

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

A 25 años

Mauro Benente
(compilador)



Agostina Daniela González - Ana María Bestard - Andrés Rosetti -
C. Ignacio Giuffré - Facundo Capurro Robles - Federico G. Thea -
Fernando Braccacini - Gerardo Tripolone - Gonzalo Sebastián
Kodelia - Isaías Losada Revol - José María Salgado - Juan Seda -
Liliana Ronconi - María Valeria Berros - Mauro Benente - Mishkila
Rojas - Nicolás Diana - Sebastián Linares - Sergio Sebastián
Barocelli - Silvina Zimmerman

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

A 25 años

Mauro Benente
(compilador)



Colección **Pensamiento Nacional**

Benente, Mauro

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994 : a 25 años / Mauro Benente. - 1a ed. - José C. Paz : Edunpaz, 2019.

500 p. ; 23 x 15 cm. - (Pensamiento Nacional)

ISBN 978-987-4110-35-0

1. Derecho. 2. Derecho Constitucional. I. Título.

CDD 342.009

1ª edición, septiembre de 2019

© 2019, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2019, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: 978-987-4110-35-0

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: **Federico G. Thea**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Corrección de estilo: **María Laura Romero y Nora Ricaud**

Diseño de colección: **Amalia González**

Arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Ilustración de tapa: (Collage) **Jorge Otermin**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales.

Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Índice

Prólogo <i>Federico G. Thea y Mauro Benente</i>	11
El pueblo delibera y gobierna. En defensa de la regulación de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas <i>Sebastián Linares y C. Ignacio Giuffré</i>	23
La reforma constitucional de 1994 y la participación de las mujeres en cargos de decisión: logros y desafíos <i>Liliana Ronconi y Agostina Daniela González</i>	53
Selección y disciplina de jueces y juezas. Notas críticas sobre el Consejo de la Magistratura <i>Mauro Benente</i>	73
Repensar al Ministerio Público Fiscal en clave democrática <i>Fernando Braccacini</i>	105
Decretos de necesidad y urgencia: debates doctrinarios y realidad constitucional <i>Ana María Bestard</i>	143

Que el presidente legisle. Decretos delegados o el modo en que el Congreso declara su incapacidad <i>Gonzalo Sebastián Kodelia</i>	169
Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional <i>Gerardo Tripolone</i>	207
El dominio de los recursos naturales en la Constitución de 1994 (en particular, los hidrocarburos) <i>Nicolás Diana</i>	233
El olvido del poder económico en la reforma constitucional de 1994 <i>Mauro Benente</i>	265
Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos <i>Federico G. Thea e Isaías Losada Revol</i>	293
Los derechos económicos, sociales y culturales y la reforma de 1994: pasaron 25 años y... <i>Andrés Rosetti</i>	337
El recorrido del (des)amparo colectivo en el ámbito federal <i>José María Salgado</i>	351
Medidas de acción positiva para las personas con discapacidad <i>Juan Antonio Seda</i>	385
Los derechos de los consumidores y usuarios. A 25 años de la reforma constitucional de 1994 <i>Sergio Sebastián Barocelli</i>	407

**Los derechos de los pueblos indígenas
en Argentina post reforma constitucional de 1994:
una relación en conflicto y en cuestión**

Silvina Zimmerman, Mishkila Rojas y Facundo Capurro Robles 435

**Depende del lente con que se mire:
derecho a un ambiente sano en Argentina**

María Valeria Berros 467

Sobre los autores y las autoras 491

Decretos de necesidad y urgencia: debates doctrinarios y realidad constitucional*

Ana María Bestard

1. Nacimiento y desarrollo de los decretos de necesidad y urgencia. Doctrina nacional

Durante el siglo XIX y hasta los años noventa del siglo XX, el instituto de los decretos de necesidad y urgencia (DNU) no estuvo regulado por la Constitución Nacional (CN). Sin perjuicio de lo cual, los diferentes presidentes de la nación, desde el inicio de la organización nacional y hasta la década señalada, hicieron uso del mismo, en forma moderada. Uno de los DNU, firmado por Avellaneda el 4 de junio de 1880, designó asiento de las autoridades de la nación al pueblo de Belgrano; mediante otros DNU, Pellegrini suspendió por tres días los plazos legales y comerciales aludiendo razones de emergencia económica, año 1891. En el siglo XX, Agustín P. Justo, mediante DNU del 28 de noviembre de 1933, modificó el régimen de la moneda y su tipo de cambio. Castillo, en 1941, dispuso, por DNU, la disolución del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires. Perón nacionalizó la Unión Telefónica y los Ferrocarriles. Frondizi, mediante DNU, estableció el estado de sitio, creó empresas estatales para la explotación del carbón y energía eléctrica. Asimismo, implementó el Plan CONINTES, y también ordenó una intervención provincial sin participación del Poder Legislativo (PL). Arturo Illia, en 1963, resolvió por DNU la nulidad de los contratos petroleros con empresas extranjeras. Isabel Martínez de Perón, en 1975, dictó el DNU N° 261/75 que implementó el procedimiento conoci-

* Este trabajo recoge partes de "Los decretos de necesidad y urgencia y el estado constitucional de derecho en la Argentina. Reglamentación por DNU de los derechos sociales en el período 2003-2011", en http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsd/collect/posgrauba/index/assoc/HWA_2448.dir/2448.PDF

do como “Operativo Independencia”, y el DNU N° 807/75, reglamentario del derecho de opción para salir del país durante el estado de sitio (Ávalos, 2011).

En resumen, desde la sanción de la CN hasta la administración de Alfonsín inclusive, descontando obviamente las medidas de los gobiernos de facto, los autores coinciden en que se dictaron aproximadamente veinticinco DNU. Alfonsín dictó alrededor de diez, aunque sobre muy diversas materias: por el DNU N° 901/84 trasladó el feriado nacional del 2 de abril—establecido por Ley N° 22769 en conmemoración de la reivindicación de las Malvinas— al 10 de junio. También el DNU N° 154/83, que instauró un régimen provisorio de normalización de las universidades luego ratificado por la Ley N° 23068. Otras medidas resonantes tomadas por DNU fueron la creación del Plan Austral, modificando el signo monetario y la paridad cambiaria (DNU N° 1096/85), y la implantación de la emergencia previsional (DNU N° 2196/86). Asimismo, se dictó el DNU N° 1411/87, por el que se suspendió la intervención al Tribunal de Cuentas, debido a conflictos de orden gremial que alteraban su correcto funcionamiento.

