CIJur Centro de Información Jurídica
www.cijur.mpba.gov.ar/doctrina
ISSN 3008-718X

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

por Rodolfo C. Barra[1] *y Anderson C. Saltzer Chavez*[2]

Artículo de la obra colectiva "A 30 años de la reforma de la Constitución Argentina y de la Provincia de Buenos Aires", publicada en el año 2024.

SUMARIO

I. Introducción 01
II. Situación previa a la reforma constitucional de 1994 02
III. DNU en la reforma constitucional de 1994 04
IV. DNU a 30 años de la reforma constitucional de 1994 16
V. A modo de conclusión 28

I. Introducción

Desde los orígenes de nuestra organización constitucional el Poder Ejecutivo Nacional dictó, sin ninguna intervención del Congreso, normas de contenido materialmente legislativo[3] y de competencia del Congreso de la Nación[4]. Estas normas fueron emitidas bajo la forma de decreto que, con el tiempo, adoptaron la denominación, común en la doctrina y en el derecho comparado[5], de "decretos de

1. Procurador del Tesoro de la Nación, Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ex Ministro de Justicia de la Nación, Convencional Constituyente, Ex Presidente de la Auditoría General de la Nación, Master en Derecho Administrativo Profundizado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Catedrático de Derecho Administrativo (UCA) y de Derecho Constitucional y Administrativo (UNLaM).

2. Subdirector Nacional de Asuntos Judiciales (PTN), Especialista en Abogacía del Estado (ECAE), maestrando en Derecho Administrativo y Tributario (U. Austral).

3. LUGONES, Narciso J., GARAY, Alberto F., DUGO, Sergio O., CORCUERA, Santiago H., "Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia", La Ley, Buenos Aires, 1992.

4. Esta última salvedad toma razón en que el Presidente de la Nación sanciona, dentro de su propia competencia legislativa propia de la "función presidencial", normas de alcance general que materialmente son leyes, como los decretos reglamentarios de la ley, los reglamentos autónomos, el decreto de promulgación total o parcial de la ley (en realidad del proyecto sancionado por el Congreso. Los decretos de necesidad y urgencia (tema del presente estudio) tienen como característica principal regular temas de competencia del Congreso. Sobre la "función presidencial" ver BARRA, Rodolfo C., "Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos", Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 269 y ss.

5. COMADIRA, Julio R., "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", LA LEY, 1995-B, 825; SAGÜES, Néstor Pedro, "Decretos de necesidad y urgencia: estado actual del problema", LA LEY, 1992-B, 917; GARCIA PELAYO, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", p. 163, Madrid, 1964. Estrictamente hablando, la Constitución Española (art. 86) los denomina "disposiciones legislativas provisionales" "que tomarán la forma de Decretos-leyes". Para la Constitución Italiana (art. 77) son "disposiciones ("provvedimenti") provisionales con fuerza de ley", denominándolos la doctrina "decretos-leyes", CRISAFULLI, Vezio y PALADIN, Livio, "Commentario

necesidad y urgencia" (DNU), haciendo referencia a las circunstancias, generalmente excepcionales, que justificaban su dictado. Finalmente, siempre en nuestro caso, su regulación fundamental fue producto de la reforma constitucional de 1994, que incluyó el instituto como competencia presidencial en el art. 99.3, CN.

Nuestro país atravesó por diversas crisis de suma gravedad en múltiples ocasiones. Solo por mencionar un dato previo a la reforma constitucional, por ejemplo, en lo económico, hacia mayo de 1989 la inflación había alcanzado la astronómica tasa del 3000 % anual. Había desaparecido la moneda y con ella la seguridad jurídica y la estabilidad contractual, comenzando a percibirse signos inequívocos de grave quiebra del "contrato social" con sus consecuencias institucionales previsibles.

Con posterioridad a la reforma constitucional, apenas en el inicio del nuevo siglo, las situaciones de extrema gravedad en lo económico, social e institucional volvieron a repetirse, lo que obligó al dictado de múltiples leyes emergencia y, por supuesto, decretos de necesidad y urgencia.

En la actualidad, a 30 años de la reforma constitucional, nuestro país se encuentra atravesando por una nueva crisis de similares, o peores, características y alcances a la experimentada en los años 1988/89. Esto nos invita a pensar nuevamente el instituto a fin de delimitar su alcance actual, en base a las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se hicieron del mismo. Esta situación se agrava aun más si tenemos en cuenta que el Poder Ejecutivo se encuentra muy lejos de contar con mayoría propia en el Congreso, lo que dificulta la sanción de leyes consideradas necesarias y urgentes para enfrentar la crisis.

II. Situación previa a la reforma constitucional de 1994

La trascendencia y frecuencia con que el Poder Ejecutivo recurrió a la emisión de los DNU, durante las últimas dos décadas del siglo XX, forzó la interpretación judicial del instituto. En 1985, el presidente Alfonsín dictó uno de los DNU más

breve alla Costituzione", p. 476, Cedan, Padova, 1990. En el caso italiano, la provisionalidad es clara, ya que el decreto-ley pierde eficacia si no es aprobado por el Parlamento dentro de los sesenta días de su publicación. En cambio, la Constitución Española nada dice al respecto, aunque exige el pronunciamiento expreso del Congreso.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

importantes, por su contenido y efectos, de toda la historia de esa fuente del derecho hasta ese momento: el decr. 1096/85. Este modificó nuestro signo monetario con la creación del "austral", de corta y triste memoria, y su valor, a la vez que con tal decreto alteraba o incidía sobre las relaciones contractuales corrigiendo las prestaciones nominales dinerarias pactadas a través del mecanismo del "desagio", o método para valorar el descuento de la inflación implícita en aquellas.

El DNU 1096/95 fue cuestionado en su constitucionalidad, llegando a conocimiento de la Corte Suprema en la causa "Porcelli, Luis c/Banco de la Nación Argentina" (Fallos, 312:555, sentencia del 20/4/89). En el ínterin, el DNU había sido ratificado por el Congreso a través del art. 55 de la ley 23.410, por lo cual la Corte resolvió que carecía de interés actual el análisis de la inconstitucionalidad, por el origen u órgano emisor de la medida cuestionada, sin perjuicio de destacar que la ratificación por el Congreso desplazaba cualquier cuestionamiento en tal sentido.

Si bien la Corte fue muy parca en análisis del tema, de la lectura del fallo parece resultar que la ratificación legislativa sanea el origen de norma, sin perjuicio de la cuestión de valoración constitucional de su contenido, como en el caso de cualquier norma jurídica. Esta, sin duda, es una manera de decir que aquella primera cuestión, sin duda fundamental, es de **decisión exclusiva del Congreso**, quedando fuera del alcance de la intervención de los tribunales.

Poco tiempo después, la Corte tuvo ocasión de explayarse sobre la cuestión. En el célebre caso "Peralta"[6], el actor cuestionó la constitucionalidad del DNU 36/90, sancionado por el presidente Menem que provocó una profunda alteración en el régimen de retribución y pago de inversiones financieras, como medida de emergencia para atacar el proceso de hiperinflación que el país vivía desde comienzos de 1989.

Como en "Porcelli", la Corte tuvo que afrontar el desafío respecto a la constitucionalidad del decreto en cuestión, debido a su aparente vicio de origen por la falta de intervención del Congreso en una materia reservada a la ley.

