UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2007

Tutora: Dra. Stella Monti

Alumna: Liliana Graciela Rodríguez

Tema: Los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Ley 26122

Fecha de presentación: 16 de Noviembre de 2007

Las dedicatorias son siempre razones de afecto y entre mis razones de afecto están la Dra. Stella Monti, inteligente y bella persona, los directivos, profesores y personal de esta Institución de los que recibí siempre lo mejor y, por supuesto, los cuatro amores que comparten el recorrido de mi vida aceptándome tal cual soy.

Título provisorio:

Competencia legislativa del Poder Ejecutivo en materia de Decreto de Necesidad y Urgencia.

1. **Area**:

Derecho Administrativo.

2. **Tema**:

Decretos de Necesidad y Urgencia y la Ley 26122.

3. **Problema**

¿Cuáles son las causas por las que la Ley 26122 denominada "Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes" no ejerce el freno y contrapeso a la competencia legislativa del Poder Ejecutivo en el tratamiento de los Decretos de Necesidad y Urgencia ?

4. **Marco Teórico**:

Con doce años de mora el Congreso sancionó la ley 26122 denominada "Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes".[1]

De esta regulación han devenido posturas doctrinarias que la han objetado porque no concreta límites ciertos a la facultad legislativa del Poder Ejecutivo inscripta en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional. Los que sostienen esta opinión con sus matices personales son los juristas Susana Cayuso[2], Gregorio Badeni[3] y Pérez Sammartino[4] . En la misma dirección, con anterioridad a la sanción de la ley, los doctrinarios Germán Bidart Campos[5] y Miguel Angel Ekmekdjian[6].

Los que opinan que la ley ratifica la jurisprudencia anterior y posterior a la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 y que no provoca la alteración del régimen republicano de división de poderes están los juristas Rodolfo Barra[7] y Juan Carlos Cassagne[8].

La posición que adoptamos en este trabajo de investigación final es la primera de las mencionadas ya que consideramos que esta Ley completa uno de los ciclos para la construcción de la autocracia que fuera abierto con la Reforma de la Constitución Nacional en 1994 y que se ha perdido una inmejorable oportunidad de concretar límites ciertos para encuadrar definitivamente, dentro de lo extraordinario las facultades reconocidas por el inciso 3 del artículo 99 de la nuestra Carta Magna. Y lejos esta situación se ha convertido en derecho positivo el carácter ordinario de los Decretos de Necesidad y Urgencia, afirmándose en la práctica legislativa la existencia de un segundo poder legislativo atribuido al poder ejecutivo donde los mecanismos de control no se han regulado en forma republicana.

5. Objetivos

5.1. Objetivo General:

Demostrar que con la ley 26122 se ha convertido en derecho positivo el carácter ordinario de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

5.2. Objetivos específicos:

5.2.a. Establecer los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

5.2.b. Comparar el instituto tomando como base las constituciones de Italia, Francia, España, Estados Unidos de Norteamérica, Chile y Brasil.

5.2.c. Determinar que los Decretos de Necesidad y Urgencia son un clara herramienta del estado de excepción y la autocracia.

5.2.d. Puntualizar los límites constitucionales para el dictado y ejecución de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

5.2.e. Señalar las objeciones doctrinarias a la la Ley 26122.

5.2.f. Fundamentar la razonabilidad de:

5.2.f.1. Fijar un plazo para que el Congreso emita su voluntad.

6. Hipótesis:

La ley 26122 no limita la facultad del Poder Ejecutivo del art. 99 inc 3 de la Constitución Nacional porque no establece plazo para que el Congreso dictamine sobre la validez de los decretos de necesidad y urgencia y no exige que ambas Cámaras se expidan tal como lo establece la sanción y formación de las leyes en nuestra Constitución Nacional.

6.1. Puntos provisorios de tesis que se demostrarán y defenderán:

6.1.1. La Ley 26122 no limita la facultad constitucional del Poder Ejecutivo en el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia

6.1.2. El Congreso debe tener un plazo para expedirse sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia, ya que en su defecto los decretos pierden validez y son nulos de nulidad absoluta, dado que así lo dispone la normativa constitucional vigente sobre formación y sanción de las leyes.

6.1.3. El dictamen del Congreso sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia debe emanar de la voluntad de ambas Cámaras que es lo que dispone la Constitución Nacional para la formación y sanción de las leyes.

Prólogo

Los decretos de necesidad y urgencia, antes y después de la Reforma constitucional han logrado tener una presencia importante en la vida institucional de nuestro país, sobre todo desde 1989 que es cuando se decidieron políticas que irían a contramano del desarrollo económico, social y político de Argentina.

Lo que hoy ya no se puede discutir es su constitucionalidad porque ha quedado en la cúspide de la jerarquía normativa al ser incorporado a la Constitución Nacional, exactamente en el inciso 3 del artículo 99.

Pero lo que sí se puede hacer es imperiosamente determinar cuáles son los límites a este instituto de excepción.

Pues bien, la misma norma establece los límites de fondo y los de forma, y en estos últimos, nuestra Carta Magna es muy clara: le corresponde al Congreso sancionar una Ley Especial para determinar el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en la validez de los decretos de necesidad y urgencia.

La Ley ha sido sancionada en el año 2006, después de doce años de mora (no nos corresponde en este trabajo dilucidar las causas de tal actitud por parte del Poder Legislativo porque nos introduciríamos en la Sociología del Derecho y no es nuestro objetivo).

Para nosotros esta norma desde todo punto de vista formal, es contradictoria, omisiva y claudicante. Este sí es el objetivo general de nuestro trabajo: demostrar que con ella los decretos de necesidad y urgencia pasaron a ser la regla y no la excepción.

Cuando decimos regla estamos diciendo que los gobiernos que hicieron y hacen uso y abuso de los mismos optaron por la autocracia dentro de un régimen de partidos políticos y de permanencia de las instituciones elegidas por el pueblo.

Lo primero que nos debemos preguntar es cual es la relevancia que tiene para el Derecho Administrativo ahondar en este tema: el de los Decretos de

Necesidad y Urgencia y la Ley 26122. La respuesta es clara y directa: la Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, y se impone a todos los actos que dicta la Administración Pública. De allí el análisis que hacemos en el Capítulo I de las fuentes en forma particular, sumado a que los reglamentos entre ellos, el que nos ocupa, es fuente del Derecho Administrativo.

La investigación tiene su relevancia porque con ella dejaremos manifiesta nuestra postura sobre el Estado de Derecho en su versión republicana que es la de que las funciones legislativa, ejecutiva y judicial devienen de un único poder, el del Estado, y que prima entre ellas el control recíproco de sus actos. La Ley Especial debía tener esa misión: controlar la atribución colegisladora del Poder Ejecutivo.

Para desarrollar este Trabajo Final hemos realizado un exhaustivo análisis del instituto de excepción para luego analizar el articulado de la Ley 26122 para ir señalando dónde está lo contradictorio, lo omisivo y lo claudicante, tres palabras que nos generaron el trabajo de fundamentarlas a través de un ropaje formal que oculta la inconstitucionalidad de la misma.

CAPITULO I

Las fuentes del Derecho Administrativo

Sumario: 1.Cuestión liminar. 2. El concepto de fuente del Derecho: su aplicabilidad en el Derecho Administrativo. 3. Clasificación de las fuentes del Derecho Administrativo. 4. Análisis siguiendo el orden jerárquico de las fuentes. 4.1. Constitución. 4.2. Los tratados internacionales y de integración. 4.3. La ley. 4.4. El decreto-ley. 4.5. El reglamento. 4.5.1. Concepto. 4.5.2. Características 4.5.3. Potestad reglamentaria. 4.5.4. Clases de reglamentos. 4.5.4.1. Reglamentos ejecutivos. 4.5.4.2. Reglamentos autónomos. 4.5.4.3. Reglamentos delegados. 4.5.4.4. Reglamentos delegados. 4.5.4.5. Reglamentos o decretos de necesidad y urgencia. 5. Instrucciones de servicio, circulares y reglamentos de organización. 6. Principios generales del derecho. 7. La costumbre. 8. Jurisprudencia. 9. Doctrina. 10. Analogía. 11. Conclusión.

1. Cuestión liminar

El Derecho Administrativo hace su aparición cuando jurisconsultos y hombres de gobierno advirtieron que el derecho de los administrados no eran satisfechos con las leyes civiles por lo que, ante controversias suscitadas en la Administración Pública, no prescribían soluciones que llevaran la expresión del valor justicia en la que los ciudadanos se sintieran protegidos ante el poder del Estado.

Por ello es que las fuentes del derecho tienen una importancia muy superior a la que tiene en otras disciplinas jurídicas.

Y si a lo dicho en el primer párrafo le sumamos que la Administración no es únicamente un destinatario obligado por las normas jurídicas, sino que además es un sujeto creador de tales normas hace que se potencie la relevancia de dichas fuentes. Las circunstancias concretas de esta actividad de la función administradora son:

a) la participación de la Administración en la función legislativa del Parlamento mediante la elaboración de los proyectos de ley, remisión de los mismos al legislativo, veto, promulgación y publicación de la ley sancionada por el poder Legislativo;

b) la participación directa del Ejecutivo en la propia función legislativa elaborando leyes materiales como los Decretos de Necesidad y Urgencia y los Decretos Delegados.

c) la elaboración de los Reglamentos Ejecutivos que ordenan las leyes ya sancionadas, promulgadas y publicadas.

Y no debemos olvidar un aspecto fundamental: las fuentes del Derecho Administrativo deben estar subordinados a la jerarquía constitucional.

2.El concepto de fuente del derecho : su aplicabilidad en el Derecho Administrativo

Uno de los temas más importantes de la Teoría General del Derecho es sin duda las fuentes del mismo dado que son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico.

Al hablar de su aplicabilidad en el Derecho Administrativo en forma especial se debe a que es una rama en formación, cuyo ordenamiento no cristaliza definitivamente por las continuas transformaciones de la realidad que debe regular y surgió cuando los juristas y los hombres de gobierno advirtieron que el derecho de los administrados no derivaba sólo de las leyes ya que no prescribían soluciones para reglar las controversias con la Administración Pública[9].Por ello es que el análisis de las fuentes en el mencionado Derecho exige una consideración particular en cada uno de los casos mencionados en este capítulo.

3. Clasificación de las fuentes del Derecho Administrativo

Hay varias clasificaciones pero no todas tienen la misma importancia o trascendencia.

De todas ellas la que trasunta mayor significación es la que distingue a las fuentes en reales o materiales, por un lado, y formales, por el otro. Las primeras hacen hincapié exclusivamente en el contenido de las normas jurídicas y no tienen el carácter de obligatoriedad, ejemplo de ellas son la jurisprudencia y la doctrina; mientras que las segundas, son aquellas que han emanado de órganos estatales competentes a través de un procedimiento previsto por el Derecho Positivo y aquí están la Constitución y la ley . Esta clasificación será muy importante a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los Decretos de Necesidad y Urgencia por las consecuencias que de ello deriva, tema que se verá en el Capítulo II punto 3.2.

Desde otro criterio las fuentes pueden ser consideradas según la producción o el conocimiento del Derecho; en el primer caso tenemos, entre otras

a la ley y al reglamento, y en el segundo concepto a la doctrina y a la jurisprudencia

.

Otra clasificación distingue las fuentes en directas e indirectas, según que se basen o no en textos positivos. Para esta postura, la ley es fuente directa, mientras que la doctrina constituye fuente indirecta[10].

No obstante ello debemos concebir los institutos que estamos desarrollando desde el punto de vista jerárquico, es decir, nuestro ordenamiento jurídico la Constitución es la Ley Suprema y se encuentra en la cúspide de la pirámide de donde deben emanan todas las otras fuentes que en su contenido no deben contradecir sus principios. Pero, además de precisar esta jerarquía de las fuentes, es preciso establecer en nuestro ordenamiento administrativo el carácter nacional o provincial de las mismas en cada caso particular, dado que las provincias no sólo se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas (art 5° de la Constitución Nacional) , sino que conservan todo el poder que no le han delegado a la Nación (art. 121 de la Constitución Nacional), sin perjuicio de aquellas facultades concurrentes[11].

4. Análisis siguiendo el orden jerárquico de las fuentes

4.1. Constitución

La Constitución es una norma superior que tiene aplicación directa y preferente, derogando a toda otra que la contradiga, y el resto (las inferiores) deben interpretarse de conformidad con ella, como consecuencia de ello las reglas constitucionales no pueden ser violadas ni alteradas por las infraconstitucionales, pues ello implicaría derogar a aquellas[12].

Todo esto sobre su supremacía y su fuerza normativa no es tema menor, porque en el tópico que nos ocupa, o sea, tanto el contenido de los decretos de necesidad y urgencia como la Ley Especial 26122 que regula su trámite y alcance, deben tener consagración en preceptos constitucionales, que son los que nos dan en forma objetiva los parámetros y principios que debe seguir el Poder Ejecutivo

en la elaboración de los mencionados reglamentos y el Poder Legislativo en el control de los mismos.

El Derecho Administrativo se nutre en los principios y normas constitucionales tal cual lo prescribe implícitamente para todo derecho el texto expreso del artículo 31 de la Constitución Nacional[13].

De la Constitución surgen una serie de principios y reglas que configuran las bases del Derecho Administrativo, entre los que cabe mencionar:

a) la personalidad jurídica del Estado que se encuentra implícitamente reconocida en el artículo 35 [14]de la Constitución Nacional y en ese carácter ejerce potestades y derechos, contrae obligaciones, impone deberes y cargas, etc., reforzando esta interpretación la referencia que se formula a la Nación en el título primero de la segunda parte, ya que al reglar la actividad de los organismos de la Nación, reconoce como presupuesto que esos órganos integran un sujeto de derecho con personalidad jurídica;

b) las funciones, potestades y cometidos del Poder Ejecutivo[15], y entre estos se destaca la emisión de decretos de necesidad y urgencia y los delegados, según los artículos 99, inciso 3, y 76, respectivamente, porque consagran la facultad colegislativa; por lo tanto estos deben circunscribirse en su dictado dentro a los parámetros constitucionales en forma acérrima dado que se le ha conferido al Ejecutivo una función que es propia del Poder Legislativo.

Con respecto a las Constituciones Provinciales deben respetar la primera parte de la Constitución Nacional para consagrar la suma jerarquía de esta última[16]. Lo anterior debe destacarse dado que luego veremos en el capitulo II que los órdenes constitucionales varían en grado sumo el tratamiento que hacen de los decretos de necesidad y urgencia con relación al trámite y alcances de los mismos, ya que la provincias tienen autonomía para crear su propio régimen con respecto a la organización institucional y su funcionamiento.

4.2. Los tratados Internacionales y de Integración

No vamos a desandar en este punto la evolución doctrinaria y jurisprudencial previa a 1994, dado que la reforma constitucional ha establecido que tanto los tratados internacionales como los de integración son superiores a las leyes[17], siguiendo la jurisprudencia establecida en los casos "Ekmekdjian, Miguel Angel v. Sofovich, Gerardo y otros"[18] y "Fibraca Constructora SCA v. Comisión Técnica de Salto Grande"[19], entre otros.

Los tratados son fuentes del Derecho Administrativo cuando obligan a los órganos o entidades administrativas a realizar determinada actividad o cuando contienen disposiciones de Derecho Administrativo aplicables en el ámbito interno del país[20].

4.2. La ley

Se usa el concepto de ley con diversos sentidos. Uno amplísimo y que quedó en nuestra memoria es el de todo enlace entre un antecedente y su consecuencia, y restringiendo aun más, es una norma jurídica.