El punto de inflexión, en relación a la cantidad de DNU dictados por el Poder Ejecutivo (PE), lo constituye el presidente Menem, quien, en sus dos períodos, dictó más de quinientos. Recordemos que, en las postrimerías de su primer mandato, se produce la reforma constitucional que reglamenta los DNU mediante el artículo 99 inciso 3° de la CN. Entre otros, estos actos versaron sobre cuestiones de enorme impacto, así el DNU 560/89 que fijó un gravamen de emergencia sobre los activos financieros; el DNU 36/90 que estableció el plan bonex; el DNU N° 34/91 que determinó la suspensión de juicios laborales contra el Estado; el DNU N° 2284/91 de desregulación económica; el DNU N° 2736/91, modificado por el N° 949/92, que estableció un impuesto a la venta o locación de películas exhibidas por televisión abierta, cable o video; el DNU N° 290/95 por el que se ordenó, por razones de emergencia económica, una reducción de salarios de empleados públicos que percibieran un sueldo superior a determinada escala; el DNU N° 925/96 que estableció un régimen de emergencia para el pago de las deudas del Instituto Nacional de Servicios Sociales de Jubilados y Pensionados; los DNU N° 770/96 y 771/96 que excluyeron las asignaciones familiares a aquellos trabajadores que percibieran remuneraciones superiores a cierto monto; los DNU N° 275/97, 500/97 y 827/97, por los cuales se

otorgó la concesión de los aeropuertos argentinos a una empresa privada; el DNU N° 260/97 que estableció la emergencia en la actividad aseguradora del transporte automotor de pasajeros, difiriendo el pago de indemnizaciones; el DNU N° 285/99 que otorgó beneficios aduaneros en favor de la provincia de La Pampa; el DNU N° 1002/99 que ordenó que las empresas de seguridad privada debían constituirse como sociedades comerciales.

Midón rescata que Ferreira Rubio y Goretti, desde la reforma de 1994 hasta agosto de 1998, contabilizaron 137 DNU,¹ pero la importancia de los guarismos pasa a ser escandalosa —explica— si se repara que ninguno de los DNU fue emitido frente a un cuadro de circunstancias excepcionales que imposibilitaran la formación de la ley (Midón, 2001). En los dos períodos de esta administración, con mayoría oficialista en el PL, se hizo uso y abuso de los DNU, aún después de superada la gran crisis ocasionada por la hiperinflación del comienzo de la gestión. En consonancia con lo señalado, el convencional constituyente de 1994, Torres Molina, consideró que en este período se había producido una deformación total de sistema de división de poderes.

Algo similar ocurrió durante el gobierno de Fernando De la Rúa, quien en los cinco primeros meses había dictado 15 DNU, y durante todo su gobierno alcanzó el número de 73. Entre otros, el DNU N° 430/00 por el que se rebajó en un 13 % el salario de los empleados públicos; el DNU N° 846/01 que estableció otra reducción salarial a empleados públicos, por el cual ellos cobraban según el nivel de recaudación alcanzado el mes anterior, y el DNU N° 1570/01 que generó “el corralito financiero”, inmovilizando todos los depósitos del sistema financiero.

En el gobierno de Eduardo Duhalde se emitieron 154 DNU. Citamos, entre ellos, el DNU N° 214/02 que pesificó los depósitos bancarios acorralados por el precitado DNU N° 1570/01, y el DNU N° 558/02 que modificó la Ley N° 20091 de entidades de seguros. Néstor Kirchner, en el 2003 dictó 48 DNU, y finalizó su mandato con 237. Cristina Fernández, en su primera presidencia dictó 34 DNU. Como ejemplos citamos: el DNU 1602/09 que concedió la asignación universal por hijo; el DNU N° 2010/09 que dispuso el pago de parte de la deuda externa con reservas del BCRA; el DNU N° 18/10

1. Desde el 8 de julio de 1989 hasta el 23 de agosto de 1994, Menem dictó trescientos treinta y seis, de acuerdo con datos de Ferreira Rubio y Goretti (1994).

que removió al presidente del BCRA; el DNU N° 615/10 que estableció el 24 de marzo como feriado nacional; el DNU N° 1584/10 que amplió los feriados y días no laborables; el DNU N° 1993/10 que organizó el Ministerio de Seguridad; el DNU N° 192/11 que suprimió la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (ONCCA); el DNU N° 441/11 que otorgó al Estado nacional mayor representación en empresas donde ANSES posee participación accionaria, y el DNU N° 446/2011 del 18 de abril de 2011 que estableció la asignación por embarazo.

En el marco de la Constitución de 1853-60, la mayoría de la doctrina de derecho constitucional estaba en desacuerdo con los DNU (Bidart Campos, 1995; Spota, 1991; González Calderón, 1984; Badeni, 1990). Los principales fundamentos para rechazarlos se basaban en el paradigma liberal individualista de la CN histórica, con predominio de la ley formal. Los DNU representaban una violación de la división de poderes, no solo entre poder constituyente y poderes constituidos, sino también entre los poderes constituidos legislativo y ejecutivo, pues el PE se excedía en las facultades reglamentarias incluidas en el artículo 86 inciso 2 de la CN e incursionaba en la competencia legislativa del PL. Todo lo cual generaba, a su vez, una concentración de poder vedada por el artículo 29 de la CN. Pero la cantidad de los DNU emitidos, y las materias por ellos abordadas, constituyeron una preocupación que desencadenó el debate sobre la necesidad de constitucionalizar dicha facultad presidencial. Quienes se manifestaban en contra de la constitucionalización sostenían que por más restrictiva que fuera la reglamentación del instituto, la fuerza expansiva de los DNU, en los hechos, haría que el PE continuara utilizándolos, con la adhesión del PL con mayoría oficialista. Esta tesis se contraponía a quienes sostenían que la omisión de reglas impedía determinar los excesos reglamentarios del PE. En este sentido, reglar una situación de excepción significaba limitarla (González, 2001; Quiroga Lavié, 1987; Vanossi, 1987; Sagüés, 1985).

Entre los administrativistas, el criterio era otro: la mayoría estaba de acuerdo con la constitucionalidad de los DNU (Marienhoff, 1977; Villegas Basavilbaso, 1949; Linares, 1986). Los fundamentos centrales residían en una interpretación amplia y dinámica del principio de división de poderes. Para ellos, el principio no tenía como fin preponderante la división de los tres poderes clásicos, con sus respectivas zonas de reserva y la consagración de la primacía de la ley, sino que trataba de instaurar un equilibrio entre

los órganos que ejercen el poder estatal, a través de un sistema de frenos y contrapesos. La finalidad era, entonces, que los poderes pudieran controlarse con el objeto de que el equilibrio resultante permitiera el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favoreciera la libertad de los individuos.

Un segundo argumento refería a que el PE consagrado en la CN, era poderoso para llevar a cabo la ejecución de las leyes y la facultad legislativa excepcional de los DNU. Además de que la CN reconocía un sistema dualista (de los poderes legislativo y ejecutivo) en la creación reglamentaria.

Un tercer argumento era el del “estado de necesidad”. En caso de estado de necesidad o de extrema urgencia resultaba viable la competencia extraordinaria del PE para paliar la crisis, a efectos de mantener la existencia del propio Estado. Sin Estado se desvanecería la posibilidad de hacer efectivas las garantías y derechos constitucionales.

Después de la reforma constitucional, la legitimidad de los DNU se torna indiscutible en tanto se dicten de conformidad con sus prescripciones.

2. Ley N° 24309, de necesidad de reforma de la Constitución Nacional

Uno de los temas centrales del Consejo para la Consolidación de la Democracia, organismo asesor del presidente Alfonsín que funcionó durante todo su gobierno, fue el de la reforma constitucional. El Dictamen Preliminar sobre la reforma constitucional de este Consejo había incorporado los DNU en casos excepcionales, pero sin intervención del gabinete ni del primer ministro y sin refrendo ministerial.