6. Fallos: 313:1513, sentencia del 27/12/90.

Allí la Corte exigió la presencia de tres requisitos para aceptar la validez constitucional de un DNU: primero, la existencia de una situación "de grave riesgo social"; segundo, la adecuación del medio o procedimiento empleado para afrontarla, tanto en su forma como en su contenido: así, la necesidad de definir una medida súbita, sorpresiva (como en el caso del DNU 1096/85) de gran rapidez en su decisión, instrumentación y ejecución, como también la adecuación (principio de proporcionalidad) del medio con el fin. En otras palabras, el DNU debe contener una medida razonablemente apropiada, y no exagerada, para enfrentar la crisis; en tercer lugar, la participación del Congreso, aun sólo en la medida de su tolerancia o aquiescencia. Y, en tercer lugar, corresponde resaltar que la Corte no exigió la ratificación expresa del DNU por parte del Congreso, sino sólo que este "no adopte decisiones diferentes" –consid. 24–.

III. DNU en la reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 siguió esta doctrina jurisprudencial, aunque con matices diferenciadores de gran importancia práctica. El instituto del DNU fue incorporado por el reformador constituyente dentro del art. 99 -atribuciones del Poder Ejecutivo- en su inc. 3º que, estrictamente, se refieren a las competencias colegislativas del Presidente: "*Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución* (reza el primer párrafo de la norma) *las promulga y hace publicar*". De esta manera queda claro que **la sanción de un DNU es, potencialmente, parte del proceso de formación de las leyes**, con iniciativa en el Presidente, por cuanto, como veremos más adelante, es un medio con el que cuenta el Poder Ejecutivo para instar la sanción de una ley por parte del Congreso. Un medio de especial significación y fuerza ya que, frente al silencio del Congreso luego de sancionado de DNU, este es -continúa siendo- una norma jurídica de "carácter legislativo", como lo califica la Constitución. Es decir, una ley en sentido material, de acuerdo con la habitual calificación doctrinaria[7].

El art. 99 inc. 3º realiza una afirmación tajante: "*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de ca-*

7. CASSAGNE, Juan C., "Derecho Administrativo", t. II, p. 66, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987 y MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. I, p. 76 y sigte. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, entre otros.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

rácter legislativo"; pero, inmediatamente después de esta terminante y severa prohibición, introduce la excepción y con ella regula el régimen de los DNU: "*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...*". Por tratarse de una excepción a la regla prohibitiva enunciada al principio, y por insertarse en el inc. 3º según lo comentado antes, queda claro que estos DNU son "disposiciones de carácter legislativo". Asimismo, se excluyen de la excepción, por lo que quedan siempre alcanzadas por la prohibición general, las "*... normas que regulen materia penal, tributaria*[8], *electoral o el régimen de los partidos políticos...*".

La norma constitucional establece dos requisitos sustanciales habilitantes para el dictado de un DNU: A) la razón de necesidad y urgencia, de naturaleza excepcional, en resolver una determinada situación política, social, económica o cualquier otra que precise de una respuesta legislativa y B) que aquella circunstancia de excepción imposibilite seguir "los trámites ordinarios" previstos para la sanción de las leyes, esto es el régimen, de naturaleza procesal, establecido en el Capítulo V de la Parte Segunda, Título Primero, Sección Primera, de la Constitución Nacional, "De la formación y sanción de las leyes".

---

8. Aquí también el constituyente siguió a la Corte Suprema de Justicia, que ya había adelantado el principio de "reserva de ley" como inexcusable regla constitucional para generación de obligaciones tributarias en "EVES Argentina S.A." -Fallos: 316:2329, sentencia del 14 de octubre de 1993, La Ley, 1993-E, 427- declarando la inconstitucionalidad del art. 7º del dec. 499/74, reglamentario de la ley 20.631 (Adla, XXXIV-C, 2189; XXXIV-A, 99); que avanzó en la determinación de sujetos al impuesto al valor agregado. En "Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía" -Fallos: 318:1161, sentencia del 6 de junio de 1995, La Ley, 1993-E, 167- la Corte afrontó la situación de dos DNU (ns. 2736/91 y 949/92 -Adla, LII-A, 354; LII-C, 2977-) que, como nota destacable, habían sido tomados en consideración por el Congreso al sancionar, luego, la ley de presupuesto 24.191 (Adla, LIII-A, 16), correspondiente al ejercicio del año 1993. Sin embargo, la Corte recordó lo sugerido ya en "Peralta" acerca de la "obligada participación del Poder Legislativo en la imposición de contribuciones", y también en la causa "EVES" antes mencionada. Es de notar que en "Video Club" -sobre un caso anterior a la reforma constitucional, aunque fallado con posterioridad- la Corte, si bien reconociendo que el "mérito" acerca de la decisión de dictar un DNU le corresponde en último término al Congreso, no dejó de destacar que, en ese caso, no se presentaban las circunstancias excepcionales que habían justificado la solución dada en "Peralta". Por ello la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad de los citados DNU. Esta doctrina fue reiterada por la Corte en "La Bellaca c. Estado nacional"DGI", causa L.62. XXXI, del 27 de diciembre de 1996, La Ley, 1997-C, 125; "Nobleza Piccardo S.A. c. D.G.I., causa N.82 XXVIII; "Kupchik, Luisa c. Banco Central de la República Argentina", causa K.3. XXXII y "Cic Trading c. Fisco Nacional", causa C. 221. XXX, todas del 17 de marzo de 1998. En estas dos últimas la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 560/89, generador de una obligación tributaria, a pesar de su posterior ratificación expresa por la ley 23.757 (Adla, XLIX-C, 2573; XLIX-D, 3733), en la medida que el tributo fue percibido con anterioridad a la ley -en "Cic Trading c. Estado nacional", causa C. 1177. XXVIII, de igual fecha, en cambio, se rechazó la inconstitucionalidad del tributo percibido con posterioridad a la ley- señalando que "... la ratificación legislativa ... carece de incidencia respecto de dicha conclusión (ya que) resulta improcedente cualquier interpretación que conduzca a asignar efectos convalidantes, con carácter retroactivo, a la ratificación legislativa o a la reiteración del texto del decreto en una ley posterior...".

Posteriormente, en el año 2006, se dictó la Ley 26.122 que estableció el régimen legal aplicable a los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes.

En el Título II de esta norma se regula lo atinente a la Comisión Bicameral Permanente prevista en los arts. 99, inc. 3, y 100, inc. 12 y 13 de la Constitución Nacional. En el mismo se establece lo referido a la competencia de la Comisión, su integración, la duración en el cargo de los integrantes de la misma, la forma de elección de las autoridades y su funcionamiento.

Luego, en el Título III, se regula de manera específica y concreta lo referido a los decretos de necesidad y urgencia conjuntamente con los otros instrumentos con los que el PEN ejerce su potestad legislativa. Veamos entonces a continuación los requisitos propios de los decretos de necesidad y urgencia en el diagrama normativo entre lo establecido en la Constitución Nacional y la ley 26.122.

1. Requisitos substanciales

A. Necesidad y urgencia excepcionales: En "Peralta" la Corte exigía como requisito fundamental para la procedencia del DNU, la existencia de "una situación de grave riesgo social", que incluso es capaz de poner en peligro la propia unidad nacional. Para el constituyente de 1994, en cambio, **basta con una situación de excepción**, es decir no ordinaria o conforme al curso regular de los acontecimientos de la vida social. Hay, en el lenguaje de la Constitución, un menor dramatismo, que comporta naturalmente una menor dosis de exigencia a la hora de valorar la validez del DNU.