Dentro de esta última acepción tenemos que establecer la diferencia entre ley formal y ley material para darle precisión a nuestro trabajo, dado que el tema que hemos abarcado son los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Ley 26122 que es la que reglamenta el trámite y el alcance de los mismos, o sea que para su análisis, por un lado tendremos una ley de tipo material y por el otro, una de tipo formal. En el Capítulo II volveremos sobre este tema en particular.

Ley en sentido material es todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio[21].

Ley en sentido formal es toda norma emanada desde el Congreso conforme al mecanismo constitucionalmente determinado[22].

La coincidencia se puede dar entre ley formal y ley material cuando la norma es general y obligatoria y ha emanado del Congreso (Código de Comercio,

Ley de Entidades Financiera, etc.). No hay coincidencia por ejemplo en un decreto reglamentario de ley emitido por el Poder Ejecutivo, una ordenanza municipal que reglamente el tránsito de la ciudad, etc.

En rigor de verdad lo que le interesa al Derecho Administrativo es la promulgación y publicación de la ley, dejando el estudio del procedimiento para el dictado de la misma al Derecho Constitucional.

4.4. El decreto-ley

Es el reglamento que el órgano ejecutivo de un gobierno de facto con poder reglamentario emite con fuerza de ley, dado que en dichos gobiernos el Poder Legislativo no funciona quedando en manos del Poder Ejecutivo la facultad legisferante.

En nuestro país no se lo puede soslayar como fuente del Derecho Administrativo dado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado validez y su vigencia ha continuado después de la instalación del Estado de Derecho, sin exigir para ello la ratificación expresa del Poder Legislativo[23].

4.5. El reglamento

Vamos a profundizar el desarrollo de esta fuente del Derecho Administrativo porque:

a) es el resultado de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo;

b) dentro de ellos se encuentran los Decretos de Necesidad y Urgencia, motivo de nuestro trabajo final;

c) su número es considerablemente cuantioso en la actividad administrativa.

4.5.1. Concepto

Según Cassagne: "El acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales recibe la denominación de reglamento"[24].

Al decir Cassagne que lo que se crean son normas jurídicas está diciendo que lo que realiza es la creación de una ley en sentido material donde prima la obligatoriedad y la generalidad con relación a los administrados . Por lo tanto no es ley formal porque no emana de un procedimiento del Congreso. Tampoco quedan incluidos en este concepto las instrucciones de servicio, las circulares y los reglamentos de organización, que son también fuentes del Derecho Administrativo pero pertenecientes a la actividad interna de la Administración.

4.5.2. Características

Nos ha resultado muy completa las enumeradas por Juan Carlos Cassagne quien nos dice que ellos[25]:

a) constituyen o integran el ordenamiento jurídico;

b) deben ser publicados para su vigencia[26];

c) pueden ser derogados total o parcialmente por la Administración en cualquier momento[27];

d) están sujetos a los principios de la irretroactividad[28];

e) gozan de inderogabilidad singular.

4.5.3. Potestad reglamentaria

Dejando de lado las controversias doctrinarias si el Poder Ejecutivo tiene o no potestad reglamentaria, tal cual lo plasma muy bien Julio Comadira en su obra Derecho Administrativo[29], vamos a definir la potestad reglamentaria como el ejercicio de una función normativa o legislativa por medio del cual se crean reglas jurídicas generales e impersonales aplicables a un sector abstracto de ciudadanos, constituyéndose, a través de ella, el ordenamiento jurídico[30]. Hay que aclarar que es una potestad exclusiva del Poder Administrador y su límite es no avanzar sobre la zona de reserva de la ley del Poder Legislativo.

4.5.4. Clases de reglamentos

Abandonando la original teoría de la división de poderes que desarrollaremos en el Capítulo II en el punto 1. vamos a inclinarnos por aquélla que establece que el poder es único y le pertenece al Estado, por lo tanto lo que en realidad se daría es una división de funciones (ejecutiva, legislativa y judicial) con atribuciones específicas y facultades propias. Dentro de estas últimas, por ejemplo el Ejecutivo tienen la de emitir reglamentos, o sea, normas de carácter general y abstracta.

Según Cassagne todo reglamento relacionado del Poder Ejecutivo recibe el nombre de *decreto*[31].

La clasificación a considerar es la que tiene en cuenta la relación de los reglamentos con las leyes.

4.5.4.1. Reglamentos ejecutivos

Son aquellos que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades constitucionales propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador[32].

No pueden alterar el espíritu de las leyes[33] ni afectar derechos constitucionales.

Para Bianchi los reglamentos de ejecución son una especie de reglamentos delegados, que se analizarán en la pag. 12 de este capítulo ubicando su fundamento constitucional en el ex artículo 67, inciso 28, de la Constitución Nacional[34]. Cassagne en contra porque las fuentes de dicho artículo se refieren a la función del Poder Ejecutivo en relación con la ejecución de las leyes[35].

4.5.4.2. Reglamentos autónomos

Para explicar los reglamentos autónomos debemos partir de la existencia de la zona de reserva de la Administración y dejar asentado que hubo discusión doctrinaria sobre la misma. Esta zona es donde se encuadra la responsabilidad política del Poder Administrador.

Para Marienhoff el concepto de reglamento autónomo se vincula con esta zona de reserva de la Administración, cuya titularidad está a cargo del Poder Ejecutivo y es en ella donde regla sobre materias de su competencia exclusiva de acuerdo con textos o principios constitucionales[36].

El Poder Ejecutivo ejerce estas facultades, que le son privativas, con la misma independencia que los otros órganos del poder, lo que no significa liberarlo del control judicial suficiente[37]. Ejemplo de ellos son los reglamentos autónomos sobre recursos jerárquicos (dec. 7520/44), régimen de licencias para los agentes públicos (dec. 1429/72), etc.[38]

4.5.4.3. Reglamentos delegados

En la reforma constitucional de 1994 se resolvió incorporar la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo plasmándolo en el artículo 76[39], cuya interpretación debe ser restrictiva en virtud del carácter excepcional.

Las disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo, con dicha habilitación presidencial, deben adoptar la forma de decretos, en razón de que el inciso 12 del artículo 100 otorga al jefe de gabinete de ministros la facultad de "refrendar los decretos que ejercen de facultades delegadas por el Congreso"[40].

El artículo comienza prohibiendo la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública. Requiere un plazo y condiciones para su ejercicio establecidas por el Congreso.

La Ley 26122[41] regula el trámite y alcance de los decretos delegados para determinar su validez legislativa.

4.5.4.4. Reglamentos o decretos de necesidad y urgencia

En este capítulo solamente transcribiremos el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional que establece una de las atribuciones del Presidente, pues su estudio pormenorizado se desarrollará en los capítulos restantes.

Artículo 99 inciso 3: " …El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando las 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 partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decidido 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 loa mayoría absoluta

de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".[42]

5. Instrucciones de servicios, circulares y reglamentos de organización

Las instrucciones de servicio son órdenes que los órganos superiores dan a los inferiores para dirigir su actividad. Su violación es falta de disciplina.[43]

Las circulares son instrucciones de servicio dirigidas a varios órganos , si bien no son obligatorias con relación a terceros constituyen fuente del Derecho Administrativo por cuanto regulan la actividad interna de la Administración.[44]

Los reglamentos de organización atribuyen competencias, delegan funciones, crean cargo, etc. Tampoco son obligatorias respecto de terceros.

Ninguna de las tres fuentes requieren de publicación oficial, dado que se trata de la actividad interna de la Administración.

6. Principios generales del derecho

En el artículo 16 del Código Civil[45] expresamente lo establece como fuente del derecho.

Rivera nos dice que es una idea rectora; o en otras palabras, que en palabras de Larenz son pensamientos directores de una regulación existente o posible[46].

Integran lo que se conoce como "bloque de legalidad" y son el fundamento de las normas positivas.

Su auge en el Derecho Administrativo obedece a la morigeración del principio de la primacía de la ley escrita y a la falta de codificación, que hizo imposible extender a dicha disciplina la técnica de generalización creciente de las normas positivas[47].

7. La costumbre

Es un uso implantado en una comunidad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio[48].

De lo anterior deducimos que dos son los elementos de esta fuente. El elemento objetivo es el uso y el elementos subjetivo es la obligatoriedad.

Si lo relacionamos con el derecho positivo hay tres clases de costumbres: secundum legem, praeter legem y contra legem.

A pesar de las controversias sobre si la costumbres es o no fuente del Derecho Administrativo y siguiendo el concepto que venimos sosteniendo de que es un Derecho que está en permanente elaboración porque la realidad que lo circunda es muy variable, para nosotros la costumbre es fuente del Derecho Administrativo.

8. Jurisprudencia

No cualquier sentencia será considerada jurisprudencia sino mero antecedente; para que sea constituida como tal se necesita la repetición de los pronunciamientos y cuya autoría corresponda a tribunales o jueces de cierta jerarquía.

La jurisprudencia es fuente material de derecho y en el Derecho Administrativo es muy importante por la escasez de normas escritas.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, órgano superior de asesoramiento jurídico del Estado Nacional que tiene a su cargo la dirección del Cuerpo de Abogados del Estado, han jugado un papel muy importante en la jurisprudencia administrativa[49].

9. La doctrina

Está constituida por obras de los juristas plasmadas en libros, revistas, repertorios, etc.; todos ellos de la especialidad jurídica.

Es fuente de conocimiento e indirecta del Derecho.

En el Derecho Administrativo no puede desconocerse su trascendencia porque la doctrina emitida por los juristas ha sido de mucha lógica y buen sentido, y de allí emana su imperatividad[50].

10. La analogía

La analogía consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una determinada situación a otra que coincide con la primera[51].

Según Marienhoff es fuente del Derecho porque la analogía se concreta en la creación de una nueva norma[52].

Contradice esta postura Cassagne quien dice que es una técnica de interpretación del Derecho porque el propio ordenamiento[53] obliga a la utilización de esta herramienta jurídica ante la ausencia de normas positivas, por lo tanto son las normas a las que se mira la fuente y no la analogía[54].

En el Derecho Administrativo se ha utilizado con profusión porque es un Derecho en permanente formación en la que hay carencia de normas de Derecho Positivo.

11. Conclusión

Es muy importante para el desarrollo de este trabajo comenzar describiendo las fuentes del Derecho Administrativo por la importancia que reviste en el desarrollo del mismo dada la vertiginosidad de los cambios que lo rodean en el plano fáctico y que, por lógica consecuencia, no se pueden positivizar

de inmediato; de allí la frase tan conocida dentro del mundo jurídico que el Derecho es un empedrado de hechos y también que el Derecho corre detrás de la contemporaneidad.

Por lo antedicho es que se ha recurrido al instituto de excepción de los Decretos de Necesidad y Urgencia, una de las fuentes del Derecho Administrativo para cuando está en peligro la subsistencia del Estado.

Partiendo de él hay que remitirse a otras fuentes como la Constitución, los tratados internacionales y de integración, la ley, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la doctrina, etc. para justificar su constitucionalidad antes de la Reforma de 1994 y para acreditar su validez a partir de la misma.

.

CAPITULO II

Decretos de necesidad y urgencia

Sumario: 1. Cuestión liminar. 2. El principio de la división de poderes. 3. Los atributos legislativos del Poder Ejecutivo. 4. Decretos de Necesidad y Urgencia. 4.1. Concepto. 4.2. Naturaleza jurídica. 4.3. Derecho comparado. 4.3.1. Italia. 4.3.2. Francia. 4.3.3. Estados Unidos de Norteamérica. 4.3.4. Colombia . 4.3.5. Brasil. 4.3.6. España: un modelo a seguir. 4.3.6.1. El parecer de nuestros constituyentes. 4.3.6.2. Fundamento constitucional del hecho habilitante. 4.3.6.3. La limitación del Decreto-Ley. 4.3.6.4. Procedimiento de formación del Decreto-Ley. 4.3.6.5. Fase Legislativa. 4.3.6.6. Conclusión. 5. Los Decretos de Necesidad y Urgencia en el Derecho Provincial. 5.1. Salta. 5.2. Río Negro. 5.3. San Juan. 5.4. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 6. Conclusión.

1. Cuestión liminar

El principio de división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, característico de nuestro sistema presidencialista, fue diseñado para balancear la organización del poder público. Este equilibrio de poder limitaría los temidos excesos del Gobierno en el ejercicio de su poder político y quedarían garantizadas las libertades individuales.

Sin embargo, la Constitución de 1853/60 fue de corte netamente presidencialista[55] y hasta para algunos tachada de "hiperpresidencialista"[56]. Es por ello, que la atenuación de este sistema constituyó uno de los propósitos del Núcleo de Coincidencias Básicas de la Reforma Constitucional[57] y el texto de la Ley 24309[58], que declara la necesidad de la reforma constitucional explicita que "…el poder Ejecutivo, bajo ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, podrá 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 Constitución, 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…". Hasta acá pareciera que el exceso del poder del Ejecutivo no se ha atenuado, pero a renglón seguido la ley sigue diciendo: "…El Jefe de Gabinete, dentro de los diez días de su sanción, someterá la medida a consideración a una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías".

En síntesis, la Convención Constituyente en Santa Fe en 1994, instituyó la facultad de que el Ejecutivo legisle en circunstancias excepcionales pero el freno y contrapeso de la intervención del Poder Legislativo a través de la Comisión es una muestra de la voluntad de los constituyentes de que siga siendo el Congreso de la Nación quien tome siempre las decisiones últimas en materia de legislación porque es en él donde están representados un mayor número de grupos políticos minoritarios que no se encuentran representados en otros órganos.

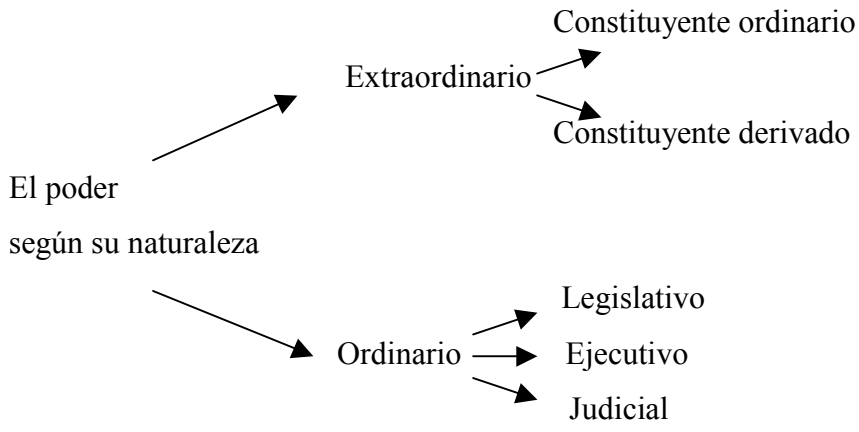
Debido a que el mundo ha sufrido transformaciones sorprendentes desde el siglo XVII en el que Montesquieu desarrollara el principio de la división de poderes, hoy estamos ante una variante del mismo: tenemos, por ejemplo, a un Poder Ejecutivo que tiene el poder de colegislar con el Poder pertinente pero a través de un acérrimo control de este último sobre la mencionada atribución al Poder Administrador. Sin embargo, no todos lo países han coincidido en su forma y modo de otorgamiento como tampoco en el sistema y alcance del control sobre el mismo.