Durante el gobierno de Menem, tuvo lugar el Pacto de Olivos, antecedente político inmediato de la reforma de 1994, con la evidente pretensión del presidente Menem de introducir la reelección presidencial en la letra de la CN. Él y su antecesor, líder del partido radical, fijaron pautas que quedaron incorporadas a la posterior ley de declaración de necesidad de la reforma.

Entre los dos partidos más importantes del país se desarrollaron reuniones a fin de lograr acuerdos en la redacción de las futuras cláusulas constitucionales. En relación a los DNU, se discutieron las consecuencias jurídicas del silencio del PL respecto de la aprobación o rechazo del decreto sometido a su control.

Si bien el justicialismo, a través de iniciativas de su comisión de juristas y por el dictamen de la mayoría del Senado, defendía la tesis por la cual el silencio del PL implicaba la aprobación tácita del DNU, la oposición sostenía la tesis contraria, que fuera incorporada posteriormente en el actual artículo 82 CN.

En el anteproyecto de ley de necesidad de la reforma elaborado por la comisión de juristas del justicialismo no estaba prevista la regulación de los DNU, sino una propuesta de trámite parlamentario abreviado para las leyes de necesidad y urgente tratamiento, con la intervención de una comisión bilateral. En el de la Unión Cívica Radical solo se hacía mención a que el presidente, con el refrendo del primer ministro, podía celebrar tratados y dictar reglamentos de necesidad y urgencia.

Finalmente, quedó sancionada la Ley N° 24309, de necesidad de la reforma constitucional, cuya particularidad fue un Núcleo de Coincidencias Básicas, constituido por cláusulas que solo podían votarse por sí o por no, *in totum*, sin desgranarse para su debate por la Convención Constituyente. El punto G) del Núcleo de Coincidencias Básicas recomendaba como inciso 23 del artículo 86 el siguiente:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta CN, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros. El Jefe de Gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías.

3. Labor de la Convención Constituyente. La incorporación de los DNU a nivel nacional

Pasando al ámbito de trabajo de la Convención Constituyente, se volvió sobre los argumentos a favor de la incorporación de los DNU al texto constitucional (Balbín, 2004). Estos apuntaron a la necesidad de reglamentar una

práctica paraconstitucional (García Lema) (Cornet), interpretándola en forma restrictiva (Alfonsín), convalidada por la jurisprudencia (Lorenzo, Cáceres); controlada por el PL (Aguad), lo que lo fortalecería (Ortiz Pellegrini), todo con el objeto de acotar la facultad presidencial (Mestre, Maqueda, Iturraspe), en la intención de transformar el país (Arias). En cambio, quienes sostenían el argumento contrario, pensaban que se trataba de un instituto propio de los sistemas parlamentarios y no de los presidencialistas, razón por la cual en nuestro orden interno reforzaría el poder del PE (Natale,² Maeder, Torres Molina,³ Winter), violando el sistema republicano de gobierno (Del Castillo, Mones Ruiz), creando un régimen hiperpresidencialista (Bravo), y atropellando las competencias del PL (Romero Feris). Asimismo, la incorporación de los DNU relativizaría el valor de la ley (M. Zubiría), pues se estaba institucionalizando un vicio (Posse),⁴ regulándolo como una facultad ordinaria del PE (Avelín de Ginestar), sin tener

2. Natale señala un avance desmedido de la competencia legislativa del Jefe de Gabinete en los sistemas parlamentarios que queda balanceado o controlado por la posibilidad que el propio sistema prevé para que el Parlamento pueda removerlo. Los DNU no existían en los sistemas presidencialistas (*Diario de Sesiones*, 1994: 4964). Y así como el sistema parlamentario prevé las consecuencias de tales decisiones, contrariamente, en los sistemas presidencialistas no ocurre lo mismo. En la CN argentina el trámite y control se trasladó al Congreso mediante ley especial en lugar de haberse establecido en la propia CN (*Diario de Sesiones*, 1994: 4965). “La Constitución Nacional no es la culpable de que se hayan vulnerado derechos o que no haya habido gobiernos eficaces, sino que ella como marco de apertura de todas las posibilidades brindó siempre ese margen que después los hombres encargados de ejecutarlas concretaron o no supieron realizar”. “Es que la libertad se defiende con un pueblo que esté íntimamente convencido de los atributos, de los derechos que tiene y con un Poder Judicial que realmente sea tutor de esos derechos. Esa es la piedra angular de esos derechos más allá de las declaraciones que puedan hacerse”. “Optamos por un sistema presidencialista porque es el modelo que siguió América y porque además era el que más se compadece con nuestras exigencias políticas” (*Diario de Sesiones*, 1994: 4962).

3. Contraria a la práctica actual de gobernar por decreto (violatoria del art. 29 CN). “Observamos también que el Poder Ejecutivo ha utilizado el mecanismo de dictar decretos de necesidad y urgencia que son remitidos al Parlamento este los deroga y el Poder Ejecutivo veta la derogación. De manera que un acto de control propio del PL que no podría ser vetado, lo es, y con ese veto impone el criterio sustentado en el DNU que es rectificado o derogado por el Congreso” –dice Torres Molina– (*Diario de Sesiones*, 1994: 5004-5005).

4. Conforme la opinión de Posse, en el artículo debía establecerse que los DNU solo procedían en caso de emergencia institucional y no de otro tipo, que poseían carácter provisional, como en Francia, y que si no eran aprobados por el PL en un plazo perentorio quedaban sin efecto, sin perjuicio de los derechos adquiridos durante su vigencia. Una nota original que el convencional agrega es que debía preverse la obligación del dictamen previo de la Auditoría General de la Nación, a pesar de que su dictamen no tuviera efectos obligatorios. También aumentaba la enumeración de las materias excluidas a la laboral, provisional, reforma constitucional, acuerdo de jueces, juicio político y todo acto de control de otros poderes, a fin de subrayar la necesidad y urgencia como requisito insoslayable (*Diario de Sesiones*, 1994: 4988).

en cuenta que se los había concebido sin límites (E. Boero, Ibarra). Representaban la constitucionalización de una bestia institucional (Barcesat). Finalmente, se afirmó que de incluirse los DNU, la CN resultaría flexibilizada, dado que la verdadera naturaleza de estos decretos quedaba en manos de una mayoría circunstancial del PL (Zaffaroni).⁵

La calificada opinión de Bidart Campos, con expresa referencia al gobierno de Menem, sostenía que atenta la praxis habitual del dictado de los DNU cabía considerar el esquema *conducta-modelo, conducta-seguimiento* “para describir que, aún en violación a la Constitución formal y con la disvaliosidad propia del fenómeno, la repetición acrecentaba el riesgo de una profunda desinstitucionalización” (Bidart Campos, 1995: 429).