Tal circunstancia excepcional puede ser de cualquier naturaleza y tener cualquier tipo de efectos sobre la situación colectiva, o aún particularizada de un grupo de personas o también, de una sola persona, ya que cuando "Peralta" exige la generalidad de los efectos de la medida de emergencia, esto lo hace para admitir la validez de la "emergencia" en cuanto tal -del instituto de la emergencia como limitante de ciertos contenidos de derechos patrimoniales- y no del DNU. Este puede tener un contenido "ordinario", es decir, puede afrontar una situación excepcional, urgente, con normas que no avancen sobre los derechos constitu-

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

cionales de los particulares. Recuérdese que la situación excepcional justifica el origen -por el órgano- de la sanción de la norma, y no su contenido. Puede haber leyes de "emergencia" -en la terminología de "Peralta"- como también DNU de la misma naturaleza. Pero pueden sancionarse DNU, justificado en los términos de art. 99.3 de la Constitución Nacional, sin contenido de emergencia, es decir, sin fundamentación en emergencia alguna[9].

La situación de excepción debe precisar de una necesidad de ser resuelta con urgencia. Ya no se trata de una solución brindada a través una medida "súbita", como en "Peralta" o que ronda el secreto, como el "Porcelli", sino simplemente de la rapidez en la adopción de la solución del caso.

B. Imposibilidad de seguir el trámite legislativo ordinario: El criterio del constituyente es sencillo y amplio: si nos encontramos ante un caso excepcional que requiere ser enfrentado con urgencia y, por cualquier razón -ya que el constituyente no distinguió- es imposible aguardar a la finalización del procedimiento constitucional para la formación y sanción de las leyes, el DNU queda habilitado. La imposibilidad es producto de la misma razón de urgencia (debe ser valorada en razón de la necesidad y urgencia) ya que puede ocurrir, siempre según las circunstancias del caso concreto, que la medida precisada, de aguardarse su sanción por el Poder Legislativo, sea tardía o inconveniente, o insuficiente para responder rápidamente a la necesidad.

Por este motivo, en la economía del art. 99.3, el Poder Ejecutivo ha visto **ampliadas sus atribuciones de colegislador**, ya que **puede instar la acción del Congreso a través del DNU** (esta es la verdadera naturaleza del instituto), siempre, claro está, que el Congreso quiera expresarse al respecto, conforme lo dispone el art.

---

9. Cuando el constituyente quiso referirse a la emergencia lo hizo expresamente, como en el art. 76. La abstención del constituyente, en el art. 99.3, de utilizar las expresiones "emergencia" o "conmoción interior" o "ataque exterior" (art. 99.16, para la declaración del estado de sitio), para limitarse a señañar la excepcionalidad de las circunstancias y la necesidad y urgencia en afrontarlas, indica a las claras la dieferente valoración de la gravedad de las situaciones. Asi, de mayor a menor, conmoción interior para el estado de sitio, emergencia para la delegación de competencias legislativas, circunstancias excepcionales para la procedencia del DNU. Sobre el punto no está demás recordar la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema: "La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen; debido a ello, las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos empleados" (Fallos: 346:25). Recordemos que la aplicación de la CN, como de toda ley, requiere de una "interpretación integrativa" de todo su articulado (Fallos: 326:4816, entre muchos otros).

82 CN. Esta interpretación quedará confirmada cuando analicemos los requisitos procesales relativos a la validez del DNU.

Debemos detenernos en este punto a los efectos de comprender la verdadera naturaleza jurídica del DNU, conforme lo regula nuestra Constitución Nacional. Es decir, no en abstracto, sino en nuestro sistema concreto y en razón de sus efectos prácticos.

Hasta la reforma de 1994, el DNU quedaba reservado (sin perjuicio de abusos que pudieron haber ocurrido a lo largo de nuestra historia constitucional) a los casos en que era necesario enfrentar una "situación de grave riesgo social" con "medidas súbitas" -siempre según "Peralta"- ante las cuales el trámite parlamentario se presentaba como absolutamente inconveniente, ya sea por su demora natural, por su posible publicidad, por la complicación generada en los intereses inmediatos de partidos -naturales de la democracia, pero no admisibles frente al riegos de disolución social al que también hizo referencia "Peralta"- reflejados en la demora del debate en Comisión, o la presentación de proyectos alternativos llamados "tapón", ya que tienden sólo a obstaculizar la marcha del proyecto principal, o la negativa de dar quórum, etcétera.

Con la reforma constitucional la regulación se modificó con matices de gran importancia. Ante el mismo clima parlamentario (ya ocurrido o de previsible ocurrencia) el Poder Ejecutivo se ve obligado (necesidad) a enfrentar una urgencia política (de contenido económico o social, o de otra naturaleza) que tiene características excepcionales -no ordinarias- y para ello -y sólo en tales casos- bajo pena de "nulidad absoluta e insanable", la Constitución le permite dictar la norma y, al hacerlo, obligar al Congreso a tomar una decisión al respecto, positiva o negativa.

De lo contrario, la consecuencia de una posible continuación de la inactividad del Congreso será la vigencia de la norma sancionada por el DNU. Hasta 1994, en cambio y según lo sugerido por la Corte, el DNU venía a paliar la crisis social y el Congreso quedaba con una situación de mayor pasividad. Aun cuando tanto "Porcelli" como "Peralta" hacen referencia al papel del Congreso y lo meritúan a los efectos del análisis de la validez del DNU -conocimiento de la medida, reflejado

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

a la toma de posteriores decisiones legislativas que la suponen, falta de rechazo expreso o por la adopción de alguna ley contradictoria- no se encontraba regulada, como sí lo hace la Constitución de 1994, la obligación de un pronunciamiento expreso, hasta con plazos brevísimos para ello (cfr. art. 99.3 CN).

Por eso sostenemos que en el nuevo art. 99.3, el DNU no es un "recurso desesperado", para enfrentar una crisis social hasta amenazante de la misma unidad nacional. No sólo la Constitución no impone estos requisitos; sino que, en realidad, **coloca al instituto del DNU como parte del proceso de formación de las leyes, dentro de las competencias del Presidente como colegislador**. Así, en realidad, y siempre que se trate de una situación de urgencia no ordinaria (sobre cuya valoración volveremos luego), el DNU es tratado por la Constitución más desde la perspectiva del Congreso que desde la óptica del Presidente. Este tiene, sin duda, la atribución, pero esa atribución es también para **"forzar" al Congreso a decidir** -que no la tiene por otro camino en nuestro régimen constitucional- con la consecuencia, frente al silencio del legislador, de la plena vigencia del DNU con los efectos propios de una ley.

En el nuevo régimen constitucional, en consecuencia el Poder Ejecutivo tiene mayor libertad que antes para recurrir al remedio del DNU[10]. Con ello fuerza la acción del Congreso, pero también queda sometido a ésta con una rigurosidad que ni "Porcelli" ni "Peralta" habían considerado.

2. Requisitos procedimentales

Lo expuesto será mejor advertido al considerar los requisitos procedimentales del instituto, impuestos por el art. 99 inc. 3º de la Constitución.

A. Acuerdo general de ministros: El DNU debe ser decidido en "acuerdo general de ministros", los que deberán refrendarlo juntamente con el Jefe de Gabinete.

10. La reforma de 1994 limitó las atribuciones presidenciales en varios aspectos. Así al crear la figura del Ministro Jefe de Gabinete y su relativo sometimiento al Congreso (ver BARRA, Rodolfo C., "El Jefe de Gabinete en la Constitución Argentina, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995); en el proceso de designación de los jueces inferiores del Poder Judicial; al independizar de la órbita del Poder Ejecutivo (en realidad, de la órbita de los tres poderes) al Ministerio Público o, por vía indirecta, al reforzar ciertos institutos de control, que quedan en jurisdicción del Congreso, como la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo. Pero en lo que respecta al DNU, la atribución presidencial quedó fortificada, por mayor amplitud en la habilitación de su sanción y esta virtualidad de forzar la acción del Congreso al que se ha hecho referencia en el texto.