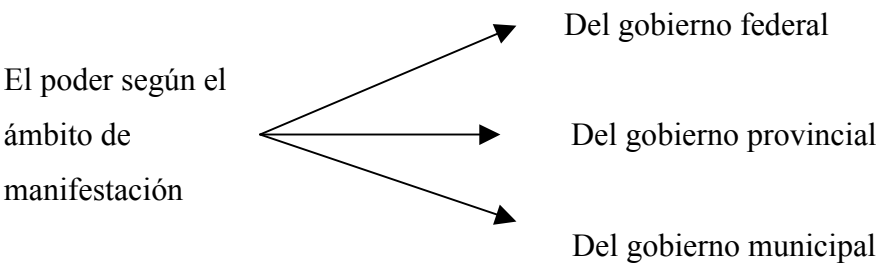
En el Derecho Comparado ahondaremos en la legislación española porque nos pareció que es la que respeta en plenitud la división de poderes o de funciones versión siglo XX-XXI, según la teoría a la que uno adscriba, y no burla el espíritu y la letra de la Constitución Nacional.

2. **El principio de la división de poderes**

Este trabajo implícitamente va a estar cruzado por la diagonal constitucional de la división de poderes que influye sobre dos de las grandes funciones del Estado: la de administrar y la de legislar. Por ello es necesario establecer con precisión cómo se divide el poder.

Para lograr lo anterior nos ha parecido muy clara la que realiza Mario R. Midón en su libro Decretos de Necesidad y Urgencia[59] que gráficamente sería así:





Dentro de esta clasificación nuestra investigación está centrada en el poder ordinario, es decir, el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ya que en los Decretos de Necesidad y Urgencia participan los dos primeros, uno para darle el valor de ley material y el otro para otorgarle valor de ley formal, según la teoría mayoritaria, dado que después de la sanción de la Ley 26122 en el año 2006 existe la controversia si lo que genera el parlamento es una sanción o una resolución. Este tema será desarrollado en el Capítulo VI.

Para comenzar a desandar este tema lo primero que tenemos que tener definido sobre este principio de la división de poderes es si el mismo, tal como fue enunciado por Charles de Secondante Baron de la Brede y de Montesquieu en 1748, sigue hoy vigente. Bien vale recordar que los presupuestos básicos que lo sostuvieron en el siglo XVII tuvieron su razón de ser en el embate que se venía desarrollando en Europa contra el absolutismo desde fines del siglo XVII, y que luego será la base para desarrollar el constitucionalismo al promediar el siglo XVIII.

Lo que pretendía Montesquieu con estas ideas ya instituidas por Aristóteles, desenvueltas por Polibio en su análisis de la Constitución Romana, bosquejadas por Locke y propuestas en forma clara y concreta por el Baron, [60] lo dice en el capítulo 4 de El Espíritu de las Leyes: "…es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder…"[61].

Y en el Capítulo VI del Libro XI de la misma obra dice que existen tres poderes a los que les asigna una atribución específica: el poder ejecutivo, legislativo y judicial[62].

Nuestra Constitución de 1853 asimiló este principio porque adscribió a la filosofía iluminista en la época de su dictado y motivo por el cual prácticamente reprodujo la Constitución de Estados Unidos de 1776. Así es como fueron concebidos los ocho presupuestos que emanan del principio republicano contenido en el artículo 1 de la Ley de Leyes[63]: el orgánico, el de la titularidad, el de la funcionalidad, el de la autonomía, el de la exclusividad, el de la cooperación, el de control y el de equilibrio[64].

Pero las reglas que gobiernan el mundo de hoy evidencian que, a raíz de los embates que sufre el principio de la división de poderes, se ven afectados, en lo sustancial, estos presupuestos funcionales dado que los atributos que por esencia son de un poder pasan a otro, se altera la exclusividad desde que potestades que originariamente son de un poder terminan compartiéndose con otros, se reduce el control, etc.[65].

Por ello es que la teoría de que hoy tiene predominio en Derecho Administrativo y en el Derecho Constitucional es aquella que sostiene que el poder es único y que lo que, en realidad, se da es la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado[66].

Alberto Natale en la misma línea que Lowenstein opina que el poder es único y lo conceptualiza como fuerza social destinada a imponer comportamientos humanos en las direcciones que fija quien efectivamente lo ejerce; mientras que órganos son los sujetos a los cuales el ordenamiento superior les ha asignado el ejercicio de las funciones, por ejemplo, el órgano legislativo es el Congreso mientras que la función legislativa se ejerce por medio de la formación y sanción de una ley[67].

Este cambio de concepción durante el siglo XX se ha dado como consecuencia de un acrecimiento de funciones del Ejecutivo, la correlativa declinación que se aprecia en el Poder Legislativo, el uso y abuso de las

emergencias, etc. Y así es como vemos alterada en el nuevo constitucionalismo la zona de reserva de la ley con los nuevos institutos: decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados.

3. Los atributos legislativos del Poder Ejecutivo

Midón dice que parece una incongruencia decir "atributos legislativos" del Ejecutivo para los que sostienen a rasa tabla la división de poderes, pero nuestro sistema presidencialista tiene una modalidad típica ya que, a pesar de haber sido la Constitución de Estados Unidos el modelo por excelencia, nuestro Poder Ejecutivo en la Constitución de 1853 tiene facultades que no lo tiene su par norteamericano[68]

Los atributos legislativos del Poder Ejecutivo desde la Constitución sancionada en 1853 hasta la que nos rige hoy que fuera reformada en 1994, se han acrecentado y a través de la transcripción parcial de los siguientes artículos queda demostrado:

a) "Las leyes pueden tener principio en…el Poder Ejecutivo" (artículo 77)[69];

b) "Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa a su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y a si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley" (artículo 78)[70];

c) "Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles…las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tiene autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionada por el Congreso…" (articulo 80)[71];

d) "Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo vuelve con sus objeciones a la Cámara de origen…si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría el proyecto es ley y pasa al poder Ejecutivo para su promulgación…las objeciones del poder Ejecutivo se publicarán inmediata por la prensa…" (articulo 83)[72];

e) “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones…3. Participa de la formación y sanción de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar” (artículo 99)[73];

f) “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones…2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar el espíritu con excepciones reglamentarias” (articulo 99 “El presidente de la nación tiene las siguientes atribuciones…3. …podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia…” (articulo 99)[74];

g) “Se prohibe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública…” (artículo 76)[75].

O sea que de las dos teorías más conocidas nuestra Constitución ha adoptado la de que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tienen la facultad de legislar en forma compartida.

Cassagne en una obra en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff nos dice que a este modelo la doctrina la define como del dualismo de fuentes normativas entre ley y reglamento, que si bien asigna la función legislativa al Parlamento, parte del reconocimiento de una potestad reglamentaria en el Poder Ejecutivo[76].

Como vamos a ver más adelante comienzan a tener vuelo propio en el mundo contemporáneo los decretos de necesidad y urgencia, que al decir de Midón están más allá de la mera actividad reglamentaria pero más acá de la ley[77].

4. **Decretos de Necesidad y Urgencia**

4.1. **Concepto**

Son aquellos actos que dicta el Poder Ejecutivo referidos a materias que deben ser reguladas por ley formal, haciendo uso de una prerrogativa derivada de

poderes inherentes de que goza, para enfrentar situaciones cuya gravedad no permite remitir la solución al procedimiento ordinario previsto por la Constitución Nacional[78].

Si la potestad reglamentaria de la Administración Pública consistía en la posibilidad de dictar actos de alcance general y obligatorio, reguladores, por tanto, de situaciones objetivas e impersonales corresponde, a juicio de Julio Comadira incluir los decretos de necesidad y urgencia como una emanación de esa potestad, ejercida además por derecho propio[79].

4.2. Naturaleza jurídica

Para poder determinar la naturaleza jurídica de los Decretos de Necesidad y urgencia primero debemos establecer si la potestad reglamentaria le pertenece al poder Ejecutivo por derecho propio o no.

Oddone apoya las tesis negatoria aduciendo que el poder Ejecutivo tiene potestad reglamentaria propio en la medida que no avance sobre la reserva de la ley, supuesto contrario a la emisión de decretos de necesidad y urgencia[80]

En cambio otros autores como Comadira sostienen que dicha potestad proviene de la Constitución Nacional, habida cuenta de que esa Jefatura y esa función reglamentaria suponen la subsistencia del Estado y una estricta inmediatez con el interés público[81]. Marienhoff se adscribe dentro de esta corriente como también lo hace Cassagne quien dice apoyándose en palabras de Garrido Falla que la potestad reglamentaria de la Administración encuentra su fundamento en la lógica y en el Derecho, ya que los órganos administrativos se encuentran mejor capacitados para reglamentar cuestiones que requieren una preparación técnica y jurídica de la que el Congreso en general carece, por tratarse de un poder político[82].

Si bien estamos por la tesis afirmativa de que la potestad reglamentaria es parte del ejercicio de poderes propios del poder Ejecutivo, nos preguntamos qué garantías tiene el administrado ante esa potestad legislativa del Poder Ejecutivo, dado que en el juego de repartos en forma proporcional hay que tener

en cuenta lo que conocemos como "bien común". Para ello, pensamos que la idea del control legislativo es de suma importancia, rol que se debe ejercer con suma precisión constitucional, tanto desde lo político como de la naturaleza jurídica para garantizar la seguridad jurídica. Si esto no ocurre así el Poder Ejecutivo con su potestad reglamentaria estaría avanzando sobre la zona de reserva de la ley del Poder Legislativo y de esa manera se estaría convalidando una autocracia sin límites y por ende, sin seguridad jurídica en lo que concierne a los deberes, derechos y garantías de los habitantes de la Nación.

Con respecto a su naturaleza jurídica, existen dos criterios distintos: el primero se inscribe en determinar si es ley formal o ley material, y el segundo, si es acto simple o acto complejo.

Para unos autores es ley material, dado que, si bien goza de generalidad y obligatoriedad, no surge de un procedimiento formal en el que interviene el Poder Legislativo Nacional o Provincial; por lo tanto emana del Poder Ejecutivo quien lo publica inmediatamente y a partir de allí tiene la vigencia respectiva.

Para otros es ley formal porque necesita de un tratamiento en el Poder Legislativo en el que se valide o invalide el decreto de necesidad y urgencia lo que determinará si se convierte en ley o no.

Tomando la primera postura estaremos ante un acto simple y tomando la segunda ante un acto complejo.

Nuestra posición se inscribe en la tesis de que es un acto formal y, por ende, un acto complejo.

4. 3. Derecho Comparado

4.3.1. Italia

La Constitución de Italia de 1947, en su artículo 77 establece que en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el Gobierno puede adoptar, bajo su responsabilidad deudas provisionales con fuerza de ley, debiendo presentarlas

para su conversión a las Cámaras el mismo días, las cuales, de estar disueltas, deben convocarse y reunirse dentro de los cinco días siguientes[83].

El mismo artículo dice que la no conversión en leyes dentro de los sesenta días de su publicación importa la pérdida retroactiva de eficacia del decreto, aun cuando las Cámaras pueden regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no resulten convertidos[84].

La Constitución de Italia posee en su concepción el acto complejo como naturaleza jurídica del decreto de necesidad y urgencia.

4.3.2. Francia

El artículo 16 establece que cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional, informando de ello a la Nación por medio de un mensaje[85].

La misma cláusula constitucional determina que las medidas deben inspirarse en la voluntad de de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir su misión, debiendo ser consultado, a este respecto, el Consejo Constitucional[86].

La disposición prevé, finalmente, la reunión automática del Parlamento y la prohibición de disolución de la Asamblea nacional, durante el ejercicio de los poderes excepcionales[87].

En este caso, en base a nuestros conocimientos la Constitución Francesa, está haciendo uso de lo que se conoce como el principio del estado de excepción por un tiempo determinado y breve en el que se produce la derogación provisoria de a separación de poderes. Caso similar acaba de ocurrir en Pakistán después del golpe de Estado en el que sólo se le permitirá mantener el estado de excepción por

el plazo no mayor de treinta días[88]. Por lo tanto en Francia el artículo describe facultades del Poder Ejecutivo similares a nuestro artículo 23[89].

En la intervención que el convencional Alberto Natale en la sexta reunión de la Comisión de Coincidencias Básicas en 1994 dijo que debía considerarse, para establecer derecho comparado, el artículo 38 de esta Constitución que habilita a que el Poder Ejecutivo pueda solicitar al Parlamento autorización para adoptar, mediante ordenanzas y durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes a la esfera de la ley; estas ordenanzas debían adoptarse en Consejo de Ministros y previo dictamen del Consejo de Estado, entrando en vigor en el momento de su publicación, pero caducan si el proyecto de ley de ratificación no se deposita ante el parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación y al expirar el plazo mencionado las ordenanzas no pueden ser modificadas sino por ley en las materias pertenecientes al ámbito legislativo[90].

Esta norma no hace referencia a circunstancias de necesidad y urgencia al solicitar la autorización, por lo tanto, podrán legislar sobre cualquier materia que esté dentro de la zona de reserva de la ley con previa autorización, por supuesto.

4.3.3. Estados Unidos de Norteamérica

No existe en la Constitución norteamericana disposición que le permita la presidente emitir normas de contenido legislativo por causas de necesidad y urgencia.[91]

4.3.4. Colombia

La Constitución de Colombia autoriza la emisión de decretos legislativos en los casos de "Guerra Exterior"[92] o en estado de "conmoción interior"[93]; y en "estado de emergencia", o sea, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen en forma grave e inminente el orden económico, social y económico del país, o que constituyan una grave calamidad pública[94]

4.3.5. Brasil

En su Constitución en el articulo 62 autoriza la emisión por parte del Presidente de la República de una medida provisoria con fuerza de ley en casos de *relevancia y urgencia* , debiendo someterla de inmediato al Congreso. Este deberá reunirse en el plazo de cinco días en el caso de que las Cámaras no se encuentren sesionando[95]. Esto es ratificado en el articulo 85 inciso 26[96] como competencia privativa del Presidente.

Establece el mismo artículo que el Congreso tiene un plazo de 30 días a partir de su publicación para ratificar o rechazar la medida provisoria, es decir, convertirla en ley o derogarla; caso contrario perderá eficacia[97].

Brasil también considera a estas medidas provisorias como un acto complejo ya que el Poder Legislativo tiene participación de colegislador con el Poder Ejecutivo.

4.3.6. España: un modelo a seguir

4.3.6.1. El parecer de nuestros constituyentes

En ocasión de los debates registrados en la Convención Constituyente de 1994, se produjo un interesante intercambio de opiniones a propósito de la filiación del sistema adoptado por la Constitución Argentina en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia.

El convencional Carlos Alvarez, impugnando la modalidad adoptada, luego de afirmar que no se había adoptado la "fórmula italiana", ni la "fórmula española", sino la "fórmula Bauzá", expresó que "...llegaron a la fórmula criolla que nos impide saber qué pasa luego de que el ministro coordinador someta a la consideración del Congreso de la Nación los Decretos de Necesidad y Urgencia. ¡Caso inédito!, los Decretos de Necesidad y Urgencia quedarán atrapados en las relaciones de fuerzas circunstanciales que se den en la cámara de Diputados..."[98].

Replicando a esa intervención el convencional Alasino manifestó: "...no quiero que en el Diario de Sesiones quede un error producto quizás de la facilidad que tiene mi amigo y compañero el señor convencional Alvarez para comunicar sus ideas. El régimen de los Decretos de Necesidad y Urgencia que adoptamos es el del sistema español; no es el llamado sistema Bauzá. Es cierto que discutimos mucho acerca de cuál de los dos sistemas íbamos a adoptar, si el español o el italiano. Además, las limitaciones que en este aspecto se estipulan en razón de la materia están tomadas textualmente de la Constitución Española, a las que ha agregado la vinculada con el sistema electoral" [99].