En definitiva, la Convención Constituyente consagró, como principio general, la prohibición de dictar DNU por el PE, bajo pena de nulidad absoluta e insanable de los mismos. Pero, a fin de evitar que pudiera interpretarse que la nulidad absoluta e insanable solo era atribuible a los casos en que el PE regulara las materias expresamente excluidas de los DNU (penal tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos), agregó al texto de la Ley N° 24309 la palabra “solamente” al comienzo del segundo párrafo, con lo cual se remarcó que el dictado de DNU se habilitaba, exclusivamente, ante una situación de necesidad y urgencia que no permitiera cumplir los trámites ordinarios de formación y sanción de las leyes, y se especificó que la Comisión Bicameral Permanente (CBP) debía respetar la proporción de las representaciones políticas en cada Cámara. Se agregó el plazo de diez días para que la CBP se expidiera y elevara su dictamen al plenario de cada cámara y la obligación de que las últimas dieran inmediato tratamiento al despacho de la CBP. Por último, consensuaron que una ley especial, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, determinara el trámite y los lindes de la intervención del PL

En consecuencia, la redacción definitiva del artículo 99 inciso 3° se plasmó como sigue:

5. Zaffaroni sostiene que la incorporación de los DNU transformaba la CN rígida que establecía los límites de la competencia de los poderes del Estado en una CN flexible que delegaba en el Congreso y en una mayoría circunstancial el establecimiento de los mismos (*Diario de Sesiones*, 1994: 5113).

El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Para Quiroga Lavié, los DNU son aquellas disposiciones dictadas por el PE⁶ con la forma de decreto, sobre materias propias del PL, frente a comprobadas circunstancias especiales de gravedad tal que no permitan esperar el tratamiento por el último, con fuerza y valor provisorio de ley y sujetos a la condición resolutoria de la aprobación por el PL (ad referéndum de este). Según Midón, no pueden considerarse “ley formal” aunque están equiparados a ella por el estado de necesidad. Se trataría de actos legislativos materiales de naturaleza *sui generis*, que pueden derogar o suspender una ley emanada del PL y que, en el orden de prelación de nuestro ordenamiento interno, se ubican por debajo de los tratados.

Cuando estos decretos no se dictan de conformidad con los requisitos del artículo 99 inciso 3° son pasibles de una “pena de nulidad absoluta” (el acto deja de producir efectos desde su origen, como si no hubiera sido dictado) e “insanable” (ningún órgano del poder puede subsanar el vicio original). Por lo tanto, en caso de que el PE dictara un DNU ilegítimo, las decisiones judiciales

6. Solo el PE, es decir, el presidente puede dictar DNU. En doctrina solitaria Balbín admite que el presidente pueda transferir en el JG la facultad de dictar DNU, conforme el artículo 99 inciso 3° CN. (Balbín, 2015: 145).

invalidatorias del DNU tendrían poder nulificadorio con efectos *erga omnes*, lo que amplía los efectos del control tradicional de constitucionalidad, que solo operan para el caso concreto. Y ello, no en desmedro de las competencias del PL sino, por el contrario, en defensa de su potestad legislativa. La tacha de nulidad absoluta e insanable importa la inexistencia del acto. Esta sanción solo está reservada, en la CN, a determinados supuestos: artículos 29 y 36 de la CN.

En relación a los presupuestos habilitantes del DNU, consideramos que resulta clara la norma al exigir dos requisitos en forma conjunta: “circunstancias excepcionales”, e “imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.⁷ Los convencionales los describen como sucesos patológicos caracterizados por la inacción legislativa. Todo esto se refuerza con la expresión “por razones de necesidad y urgencia” que califica a los decretos. La expresión tiende a aclarar la indeterminación o vaguedad (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001: 1125) de “las circunstancias excepcionales”, que deberán ser situaciones de hecho excepcionales y extremas que exijan una solución inmediata. La urgencia apunta a una situación que, de no resolverse en forma inmediata, agrava sus consecuencias de manera que el sistema no puede permitir. Entre la necesidad y la urgencia se produciría una especie de simbiosis jurídica porque ambas son necesarias para habilitar al PE a dictar un DNU. La imposibilidad del funcionamiento ordinario del PL, señalada en el artículo en análisis, no debe responder a motivos de conveniencia política (no lograr el quórum), o de funcionamiento del órgano (receso, demora en sancionar las leyes, lentitud de los procedimientos legislativos o rechazo del proyecto enviado por el PE). En contraposición, y en una postura muy minoritaria, Barra admite que por razones políticas (falta de quorum necesario para sesionar) el PE pueda tomar la iniciativa y dictar el DNU. De esta forma, el acto adquiriría vigencia y

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido el concepto de emergencia como “un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales y, en particular, sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución”. Ver fallos: “Avico, Peralta”, entre otros.

luego el PL quedaría “obligado” a expedirse expresamente bajo la pena de la continuidad de la vigencia de la norma (Barra, 1999). En verdad, esta postura importa la alteración de la naturaleza del instituto y la posibilidad de que el PE acuerde la falta de quórum con legisladores afines y se desvirtúe la finalidad de la norma constitucional (Midón, 2001).

Por otro lado, las materias excluidas de regulación por DNU, aun en situaciones de necesidad y urgencia, refuerzan el principio de legalidad formal en sus aspectos: tributario⁸ (arts. 4º, 17, 75 incs. 1º y 2º CN), penal (art. 18 CN), de partidos políticos y régimen electoral (art. 77, párr. 2º CN).

En relación al procedimiento, el artículo 99 inciso 3º CN, exige el acuerdo general de ministros con el jefe de gabinete (JG) y el refrendo de todos ellos y el del JG (Bidart Campos, 1995). Luego de este paso y una vez publicado en el Boletín Oficial, el DNU comienza a operar sus efectos.

El JG deberá someterlo personalmente a la CBP, en el ámbito del PL, dentro de los diez días hábiles de su emisión. La CBP debe emitir un dictamen, es decir, un informe de carácter no vinculante, sobre el DNU y remitirlo, en forma simultánea o sucesiva, al plenario de ambas Cámaras.

La intervención del PL será inexcusable, tanto en los casos en que el DNU no sea sometido al PL por el JG, como en los que el DNU no sea calificado como tal por el PE, debido a que siempre versa sobre materias propias del PL. Es por esta razón que el PL debe revisar los DNU aun *motu proprio* (a pedido de cualquier legislador): “Si tramposamente el PE no se sujetó al trámite inexorable que fija la norma constitucional, el Congreso inviste competencia derogatoria directa sin necesidad de retomar el trámite que no acató el órgano invasor” (Bidart Campos, 1995: 440). El PL –en forma inmediata– debe controlar el DNU y aprobarlo o rechazarlo. Esta cláusula es operativa, razón por la cual durante el tiempo que no se reglamentó la cláusula y no

8. “No obstante, numerosos han sido los decretos de necesidad y urgencia que han invadido la materia tributaria. A modo de ejemplo: decreto 618/97 (creación y regulación de la AFIP); decreto 857/897 (prórroga del régimen de promoción industrial); decreto 938/98 (facultó a la AFIP a otorgar facilidades de pago); decreto 1334/98 (modificación del domicilio fiscal); decreto 606/99 (secreto fiscal); decreto 1676/01 (modificación al impuesto a los combustibles líquidos y a bienes personales); decreto 1286/05 (impuestos internos); decreto 314/06 (mínimos no imponibles en relación al impuesto a las ganancias); decreto 1.035/06 (devolución de IVA en casos de pago con tarjeta de débito)” (Ávalos, 2011: 150).

funcionó la CBP, el PL debió, de todas formas, controlar el DNU, en la primera reunión de cada Cámara.

