ley*, 1994.

MARIENHOFF, M. (1965). *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

MARIENHOFF, M. (1975). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

SAGÜES, N. (1999), *Elementos de derecho constitucional*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea.

SALVADORES DE ARZUAGA, C. (1996). Los controles institucionales en la Constitución reformada, *Revista Jurisprudencia Argentina*, n° 5974, 28 de febrero de 1996.

Apartado normativo

Constitución Nacional Argentina

Constitución española de 1978

Constitución política de Colombia

Constitución política del Perú

Ley 26122, sancionada el 20/07/2006, BO. 27/07/2006

Apartado de jurisprudencia

“Aceval Pollacchi” (CSJN, Fallos, 334:799)

“Berkley International A.R.T. S.A.” (CSJN, Fallos, 323:3770)

“Consumidores Argentinos” (CSJN, Fallos, 333:633)

“Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” (CSJN, Fallos, 326:3180)

“Ercolano” (CSJN, Fallos, 136:161)

“La Bellaca S.A.A.C.” (CSJN, Fallos, 319:3400)

“Leguizamón” (CSJN, Fallos, 327:5559)

“Manna” (CSJN, Fallos, 323:3899)

“Peralta” (CSJN, Fallos, 313:1513)

“Porcelli” (CSJN, Fallos, 312:555)

“Risolia de Ocampo” (CSJN, Fallos, 323:1934)

“Rodríguez” (CSJN, Fallos, 320:2851)

“Sallago” (CSJN, Fallos, 319:2267)

“Spak de Kupchik” (CSJN, Fallos, 321:366)

“Verrocchi” (CSJN, Fallos, 322:1726)

“Video Club Dreams” (CSJN, Fallos, 318:1154)