Bien, ahora verificaremos si lo que dijo el constituyente Alasino es ajustada a lo que propone su similar español.

4.3.6.2. Fundamento constitucional del hecho habilitante

La naturaleza del Decreto-Ley en España tiene su origen dentro de la constitución Española del 27 de Diciembre de 1978, preceptuado en su artículo 86, inciso 1, en el cual se plantea que:

" En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general."

El inciso pone como hecho habilitante solamente "un caso de extraordinaria y urgente necesidad".

La diferencia con nuestro ordenamiento es abismal y lo analizaremos a continuación.

La fórmula de la regulación peninsular llevó al Tribunal Constitucional a distinguir entre supuestos de:

a) necesidad absoluta: aquellas en que pueda existir un peligro inminente para el orden constitucional o un peligro grave para el orden público[100], como situaciones

de crisis del sistema político, frente a las cuales, aunque el decreto-ley pueda ser complemento de legítimo recurso, la Constitución Española ha previsto sus propios mecanismos de defensa político-existencial[101];

b) necesidad relativa: son con las que se quiere dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual[102].

Como consecuencia de ello la jurisprudencia constitucional española se ha caracterizado por la tendencia a abrir un amplio campo expansivo al uso del decreto-ley, considerándolo instrumento normativo de gobierno, al tiempo que se refugió en una posición de marcado y paulatino *self restraint* en cuanto al control de la "necesidad"[103].

Así, entre las necesidades relativas que se originan en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental se incluyen:

a) la necesidad de actuar los nuevos objetivos de la acción gubernamental, provocados por la formación de una nueva mayoría[104] ;

b) la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial[105];

c) el riesgo de estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses sociales[106];

d) la adopción de una serie de medidas inmediatas con antelación a la elaboración de la ley a través del procedimiento de urgencia[107].

Los incisos anteriores demuestran que la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes. Apoyan esta interpretación dos tipos de consideraciones: por una parte, el que la Constitución española separe el tratamiento de las situaciones, que

pueden considerarse como de extraordinaria y urgente necesidad, que dan lugar a estados de alarma, excepción y sitio, que define el artículo 116 de ese ordenamiento jurídico, y que regule, en cambio, en otra sede sistemática diferente la necesidad justificadora de los Decretos-leyes; y, por otra parte, el hecho de que el ámbito de actuación del Decreto-ley como instrumento normativo no se defina de manera positiva, sino que se restrinja de modo negativo mediante una lista de excepciones. Por todo ello hay que concluir que la utilización del Decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta. [108]

En la Constitución Argentina, sin embargo, un Decretos de Necesidad y Urgencia no ha sido previsto como instrumento normativo de gobierno en la dimensión que tiene en el derecho español. Es que entre nosotros el hecho habilitante se configura cuando, simultáneamente, concurren circunstancias excepcionales (necesidad y urgencia) y el insalvable escollo representado por el impedimento que tiene el Congreso para hacer la ley que ese estado de necesidad demanda.

Luego, en nuestra Constitución los Decretos de Necesidad y Urgencia están previstos para ser reflejo de una política de Estado y no política de gobierno, pero la realidad nos ha demostrado que hubo una tendencia a desvirtuar la "necesidad y urgencia" y se han admitido circunstancias que sólo afectan al gobierno, o sea, situaciones en que no está en juego la sociedad o el estado, si el gobierno mismo. Esta práctica es incompatible con el contenido del inciso e del articulo 99 de la Constitución Nacional. Esto está demostrado a través de determinados Decretos de Necesidad y Urgencia y tomaremos como ejemplo: uno muy emblemático: poco antes de abandonar el poder, Carlos Menem impulsó un decreto de necesidad y urgencia , el 1005/99, que dio marco legal a una situación que ya existía de hecho: la gran concentración de la propiedad de los medios. Algunos de los puntos incluidos en el decreto fueron:

a) El ingreso de capitales extranjeros: se autoriza para los casos de capitales de países con Tratados de Reciprocidad firmados con la Argentina y se elimina el requisito de diez años de residencia para socios extranjeros.

b) Se amplía el número de licencias por operador de 4 a 24 en el país, facilitando la concentración en pocos operadores (multimedios).

c) Se autorizan las cadenas permanentes de transmisión, lo que significó la posibilidad de programar un solo producto para todo el país al mismo tiempo.

d) Se elimina la restricción publicitaria horaria de 12 y 14 minutos para televisión y radio, respectivamente, autorizando su distribución en bloques de tres a seis horas de programación.

e) Se autorizan las transferencias de licencias facilitando la compra-venta de medios y haciendo muy difícil el seguimiento de los compromisos de los licenciatarios al servicio.

Demás está decir, por su claridad, que este decreto no contenía en sí el hecho habilitante requerido por la Constitución Nacional y que respondía a una política de gobierno.

Calificar al Decreto de Necesidad y Urgencia como manifestación de una política de Estado comporta dos consecuencias que precisamos a continuación:

a) se trata de actos que, aunque coyunturales, trascienden el interés circunstancial del detentador de turno porque su solución interesa a la sociedad toda afectada por la necesidad y el trastorno que experimenta con su atrofia uno de los poderes del Estado;

b) priva de reputarlos como actos enteramente discrecionales.[109]

4.3.6.3. La limitación del decreto-ley

Abundando en otras razones, demostrativas de lo desacertado de la afirmación vertida por el constituyente Alasino, recordamos también que la limitación en razón de materias respecto de las cuales no cabe una disposición legislativa provisional es más completa en el sistema español que en el argentino.

En el primero involucra a las Instituciones básicas del Estado, Derechos, Deberes y Libertades de los ciudadanos, restricciones que no aparecen expresa en el texto en nuestra Ley de Leyes. De este modo, la Constitución hispana ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquéllas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. La misma ha contemplado el Decreto-ley como un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas. Pero todo esto con la reserva en las siguientes materias :

a) el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado;

b) los derechos, deberes y libertades del individuo regulados en el título I de la Constitución Española;

c) el régimen de las Comunidades Autónomas;

d) el Derecho electoral general.

El articulo 99 de nuestra Constitución en su inciso 3 nos dice que las materias vedadas para el Poder Ejecutivo en el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia son:

a) Penal;

b) De Partidos Políticos:

c) De Régimen Electoral

d) Tributaria.

4.3.6.4. PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DEL DECRETO LEY

El artículo 86 en su inciso 2 describe el modus operandi para el perfeccionamiento del decreto-ley:

" Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su **convalidación** o **derogación**, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario".

De este artículo vamos a extraer los siguientes presupuestos :

1) sometimiento a debate y votación de la Cámara de Diputados;

2) remisión inmediata a dicho Cuerpo por parte del Ejecutivo;

3) pronunciamiento expreso por la convalidación o derogación dentro de un plazo de treinta días a partir de su recepción.;

4) procedimiento especial y sumario en la Cámara de Diputados, establecido por el Reglamento.

Según el apartado 1 ut supra el decreto-ley necesita la convalidación de la cámara de Diputados para que pierda el carácter de provisional que la misma Constitución establece antes de ser sometido a tratamiento legislativo. No interviene la Cámara de Senadores porque su significación es la representación territorial y como el decreto-ley tiene razón de ser en políticas de gobierno, consideran que el Rey ejerce su autoridad sobre todos los gobernados sin distinción de regiones o provincias.

Nos encontramos así ante dos fases: una , en que en el seno del Ejecutivo (Presidente de Gobierno y Consejo de Ministros) se emite el decreto-ley, el cual después de ser aprobado pasa a la firma del Rey y ésta será refrendada por el Presidente de Gobierno de conformidad todos esto con la Constitución y la ley. Superada esa etapa se envía para su publicación en el Boletín Oficial del Estado y después de ello cobra vida legal[110]. La otra fase es la puramente legislativa en la que Diputados deberá ç, una vez recibido el decreto-ley, expedirse por la convalidación o derogación en el plazo de treinta días.

Es notoria en esta última fase la diferencia con nuestro ordenamiento constitucional ya que éste no establece plazo y no lo determinó la convención Constituyente porque, a falta de consenso, lo ha dejado a resolución de la futura ley reglamentaria especial de los Decretos de Necesidad y Urgencia, hoy Ley 26122, para evitar las consecuencias que se examinarán en los dos capítulos siguientes. Adelantándonos diremos que la falta de plazo para que las Cámaras traten el Decreto llegando al rechazo o aprobación ha generado que, lo que se quería evitar con la promulgación de esta Ley por mandato constitucional, quede estéril y sin el límite necesario para evitar que una norma material que nació sin el abrigo del Poder Legislativo siga vigente sine die en el caso de que el Congreso no decida su debate y decisión.

La doctrina de España ha sido unánime sobre el silencio en el que pueda incurrir el Poder Legislativo cumplido el término de los treinta días: los decretos-leyes quedan descalificados, es decir, pierden su vigencia[111].

El artículo en cita, el 86, de la Constitución Española que estamos analizando y comparando con nuestra normativa vigente, tiene un tercer inciso que reza:

"Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia".

Si se procede a este trámite ya no habrá convalidación sino que, al tratarse como un proyecto de ley, recibirá el debate con la incorporación de reformas que las Cortes crean convenientes.

Esta variante no existe en nuestro ordenamiento jurídico y sin pretender, dar un fallo de conocimiento sobre el tema, nuestra opinión es que todo aquello que abra el debate, el disenso y el consenso consolida la democracia la refuerza y mitiga los institutos del estado de excepción que, al ser utilizados con profusión nos llevan indefectiblemente a la autocracia que se quiere implantar a nivel global desde el 11 de Septiembre de 2001.

4.3.6.5. La fase legislativa

El Congreso de los Diputados se ha dado su propio Reglamento[112] que regula, entre otras cuestiones, los procedimientos tanto de Formación de las Leyes como de Control sobre las Disposiciones del Gobierno con Fuerza de Ley, constando en el Título VI y VII, respectivamente.

El decreto-ley está encuadrado en el artículo 151 del Título VI, dado que el resto de lo normado hace referencia a los Decretos delegados.

"1. El debate y votación sobre la convalidación o derogación de un Real Decreto-Ley se realizará en el Pleno de la Cámara o de la Diputación Permanente antes de transcurridos los treinta días siguientes de su promulgación, de conformidad con lo establecido en el articulo 86.2 de la Constitución. En todo caso, la inserción en el orden del día de un Decreto-Ley para su debate y votación podrá hacerse tan pronto como hubiere sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado.

2. Un miembro del Gobierno expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación y el debate subsiguiente se realizará conforme lo establecido por los de la totalidad.

3. Concluido el debate, se procederá a la votación, en las que los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación u los negativos *favorables* a la derogación.

4. Convalidado un Real Decreto-Ley, el presidente preguntará si algún grupo parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la Cámara. Si ésta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las enmi8endas de totalidad de devolución."

5. La Diputación Permanente podrá, en su caso, tramitar como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia los Decretos-Leyes que el gobierno dicte durante los períodos entre legislaturas.

6. El acuerdo de convalidación o derogación de un Real-Decreto-Ley se publicarán en el Boletín Oficial del Estado."

Como es dable observar, este Reglamento perteneciente a Diputados es lo que para nosotros es la Ley Especial sobre el trámite y alcance del Poder Legislativo en el contralor de los Decretos legislativos emanados desde el Poder Ejecutivo, hoy Ley 26122. La diferencia radica en que la Corte de Diputados de España no lo ha sometido a los vaivenes políticos que ha sufrido la sanción de nuestra Ley, al punto tal de dejar este tema de extrema importancia en un vacío durante doce años desde que la Constitución mandara regular a través de una ley formal el artículo 99 inciso 3 en lo que hace al contralor legislativo. Los constituyentes españoles han entendido que sobre las normas de excepción el control del Poder Legislativo deben ser muy riguroso para evitar que nuevamente se suscite una violación a la división de poderes, después de más de treinta años de dictadura representada por el General Francisco Franco.

El inciso 1 del artículo 151 dice en su comienzo que el debate sobre la convalidación o derogación de un Real Decreto-Ley se realizará en el Pleno de la Cámara de Diputados antes de transcurridos los treinta días siguientes de su promulgación. Esto ratifica lo que dice el inciso 1 del articulo 86: "Los Decretos-Leyes deberán ser **inmediatamente** sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, **en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación**. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su **convalidación** o **derogación**, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario".

Nuestra Ley 26122, lamentablemente, al no manifestar el plazo y desde cuándo comienza a correr el mismo nos ha dejado en la misma incertidumbre que el inciso 3 del articulo 99 de la Constitución Nacional. Este vacío sobre la eficacia jurídica que tiene un Decreto de Necesidad y Urgencia será llenado con las dos interpretaciones posibles: sanción ficta o derogación ficta. Pero la falta de plazo es lo que torna sine die la vigencia del Decreto según lo que dice el artículo 19 de la Ley 26122, tema que será desarrollado en el Capítulo siguiente.

El inciso 2 del artículo en análisis dice que un miembro del Gobierno expondrá *ante la Cámara* las razones que han obligado a su promulgación y el

debate subsiguiente se realizará conforme lo establecido por los de la totalidad. Vemos que el Reglamento español hace referencia a "un miembro del Gobierno", sin especificar la jerarquía o cargo, mientras que en nuestro ordenamiento es el Jefe de Gabinete de Ministros el que se encarga *personalmente* y dentro de los diez días de someter la medida *a consideración de la Comisión Bicameral Permanente*.

La cursiva en el párrafo anterior la hemos establecido para demarcar otra diferencia de relevante importancia: que no existe en el ordenamiento español una Comisión para que emita un dictamen sobre la norma de carácter meramente consultivo para las Cámaras. En España, directamente el miembro del Ejecutivo fundamentará ante la Cámara para que luego ella debata sobre los mismos y su relación con el contenido del Decreto-Ley. Nuestra opinión es que sin ella se acelerarían los pasos en el Congreso ante una situación de necesidad y urgencia, motivo por el cual se ha constitucionalizado dicho instituto de excepción.

El inciso 5 y 6 contienen dos disposiciones que refuerzan el control político del Decreto-Ley, porque, sin desconocer que se está ante una situación de urgencia, la corte de Diputados ha considerado que la medida emanada del Ejecutivo necesita reformas o cambios para poder convalidarlo. Estos incisos se han establecido para que la norma no sea derogada, por lo tanto a modo de novación se ofrece la alternativa de tratarla como proyecto de ley a través de un procedimiento de formación y sanción de urgencia para poder ampliar el debate e incluir las reformas pertinentes.

4.3.6.6. <u>El control</u>

El Decreto-Ley tiene categoría de ley, por ende, sometido a:

a) control jurisdiccional, sea a través del recurso de insconstitucionalidad del articulo 161.1.a o por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad normada en el articulo 163, ambos artículos pertenecientes a la Constitución Española.[113]

b) control político por la Corte de Diputados por la aprobación o derogación que pueden hacer del mismo.

Ambos controles tienen como finalidad evitar el desborde de poder por parte del Poder Ejecutivo, quien está facultado constitucionalmente para emitir estos Decretos-Ley sin sobrepasar la misma reserva que la constitución establece.

5. Los Decretos de Necesidad y Urgencia en el Constitucionalismo provincial

El nuevo constitucionalismo provincial iniciado a partir de 1983, evidencia una tendencia a la regulación constitucional de esta clase de normas[114].

Hemos seleccionado tres provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires porque volveremos a retomarlas a modo de derecho comparado en el Capítulo V que versará sobre la Ley 26122 [115] reglamentaria del trámite y alcance de los decretos de necesidad y urgencia.