El control del PL debe considerar dos aspectos: a) en primer término, deberá verificar el presupuesto de hecho habilitante y que no se trate de las materias excluidas, al igual que los requisitos formales y cumplimiento del trámite; si el DNU no respetara alguna de estas pautas el rechazo del decreto implicaría su nulidad absoluta e insanable; b) en segundo término, el control deberá apuntar a la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida, para lo cual el PL deberá realizar una valoración política de la medida del PE. Y en caso de que lo revoque por el segundo aspecto, es decir, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, el DNU no será alcanzado por la sanción genérica del artículo 99 inciso 3º párrafo 2º de la CN.

4. La Ley 26122, reglamentaria del artículo 99 inciso 3º CN

Después de más de diez años de mora, el PL sancionó la Ley N° 26122 (B.O. 28/07/2006), que regula el trámite y alcance de la intervención del PL en los DNU, decretos delegados y de promulgación parcial, y la composición y funciones de la CBP.

Si el JG no remitiera en diez días el DNU, la CBP debe avocarse de oficio a su tratamiento (art. 18). Luego, la CBP tiene diez días hábiles para expedirse sobre la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento. Dicho dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del DNU a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado (art. 10). En caso de que la CBP no se expidiera dentro del plazo para ello estipulado, las Cámaras se avocarán al “expreso e inmediato tratamiento” del decreto (art. 20). Si la CBP se expidiera, debe elevar su dictamen al plenario de ambas cámaras y estas deben darle inmediato y expreso tratamiento al mismo (art. 21).

Las cámaras deben pronunciarse mediante resolución. En consecuencia, el PE no puede vetarla ni promulgarla. La aprobación o el rechazo de los DNU deben ser expresos. Cada cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata (art. 22), estando prohibido a las cámaras introducir modificaciones o supresiones al texto del PE, debiendo limitarse a la aceptación o

rechazo del decreto, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (art. 23). El rechazo de ambas cámaras implica su derogación, quedando en pie los derechos adquiridos durante su vigencia (art. 24).

Por último, cabe agregar que la propia ley aclara que sus disposiciones no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del PL relativas a la derogación de normas de carácter legislativo dictadas por el PE (art. 25).

Consideramos de dudosa constitucionalidad los artículos 22 y 24 de la Ley N° 26122, por contrariar el artículo 82 de la CN, que no admite la sanción tácita de las leyes. El silencio del PL debe interpretarse como negativa, nunca en forma positiva, cuestión que la Ley N° 26122 no respeta porque exige que, tanto la aprobación como el rechazo, sean pronunciados por ambas cámaras. Por lo tanto, si una cámara aprueba y la otra rechaza, el DNU sigue vigente, situación que resulta conveniente al PE. Se flexibiliza, en consecuencia, el control del PL, siendo más débil que en materia legal, en lugar de profundizarse por tratarse de decretos, y se revierte el principio del precitado artículo 82 CN.

La doctrina del silencio del PL como afirmativa fue duramente criticada en la Convención Constituyente de 1994. Criterio adoptado por la CSJN en Verrocchi⁹ (1999) –en el que se trató la derogación de derechos sociales mediante DNU–, en especial, por el voto del juez Petracchi.¹⁰ Postura coincidente con la de Bidart Campos, para quien la falta de límites claros en la reglamentación de los DNU haría que el PE se creyera con legitimidad suficiente para determinar la necesidad y urgencia, o algo más grave aún, que la

9. Verrocchi: *Fallos* 322:1726.

10. En su voto, el ministro del máximo tribunal aplicó su postura, a favor de la nulidad de todos los DNU mientras no se sancionara la ley especial del artículo 99 inciso 3°, exigencia imprescindible –siguiendo el artículo 86 de la Constitución Española– para la intervención de la CBP en el trámite de los precitados decretos. Y además el juez agregó que la doctrina española coincidía en atribuir al silencio efectos similares a la desaprobación expresa del decreto español. A su vez, transcribió en su voto, la intervención de los convencionales Natale y Ortiz Pellegrini, en la 19ª reunión del 28/7/1994 de la Convención Constituyente, por la que quedó claro que “derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país (Ortiz Pellegrini, loc. citado). Por fortuna, pues, la Reforma Constitucional desplazó la doctrina del caso Peralta [...] que hipotecaba el porvenir de la jurisprudencia republicana” (Considerando 15. Voto Petracchi in re Verrocchi).

jurisprudencia de la CSJN considerara que la ocasión para dictar un DNU resultaba una cuestión política no justiciable (Bidart Campos, 1995).

El artículo 24, al exigir la derogación del DNU mediante el rechazo de ambas cámaras, deja en pie los efectos producidos por la medida; en consecuencia, resulta violatorio del artículo 99 inciso 3, dado que este fulmina con la nulidad absoluta e insanable el DNU si no existieren las causas constitucionales habilitantes (circunstancias de necesidad y urgencia) o si tratara sobre las materias expresamente prohibidas. Otro reparo que hacemos a la Ley N° 26122 apunta a que no establece plazo cierto para que las cámaras se expidan, lo que despierta la sospecha de especulación a favor del poder político. Si el rechazo del PL responde a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, sí corresponde disponer que esos efectos derogatorios rigieran para el futuro, quedando firmes aquellos derechos adquiridos con posterioridad al rechazo, como establece la ley.

No así si el DNU contuviera vicios que acarrearán su nulidad absoluta, criterio de Quiroga Lavié, con quien coincidimos.¹¹

5. Los DNU dictados desde 1994 hasta 2012

Cabe comentar que en la primera década transcurrida desde la reforma constitucional se dictaron 448 DNU. En este período hubo un crecimiento numérico ascendente de los mismos desde su inicio hasta el año 1999, año en el que se dictaron 46 DNU. Luego un descenso, pues, en el año 2000 se dictaron 26 y en 2001 se dictaron 37, para ascender en cantidad, en forma abrupta, en el 2002, con 107 DNU emitidos. Obviamente este último número reflejó la intención por parte del PE de paliar mediante estas medidas la profunda crisis del 2001. Desde 1996 a 1999, la mayor cantidad de DNU fue dictada en materia de “Desarrollo Económico. Financiamiento. Hacienda Pública. Moneda”,¹² materia que ha sido incluida en las competencias del

11. Corresponde agregar que por Proyecto N° 6867-D-00, de la senadora Cristina Fernández de Kirchner, se propuso un plazo de caducidad de treinta días para el tratamiento de los DNU, vencido el cual, perdían vigencia. Posteriormente, en el año 2009 tuvo media sanción por la Cámara de Diputados otro proyecto legislativo, modificatorio de la Ley N° 26122, que consagraba un plazo de caducidad de sesenta días para el caso de que el PL no tratara los DNU, y su derogación en caso de rechazo por cualquiera de las cámaras (Ávalos, 2011).