Este "acuerdo general de ministros" no se encuentra regulado por la Constitución, en lo que respecta a sus formalidades, aunque lo podría hacer una futura ley de ministerios. Mientras tanto, la existencia del "acuerdo" se expresa y formaliza con el refrendo conjunto, del DNU, por todos los ministros, incluyendo al Jefe de Gabinete, tal como lo exige la norma comentada, con los efectos generadores de responsabilidad solidaria que establece el art. 102 de la Constitución. Sin el requisito del refrendo colectivo, el DNU carece de eficacia, estando viciado de nulidad absoluta.

B. Sometimiento al Congreso: El DNU tiene vigencia a partir publicación en el Boletín Oficial de la Nación en las condiciones establecidas por el art. 5 del Código Civil y Comercial, así lo establece también el artículo 17 de la ley 26.122; pero su validez queda condicionada al requisito de su presentación dentro de los diez días -debe interpretarse que son días corridos y contados desde la sanción y no desde la publicación- al Congreso, para su examen por la Comisión Bicameral Permanente que la Constitución, en el mismo 99.3, crea al efecto y cuyo funcionamiento regula el Título II de la ley 26.122. La presentación la debe efectuar el Jefe de Gabinete personalmente, siendo estos requisitos -la presentación en sí misma, su modalidad y el órgano encargado de hacerlo- esenciales para la validez del DNU.

Naturalmente que cuando la Constitución exige que personalmente el Jefe de Gabinete presente el DNU al Congreso, no está exigiendo el acto físico, sin perjuicio que la presencia personal del jefe de gabinete pueda ser requerida por la Comisión Bicameral o por cualquiera de las Cámaras legislativas, para brindar explicaciones acerca de la medida tomada (art. 100 inc. 11). Se trata simplemente de que el "mensaje" de elevación debe ser firmado por el Jefe de Gabinete, además de por el Presidente de la Nación, y enviado a la Comisión Bicameral, lo que es conforme con el tratamiento de urgencia que la Constitución le impone a la cuestión. La omisión del envío en término produce la nulidad absoluta y retroactiva del DNU, de pleno derecho[11], ya que la inmediata intervención legislativa en la tramitación del DNU, en las condiciones fijadas por la Constitución, es un requisito procesal esencial, que no puede ser salvado por una presentación tardía.

11. Es la sanción de nulidad prevista en el segundo párrafo del art. 99.3, CN.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que la ley 26.122 establece una causal de subsanación: en caso que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido el DNU, la Comisión Bicameral Permanente se podrá abocar de oficio a su tratamiento conforme lo establecido en el artículo 18 de la ley 26.122; pero ni la Comisión ni las Cámaras se encuentra obligadas a tal subsanación; en caso de no hacerlo dejarían al DNU, siempre en la hipótesis de la omisión por el Jefe de Gabinete, en una situación de grave debilidad jurídica y con la eventual sanción constitucional de nulidad.

La Constitución **exige la rápida intervención del Congreso** y esta sólo es posible si el Ejecutivo, a través del Jefe de Gabinete, cumple estrictamente con esta actuación en el plazo debido. La omisión o el cumplimiento defectuoso, como vimos, provoca la nulidad absoluta de la norma, con efectos retroactivos, por lo que alterarán también las relaciones jurídicas que hubieran nacido al amparo del DNU durante estos primeros diez días, en los términos del art. 390, CCC. Esta es la solución lógica ya que esta hipótesis de nulidad absoluta es distinta de la disconformidad del Congreso (que luego examinaremos) pues afecta a la condición de validez del DNU.

C. Comisión Bicameral Permanente: debe tener una composición que respete la "proporción de las representaciones políticas de cada Cámara", como lo establece el art. 99.3. Este órgano del Congreso, regulado por la ley 26.122, es, como vimos, el mismo que debe analizar los decretos de promulgación parcial de las leyes y los decretos de delegación legislativa, según el art. 100. Incs. 12 y 13, CN.

La Comisión es un órgano consultivo del Congreso, que debe dictaminar (entendiéndose que puede haber despacho por mayoría y otros por minoría) asesorando a los plenarios de cada Cámara acerca de la cuestión, dictamen que no es vinculante para éstas. La Comisión se debe expedir expresamente -para "su expreso tratamiento" dice la Constitución, aunque relativo a la decisión de las Cámaras- dentro del plazo de diez días hábiles.

El artículo 10 de la ley 26.122 reitera que la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronun-

ciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

A su vez, se establece que, para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia[12].

En caso de incumplimiento de la Comisión o de las Cámaras, la Constitución parecería, en principio, no prever sanción alguna. Se trataría así de un plazo indicativo, como todos los formulados al Legislativo, que el Constituyente estableció para indicar la extrema urgencia del tratamiento del DNU. Pero no hay sanción, ya que no resultaría posible, en la economía de la Constitución, establecerla para los legisladores. Mientras tanto el DNU continúa vigente ya que, al exigir la Constitución el "expreso tratamiento", ha eliminado toda posibilidad de decisión tácita acerca de la conformidad o disconformidad con el DNU, amén de lo dispuesto por el art. 82 CN. Nótese que hacer aguardar la vigencia del DNU a la conformidad expresa de la Comisión Bicameral, o del Congreso, sería una interpretación contradictoria con el carácter de urgente de la medida, la que justifica, precisamente, su dictado. De todas maneras, nada impide que, superado el plazo de diez días, cualquiera de las Cámaras (según las reglas de la Cámara de origen, que en la práctica sólo importan para la materia del "reclutamiento de tropas", ya que la tributaria está prohibida en lo que hace a su regulación por DNU) se avoque al tratamiento del tema, aun mediando silencio de la Comisión Bicameral, ya que se habría agotado el plazo imperativo que para su intervención obligada establece la Constitución. Volveremos sobre el tema.

El artículo 20 de la ley 26.122 establece que, vencido el plazo sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente dictamen para consideración de ambas Cámaras, estas se podrán abocar al expreso e inmediato tratamiento del DNU. Este supuesto no significa que la Comisión Bicameral pierda su competencia por el transcurso del tiempo, sino que se agota su competencia exclusiva, lo que habilita la intervención directa -decisión discrecional- de

12. A la fecha de este trabajo existen 45 Comisiones Permanentes funcionando en el Congreso de la Nación, entre ellas las más importantes son: asuntos constitucionales, legislación general, relaciones exteriores y culto, presupuesto y hacienda, justicia, acción social y salud pública, defensa nacional, finanzas, asuntos municipales, juicio político, entre otras.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

cualquiera de las Cámaras. En cambio, no podría esto ocurrir durante este plazo de diez días, ya que la Constitución impone aquí la actuación exclusiva de la Comisión Bicameral.

Advirtamos también que, existiendo urgencia en la consideración legislativa del DNU, si el Congreso así lo desea, el despacho de la Comisión y la decisión de los plenos de las Cámaras pueden ocurrir en el mismo día. La Comisión debe elevar su despacho, dentro del plazo antes señalado, "*...al plenario de cada Cámara...el que de inmediato considerarán las Cámaras*". La intervención de ambas Cámaras puede o no ser simultánea, ya que a estos efectos no rige el procedimiento legislativo relativo a las competencias entre Cámara de origen y Cámara revisora previsto en el art. 81 CN. Recordemos que este procedimiento especial previsto en la CN y en la ley 26.122 no es el establecido para la sanción legislativa de un proyecto de ley, sino otro destinado a resolver rápidamente acerca de la validez o invalidez del DNU.