Otras provincias, como Córdoba y San Luis, si bien no regulan expresamente la emisión de decretos de necesidad y urgencia, sí contemplan trámites urgentes de proyectos de ley, los que de no ser expresamente resueltos o desechados en los plazos breves fijados, se tienen por aprobados[116].

5.1. Salta

En la Constitución de esta provincia reformada en 1986, los decretos de necesidad y urgencia estaban expresamente previstos en el articulo 142 [117].

En la reforma posterior de 1998, el articulo 145[118] los regula de la misma manera, siendo sus principales presupuestos:

a) estado de necesidad y urgencia o amenaza grave e inminente en el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales; b) acuerdo general de ministros;

c) previa consulta al Fiscal de Estado y a los Presidentes de ambas Cámaras Legislativas;

d) materias de competencia legislativa;

e) informe a la provincia en mensaje público;

f) remisión a la Legislatura en un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de la pérdida de eficacia en forma automática;

g) sanción ficta en ley cuando venza el plazo de 90 días sin que las Cámaras lo hayan tratado.

Esta Constitución Provincial continúa la tendencia de la Nacional de considerar a los decretos de necesidad y urgencia como actos complejos.

5.2. Río Negro

Reproduce textualmente en su normativa[119] la disposición de la Constitución de Salta.

5.3. San Juan

La Ley Suprema de esta provincia tiene una particularidad ya que no les llama decretos sino leyes y permite ser vetadas o rectificada por el Poder Legislativo. Nuestra Constitución les llama decretos y la Ley 26122 prohibe que el Congreso realice modificación alguna al reglamento de necesidad y urgencia publicado después de su emisión[120]

El artículo 157[121] contiene los siguientes presupuestos. a) dictado de leyes de necesidad y urgencia; b) circunstancias en las que no sea posible aplicar alguno de los trámites ordinarios constitucionales; c) deber de elevarlo de inmediato a la Cámara de Diputados, bajo sanción de nulidad; d) ratificación o rectificación por las Cámaras en un plazo de treinta días; e) sanción ficta si no es tratada en ese plazo; f) la ley puede ser rectificada por el Poder legislativo.

5.4. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Para el Estatuto porteño su artículo 103[122] es casi una reproducción del articulo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

El articulo 91[123] inserto en el Capítulo Tercero del Poder Legislativo va más allá de la Nacional estableciendo lo siguiente:

a) plazo de treinta días desde su remisión para que las Cámaras se expidan;

b) rechazo ficto si no es tratado en ese plazo.

5. Conclusión

A los Decreto de Necesidad y Urgencia hay que interpretarlos en la relación Administración con el principio de la división de poderes (o de funciones). Será en esta relación donde deberemos encontrar si hay una notoria disfunción en el sistema de la Constitución. Es por ello que en los próximos capítulos analizaremos los límites de fondo y de forma del instituto para ver si el papel que desempeña y debe desempeñar la Administración en un Estado moderno excede las previsiones que contiene, en este sentido, la constitución.

Advertimos cuando hicimos mención al Derecho Comparado sobre este instituto que de los países descriptos, salvo Estados Unidos de Norteamérica, el resto de los países desarrollados o en vías de desarrollo tienen este instituto de excepción y ello es resabio de los gobiernos totalitarios o dictatoriales que padecieron en la primera mitad del siglo XX, puesto que la positivización de dichas normas están pensadas para momentos de extrema urgencia y necesidad pero con límites severos para evitar la autocracia y la antijuricidad que ya habían padecido y los había estigmatizado.

Todos sabemos por lo datos de la realidad que poco importa que la Constitución asigne competencias porque el órgano que va a prevalecer es aquel que tiene capacidad efectiva de imponerse, de adoptar decisiones y lo que la

ciudadanía quiere es eficacia y eficiencia, por ejemplo, hoy con los niveles de inflación existentes la sociedad va a aplaudir una medida por decreto que la reduzca, no escuchamos a la sociedad pidiendo una ley para ello. Creemos que la historia de morosidad del Congreso ha hecho que los ciudadanos hayan puesto más su mirada en el "deber de administrar" del Estado y le haya permitido que legisle indiscriminadamente pensando que allí radicaba la solución de los problemas argentinos.

Le atribuimos a los decretos de necesidad y urgencia un valor paradigmático porque en la historia del dictado de los mismos se ha exteriorizado el desajuste del principio de la división de poderes.

En la conclusión del primer capítulo ya habíamos expresado que las leyes captan normalmente muy tarde las situaciones de necesidad y entendemos que la posibilidad de asumir una potestad perteneciente a otro órgano por razones de necesidad y urgencia, constituye una facultad inherente a la naturaleza y esencia del Ejecutivo porque es el titular de la función administrativa.

No obstante tener un régimen jurídico exorbitante, el control del poder legislativo tiene que ser contundente para equilibrar el reparto de atribuciones.

CAPITULO III

Decretos de Necesidad y Urgencia: Evolución Doctrinaria, Jurisprudencial y Constitucional

Sumario: 1. Cuestión liminar. 2. Evolución doctrinaria y jurisprudencial de los Decretos de Necesidad y Urgencia. 2.1. La opinión de los constituyentes. 2.2.. La práctica institucional. 2.3.. El criterio de los jueces. 2.4..Interpretación constitucional. 3. El régimen de los Decretos de Necesidad y Urgencia a partir de la Reforma de 1994. 3.1. El fundamento de la Reforma constitucional. 3.2. La Reforma constitucional y los Decretos de Necesidad y Urgencia. 3.3. Los presupuestos en el articulo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. 3.4. Límites de fondo. 3.4.1. Hechos habilitantes. 3.4.2. La sanción de nulidad. 3.4.3. Disposiciones de carácter legislativo. 3.4.4. Materias vedadas. 3.4.5. Límites de fondo implícitos. . 3.5. Límites de forma. 3.5.1. Etapa Ejecutiva. 3.5.1.1. Facultad exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo de la Nación. 3.5.1.2. Decisión en acuerdo general de Ministros. 3.5.1.3. Refrendo de los Ministros y el Jefe de Gabinete. 3.5.1.4. Presentación del acto al Congreso por parte del Jefe de Gabinete. 3.5.2. Etapa Legislativa. 3.5.2.1. Emisión despacho por la Comisión Bicameral Permanente en plazo improrrogable. 3.5.2.2. Aprobación o rechazo del plenario de cada una de las Cámaras. 3.5.2.3. Regulación del instituto de la ley.

1. Cuestión liminar

No hay duda de que la Constitución de 1853/60 admitió el dictado de los reglamentos de ejecución conforme al inciso 2 del articulo 86[124] pero nada dijo respecto de los hoy llamados Decretos de Necesidad y Urgencia y es sabido que los poderes del Estado sólo pueden detentar las atribuciones que expresa o implícitamente se le hubieren reconocido para el cumplimiento de su cometido[125].

No obstante ello, la dinámica del presidencialismo en nuestro país ha hecho que el Poder Ejecutivo en la práctica haya ejercido facultades legislativas no previstas en la Constitución Nacional. Y si a ello se le agrega la falta de control severo sobre el Poder Administrador y las teorías que dificultan el control de la actividad del mismo como la teoría de los actos políticos no sujetos a control judicial, la extensión de la zona de reserva de la administración, etc.[126] ha hecho que se haya ejercido abusivamente e inconstitucionalmente de la potestad reglamentaria, fundamentando el sistema hiperpresidencialista. Como consecuencia de esta práctica surgieron las teorías negatorias y afirmatorias de la constitucionalidad de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo, encuadrándose a los administrativistas en la segunda tendencia doctrinaria.

Luego, en 1994, se da la Reforma de la Constitución Nacional y en esta instancia los juristas vuelven a dividirse, pero ahora, ya no sobre la diatriba del acerto constitucional sino con relación a la violación del principio de división de poderes.

Entre aquéllos que sostienen que se ha vulnerado el principio constitucional está Gregorio Badéni, quien considera que el reconocimiento de potestades legislativas al Ejecutivo es propio de un sistema parlamentario donde ambos poderes tienen una estrecha relación.[127]

En cambio, Balbín, opina que el Convencional fijó los límites cuyo alcance depende de la decisión del legislador[128]. Esta es nuestra postura en el presente trabajo de investigación que desandaremos paulatinamente hasta llegar a la conclusión de que la decisión del legislador en la Ley 26122[129] no fijó los límites pertinentes.

Las barreras de contención que el constituyente instituyó en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional se clasifican en límites de fondo, que de manera implícita y explícita nacen de la misma Carta Magna, y los de forma o de procedimiento. Ambos son de enorme gravitación frente a la naturaleza extraordinaria de los Decretods de Necesidad y Urgencia.

2. Evolución doctrinaria y jurisprudencial de los Decretos de Necesidad y Urgencia

2.1. La opinión de los constituyentes

Existían, antes de la reforma constitucional de 1994, dos posturas básicas frente a la procedencia o no de este mecanismo excepcional:

a) Los que le negaban validez como Bidart Campos[130] y Ekmekdjian[131], constitucionalistas puros, lo hacían desde una interpretación estricta y formalista del principio de la división de poderes. Se apoyaban en la falta de una previsión expresa de la Constitución en tal sentido.

Además, los reglamentos de necesidad y urgencia eran improcedentes por las siguientes razones, a saber: la violación del artículo 29[132] de la Constitución nacional que establecía la separación de poderes entre el Ejecutivo y el legislativo en resguardo de las libertades individuales y el artículo 24[133] de la Carta Magna que disponía que el Congreso promovería la reforma de la actual legislación en todos sus ramos; y por último, cabe agregar que, en un sistema presidencialista, no son de aplicación los principios e institutos de los sistemas parlamentarios, entre ellos, la delegación de facultades legislativas[134].

Además, al Ejecutivo en el artículo 82 inciso 12[135] se le reconoce la facultad de convocar al Poder Legislativo a sesiones extraordinarias cuando existe un grave interés que así lo requiera[136].

El fallo "Youngstown Sheet & Tube Co. Vs. Sawyer" [137] de Estados Unidos de Norteamérica establece: "Los fundadores de esta Nación confiaron el poder de hacer las leyes sólo al Congreso en los tiempos buenos y malos", y "La Constitución limita las funciones del Presidente en el proceso legislativo a la recomendación de las leyes que considere prudentes , y al veto de las leyes que considere nocivas".

b) Los que admitían este instituto de excepción eran los administrativistas como Marienhoff[138], Cassagne[139], Dromi[140], Gordillo[141], entre otros. En líneas generales comparten la idea de que su dictado procede cuando el Congreso no está reunido, y que el acto debe ser sometido a su ratificación en forma expresa convocándolo para ese fin.

Sagües coincide en líneas generales con estas posiciones favorables, estimando que su base no es constitucional sino supraconstitucional, siempre que se de un caso de real estado de necesidad[142].

En esta justificación hubo distintas teorías , a saber:

a) l*a doctrina de la delegación tácita* para superar situaciones de emergencia que ponían en peligro el cumplimiento de los cometidos que prevé la Constitución Nacional. Como contrapartida se proponía un rigurosos control por parte del Poder legislativo o del Poder Judicial;

b) *la doctrina de los poderes colegislativos* que corresponden al Poder Ejecutivo por mandato constitucional;

c) *la doctrina de la competencia* como sucedáneo de la capacidad de las personas físicas, y con fundamento en el articulo 19 [143]de la Constitución Nacional;

d) *la doctrina sobre el estado de necesidad* que amenaza la continuidad del Estado y que el gobernante tiene el deber de resolver, pero debe existir el principio de razonabilidad de los actos de gobierno.[144]

Las fuentes de los juristas argentinos fueron el derecho francés, el italiano y el español. En primer lugar, las ideas del derecho francés corresponden a un sistema parlamentario con funciones interrelacionadas entre ejecutivo y legislativo mientras que nuestro ordenamiento jurídico constitucional es presidencialista. En segundo lugar, las citas que toman del derecho italiano y español corresponden a los textos constitucionales de los años 1936 y 1937, respectivamente, momento en que el Ejecutivo concentró la totalidad del poder público.[145]

Sobre las posturas doctrinarias sobre el control que se debía ejercer sobre estos decretos se desarrollarán en el último capítulo al tratar la Ley 26122 que reglamenta el trámite y el alcance de los mismos.

A la luz de la historia sostenemos la hipótesis de que la postura avalatoria de los decretos de necesidad y urgencia como de otros institutos de excepción, como los decretos delegados por ejemplo, se debe a un cambio operado en los fines del Estado que comenzara en 1976 o tal vez en 1955. No nos explayaremos más allá de lo dicho porque esta postura no está incluida dentro de los puntos de hipótesis planteado para este trabajo de investigación.

2.2. La práctica institucional

La práctica de dictar decretos de necesidad y urgencia ha sido recurrente en casi todos los gobiernos constitucionales de nuestro país.

Así es como en 130 años, desde 1853 hasta 1983 los presidentes elegidos por el pueblo emitieron aproximadamente veinte decretos con fundamento en situaciones de carácter político o económico[146].

El gobierno de 1946 a 1955 dictó los siguientes reglamentos, entre otros: la nacionalización de la Unión Telefónica y los ferrocarriles, la creación de entes autárquicos, nacionalización del Banco Central, la obligatoriedad de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas. [147]

El presidente Frondizi a través de decretos e necesidad y urgencia creó empresas estatales cuyo objeto era la explotación del carbón y de la energía eléctrica como también lo hizo con el Plan Conintes que era un plan de seguridad interior restrictivo de los derechos y garantías individuales.[148]

El presidente Illia resolvió con ellos la nulidad de los contratos petroleros con las empresas extranjeras.[149]

El presidente Alfonsín dictó aproximadamente diez decretos de necesidad y urgencia por razones vinculadas con las emergencia económica, crisis financiera y reforma del Estado: régimen de las universidades, normalización sindical, creación de un nuevo signo monetario, etc.

Durante la presidencia de Carlos Menem se intensificaron de tal manera que avala tal vez a la hipótesis planteada en el punto anterior sobre que los decretos de necesidad y urgencia fueron la herramienta que necesitaban los gobiernos para cambiar el fin del Estado: de uno proteccionista a uno neoliberal. Ferreyra Rubio y Goretti fueron muy elocuentes cuando titularon su artículo "Gobierno por Decreto en Argentina"[150]. Midón nos habla de la desproporción numérica entre Menem y sus antecesores: mientras de 1853 a 1989 se contabilizaron treinta y cinco, de 1989 a 1993 se contabilizaron trescientos ocho[151]. Ferreira Rubio nos dice que de ese total sólo ciento sesenta y seis fueron reconocidos como decretos de necesidad y urgencia, dado que en el resto figuran reglamentos que legislan en materia reservada al Congreso al modificar o derogar leyes vigentes, sin que medie ninguna facultad que permita al poder Ejecutivo hacerlo[152].

En un principio se exigió la ratificación del Congreso (el diez por ciento cumplió con este requisito) pero luego ello fue reemplazado por una simple comunicación al Poder Legislativo[153].

Evidentemente, el Congreso, en la mayoría de los casos aprobó los decretos de un modo tácito, a través del silencio y, en otros excepcionales, en cambio los ratificó mediante la sanción de leyes posteriores. Ejemplo de esto último fue la ley 24037 que ratificó el decreto 2284/9[154].