12. Recuperado de: <http://www.bcnbib.gov.ar/archivos/Decretosdenecesidadyurgencia1994-2004.pdf>

PL y que la reforma de 1994 no ha modificado, con 3, 9, 14 y 23 DNU, respectivamente. En el período 2003 a 2011,¹³ la cantidad de DNU fue de 271, habiéndose dictado la mayor cantidad en la misma materia. En el año 2003 se emitieron 96 DNU, de los cuales Kirchner dictó 48; y en los años 2004, 2005, 2006 y 2007 se emitieron 64, 47, 58 y 20, respectivamente. Una disminución considerable en el número de DNU se produce en la primera administración de Cristina Fernández, llegando a dictar 3 DNU en el año 2008, 10 DNU en el año 2009, 10 DNU en el 2010 y 11 en el año 2011. En resumidas cuentas, 237 DNU dictados en la administración Kirchner y 34 en la administración Fernández.

Si bien hemos observado la disminución de la cantidad de DNU entre el 2008 y el 2011, debemos advertir que resulta de suma importancia tener en cuenta no solo la cantidad sino las materias reguladas por DNU. Aunque el número fue reducido se modificaron, por ejemplo, la distribución de partidas presupuestarias y fondos asignados y aprobados por el PL. El proceso de concentración de poder en el PE siguió operando y no se logró atenuar el hiperpresidencialismo.

6. Alcance del control judicial aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la actualidad

No está demás señalar que el control judicial de constitucionalidad sobre los DNU es el último control a nivel interno y que debe ejercerse antes, durante o en forma posterior a la intervención del PL.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) aplicó un control de constitucionalidad más estricto sobre los DNU luego de la incorporación en la CN del artículo 99 inciso 3°. Antes de la reforma de 1994 aplicó un control liviano, el caso “Peralta”¹⁴ (1990) resulta un ejemplo paradigmático de acompañamiento de la CSJN al PE y de falta de control profundo del DNU en

13. Recuperado de: <http://www.bcnbib.gov.ar/archivos/Decretosdenecesidadyurgencia2005-2008.pdf>
http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/servicios/boletin/Bol_Ago2011Publicaci%C3%B3n%20Decretos%20de%20Necesidad%20y%20Urgencia%20Actualizaci%C3%B3n%202009%20-%202010.doc

14. Peralta. *Fallos* 313: 1513.

cuestión, tanto en relación a su legalidad como a su razonabilidad. Luego de la reforma, en el fallo “Video Club Dreams”¹⁵ (1995), la CSJN excluyó de la competencia de los DNU a cargo del PE los referidos a la materia tributaria, consecuente con la idea de que ni aun en la emergencia debe admitirse la sustitución del principio de legalidad tributaria. Siguiendo esta línea de interpretación, el tribunal se expidió en el caso “Kupchik”¹⁶ (1998), en el que, además, rechazó los efectos retroactivos de la ley posterior convalidatoria del DNU. En el mismo sentido, la CSJN excluyó de la órbita de los DNU los derechos sociales: en el caso “Della Blanca”¹⁷ (1998) declaró inconstitucional el DNU que otorgaba vales alimentarios sin carácter remuneratorio, debido a la naturaleza de los derechos en juego, sin aceptar que la situación de crisis alimentaria fuera fundamento válido para el dictado de la medida. En este fallo tampoco se aceptó que la ley convalidante del DNU, dictada siete años después, le otorgara legitimidad.

Si bien el camino de avance en el control judicial de los DNU no resulta lineal y describe retrocesos,¹⁸ uno de los ejemplos del control más profundo lo encontramos en el fallo “Verrocchi” (1999), también referido a derechos sociales. En este caso, se amplió el control a la situación de emergencia en sí misma y se estableció que las exigencias constitucionales de necesidad y urgencia consagradas en el artículo 99 inciso 3 CN son: la fuerza mayor por conflicto bélico o razones naturales que impidieran la reunión de los legisladores, o la urgencia en la emisión de la medida en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de formación y sanción de las leyes. Expresamos nuestro disenso con la opción establecida por el tribunal en este fallo, pues consideramos que deben exigirse ambas condiciones simultáneamente para legitimar el dictado de los DNU. Requisitos que la CSJN termina exigiendo, en forma conjunta, en los casos “Risolia de Ocampo”¹⁹ (2000) en el que determinó la inconstitucionalidad de un DNU, prorrogado por otro DNU, que fraccionaba el pago de indemnizaciones por daños ocasionados por el servicio público de autotransporte de pasajeros (en el que se reproduce-

15. Video Club Dreams. *Fallos* 318:1154.

16. Kupchik. *Fallos* 321:366.

17. Della Blanca. *Fallos* 321:3123.

18. Por ejemplo, en el caso Rodríguez: “Nieva y otros c/PEN” de 1997. *Fallos* 320:2851.

19. Risolia de Ocampo. *Fallos*: 323:1934.

ron las circunstancias detalladas en Verrocchi), y en “Leguizamón Romero”²⁰ (2004), en el cual dispuso la inconstitucionalidad de un DNU por el que el PE determinó el control de las deudas y créditos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

Abordaremos, finalmente, con más detalle el caso “Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional –PEN– Decreto N° 558/02 –SS– ley 20091 s/ amparo ley 16986” del 19/05/2010, a fin de analizar la doctrina judicial actual de la CSJN y realizar algunos señalamientos, en la intención de contribuir a un control más profundo aún de los DNU por parte del Poder Judicial (PJ), de acuerdo con las prescripciones constitucionales, teniendo en cuenta que en el PL estos decretos no encontraron los límites que el ordenamiento constitucional impone.²¹

La actora, Consumidores Argentinos, inició un amparo contra el PEN y pidió la inconstitucionalidad del DNU 558/02, que modificaba en forma sustancial la Ley N° 20091 de entidades de seguros. El artículo 1° del DNU agrega al artículo 29 de la precitada ley la posibilidad de que las aseguradoras, frente una situación de iliquidez transitoria, realicen y constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro. El artículo 2° del decreto reemplaza el artículo 31 de la Ley N° 20091 por una disposición que admite las cesiones de cartera sin la exigencia de la publicidad, la exclusión de los activos de la aseguradora, la imposibilidad de realizar actos de ejecución forzada sobre los activos excluidos y de trabarse medidas cautelares sobre dichos activos. Desde la óptica de la actora, estas modificaciones al régimen legal generaban consecuencias violatorias de los derechos constitucionales de propiedad, de protección de los derechos como consumidores, de igualdad, de debido proceso de los asegurados y del principio de división de poderes (arts. 17, 42, 18 y 109 de la CN). Además, ella planteó que no se hallaban configurados los recaudos constitucionales habilitadores del ejercicio de la competencia del PE de dictar los DNU, sino que solo había mediado la intención del último de hacer un “salvataje” al sector de los empresarios de seguro.

20. Leguizamón Romero. *Fallos*: 327:5559.

21. Ver el tema del control legislativo, en especial, en materia de derechos sociales en el período 2003-2011 en el trabajo citado en nota al pie *.