D. El tratamiento en plenario: El artículo 21 de la ley 26.122 establece que, elevado por la Comisión el dictamen correspondiente al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento.

La decisión sobre la aprobación o rechazo del DNU la debe tomar el Congreso por el pleno de cada una de las. El Congreso no tiene ningún plazo para expedirse, ni siquiera el indicativo que el constituyente utilizó para otros institutos, ni sanción alguna para el caso de silencio. Mientras tanto, el DNU continúa vigente. Con esa impronta el artículo 22 de la ley 26.122 establece que las Cámaras se deben pronunciar mediante sendas resoluciones y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional, ello sin perjuicio de que, aun sin aprobación expresa, el DNU continúe vigente por el tiempo que el mismo establezca, si así lo hace, o indefinidamente hasta que una nueva norma de jerarquía legislativa lo modifique o derogue expresa o implícitamente, como ocurre con cualquier ley.

E. La aprobación o rechazo: Debe distinguirse la aprobación o rechazo del DNU a los efectos del régimen del art. 99.3 CN, de la norma derogatoria -incluso por contradicción- o modificatoria posterior. La aprobación expresa no modifica en

nada a la vigencia del DNU, que siempre es a partir de su sanción y publicación, aunque tiene -frente al mero silencio del Congreso- dos efectos prácticos de importancia: fortifica la seguridad jurídica, completando el proceso querido por el constituyente, es decir la manifestación expresa del legislador y, concordantemente, impide un rechazo posterior.

Por su parte, el artículo 23 de la ley 26.122 establece –siempre dentro de este procedimiento especial– que las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.

Así el DNU podría ser sólo derogado o modificado por otra norma de jerarquía legal, u otro DNU. Nunca podría ser derogado o modificado por un decreto ordinario. En este punto la ley 26.122 es sobreabundante dado que establece que las disposiciones de esa ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos, no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la modificación o derogación de normas de carácter legislativo emitidas tanto por el Poder Ejecutivo como, por supuesto, por el mismo Congreso (art. 25 ley 26.122), derogación o modificación que, reiteramos, podrá ocurrir en cualquier momento

Para derogar un DNU, entonces, siguiendo el procedimiento establecido, es necesario el rechazo expreso por ambas Cámaras del Congreso. Esta circunstancia, de acontecer, deja a salvo los derechos adquiridos durante la vigencia del DNU –artículo 24 de la ley 26.122–. Por lo tanto, el rechazo plantea cuestiones más delicadas. No puede el Congreso sancionar un rechazo si ya aprobó el DNU, en este caso el rechazo sería inconstitucional. ¿Puede rechazar sí, aunque no aprobó expresamente el DNU, sancionó leyes que lo suponen, es decir, que parten del presupuesto de su vigencia? Ya mencionamos que la aprobación, como el rechazo, debe ser expresa, por un acto dirigido específicamente a tal finalidad. El rechazo posterior a una ley o a leyes que suponen la vigencia del DNU es válido y, según los casos, podría significar la derogación institucional de tales leyes, siempre que el rechazo tenga forma de ley.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

El rechazo puede tener diferentes contenidos, con efectos también distintos: a) por defectos formales sustanciales (falta de refrendo, falta de envío, envío tardío), en este caso el decreto padece nulidad absoluta cayendo retroactivamente sus efectos, sin perjuicio de las relaciones jurídicas de buena fe nacidas a su amparo; b) disconformidad con la valoración de la razón de necesidad y urgencia: también acarrea la nulidad absoluta del DNU con los mismos alcances; c) disconformidad con el contenido del DNU con aceptación o sin manifestación acerca de la razón de necesidad y urgencia: este caso es similar a los efectos de una ley derogatoria posterior -mediando o no aprobación- con efectos a partir de la vigencia de la nueva ley.

Puede ocurrir también que el DNU contenga, total o parcialmente, regulaciones relativas a las materias excluidas del instituto por el art. 99.3 CN. Estas normas estarán siempre afectadas por una nulidad absoluta e insanable de pleno derecho, por lo que, en este caso, ni siquiera podrían estar protegidas las relaciones jurídicas de buena fe.

Debe ser distinguida la ley derogatoria del rechazo. Este debe ser expreso y específico, con los efectos ya vistos. Si la ley del Congreso no rechaza, sino simplemente deroga, estamos simplemente frente al caso ordinario de una ley posterior derogatoria de otra anterior, pero no es el rechazo a los efectos del art. 99.3 CN. ¿Cuál debe ser la forma de la aprobación o rechazo? Según el artículo 22 de la ley 26.122 éste debe ser hecho por resolución de cada una de las Cámaras. Es decir, no se tratará de una ley, que podría ser observada por el Poder Ejecutivo, sino resoluciones coincidentes de cada una de las Cámaras que tienen el efecto de rechazar o aprobar el DNU.

La aprobación o rechazo del DNU también puede ocurrir mediante una ley formal (art. 25, ley 26.122). Se tratará de una ley ordinaria, con su tramitación y régimen de relación entre la Cámara de origen y la Cámara revisora, sanción y promulgación. Puede ser vetada total o parcialmente por el Poder Ejecutivo -como toda ley- con el régimen de insistencia del art. 83 de la Constitución Nacional.

F. Plazo para el procedimiento especial: Como hemos visto, el DNU puede perder vigencia de dos maneras (sin perjuicio de los supuestos de agotamiento, desapa-

rición del objeto, o tiempo de vigencia previsto por el propio DNU): 1) por rechazo resultante del **procedimiento especial**, es decir, el procedimiento previsto en el art. 99.3, CN y reglamentado por la ley 26.122 (excluye la modificación como también la posibilidad de observación o "veto" presidencial); 2) por derogación legislativa siguiendo el **procedimiento ordinario** para la sanción de las leyes (admite modificaciones al DNU y la observación, total o parcial, presidencial).

La segunda opción no tiene plazo alguno. ¿Lo tiene la primera, es decir la que es fruto del que aquí denominamos "procedimiento especial"? La ley 26.122 nada dice al respecto, pero, en cambio, el art. 99.3 CN nos brinda claras pistas al respecto.

La norma constitucional esta estructurada sobre el dato fundamental de la "situación de urgencia" y, por ende, sobre la necesidad de una **rapidez especial** para enfrentarla. Así el art. 99.3, CN, prescribe: 1) dentro de los diez días desde la vigencia del DNU (si la vigencia fuese distinta a la inmediata con su publicación, fijada expresamente o por aplicación de las normas civiles), haría sospechar acerca de la "necedidad y urgencia", debe ser presentado por el Jefe de Gabinete a la Comisión Bicameral (lo ideal sería que concurriendo ante ella para dar explicaciones); 2) la Comisión debe emitir su dictamen dentro de los diez días siguientes, elevándolo simultáneamente al plenario de cada Cámara; 3) las Cámaras deben dar "expreso tratamiento" al dictamen, y con él al DNU, "de inmediato".

Lo cierto es que, por elementales razones de seguridad jurídica, no es posible mantener esa situación de cierta "endeblez" del DNU por un tiempo mayor que el previsto por el citado art. 99.3 CN. Es lógico, entonces, interpretar que pasado un tiempo razonable –¿cuarenta y cinco días corridos, diez para la Comisión y veinticinco totales para las Cámaras?– **el procedimiento especial debería considerarse caducado**.