2.3. El criterio de los jueces

En el año 1865 la Corte se expidió por primera vez respecto de la validez de los decretos de naturaleza legislativa dictados por el Poder Ejecutivo. Este decreto establecía un procedimiento uniforme para los casos de muertes intestadas de extranjeros en el país[155]. En este caso el cónsul de España nombró albaceas de la sucesión de un súbdito español fallecido en Buenos Aires a los Sres. Juan Frías y José de los Llanos en uso de las facultades que le otorgaba el decreto del 19 de noviembre de 1862. Sin embargo, el juez civil revocó dicha designación y reemplazó a los albaceas antes mencionados por el Sr. Rodríguez en su carácter de sobrino del causante. En tal estado, el Sr. José de los Llanos cuestionó la resolución judicial toda vez que Rodríguez no reunía la condición de heredero requerida por el decreto del Poder Ejecutivo. Así las cosas, la Corte consideró que la resolución era inapelable pero, más allá de afirmar que el decreto en cuestión es constitucional toda vez que ha sido dado por el presidente en uso de la facultad que le asiste para reglamentar las leyes, el Tribunal agregó que el decreto no puede ser considerado como una ley de la Nación respecto de las disposiciones no contenidas ya que no ha recibido la sanción del Congreso.[156]

En la recorrida realizada por estos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del último cuarto del siglo XIX relativa a los decretos de necesidad y urgencia, queda en evidencia que se inclina por su validez, pero con la condición de que dichos reglamentos hayan sido aprobados por el Poder Legislativo, ya sea en forma tácita o expresa.

Muchos años después el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1096/85[157] que disponía el cambio de signo monetario- reemplazo del peso argentino por el austral- y creaba un régimen de desagio (desindexación) a pesar de que la Constitución decía expresamente que es competencia del Congreso fijar el valor de la moneda[158], sin que este artículo hubiese delegado esa potestad en el poder Ejecutivo. Balbín dice que este decreto fue sin duda, un decreto de necesidad y urgencia[159]. Los fundamentos del decreto eran básicamente que las medidas, en virtud de su naturaleza, sólo podían ser efectivas si se disponían sin conocimiento previo de la opinión pública y, a su vez, las razones de interés

público, o sea, la defensa de la comunidad. El decreto luego fue remitido al Congreso donde obtuvo su ulterior ratificación.

No obstante antes de dicha ratificación, el Sr. Porcelli[160] en su carácter de titular de un depósito bancario a plazo fijo ene. Banco de la Nación Argentina, se presentó ante la justicia por vía de amparo fundándose en la supuesta inconstitucionalidad del decreto 1096/85, entre otras razones por la ausencia de una ley ratificatoria del decreto[161]. El Procurado General de la Nación sostuvo la validez de los llamados decretos de necesidad y urgencia siempre que hubiesen sido ratificados por el Congreso dado que las normas contenidas en el reglamento cuestionado se refieren a las obligaciones contractuales cuya regulación, conforme el inciso 11 del artículo 67[162] de la Constitución Nacional de 1853/60, corresponde al Poder Legislativo. También afirmó que el decreto es constitucional si existe una situación que afecte la existencia, la seguridad o el orden público o económico del país y que requiera medidas estatales urgentes siempre que el Congreso estuviese en receso o fuese imposible que la cuestión sea resuelta en término por éste. Y por último, señaló que el decreto debe remitirse al Congreso. Los argumentos del Procurador se basaron en los autores contemporáneos a la Constitución de 1853 y cita antecedentes que avalan su posición como el decreto 431 de 1861, entre otros, por el que el Presidente dejó sin efecto su decreto por otro decreto cuando el senador Calvo presentó un proyecto de ley cuyo objeto era la declaración de nulidad del decreto toda vez que el Ejecutivo ejecuta y el legislativa legisla.

Volviendo al caso "Porcelli", la Corte mediante sentencia del 20 de Abril de 1989 sostuvo que el agravio relativo a la inconstitucionalidad del decreto por vulnerar los artículos 31[163] y 17 [164] de la Constitución Nacional, fundado en que hasta tanto el Poder legislativo no ratifique el precepto mencionado existiría una colisión entre el decreto y las normas de rango superior en las que se sustentó el contrato de depósito, ha devenido abstracto. Ello así, pues como lo destaca el procurador General en su dictamen, tal ratificación tuvo lugar e virtud de los dispuesto por el articulo 55[165] de la ley 23410[166] y concluyó que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de sy decisión, aún en aquellos casos en que ellas fueran sobrevivientes a la interposición del recurso extraordinario.[167]

Con la llegada a la presidencia del Dr. Menem en 1989 el dictado de decretos de necesidad y urgencia fue colosal y generaron como era de prever la necesaria intervención de los tribunales.

Para ese entonces un el sector de los administrativistas abogaban por el reconocimiento del atributo de dictar dichos reglamentos. Otros, en cambio, repudiaron esas prácticas porque las consideraban violatorias del principio de la división de poderes.

En este contexto la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió, por primera vez, recién el año 1990 en el caso "Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía – Banco Central de la República Argentina) / amparo", sentencia del 27 de diciembre de 1990[168].

La causa se suscitó ante el reclamo formulado en un juicio de amparo donde la actora impugnó la constitucionalidad del decreto n° 36/90[169]. Dicho acto del Ejecutivo se fundó en la situación de emergencia económica definida por las leyes 23696[170] y la 23697[171] , la persistencia de un proceso hiperinflacionario y la necesidad de cortar abruptamente con él para proteger a los sectores más desposeídos de la sociedad. Así dispuso reintegrar los depósitos a plazo fijo celebrados entre personas físicas y jurídicas con instituciones bancarias, superior a un millón de australes, con la entrega de un título público (Bónex 1989). Dicho bono expresado en dólares estadounidense debía amortizarse en diez años, con dos de gracia y daba derecho a percibir intereses anuales del 12.5 por ciento. [172]

Surge claramente del texto que el decreto reguló sobre materias que son de exclusiva atribución del Poder Legislativo. . Incluso alguna de las excepciones al decreto 36/90 tuvieron su origen en normas de rango inferior, esto es, comunicaciones dictadas por el Banco Central de la República Argentina sin que existiese delegación previa de facultades[173].

El Poder Ejecutivo cumplió con el envío del decreto al Congreso junto con un proyecto de ley ratificatorio, que fue aprobado por la Cámara de Senadores pero no por la Cámara de Diputados.

El amparo impugnaba, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo ya que la Constitución Nacional no los prevé.[174]

La Corte sostuvo la constitucionalidad del decreto fundándose en dos argumentos:

a) el silencio del Congreso, es decir, que si el legislador no se expide en sentido contrario al decreto cuestionado debe interpretarse ratificatorio [175]y

b) el hecho de que no existía ningún otro remedio a través del cual se hubiese podido superar la grave crisis económica y financiera[176].

Vemos que difiere del fallo "Porcelli" mencionado con anterioridad porque en este último exigía que el Congreso se expidiera expresamente sobre la derogación o ratificación del decreto. En el último capítulo veremos que la Ley 26122[177] implícitamente retoma este criterio sobre el valor del silencio por lo que consideramos inconstitucional debido a que la Constitución Nacional en su artículo 82 prohibe expresamente la sanción ficta.

Con el caso Peralta comienza a vislumbrarse la autocracia en Argentina, modalidad de gobierno que sigue vigente hasta la actualidad. Gobernar por decreto y establecer la sanción ficta de los mismos es convalidar judicialmente la concentración de funciones y, por ende, de poder en manos del Poder Ejecutivo.

Demuestra lo anterior, las afirmaciones de la Corte en el fallo en comentario cuando dice que: en caso de crisis es el Poder Ejecutivo el responsable de preservar la integridad y la continuidad del Estado[178] y nosotros, leyendo el mismo, descubrimos que es una hipótesis no demostrada porque no ofrece los fundamentos pertinentes. Otra de las razones es que el Presidente por ser un órgano unipersonal es menos permeable a las presiones corporativas que los bloques parlamentarios[179]; en esto continua la concepción autocrática de la Corte que nos llevaría a establecer, por ende, que solamente debería gobernar el representante del Poder Ejecutivo para evitar los vicios del Parlamento que son los

que, se supone, llevarían a la ruina a nuestro país. Como seres republicanos que somos pensamos que el sistema democrática se basa en la participación plural que llevará irremediablemente a la deliberación y es en ésta donde se refleja la menor permeabilidad del Congreso en relación con un órgano unipersonal como lo es el Ejecutivo.

2.4. Interpretación constitucional

Antes de la reforma del año 1994 , la potestad legislativa estaba prohibida por palabras constitucionales del articulo 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor, o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna" que establecía el principio de la división de poderes". Solamente podrá hacerlo, como dice Balbín, si intervienen los electores en la autorización de la delegación[180] dado que en la Constitución de 1853 el Poder Ejecutivo no podía ingresar en la "zona de reserva de la ley", corolario del principio de la división de poderes.

No obstante ello, el uso de los decretos de necesidad y urgencia (como de los delegados) se basó en los siguientes fundamentos:

a) el silencio de la Constitución no debe interpretarse como prohibición del legislador de transferir potestades propias en los propios poderes estatales;

b) el fundamento fáctico de la emergencia es igual a la potestad que la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo durante el estado de sitio;

c) el ejercicio de las potestades implícitas del Congreso (inciso 28 del artículo 67 de la Constitución Nacional[181]). ;

d) el gran volumen de la labor parlamentaria;

e) supuesta lentitud en el obrar.

Pero se sostenía que el Poder legislativo debía estar en receso o enfrentar una imposibilidad material de resolver con celeridad la cuestión, debiendo el decreto ser sometido inmediatamente a ratificación legislativa o a su nulidad. Si eran ratificados se convertían en ley formal pero si eran pasibles de rechazo, a su derogación no se le atribuían efectos retroactivos. En caso de silencio, el decreto ser consideraba válido, por lo que se aceptaba la sanción ficta. Con respecto al control de los jueces sobre tales decretos surgía únicamente en la medida que los mismos vulnerasen derecho y garantías constitucionales.[182]

Estamos de acuerdo con Oddone que los decretos de necesidad y urgencia surgieron a partir de:

a) una interpretación del texto constitucional tomando como fuente los principios generales del derecho cuando el texto constitucional no traía una respuesta explícita a una determinada cuestión, en este caso, la autopreservación del Estado,

b) las necesidades que la realidad plantea para extraer de una hermenéutica integradora la solución justa de los problemas.[183]

Es evidente que ante dos valores contrapuestos, el respeto a la competencia legislativa y la propia existencia del Estado, debía ceder el más débil, en este caso, la conservación del orden jurídico. Esto es lo que se conoce como estado de excepción, forma estatal que se desarrolló con gran fuerza en el período entreguerras en Europa en algunos países, por lo que después de finalizada la Segunda Guerra Mundial incluyeron en sus Constituciones institutos de excepción con férreos controles sobre los mismos. Quien investigó con profusión este tema fue Giorgio Agamben, en su libro Estado de Excepción y el Homo Sacer[184]

Fueron estos fundamentos los que se utilizaron para abusar del instituto en estudio desde 1989 hasta 1994, pero lo que en realidad se escondía era la mutación del fin del Estado basado en el principio de la subsidiariedad.

3. El régimen de los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Reforma de 1994

3.1. El fundamento de la Reforma constitucional

Lo que nos ha quedado en claro es:

a) que la Constitución de 1853/60 admitió el dictado de los reglamentos de ejecución en el articulo….pero nada dijo respecto de los reglamentos de emergencia (decretos de necesidad y urgencia, y delegados) y

b) que los poderes del Estado sólo puede detentar las atribuciones constitucionales que expresa o implícitamente se le hubieren reconocido para el cumplimiento de sus cometidos.

Sin embargo nuestra Constitución primigenia instauró un sistema presidencialista que permitió que los dos incisos del párrafo anterior fueran sorteados con el escaso control que la misma Carta Magna ha instaurado.

Oddone fundamenta esta hipótesis diciendo que el desuso sistemático y reiterado de una competencia, en este caso la legislativa, produce en el órgano titular de la misma un vacío de poder[185]. Bidart Campos ratifica lo anterior con las siguientes palabras: "El espacio de poder político no está totalmente ocupado, o lo está por alguien que es incapaz de ejercerlo plenamente. Un poder vacío es un poder que no toma decisiones oportunas, que las posterga, que no afronta la realidad cotidiana, que cumple el *laissez faire, laissez passer*, que se despreocupa de su función y su fin."[186]. Así es como se advierten casos en los que ciertas competencias que la Constitución Nacional atribuye al Congreso, han sido históricamente declinadas por éste o la morosidad en la atención de los requerimientos sociales se ha hecho muy ostensible[187]. La leyes de la física nos han demostrado que todo espacio que queda vacío tiende a ser llenado y la política argentina lo ha demostrado el Poder Ejecutivo con la arrogación de la facultad legislativa en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Rodolfo Barra, el constitucionalista de gran actuación en el decenio de los noventa pergeñó una

postura extrema para justificar el accionar legislativo desde el Poder Ejecutivo cuando dijo: “Es legítimo lo que es eficaz”[188]. Ya no basta con que la actividad administrativa sea legal, debe ser también útil, debe ser capaz de conseguir y mantener determinadas condiciones de vida y esto es fuente de su legitimidad.

Por ello es que el fundamento que dio origen ala reforma constitucional fue la d atenuar el presidencialismo exorbitante que se expresaba mediante:

a) la concentración excesiva de facultades en el Presidente;

b) la personalización del poder político;

c) la dificultad de formar coaliciones y superar así las crisis institucionales y

d) la existencia de bloqueos entre los poderes políticos[189].

3.2. La Reforma constitucional y los Decretos de Necesidad y Urgencia

Los decretos de necesidad y urgencia era una práctica paraconstitucional de larga data en nuestro medio, respaldada por sectores importantes de la doctrina y cuya validez fue declarada por fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo tanto no fueron creados por la reforma sino reconocidos con el fin de limitarlos, circunscribiéndolos mediante reglas que dispusieron mayores exigencias para su utilización que las requeridas en las costumbres vigentes[190].

Sin embargo en la Convención Nacional Constituyente de 1994 los debates se desdoblaron en la tesis afirmativa y negativa.

Las primeras, a favor de la positivizacion del atributo aportaron los siguientes fundamentos:

a) reglamentación de una práctica paraconstitucional;

b) convalidación por la jurisprudencia;

c) futuro control por parte del Congreso;

d) acotación de la facultad presidencial en base al mencionado control;

c) fortalecimiento del Congreso

d) reglamentación de un hecho consumado.[191]

Dentro de esta postura, Mosset Iturraspe observó: "El mundo ha cambiado mucho en esta aldea global; los sucesos se desarrollan muy rápidamente y a veces es necesario tomar decisiones que no se pueden evitar. En esos casos resulta necesario adoptar medidas urgentes que permitan gobernar y no que lo impidan…"[192]

Las segundas, a favor de la desestimación de que la Ley Fundamental las regule la avalaron con los siguientes argumentos:

a) fortalecimiento del Poder Ejecutivo;

b) flexibilización de la Constitución;

c) relativización del valor de la ley formal;

d) contrario a un sistema republicano[193].

En esta tesis, el constituyente Zaffaroni expresaba: "…repasando la constituciones nos encontramos con que cada vez que se reconoce la institución del decreto ley se encuentran diversas vías para no delimitarlos y lograr que se conviertan en la forma normal de legislación desplazando la función del Parlamento…"[194].

3.3. Los presupuestos en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional

Carlos Balbín basándose en el artículo 99 inciso 3 [195]de la Constitución Nacional prevé los siguientes presupuestos:

a) requisito de fondo: estado de necesidad y urgencia e imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la formación y sanción de las leyes;

b) requisito de forma: refrendo del Jefe de Gabinete de Ministros en acuerdo general de ministros;

c) requisito de procedimiento: elevación a la Comisión Bicameral Permanente y, a su vez, remisión posterior al pleno de ambas cámaras legislativas;

d) requisito de voluntad: decisión legislativa mediante el tratamiento expreso del decreto.