Contra la decisión de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que concedió razón a la actora, el PE planteó un recurso extraordinario federal. La CSJN, en su voto mayoritario, consideró de “suma trascendencia” fijar los requisitos que deben cumplir los DNU para gozar de legitimidad, haciendo hincapié en la excepcionalidad de su dictado por el PE y en la necesaria profundidad del control político y judicial. Comenzó por remitirse al debate parlamentario de la Ley N° 24309 y a los objetivos de la reforma de 1994. Remarcó que la incorporación de los DNU tuvo por objetivo la institucionalización de los mecanismos de control de los mismos, con el objeto de descentralizar el poder concentrado y ejercido sin límites jurídicos expresos por parte del PE. En el considerando 6° expresó “que la interpretación de la Constitución Nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional”. Es decir, a los principios fundamentales para convivir en sociedad y a su aplicación en forma perdurable. Agregó que el principio de división de poderes y el de su control recíproco, no alterado por la reforma constitucional, le impide al PE reemplazar libremente al PL en su función de legislar.

El tribunal expresó, sin lugar a ninguna duda, que las facultades legislativas ejercidas por el PE solo se admiten “bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país” (Considerando 10. Voto mayoría). La CSJN citó como precedente el fallo “Verrocchi” y, en consonancia, que el presupuesto fáctico del estado de necesidad y urgencia debía ser evaluado por los jueces. El razonamiento aplicado es el siguiente: si es competencia del tribunal controlar la existencia de una genuina situación de emergencia que obligue al Estado a amparar los intereses vitales de la comunidad, para avalar el dictado de una ley de emergencia,²² con más atención o profundidad debe realizar dicha evaluación cuando el PE, en forma unilateral, ejerce facultades legislativas que no le pertenecen.

Por último, la CSJN evaluó que las modificaciones introducidas a la Ley N° 20091 por el DNU N° 558/02 eran de carácter permanente y no

22. De conformidad con *Fallos* 136:161, Ercolano; 172:21, Avico; 243:449, Nadur; 313:1638, Videla Cuello; 330:855, Rinaldi, entre otros.

transitorio, lo que convertía a la medida de emergencia en un DNU irrazonable y, por ende, inconstitucional.

En conclusión, la sentencia declaró la invalidez del DNU impugnado por inexistencia de las circunstancias fácticas requeridas por el artículo 99 inciso 3° de la CN para su dictado. Firmaron el voto mayoritario los jueces Ricardo L. Lorenzetti, Carlos Fayt y Raúl Zaffaroni. Por su parte, Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay concurren con el anterior, según su voto.

El voto concurrente de la jueza Elena Highton de Nolasco expresó que el DNU fue emitido antes de la creación de la CBP. Esta circunstancia habilita al tribunal a evaluar el presupuesto fáctico: la configuración de un estado de necesidad y urgencia, que justifique la procedencia del DNU (Considerando 14 voto Highton de Nolasco). Luego de coincidir con los primeros trece considerandos de la sentencia de la mayoría, agregó que el PE no había aportado pruebas que permitieran llegar a la convicción de que la situación de emergencia hubiera afectado al sector asegurador en forma tal que exigiera, a efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento que no pudiera ser encauzado por el PL. La prueba de la afectación exigida por este voto está referida a la de su repercusión tanto en el universo de los asegurados como en el resto de la sociedad.

Al igual que el voto anterior, el voto concurrente del juez Juan Carlos Maqueda coincidió con los trece primeros considerandos del voto de la mayoría. Subrayó que el DNU N° 558/02 fue dictado con antelación a la sanción de la Ley N° 26122, y que no había en la causa constancia de que hubiera sido ratificado por el PL, pero le asignó a este hecho consecuencias diversas del voto anterior. La ausencia de la intervención legislativa en relación al DNU, ratificándolo o rechazándolo, resultaba suficiente para declarar su invalidez constitucional. Sin perjuicio de lo señalado, para este ministro, el DNU tampoco había superado el test de constitucionalidad, en relación a la concurrencia de las razones de necesidad y urgencia. Reiteró los conceptos vertidos por Highton de Nolasco en relación a la falta de prueba de que las consecuencias del DNU comprometieran el interés general y repercutieran más allá de la situación particular de cada empresa aseguradora. En conclusión, la invalidez constitucional del DNU resultó de la ausencia de dos requisitos inexcusables

de legitimidad de la medida: situación excepcional de necesidad y urgencia prescripta por la CN y ratificación del PL.

La jueza Argibay, en su voto concurrente, desarrolló la postura frente a los DNU ya descripta en el caso “Massa”.²³ atenta la prohibición constitucional expresa de este tipo de acto legislativo del PE, todo DNU debe reputarse *prima facie* inconstitucional. La presunción de inconstitucionalidad mencionada solo puede ser rebatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones descriptas en los párrafos 3° y 4° del artículo 99 inciso 3° de la CN. La jueza también se expidió en contra del argumento referido a que la demora en la sanción de la ley reglamentaria del artículo 99 inciso 3° CN habilita el dictado de los DNU sin seguir las prescripciones constitucionales. En ese sentido afirmó que frente a la ausencia de ley reglamentaria se abren dos vías interpretativas de los DNU: a) que se considere que gozan de una presunción de constitucionalidad; o b) que se interprete que son presuntivamente inconstitucionales. Como consecuencia de la primera postura el PL, mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria, tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y acordar al PE una amplitud de atribuciones que la CN le negó. Como consecuencia de la segunda, que es la que la jueza sostiene, la misma demora del PL cancelaría o restringiría las atribuciones excepcionales asignadas al PE, en la medida que este no lograra probar el cumplimiento de los requisitos constitucionales del 3° y 4° párrafo del artículo 99 inciso 3° de la CN. Según Argibay, este último es el estándar que más se ajusta a los propósitos de la Convención Constituyente de 1994, en punto a reducir el hiperpresidencialismo. Además, la jueza agregó que no era raro que se produjera una demora legislativa en dicha reglamentación teniendo en cuenta que el propio constituyente no había fijado plazo alguno para dictarla y que la sometió a la aprobación de una mayoría calificada, obviamente más difícil de alcanzar que la necesaria para la sanción de una ley ordinaria.

Por su parte, en voto su concurrente, Petracchi mantuvo su criterio defendido desde el caso “Verrocchi”. En consecuencia, al haberse dictado la Ley N° 26122 recién en el año 2006, y no haber pasado por el control legislativo, el DNU 558/02 resultaba nulo de nulidad absoluta e insanable.

23. Massa. Fallos: 329:5913.

En el caso Consumidores Argentinos, la CSJN no aplicó el criterio de los casos “Risolia de Ocampo” y “Leguizamón Romero”, y volvió al precedente de “Verrocchi”, con lo que redujo la intensidad del control de constitucionalidad sobre los DNU. A pesar de esta observación, consideramos que un tema realmente relevante del caso “Consumidores Argentinos” apunta a la declaración de inconstitucionalidad de un DNU en relación a la falta de la emergencia que justificara la medida. Sobre el control del aspecto procedimental diremos que el voto de la mayoría no introduce mayores novedades. Es decir, al igual que el precedente “Verrocchi”, admite que el PE emita un DNU sin haberse sancionado la ley reglamentaria al momento del dictado del DNU, aunque reforzando el control judicial de la medida. Sin embargo, los votos concurrentes marcan distintos criterios. Podría interpretarse que la jueza Highton de Nolasco aborda el control judicial de constitucionalidad de la situación fáctica del decreto frente a la falta de intervención del PL. No queda muy clara la aplicación y extensión de dicho control si el decreto hubiera sido controlado por el PL. En cambio, el juez Maqueda aplica un control de constitucionalidad más profundo al aspecto formal del DNU, expresando que la falta de intervención del PL determina la invalidez del decreto. La jueza Argibay consagra la presunción de invalidez del decreto pudiendo ser revertida por quien pretenda hacerlo valer. Finalmente, el juez Petracchi mantiene su reiterada postura sobre la nulidad absoluta e insanable de todo DNU carente del control político de la CBP y del PL.