IV. DNU a 30 años de la reforma constitucional de 1994

En la actualidad, a 30 años de esa reforma constitucional, nuestro país se encuentra atravesando una nueva situación de emergencia donde, además, se encuentra en discusión el modelo de Estado y el rol que el mismo debe asumir especialmente

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

a los fines regulatorios. No es aquél un tema sencillo de abordar ni de implementar porque ante una mayor regulación menor libertad para los individuos y ante una menor presencia del Estado también menos libertad y derechos porque no hay quien los garantice.

Ante esta situación de difícil solución es donde adquiere total vigencia el principio de subsidiariedad, según el cual los entes políticos superiores –por ejemplo, el Estado– en lugar de oprimir y afectar la funcionalidad de los entes inferiores, debe propender para que éstos se encuentren en las mejores condiciones posibles de gestión y administración de sus propios fines, siempre al servicio objetivo del bien común.

Por eso en *Quadragesimo anno* Pío XI escribe, en el numeral 80, que es conveniente "*...que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija*". Y concluye "*...tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación*".

En ese marco, nos gustaría hacer algunas reflexiones sobre determinados temas puntuales y controvertidos que trae el instituto del DNU como ser si la calificación de una situación como excepcional de urgencia es o no es una cuestión política justiciable.

1. Razones de necesidad y urgencia

Debe anticiparse que las razones de urgencia y necesidad constituyen cuestiones políticas no justiciables. Trataremos de desarrollar esta idea y de brindar argumentos a ese efecto.

Tal como señalamos, frente a una situación de extrema gravedad vivida en los años 1988 y 1989, aunque de menor intensidad que la actual, la Corte Suprema en el trascendente caso "Peralta"[13], reiterando principios ya sentados por la jurisprudencia y doctrina jurídica, afirmó que "*...la Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación...*" (Considerando 21).

La "crisis" genera en su concepción un estado de "emergencia" o de especial excepcionalidad; y, ante situaciones de emergencia, se permiten conductas que no serían aceptables bajo un estado de "normalidad", tanto de los particulares como del propio Estado.

En ese precedente nuestro Máximo Tribunal sostuvo que "*Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad*".

No podemos omitir que en ese caso se cuestionaba justamente la validez constitucional de un DNU y allí la Corte Suprema fue perfilando los rasgos de instituto en tanto sostuvo que "*Parece evidente que...la eficacia de la medida adoptada...depende en forma fundamental de la celeridad con que se adopte y ponga en vigencia y, en este aspecto, la prudencia y el recto juicio del poder administrador no deben ser subestimados en el juzgamiento de esos motivos o razones, que se relacionan con hechos que, como los económicos, afectan gravemente la existencia misma del Estado y se vinculan con el bien común*" (Cons. 26, con cita de Villegas Basavilbaso) y también que "*...inmersos en la realidad no solo argentina, sino universal, debe reconocerse que, por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales*".

13. CSJN, Fallos 313:1513.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

De manera profética sostuvo que la confrontación de intereses que dilatan –y normalmente con razón dentro del sistema– la toma de decisiones, las presiones sectoriales que gravitan sobre ellas, lo que es también normal, en tanto en su seno están representados los estados provinciales y el pueblo –que no es una entidad homogénea, sino que los individuos y grupos que en él están integrados están animados por intereses muchas veces divergentes– coadyuvan a que el Presidente, cuyas funciones le impone el concreto aseguramiento de la paz y el orden social, seriamente amenazados en el caso, deba adoptar la decisión de elegir las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergable. Esta situación no supone eliminar la intervención del Congreso que podrá alterar o coincidir con lo resuelto; pero, en tanto no lo haga, no cabe en la situación actual del asunto coartar la actuación del Presidente en cumplimiento de su deber inmediato (Consid. 29). Por otra parte, como ya lo hemos visto, el DNU lejos de sortear la intervención del Congreso, la provoca con un llamamiento de especial fuerza.

Los poderes de emergencia que contiene la Constitución son para atender a la necesidad de asegurar la unión nacional lo que implica también la de asegurar su continuidad y supervivencia. En el caso citado nuestro Máximo Tribunal, como si lo estuviera escribiendo hoy y no en 1990, afirmó: "*Cuando los sucesos que conmuevan a la vida de la sociedad amenacen llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el resultado del descalabro económico generalizado, del mismo modo que ayer fue la discordia entre provincias, allí deben actuar los poderes del Estado para evitar que se malogren aquellos esfuerzos, dilatados y penosos, retrotrayendo al país a estadios superados de fragmentación, desorden, falta de un imperio extendido del derecho...*[lo que] *tiene por problema central hoy asegurar la supervivencia de la sociedad argentina. La sanción del decreto en cuestión debe verse como un capítulo actual de esa tarea...*".

Agregó: "*Son las exigencias de la vida política de un país, la razón de ser de las constituciones. La vida real del país, su situación económica, política y social son la fuente eficaz del texto... Las constituciones son fuente de derecho. Las realidades políticas son hechos. Cuando las primeras no interpretan a las segundas, estas fracasan; cuando las reflejan, triunfan. Las más bellas creaciones, las más justas aspiraciones, las más perfectas instituciones no suplen la naturaleza de las cosas*".

Estamos de acuerdo en que el contenido de un DNU, de cualquier DNU, siempre puede ser incorporado a una ley del Congreso, pero ¿para estar vigente cuándo? Las gestiones de gobierno que les toca atender situaciones de crisis y emergencia no cuentan con el tiempo necesario, esas situaciones justifican que se tomen medidas urgentes para paliar la crisis.

Ahí es donde la Constitución Nacional surge como un faro que debe guiar las medidas que adopta el PEN en estas situaciones de excepcionalidad y de urgencia; en estos casos, el legislador no será el Congreso, porque por naturaleza no puede serlo, sino el Presidente de la Nación. Así está previsto, a partir de 1994, en el Art. 99, inc. 3, de la CN y, en base a ello, el Presidente podrá y puede sustituir al Congreso y dictar una norma jurídica equivalente a una ley, de vigencia inmediata hasta que el Congreso la anule, derogue o modifique. No se pone en juego la democracia ni los principios básicos de la República porque, desde ese mismo momento, el poder con competencia puede derogar, anular o modificar los decretos de necesidad y urgencia que emita el PEN.

El PEN goza de esta competencia constitucional en razón de sus atribuciones como "Jefe Supremo de la Nación" y "Jefe del Gobierno", conferidas por el Art. 99, inc. 1° de la CN. Esta última jefatura se refiere al Estado, mientras la primera, con mayor "supremacía" todavía –es jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema que el lenguaje del constituyente no es ocasional o simbólico, sino literal con contenido jurídico–, lo coloca por encima de los gobiernos provinciales, respetando las competencias de estas en materias no delegadas, pero con poder de impulso de políticas (direccionamiento) y de impulso también de la intervención federal en caso de ser necesario. También le corresponde al Presidente decretar el "estado de sitio" aún por situación de conmoción interior, si el Congreso estuviese en receso, siempre con intervención posterior del Legislador. Las mismas competencias de excepción, *mutatis mutandis*, son las previstas en el Art. 99, inc. 3 de la CN con relación a los decretos de necesidad y urgencia.

La totalidad de tal régimen ya había sido previsto por Alberdi. El sentido de esta "Jefatura Suprema" que él propuso, que el constituyente argentino de 1853 aceptó y que el de 1994 mantuvo, resulta luminosamente aplicable a la actual situación que la Argentina atraviesa.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Sostuvo Alberdi que "*En cuanto a su energía y vigor, el Poder Ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la Constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni Confederación Argentina*"[14].