Sin embargo, nosotros vamos a analizar estos presupuestos como límites de fondo y límites de forma porque de esta manera podremos ir fundamentando en concreto, desde este momento, la hipótesis de nuestro trabajo, ya que la Ley 26122 tendría que haber devenido en sistema de control austero de la norma constitucional (articulo 99 inciso 3) que habilita al Poder Ejecutivo en la facultad colegislativa con el Poder Legislativo.

3.4. Límites de fondo

3.4.1. Hechos habilitantes

"Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes…" (articulo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional).[196]

Goldschmidt muy acertadamente ha expuesto su concepto trialista del mundo jurídico como un conjunto de repartos (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados los repartos y las normas por la justicia (dimensión dikelógica)[197].

El caso específico que nos ocupa en este apartado es el de los repartos, el de los hechos que habilitan el dictado de la norma como instituto de excepción.

El constituyente reformador en 1994 le dio la atribución al titular del poder Ejecutivo el dictar Decretos por razones de Necesidad y Urgencia cuando dice: "Solamente cuando *circunstancias excepcionales* hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes…" (articulo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional).

Decir "circunstancias excepcionales" es muy amplio y sujeto a variadas interpretaciones , por ello, lo más adecuado es ir a la fuente para que nos diga qué quiso decir el convencional constituyente.

De todas las teorías que se plantearon sobre la cuestión se impuso aquella que se apoyaba en Villegas Basavilbaso, Marienhoff, Cassagne y Linares, entre otros: "…el decreto de necesidad y urgencia es sustancialmente un acto legislativo y formalmente un acto administrativo. Implica una sustitución de poder, su fundamento no reside en ninguna potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, sino en un hecho: el estado de necesidad y urgencia. Se trata, entonces, de examinar si en determinadas circunstancias es admisible una excepción al principio de la legalidad y si el Poder Ejecutivo puede crear normas de derecho que modifiquen o suspendan las preexistentes"[198]. Entonces, la excepción está referida al principio de legalidad y se encuentra sustentada en la necesidad y urgencia. Ahora, lo que resta, es deslindar qué entendieron como "necesidad" y como "urgencia" o como "necesidad y urgencia" y precisar el sentido de tales vocablos.

La idea de necesidad es sinónimo de estado e necesidad, o sea, situación que encuadra en la hipótesis de una emergencia[199]. La jurisprudencia para esto se ha basado en lo que la Corte ha dicho en el caso Peralta: "…el concepto de emergencia… Se trata de una situación extraordinaria que gravita sobre el orden

económico social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escacez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin…sus consecuencias sobre el Estado y las 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…"[200].

Pero para el dictado de esta clase de decretos es necesaria también la urgencia. Se trata de un elemento temporal que cualifica la situación d necesidad y que hay que actuar sin demoras, aquí y ahora, porque todo retraso agrava el cuadro que debe remediarse.[201]

Necesidad y urgencia, entonces, son una simbiosis jurídica, a pesar de que sea distinta su significación por separado y es lo que va a justificar el dictado del decreto porque no olvidemos que estamos ante una excepción del principio de legalidad, tal cual lo han expresado los convencionales constituyentes en 1994.

A renglón seguido después de mencionar "las circunstancias excepcionales" el artículo 99 inciso 3 en su tercer párrafo dice. "…que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes…". Es claro que la inercia legislativa debe responder a motivos ajenos a la voluntad de quienes integran el Congreso de la Nación[202].

Al fallar en el caso Verrochi Ezio Daniel. c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo" [203] el Tribunal discutió la constitucionalidad de los decretos 770/96[204] y 771/96[205] del poder Ejecutivo Nacional que excluyeron a los trabajadores con remuneración mensual superior a los mil pesos del régimen de asignaciones familiares creado por la ley 18017[206] y a su vez dejaba sin efecto dicha ley y toda otra norma que se opusiere a este decreto. Y es en uno de los considerandos donde se expide sobre el tema en cuestión diciendo que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente las facultades legislativas que, en principio le son ajenas, es necesaria que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, o sea, que las Cámaras no puedan reunirse por circunstancias de *fuerza mayor* , como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen

la reunión o traslado de los legisladores a la Capital Federal para ejerce r su carga pública[207].

Es correcta a nuestro entender la conclusión a la que llega la Corte porque sino el Poder Ejecutivo podría ampararse en la morosidad del tratamiento de un proyecto de ley de su iniciativa para dictar un decreto de necesidad y urgencia. Por lo anterior no encuadra dentro de este aspecto: la mora congresional, la falta de quórum, el rechazo de una iniciativa, la falta de consenso.

En soledad, Rodolfo Barra aduce que frente a una situación de inactividad del Congreso, que no sólo puede ocurrir por circunstancias catastróficas, sino también por razones políticas, por ejemplo reiteradas negativas de una bancada a colaborar con la formación del "quórum" para sesionar, además de la imposibilidad objetiva de cumplir con el trámite ordinario, el constituyente de 1994 le otorgó al Ejecutivo una competencia de iniciativa e impulso. Con la publicación del decreto de necesidad y urgencia toma la iniciativa de sancionar la norma. Que a partir de ese momento es vigente . y obliga al Congreso a expedirse expresamente, bajo pena de la continuación de la vigencia de la norma.[208]

En la causa "Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía"[209] se discutió la constitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo 2736/91[210] y 942/92[211] que extendía la ley 17741[212] - en la que se creaba un impuesto equivalente al 10 % del precio básico de toda localidad o boleto para presenciar espectáculos cinematográficos en todo el país – a la venta y locación de los videogramas. Con respecto al hecho habilitante, sigue a Verrochi, advirtiendo que en los motivos que impulsaron al dictado de los decretos mencionados ut supra no se exhibe como respuesta a una situación de grave riesgo social sino más bien de fomento de la actividad.

En la causa "Rodríguez"[213] se discutió el proceso de privatización de los servicios aeroportuarios complementarios de los principales aeropuertos de nuestro país a través del decreto 357/97. Un grupo de legisladores presentó una acción de amparo por considerar que el Poder Ejecutivo se había arrogado facultades legislativas. Ante esto el Presidente dictó el decreto 842/97 en el que ratificó en todo el anterior decreto. Primera y Segunda Instancia hicieron lugar a

la medida cautelar paralizándose así el llamado a licitación. Como respuesta el Jefe de Gabinete Jorge Rodríguez presentó un recurso extraordinario directamente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Denunciando un grave conflicto de poderes ante la sentencia de primera instancia. Bien, en esta causa, se retrocede con relación a lo que se había establecido en Verrocchi y Video Club Dreams, puesto que la Corte decidió no ejercer el control de constitucionalidad del decreto dictado por el Ejecutivo por ser un acto institucional libre de todo control jurisdiccional ya que si lo hace podría generar una caótica situación política, económica y social multiplicando los efectos perniciosos de la emergencia que el decreto trata de superar. Por lo tanto no juzgó la existencia de la situación de grave emergencia – como sí lo hizo en Peralta y Video Club Dreams – que supuestamente puso en peligro la subsistencia de la Nación. El juez Fayt en disidencia dijo que el Poder ejecutivo no logró demostrar la necesidad y urgencia de otorgar la concesión de los aeropuertos si la cuestión de su privatización reencuentra en la sede del Congreso de la Nación.[214].

La causa "Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público" [215] Sigue la orientación del caso "Rodríguez" considerando que el decreto 290/95 que redujo los salarios de los empleados públicos del sector nacional y que fuera ratificado por la ley 24624[216] era constitucional porque acontecimientos extraordinarios justificaban remedios extraordinarios.

Posteriormente, la Corte en el caso "Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c. Industria Metalúrgica Pescarmona, s.a. s/ ordinario"[217] de fecha 24 de Noviembre de 1998, "Risolía de Ocampo, María J. y Rojas, Julio C. y otros"[218] del 02/08/2000 y "Provincia de San Luis c. Estado Nacional" de fecha 5 de marzo de 2003 siguieron el camino señalado a partir del caso "Video Club Dreams":

a) los jueces deben controlar la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, en particular, la existencia de los hechos o circunstancias habilitantes y

b) estos hechos habilitantes consisten en la imposibilidad material de convocar y reunir el Congreso en situaciones urgentes que requiere una solución normativa de carácter inmediato que haga imposible seguir el trámite ordinario para la formación y sanción de la ley.

3.4.2. La sanción de nulidad

"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" (artículo 99 inciso 3 CN)

En esta sanción de nulidad el constituyente se ha propuesto no sólo invalidar los efectos de actos producidos al margen del ordenamiento, sino también condenar públicamente episodios que por su naturaleza institucional conspiran contra el funcionamiento regular del Estado de Derecho.[219]

Un decreto de necesidad y urgencia cae bajo la sanción de nulidad cuando: a) lo emite en ausencia de un hecho habilitante o b) no respeta alguno de los límites de fondo o de forma.

3.4.3. Disposiciones de carácter legislativo

"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo." (articulo 99 inciso 3 CN)

Lo anterior quiere significar que muchas de las atribuciones del Poder Legislativo están protegidas por el principio de la "reserva de la ley" . Reserva que como tal implica que los supuestos contenidos en ella sólo son susceptibles de regulación a través de una ley formal, es decir, un instrumento emanado del Congreso quien para producirlo deberá ajustarse a las pautas del público y contradictorio debate que la Ley Fundamental disciplina en los artículos 77 a 84.[220]

En la vida democrática debemos acatamiento tanto a las leyes formales como a las materiales. Estas últimas tienen su fundamento en el "principio de legalidad" con sustento constitucional en el articulo 19[221] de la CN[222].

Los decretos de necesidad y urgencia son leyes materiales, instrumentos creados por el ordenamiento para acontecimientos de orden excepcional (hecho habilitante), pero como no cumple con el procedimiento de formación y sanción de una ley formal el constituyente le ha vedado materias que se incluyen dentro de la zona de reserva de la ley, como por ejemplo: arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación (articulo 75, inciso 7 de la CN)); declarar la necesidad de una reforma constitucional (artículo 30 de la CN); arreglar definitivamente los límites del territorio de la nación (artículo 75 inciso 15).

3.4.4. Materias vedadas.

"…y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos…" (artículo 99 inciso 3 CN)[223]

La interdicción sobre las cuatro materias es absoluta, total, y cierra el paso para cualquier tipo de esas cláusulas, aun cuando ellas sean parte en mínima proporción de un cuerpo normativo mucho más voluminoso y aun cuando el objetivo central de la regulación comprenda materias autorizadas.[224]

En los dos primeros casos que menciona el artículo, materia penal y tributaria, el fundamento de la veda es porque en ellos opera con firmeza el principio de legalidad – tanteo en sentido formal como material – de acuerdo con lo establecido en los artículos 17[225] y 18[226]de la Constitución Nacional. Y en cuanto a los dos últimos, materia electoral y régimen de los partidos políticos , porque se protege rigurosamente el libre desenvolvimiento de los mismos y el juego electoral, esenciales para el funcionamiento democrático, como lo afirman los nuevos artículos 37[227] y 38[228] de la Carta Magna.[229].

3.4.5. Límites de fondo implícitos

Implícito es lo que está incluido en una cosa aunque no se exprese.

Partiendo de este concepto los límites de fondo no enumerados en el artículo 99 inciso 3 son los siguientes:

a) Prohibición genérica de restringir a través de ese tipo de actos los derechos, declaraciones y garantías que no se suspenden durante las situaciones de emergencia.

b) Prohibición específica de interrumpir la vigencia o restringir los derechos y garantías que no se suspenden durante las situaciones de emergencia.

c) Motivación suficiente y expresa de las razones fácticas que tornan indispensable apelar a la extrema medida.

d) Razonabilidad del acto legislativo.

e) Vigencia temporal del Decreto de Necesidad y Urgencia.

e) Respeto a la supremacía constitucional y el orden de prelación normativa.[230]

3.5. Límites de forma

Los límites de forma son los que están en el procedimiento que deben observar los órganos que deben participar de la producción de un decreto de necesidad y urgencia. Serán las circunstancias de tiempo, lugar y modo de elaboración.

Más allá del valor que representan las "formas" para la emisión del derecho, es inocultable, en este instituto, su marcada significación en orden a la naturaleza excepcional que revisten estos decretos[231]. Es norma de excepción porque hace recaer en e poder Ejecutivo una potestad que de modo regular y ordinario le pertenece al poder Legislativo.

Cuando hablamos de la naturaleza jurídica dijimos que el decreto de necesidad y urgencia es un acto complejo en cuya elaboración participan dos poderes del Estado, a saber: el Ejecutivo y el Legislativo. La ley 26122[232] que estudiaremos en los capítulos siguientes ha sido sancionada por mandato constitucional después de una mora de doce años y es la que ha reglamentado las potestades del articulo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

Lo que seguidamente examinaremos bajo el rótulo de límites de forma no es otra cosa que el mecanismo ideado por el constituyente para efectivizar el controlo político de los decretos de necesidad y Urgencia[233]. Ellos son:

a) Facultad exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo de la Nación.

b) Decisión en acuerdo general de Ministros.

c) Refrendo de los ministros y el Jefe de Gabinete.

d) Remisión del Decreto de Necesidad y urgencia a la Comisión Bicameral

e) Permanente en término perentorio.

f) Emisión despacho por la Comisión Bicameral permanente en plazo improrrogable.

f) Aprobación o rechazo del plenario de cada una de las Cámaras

g) Regulación del instituto por una ley especial.[234]

Para el análisis de tales limitaciones seguimos la metodología propuesta por Ortiz Pellegrini quien fracciona su estudio en dos etapas: una ejecutiva y otra legislativa[235].

3.5.1. Etapa Ejecutiva

3.5.1.1. Facultad exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo

"El Poder Ejecutivo…podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia…" (Artículo 99 inciso 3).[236]

El Presidente de la Nación es el titular del Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional depositó en él la potestad de emitir estos decretos de naturaleza excepcional y compleja.

En el artículo queda perfectamente en claro que el Poder Administrador y nadie más que él tiene esa atribución. Es una aplicación de lo que Ekmekdjian llama Teoría de la Especificidad de Competencias, en virtud del cual, únicamente, está autorizado para ejercer la facultad aquel órgano individualizado por la Constitución[237].

No puede delegar dicha competencia sino el decreto será nulo de nulidad insanable[238].

3.5.1.2. Decisión en acuerdo General de Ministros

"…los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros." (arti 99 inciso 3)[239]

Los ministros son los funcionarios que la constitución ha establecido para que sean los colaboradores del Presidente, pero no integran el Poder Ejecutivo. Su función es la de encargarse del despacho de los negocios de la Nación; también refrendan y legalizan con sus firmar los actos del Primer Mandatario para que estos tengan validez (artículo 100 de la CN).

El "acuerdo" supone el consenso unánime de lo que se llama el Gabinete.

El calificativo "general" sugiere como posible una sola dirección interpretativa, esto es, tomar el vocablo como sinónimo de la totalidad de los ministros, comprendiendo a ellos al Jefe de Gabinete[240].

3.5.1.3. Refrendo de los Ministros y el Jefe de Gabinete.

"...ministros que deberán refrendarlos…" (articulo 99 inciso 3).

El refrendo ministerial tiene el valor de darle validez a los actos del Presidente.

Si se diera el caso de que faltara el refrendo de uno de los ministros, el decreto de necesidad y urgencia será nulo de nulidad absoluta.