La importancia de esta última sentencia, en nuestra opinión, reside en que en los votos concurrentes de Maqueda, Argibay y Petracchi se advierte que el aspecto procedimental o formal de la remisión del DNU al PL para su control es decisivo para determinar su validez, como control previo al material.

Consideramos positiva la aplicación de la finalidad de la ley de reforma constitucional, y las discusiones en la convención constituyente como herramienta hermenéutica constitucional, hecho que la CSJN ha ratificado en este fallo. Pero hubiera sido de suma utilidad, para el reaseguro de los controles horizontales y la supervivencia del principio de división de poderes, que hubiera consagrado la exigencia en forma conjunta de los requisitos de la situación de necesidad y urgencia, y de la imposibilidad del trámite ordinario de sanción de la ley, para avalar constitucionalmente el DNU.

Finalmente, aun teniendo en cuenta que en “Consumidores Argentinos” el DNU cuestionado fue dictado antes de la sanción de la Ley N° 26122, la CSJN perdió la oportunidad de establecer algunos lineamientos referidos al control de los aspectos procedimentales o formales de los DNU (Gargarella, 2010). Recordemos que el juez Maqueda, en su voto en disidencia en el caso “Caligiuri”,²⁴ sostuvo que

la ratificación por ley necesariamente obliga al intérprete jurídico a analizar el alcance de la misma de manera de verificar si el vicio de origen ha sido subsanado, y en tales supuestos el efecto ratificadorio siempre es retroactivo. Hacia el futuro lo que existe es la voluntad legislativa plasmada en una norma (Considerando 12 voto Maqueda en “Caligiuri”).

Un párrafo aparte merece el control de constitucionalidad aplicado por la CSJN a las medidas dictadas mediante DNU, en ocasión de la crisis del 2001 (corralito financiero). El máximo tribunal comenzó con la declaración de inconstitucionalidad del DNU cuestionado en los fallos “Smith”²⁵ (2002) y “San Luis”²⁶ (2003). Cabe aclarar que en estos fallos, la CSJN también declaró la inconstitucionalidad del DNU por la violación de derechos constitucionales de las personas afectadas con su aplicación, sin aludir a los vicios del procedimiento formal del mismo.²⁷ El DNU N° 1570/01 había sido dictado antes de la sanción de ley de emergencia económica N° 25561, sin perjuicio de lo cual la CSJN tuvo que resolver sobre la constitucionalidad o no de un bloque normativo (DNU 1570/01, Ley N° 25561, y Decreto N° 214/02 en “San Luis”) impugnado por los actores. Y así lo hizo, se expidió por la inconstitucionalidad del bloque normativo impugnado.

El tema del corralito financiero fue resuelto definitivamente por la CSJN en el caso “Massa” (2006), en el que haciendo uso político del momento de

24. “Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ dif de salarios” del 2008. *Fallos*: 331:1927.

25. Smith. *Fallos*: 325:28.

26. San Luis. *Fallos*: 326:417.

27. En “San Luis”, en relación al Decreto N° 214/02 la CSJN dijo que si existe ley de emergencia que delega facultades en el PE, no puede justificarse, ante la misma situación de emergencia, que el PE ejerza, además, facultades legislativas mediante DNU.

dictar sentencia —con los ánimos sociales aquietados y una mejor situación económico-financiera del Estado—, determinó la constitucionalidad de las normas involucradas con el argumento del tiempo transcurrido y la trascendencia institucional de las cuestiones planteadas. El mismo bloque normativo que había sido declarado anteriormente inconstitucional, en Massa es considerado constitucional. En forma previa, la CSJN había dictado el caso “Bustos”²⁸ (2004) en el que, iniciando el camino de modificar la doctrina judicial de Smith y San Luis, el tribunal sentenció que el amparo no era la vía procesal idónea para discutir la normativa cuestionada, cuando en los casos anteriores había entendido y resuelto el tema en procesos de amparo.

7. Conclusión

Como corolario del presente trabajo, podemos afirmar que el sistema político no ha cumplido estrictamente con la normativa constitucional expresa de prohibición al PE de dictar medidas de carácter legislativo, ni con la referida a la sustancia y al trámite de los DNU, tampoco con los controles que se les deben aplicar. Y, a pesar de que, dentro del sistema político, la CSJN haya realizado un control (judicial) más profundo que el control (político) ejercido por el PL, debiera practicarse en forma más prolija y coherente. Acompañándose, a su vez, con el control social y la intervención de los grupos afectados por los DNU y el ejercicio de los institutos de la democracia participativa incorporados por la reforma de 1994, todo ello a fin de propender a un estado constitucional de derecho real.

Bibliografía

- Argentina. Convención Constituyente (1994). *Diario de Sesiones*. Santa Fe: Convención Nacional Constituyente.
- Ávalos, E. (2011). *Los decretos de necesidad y urgencia desde 1853 a nuestros días*. (Conferencia). Seminario “Acto Administrativo y Reglamento”, Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad

28. Bustos. *Fallos*: 327:4495.

de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado de <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/5972/6870>

Badeni, G. (27/07/1990). Los decretos de necesidad y urgencia. *Diario ED*.

Balbín, C. (2004). *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*. Buenos Aires: La Ley.

---- (2015). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Barra, R. (01/12/1999). Reglamentos administrativos. *Diario LL*.

Bestard, A. (2017). "Los decretos de necesidad y urgencia y el estado constitucional de derecho en la Argentina. Reglamentación por DNU de los derechos sociales en el período 2003-2011". Tesis doctoral. Facultad de Derecho.UBA. http://repositoriouba.sisbi.uba.ar/gsd/collect/posgrauba/index/assoc/HWA_2448.dir/2448.PDF

Bidart Campos, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Consejo para la Consolidación de la Democracia. (1986). *Reforma Constitucional. Dictamen Preliminar*. Buenos Aires: Eudeba.

Ferreira Rubio, D. y Goretti, M. (1994). Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993). *El Derecho*, 158, 848-862

Gargarella, R. (20/05/2010). Otro intento de equilibrar el poder. *La Nación*.

González, J. V. (2001). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: La Ley.

González Calderón, J. (1984). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

Marienhoff, M. (1997). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Midón, M. (2001). *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y en los Ordenamientos Provinciales*. Buenos Aires: La Ley.

Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. y Cenicacelaya, M. (2001). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Quiroga Lavié, H. (1987). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Sagüés, N. (1985). Los decretos de necesidad y urgencia, derecho comparado y derecho argentino. *Revista Jurídica La Ley (volumen)* 1985 E, 798-807.

Spota, A. (1991). La división de poderes en la emergencia. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: tomo XX* (pp. 199 y ss). Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Vanossi, J. (1987). Los reglamentos de necesidad y urgencia. *La Ley*, 1987 II, pp. 885 y ss.

Villegas Basavilbaso, B. (1949). *Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.