El mismo Alberdi sostuvo, además, en cuanto a la jefatura suprema, que "*si el orden, es decir, la vida de la Constitución, exige en América esa elasticidad del poder encargado de hacer cumplir la Constitución, con mayor razón la exigen las empresas que interesan al progreso material y al engrandecimiento del país. Yo no veo por qué en ciertos casos no puedan darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquellos*" (lug. cit.). Y proféticamente remataba su argumento de este modo: "*Hay muchos puntos en que las facultades especiales dadas al Poder Ejecutivo pueden ser el único medio de llevar a cabo ciertas reformas de larga, difícil e insegura ejecución, si se entregan a legislaturas compuestas de ciudadanos más prácticos que instruidos, y más divididos por pequeñas rivalidades que dispuestos a obrar en el sentido de un pensamiento común. Tales son las reformas de las leyes civiles y comerciales y, en general, todos esos trabajos que, por su extensión considerable, lo técnico de las materias y la necesidad de unidad en su plan y ejecución, se desempeñan mejor y más pronto por pocas manos competentes que por muchas y mal preparadas*" (lug. cit.).

En suma, el Presidente fue elegido por la mayoría del pueblo argentino para ejercer como Jefe Supremo de la Nación y Jefe del Estado (personificación jurídica del Gobierno), coartar sus atribuciones fuera de los parámetros del debido control parlamentario y judicial (en base a la razonabilidad) es ir en contra de la validez del texto constitucional y los principios que surgen del mismo.

En ese marco es que consideramos que las razones de urgencia y necesidad constituyen cuestiones políticas no justiciables. De esta manera, cuando el Jefe de

14. ALBERDI, Juan Bautista, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, capítulo XXV, p. 489.

Gabinete de Ministros cumple con sus obligaciones propias de poner el DNU en consideración del Congreso, el mismo se encuentra bajo la revisión y control de ese poder del Estado.

Recientemente, en relación al DNU N° 70/2023 la doctrina fue categórica al sostener que "*...por primera vez, en nuestra historia constitucional, se configura una situación de necesidad y urgencia en forma integral, que demanda una solución única y drástica para remediarla, a fin de superar el grave riesgo social de caer en un proceso de inflación incontenible.*

En cuanto al fondo, el DNU 70/2023 configura una situación extrema que supera la emergencia (que siempre es transitoria) y traduce la necesidad de volver a los postulados de la Constitución alberdiana, mediante la remoción de los obstáculos que, mediante un círculo vicioso de regulaciones, suprimen las libertades, crean privilegios sectoriales e impiden salir de la más peligrosa crisis económica y social a la que nos llevó una política estatista que agravó el déficit fiscal, hasta llegar a límites susceptibles de crear una situación de grave riesgo social, con olvido de los parámetros económicos que observan la mayoría de los países del mundo, incluso los de nuestra región de Iberoamérica"[15].

La necesidad y urgencia constituyen una verdadera **cuestión política** (institucional) que debe ser considerada como no justiciable. Asimismo, la imposibilidad de cumplir con el trámite ordinario para la sanción de las leyes, es una cuestión que remite a cuestiones de oportunidad mérito y conveniencia, lo cual también es de valoración estrictamente política.

En este sentido cabe señalar que, en el sistema constitucional estadounidense, se ha sostenido -siguiendo a Locke- que "*los gobernantes responsables pueden recurrir a poderes excepcionales. Las legislaturas serían demasiado numerosas, pesadas y lentas para enfrentar las crisis, además, ellas no serían capaces de prever mediante leyes, para satisfacer todos los accidentes y necesidades (...) La prerrogativa es el ejercicio de autopreservación. Es el pueblo autorizando a sus gobernantes a hacer ciertas cosas por su propia discreción, en favor del bien público, y dando*

15. CASSAGNE, Juan Carlos "Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023", Diario La Ley, Segunda Edición, 10/1/2024.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

su consentimiento cuando así lo hace el gobernante. Esta es una prerrogativa que pertenece al ejecutivo"[16].

2. Excepcionalidad y emergencia

Por su parte, es importante diferenciar la "emergencia" de la "excepcionalidad", pues el art. 99 inc. 3 de la Carta Magna, habilita la competencia legislativa del Presidente de la Nación, en "circunstancias excepcionales", que es diferente del concepto de la "emergencia".

El constituyente de 1994 fue muy explícito al momento de distinguir la "necesidad y urgencia" de la "emergencia". Mientras el referido art. 99 inc. 3, parte de "razones de necesidad y urgencia" para autorizar el dictado del DNU, el art. 76 inc. 3 de la C.N., toma en cuenta "materias de emergencia pública" en tal caso para autorizar al Poder Legislativo a sancionar leyes que deleguen facultades de determinadas competencias legislativas (Decretos por delegación legislativa "DLD"). La emergencia es la calificación jurídica de una materia que habilita al Poder Ejecutivo, o al Legislativo, a tomar medidas jurídicas. La emergencia normalmente hará necesaria y urgente una determinada respuesta, pero no todo lo urgente o necesario importará una emergencia[17].

Como se advierte el constituyente distinguió dos institutos el DNU y el DLD y ha utilizado terminologías diferentes. De esta manera si al habilitar la competencia presidencial para dictar DNU, los convencionales hubiesen querido limitarlo a situaciones de emergencia, lo hubiese dicho así, como lo hicieron en el art. 76[18].

Por lo tanto, el constituyente disminuyó el requisito causal fáctico habilitante de dicha competencia: no se trata de una necesidad de afrontar la emergencia, sino de dar respuesta a una situación no habitual valorada políticamente como fuera de lo ordinario.

---

16. SCHLESINGER, Arthur M., "The imperial presidency", Mariner Books, 2004, p.7 y siguientes y BARRA, Rodolfo Carlos "Derecho Administrativo, Acto administrativo y reglamentos", Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2018, pág. 428

17. BARRA, Rodolfo Carlos "Derecho Administrativo: Acto administrativo y reglamentos", Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2018, pág. 430.

18. BARRA, ob. Cit., p. 438.

En el caso del art. 99 inc. 3, las razones de necesidad y urgencia son los motivos que mueven al Presidente – Jefe Supremo de la Nación y jefe del gobierno- a considerar que es necesario legislar de determinada manera una cuestión dada, y que ello debe ser hecho con rapidez sin debate, sin perjuicio de la posterior decisión legislativa.

La necesidad requiere velocidad en la respuesta y también adecuación o proporción. La urgencia refiere a la prontitud requerida por las medidas contenidas en el DNU. Por ello, por la urgencia no es posible seguir los trámites ordinarios legislativos. Es lo urgente y necesario para el Presidente lo que justifica el dictado de una norma con jerarquía de ley, que sobrevivirá como tal, siempre que el Congreso no considere que las razones presidenciales no eran suficientes para justificar la norma.

Conforme a las atribuciones que la Constitución Nacional atribuye al Presidente, puede elegir entre enviar un proyecto de ley o, en forma más rápida, dictar un DNU. Tal como señalé en el apartado anterior y para reforzar la idea corresponde decir que la excepcionalidad –que no es emergencia– es un **concepto exclusivamente político, de valoración política y no jurídica** (tal como lo son "seguridad de las fronteras" (art. 75, inc. 16), "justicia social" (art. 75, inc.19, "conmoción interior" (art. 75 inc. 29 y 99 inc. 16), entre otros) que resultan ajenos a la valoración de los jueces y propios de la acción conjunta del Presidente y del Congreso[19].

De ahí que la doctrina entiende que el DNU supone un acto complejo, lo que implica que la validez constitucional de tales normas exige la concurrencia de dos voluntades: la del Poder Ejecutivo que los dicta, y la del Poder Legislativo que controlará la existencia de los presupuestos fácticos, que habilitan al Presidente de la Nación el ejercicio de esta facultad excepcional[20].

19. Fallos: 247:528, 305:269; 312:1882, entre otros.

20. PEREZ HUALDE, Alejandro, "Decretos de Necesidad y Urgencia su ley especial, Depalma, Bs. As., 1995, p. 222.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

3. El control del DNU

El procedimiento de **control político** previsto por el texto constitucional da lugar a un control intraórganos, dado que se requiere la intervención de las dos Cámaras que componen el Congreso Nacional, órgano que finalmente determinará si corresponde aprobar o rechazar un DNU.

Por consiguiente, no hay dudas que la valoración política de la excepcionalidad, la necesidad y urgencia es del Poder Ejecutivo Nacional, y del Congreso de la Nación, mas no del Poder Judicial. Pues el Poder Legislativo será quien se encuentre en mejores condiciones para examinar si resultaba necesario sortear las vías ordinarias para la sanción de una Ley.

En efecto dictado el DNU, se comunica inmediatamente al Congreso el que puede revocarlo, en un procedimiento cuya velocidad dependerá de la exclusiva voluntad del Congreso y del debate democrático- representativo y sobre el cual los jueces no pueden avanzar.

Por ello una intervención del Poder Judicial en esta instancia, constituiría una actuación cuanto menos prematura, toda vez que se encuentra en marcha el mecanismo institucional previsto por la Constitución Nacional y el trámite parlamentario de la Ley N° 26.122, cual es el debido contralor por parte del órgano legislativo, del DNU dictado.

Asimismo, piénsese cómo podría el Poder Judicial considerar que no existe justificación suficiente para el dictado del DNU si el Congreso lo aprobase o simplemente no lo revocase. La rapidez con que el Congreso debe revisar el mérito del mecanismo utilizado por el Poder Ejecutivo de la Nación, no se condice con la revisión judicial “de la necesidad y urgencia”. Por ello la vía del amparo no resulta idónea para controlar la constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia, a poco que se repare que la confirmación o la no declaración de nulidad, tornará abstracto cualquier planteo.

Ello sin perjuicio de las facultades de los jueces de analizar en un caso concreto si el DNU, por su contenido, agravia derechos reconocidos por la Constitución Nacional o avanza sobre materias prohibidas.

Al respecto cabe, tener presente la jurisprudencia que sostuvo que "*...las circunstancias que corresponde analizar a este Tribunal respecto de los cuestionamientos y validez constitucional del decreto de necesidad y urgencia n. 18/2010 resultan sustancialmente diferentes a las sometidas a consideración de la Sra. Juez de feria de Primera Instancia....No se advierte, frente a la situación configurada a partir de la decisión presidencial, motivo suficiente que justificare a esta altura larval del proceso que el Poder Judicial interfiera en la órbita privativa de los otros Poderes que con su funcionamiento armónico, permitirían el libre juego de los mecanismos constitucionales en el marco republicano.*

Desde tal perspectiva, este tribunal considera que se ha desdibujado la verosimilitud del derecho evaluada por la magistrado previniente, y que deben aguardarse las alternativas propias del juego de los poderes legislativo y ejecutivo que determinaran en definitiva la permanencia o el desplazamiento del presidente del Banco Central sin óbice jurídico"[21].

Si las circunstancias son extraordinarias como se dijo, el remedio también debe serlo. La imposibilidad de seguir el procedimiento para la sanción de las leyes es una cuestión no justiciable que por su naturaleza debe ser considerada exclusivamente por el Congreso.

Ello así porque el PEN puede sancionar un DNU tanto para afrontar una situación grave como también para forzar el tratamiento por la Cámaras de una propuesta legislativa. Esta tesitura refuerza la iniciativa presidencial frente a supuestos de un Congreso remiso (por ej. por mayoría opositora); pero, aun así, la última palabra seguirá siendo del Congreso ya sea por vía de revocación del DNU conforme lo establece la Ley N° 26.122, o por la sanción de una ley derogatoria o modificatoria[22].

21. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala de feria, "Pérez Redrado, Hernán Martín v. Estado Nacional", sentencia del 22 enero de 2010.

22. BARRA, ob. cit., p.435.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

En virtud de ello, los planteos judiciales que se hacen para cuestionar la vigencia de un DNU no solo deben estar al margen de una cuestión política no justiciable como la señalada, sino que, también, se debe acreditar la titularidad de un perjuicio determinado. Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho que el daño es abstracto, cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumpla la Constitución y las leyes[23].

La reforma de 1994 no ha acogido una acción popular, así lo ha sostenido reconocida doctrina, que sostuvo: "*...La reforma constitucional de 1994 no ha introducido una "acción popular", susceptible de ser ejercida por cualquier persona en todo supuesto en que se verifique una violación a la jerarquía piramidal de las normas jurídicas vigentes; el art. 43 de la C.N., para acordar legitimación para accionar judicialmente –aún cuando no requiera ya que la lesión sea personal y exclusiva, admitiéndola también ahora cuando puede afectar a un número indeterminado de personas, sea como integrantes de un grupo de ellas o de la sociedad toda- sigue exigiendo que exista perjuicio o inminencia de él*"[24].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido "*...en Fallos 321:1252, considerando 25, que admitir la legitimación en un grado que la identifique con el "generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno", deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares. Y agregó que la protección de los contribuyentes o de los ciudadanos, dada su base potencialmente amplia, es precisamente el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el Poder Judicial. Es claro, en mi concepto, que tal supuesto equivaldría a una acción popular, a una defensa abstracta de la legalidad, inadmisible en nuestro ordenamiento federal...*"[25].

23. Fallos: 321:1352; 323:1261; 327:2512; 331:2287, entre otros.

24. BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, La reforma constitucional de 1994, Ediar, Bs.As., 1997, t. VI, p. 318.

25. Dictamen de la Procuración General de la Nación recaído en autos "Colegio de Fonoaudiólogos de la Provincia de Entre Ríos c/ E.N. s/ acción de amparo" (C. 547, XXXVI).

V. A modo de conclusión

Está claro que el instituto jurídico del Decreto de Necesidad y Urgencia, instrumento excepcional introducido en el texto de la Ley Fundamental luego de la reforma constitucional de 1994, buscó superar uno de los peligros del sistema presidencialistas: la parálisis gubernativa por la contradicción política entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y en tal sentido ha fortalecido el diálogo político institucional[26].

A 30 años de la reforma constitucional, luego de haber superado varias crisis de suma gravedad y atravesando una en la actualidad, corresponde pensar y repensar el instituto para que cumpla con la finalidad con la que el constituyente lo ideó, que no fue otra que se establezca un instituto jurídico eficaz para resolver problemas de suma urgencia siempre en el marco del pleno respeto a la Constitución Nacional.

El Presidente de la Nación no puede quedar prisionero de la lucha partidista que naturalmente ocurre dentro del Congreso. Por ello el dictado del DNU, fuerza la actuación del Congreso, so pena de que, ante el silencio, el DNU mantenga su vigencia normativa. De esta forma se fortalece la interacción entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Nación, estableciendo una relación de iniciativa, decisión y control recíproca.

26. BARRA, ob. cit., p 436.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.