Esto esta relacionado con el artículo 100 inciso 13 de la Constitución Nacional: "Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia…" y con el articulo 102, el cual expresa que: "Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas."[241]

3.5.1.4. .Presentación del acto al Congreso por parte del Jefe de Gabinete.

"El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral permanente…" (articulo 99 inciso 3).[242]

Esta figura constitucional ha sido creada para establecer un nexo entre el Poder Ejecutivo y el Poder legislativo y también para atenuar el presidencialismo, característica de la Constitución de 1853/60.

El plazo de diez días es perentorio e improrrogable de diez días (hábiles o corridos) desde el día de la emisión del decreto.

En el caso de que no fueran satisfechas estas exigencias, sea porque el Jefe de Gabinete no concurre a dar explicaciones cuando fuere debidamente citado por la Comisión Bicameral Permanente o el plenario de las Cámaras o no respeta el término para presentar el Decreto de necesidad y Urgencia ante el Congreso, el acto devendrá nulo.[243]

3.5.2. Etapa legislativa

3.5.2.1. Emisión despacho por la Comisión Bicameral Permanente en plazo improrrogable

"…Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara …" (artículo 99, inciso 3).

La Comisión Bicameral Permanente es "creada" por la Constitución Nacional y pesa sobre cada una de las Cámaras la obligación de proceder a integrarla, asegurando una representación política equivalente a la que existe en ellas.[244] Este el sentido que tiene la palabra "bicameral".

La idea rectora de la conformación de un cuerpo permanente de las características señaladas, consiste en que el Presidente de la Nación o su jefe de gabinete de ministros cuenten con la posibilidad de efectuar consultas a los líderes parlamentarios en forma previa al dictado de los decretos de necesidad y urgencia y conocerse anticipadamente el parecer de los mismos que representan a las principales fuerzas políticas, respecto de una medida que las circunstancias excepcionales le imponen al Ejecutivo adoptar en uso de atribuciones legislativas.[245]

El vocablo "permanente" hace alusión que esta Comisión es llamada a cumplir funciones aun cuando el Congreso está en receso parlamentario.

Creemos que una Comisión de miembros reducidos invita a un debate más rico y por ende, que es lo que propone la norma constitucional con ello, de mayor premura en la resolución por lo excepcional del instituto de necesidad y urgencia.

El plazo de diez días se concede a los fines deque la Comisión Bicameral permanente estudie aceleradamente la situación suscitada y las medias dispuestas por el Ejecutivo, formándose opinión acerca de ellas, que se concretará

en los dictámenes del caso, elevándolo en el plazo de diez días a los plenarios de las Cámaras.[246]

El despacho de la Comisión no es vinculante; no obstante ello, si no se expide, veremos que la Ley 26122 determina que de oficio las Cámaras tratarán el decreto de necesidad y urgencia en cuestión.

La Ley Especial no establece sanción alguna ante la eventual indolencia o apatía de la Comisión Bicameral Permanente.

La creación de este cuerpo especial dentro del congreso es una originalidad del constituyente argentino, dado que el más próximo antecedente puede ser la Comisión de Asuntos Constitucionales que se encuentra en los reglamentos de las cámaras italianas, las que a partir de 1981 se les otorgó la facultad de dictaminar sobre la existencia de los requisitos constitucionales exigidos de urgencia y necesidad.[247]

3.5.2.2. Aprobación o rechazo del plenario de cada una de las Cámaras

"…el despacho… al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento el que de inmediato considerarán las Cámaras." (artículo 99 inciso 3).

Llegamos al momento en que el Parlamento debe expedirse acerca de la validez o no del decreto de necesidad y urgencia emitido por el presidente. Esto es lo que determina la naturaleza jurídica del instituto como acto complejo, otorgando el control político al Poder Legislativo y determinando que el principio de división de poderes existe en la Constitución reformada en 1994.

Sobre el artículo 99 inciso 3 pesa la controversia si es operativo o programático, tema que dilucidaremos en los capítulos siguientes. Nosotros creemos que es programático, por ello es que el mismo artículo en su parte final manda al Congreso a sancionar una ley especial para determinar el trámite y el alcance de la intervención del Poder legislativo en este tema.

Ortiz Pellegrini, que ha tenido un papel decisivo en la redacción de la norma, opina que no estamos ante un trámite legislativo propiamente dicho, sino que estamos ante un decreto que debe ser rechazado o ratificado y, como tal, no existe prioridad de la Cámara iniciadora, porque este trámite es el normal de la formación de las leyes.[248]

Del mismo tenor es la respuesta de Sagües. Para este profesor de Rosario el trámite de aprobación o rechazo de un decreto de necesidad y urgencia no tiene que ser el proceso normal de aprobación de una ley. Basta la simple aprobación o rechazo de las dos cámaras para otorgar al decreto fuerza de ley.[249]

Ambas opiniones son anteriores a la sanción de la Ley 26122, que consagró un trámite abreviado no compatible con el procedimiento de la sanción y formación de las leyes del Título V de la parte…..de la Constitución Nacional, salvo algunas analogías en el trámite en cuestión.

3.5.2.3. Regulación del instituto de la Ley

"…Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso." (artículo 99 inciso 3).

Esto tiene fundamento en la variedad y multiplicidad de los problemas que evidentemente suscitaría la redacción de la norma constitucional, porque esta norma en sí suscitó muchos desacuerdos, como lo veremos más adelante al tratar los puntos de hipótesis que conducen esta investigación.

4. Conclusión

En el Capítulo 2 al tratar el principio de la división de poderes hicimos mención a la aceleración científica y tecnológica vivida desde fines del siglo XVIII y agudizada en el siglo XX, metamorfosis que, por supuesto, involucró al hombre y a la sociedad en su conjunto desde el punto de vista político, social y económico. Así es como el Estado y, por ende, el Derecho han sufrido esta vicisitud propia de todo proceso de transformación.

Lo que se conoció como "legislación necesitada", dentro de la cual podemos ubicar a los Decretos de Necesidad y Urgencia, fue fruto de la aparición de un Estado Social o Estado de Bienestar, o sea, un ente protagonista. Así lo demuestran la Constitución Austríaca reformada en 1929, la Española de la Segunda República; la legislación instaurada por Mussolini en la Italia de los años veinte, y posteriormente y el Estatuto Albertino de 1848; y la autorización del Parlamento francés que acordó plenos poderes para el gobierno a partir de 1930.[250]

Aparentemente, según esta lógica, en nuestro país la regulación constitucional llegó extemporáneamente dado que en 1994 ya teníamos un Estado espectador basado en concepciones neoliberales salvajes cuyo fundamento es el "dejar hacer, dejar pasar". Pero en realidad, el gobierno del momento utilizó esta herramienta del Estado Social en forma abusiva para provocar el desguace definitivo de la estructura económica, social y política del país.

La Reforma, por parte de los constituyentes bienintencionados, creyeron que atenuarían el festival de Decretos de Necesidad y Urgencia ingresando en el terreno de la legalidad. Pero la generosidad del sistema atrapó a todos los presidentes hasta la actualidad.

Si bien la norma constitucional tiene sus límites de forma y de fondo, lo que se registra es que se ven afectados varios presupuestos de la división de poderes:

a) el funcional, porque atributos que por esencia son del Legislativo han pasado al Poder Ejecutivo:

b) el de la exclusividad, ya que la potestad que originariamente era del Congreso se trasladó de modo oblicuo para compartirse con el Ejecutivo:

c) la cooperación, dado que actos que debieran requerir la concurrencia de dos voluntades aparecen simplificados con la expresión de sólo una;

d) el control también se redujo porque la aptitud de vigilancia disminuyó cuando decrecieron las competencias funcionales del órgano llamado a ejercerlo;

e) el equilibrio se rompió por que la resignación de funciones potenció a un poder, el Ejecutivo, en desmedro del Legislativo.[251]

Cuando analicemos la Ley 26122[252] daremos cuenta de todo este desequilibrio, ya que esta norma especial que regula el trámite y el alcance del control parlamentario ha devenido casi abstracta en lo que hace a la potestad de contralor que le fue otorgado constitucionalmente.

.

CAPITULO IV

Regulación de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Ley 26122

Sumario: 1. Cuestión Liminar. 2. Naturaleza jurídica del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. 3. Análisis Ley 26122. 3.1. Objeto. 3.2. Comisión Bicameral Permanente. 3.2.1. Régimen jurídico. Competencia. 3.2.2. Integración. 3.2.3. Duración en el cargo. 3.2.4. Autoridades. 3.2.5. Funcionamiento. 3.2.6. Quórum. 3.2.7. Dictámenes. 3.2.8. Reglamento. 3.3. Decretos de Necesidad y urgencia. 3.3.1. Dictamen de la Comisión Bicameral Permanente. 3.3.2.Trámite parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de leyes. 3.3.2.1. Vigencia. 3.3.2.2. Incumplimiento. 3.3.2.3. Despacho de la Comisión Bicameral Permanente. 3.3.2.4. Tratamiento de oficio por las Cámaras. 3.3.2.5. Plenario. 3.3.2.6. Pronunciamiento. 3.3.2.7. Impedimentos. 3.3.2.8. Rechazo. 4. Conclusión. 5. Conclusión general. 6. Propuesta y fundamentación. 6.1. Modificación a la ley 26122.

1. Cuestión liminar

En su último párrafo el artículo 99 inciso 3 prescribe que. "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".[253]

La variedad y multiplicidad de los problemas que previsiblemente suscitaría la redacción de la norma instaron a que el constituyente derivara a una ley posterior su reglamentación[254], instrumento que demandaría durante doce años un cuantioso número de proyectos y debates. La regulación recién se hizo realidad el 20 de Julio de 2006, fecha en que fue sancionada la Ley 26122. la promulgación por el poder Ejecutivo se cumplió el 27 de Julio del mismo año.

En los debates de la reforma de la Constitución se planteó la controversia si la ley a la que se aludía en el final del artículo 99 inciso 3 debía regular tanto los límites de fondo como los de forma en el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.[255]

Para Ortiz Pellegrini, quien cumplió un papel fundamental en la redacción del mismo, la norma regulatoria sólo alcanzaba a los límites materiales[256].

Midón no comparte tal interpretación porque la atribución específica de legislar no borra la potestad genérica de caberlo y frente a cualquier duda que se presente siempre estará presta la facultad congresional para hacer todas las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina[257]. Además la competencia del Congreso está siempre latente, es anterior y preexistente al mandato del reformador, porque también debe proveer lo conducente a la prosperidad del país[258]. Además la Constitución en su articulado se suscitan dudas que hacen necesario el desarrollo legal de muchos de sus preceptos. [259]

Ante posturas encontradas sobre diversos puntos relacionados con la etapa legislativa, Enrique Paixao, vicepresidente de la Comisión de Coincidencias

Básicas y miembro informante por el despacho de la mayoría, dice en la obra La Reforma de la Constitución: "Pese al valor de los argumentos, el autor considera que los puntos en controversia deberán merecer atención al sancionarse la ley especial prevista en la última parte del inciso 3 del articulo 99 de la Constitución reformada." [260]

La historia posterior confirma que los desacuerdos de hace trece años atrás siguen vigentes hoy, aun después de la sanción de la Ley Especial.

2. Naturaleza jurídica del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional

Lo medular y primario es preguntarnos si el articulo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional es operativo o programático. Esto quiere decir si su normativa resulta autosuficiente para que pueda usarse la potestad de dictarlos o requiere indispensablemente del concurso de la ley que el Congreso dictó en el año 2006 por mandato constitucional.

Creemos que es operativa porque la manda constitucional traslada al Poder Legislativo la facultad de conformar la Comisión Bicameral Permanente y de sancionar la Ley Especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

No es tema de investigación las causas por las cuales la mora del Congreso ha pasado a transformarse en indolencia para cumplir con el mandato constitucional y esto no le puede ser opuesto al Poder Ejecutivo, mientras el mismo cumpla con los límites de fondo que establece la cláusula en cuestión. Además la función del Congreso, en este caso, es de control del decreto de necesidad y urgencia.

De la letra de la cláusula surge claramente que la Comisión Bicameral Permanente es un órgano consultivo cuyo dictamen no es vinculante, dado que la prerrogativa del rechazo o de la aprobación la tienen las Cámaras por mandato constitucional. Si bien es un brazo del Poder Legislativo, su despacho tiene la función de colaboración con el mismo. Incluso la Ley 26122 (en adelante la Ley)

expresa que si el dictamen no es elevado por la Comisión Bicameral Permanente en el plazo de diez días hábiles contados desde la presentación del Jefe de Gabinete ante ella, las Cámaras de oficio se avocarán a su tratamiento[261].

Según Midón es de un exceso ritual invocar la inexistencia de la Comisión para nulificar un decreto[262], máxime cuando está en juego la subsistencia del Estado.

3. Análisis Ley 26122

3.1. OBJETO (Título I)

Artículo 1°: "Esta ley tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo:

a) De necesidad y urgencia;

b) Por delegación legislativa

c) De promulgación parcial de leyes."

En el artículo están expuestas las atribuciones colegislativas del presidente a regular por la Ley, que fueron positivizadas en la Constitución del año 1994

Dichas atribuciones ya se venían dando en la práctica y habían tenido aceptación tanto doctrinaria como jurisprudencial, pero se había observado que la praxis había hecho que el Poder Ejecutivo desde el punto de vista jurídico-institucional concentrara mucho poder con relación a los otros dos poderes de la República, dado que el sistema de la Constitución de 1853/60 era presidencialista. Este sistema le reconoció un ejercicio amplio de las potestades reglamentarias de contenido legislativo al Presidente al ejercer prácticas legislativas no contempladas en la Constitución. Por lo tanto, darle status constitucional a los decretos mencionados en los incisos del artículo y sujeto a una Ley Especial que

reglamentara el control del Poder Legislativo sobre los mismos atenuaría ese carácter de nuestra organización institucional, ya que el Congreso es el órgano donde el debate permite la participación de las minorías partidarias.

3.2. Comisión Bicameral Permanente (Título II)

3.2.1. Régimen jurídico. Competencia

Art. 2°: "La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno; y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos:

a) de necesidad y urgencia;

b) por delegación legislativa: y

c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3; 76; 80 y 100, inciso 12 y 13 de la Constitución Nacional."

La Comisión Bicameral Permanente fue "creada" por la Reforma constitucional de 1994 en el inciso 3 del artículo 99 y no por la Ley como lo expresan algunos proyectos, entre ellos, el del Senador de la Nación Rubén Giustiniani que en el artículo 1 dice: "Créase la comisión Bicameral Permanente…"[263] y el de la que fuera Diputada de la Nación Cristina Fernández que en el artículo 9 expresa de igual manera: "Créase la Comisión Bicameral Permanente…"[264].

Esta Comisión fue creada para cumplir el rol de control tal cual lo dicen los incisos 12 y 13 del artículo 100[265] sobre los decretos de necesidad y urgencia, los delegados y los de promulgación parcial de leyes. Tal extensión se debe a que el Congreso es el único órgano competente para resolver sobre materia

legislativa[266] aunque la referencia mayor se encuentre en el tratamiento de posdecretos de necesidad y urgencia.

Es permanente pues ejerce sus funciones aun en receso del Poder legislativo (artículo 20), mientras que el resto de las comisiones solamente cumplen funciones durante el período ordinario del Congreso.

Es bicameral porque pesa sobre cada una de las Cámaras la obligación de proceder a integrarla, asegurando una representación política equivalente a la que existe en ellas.[267]

El artículo establece también su competencia que es la de pronunciarse con respecto a los decretos mencionados en el artículo ut supra. Ese pronunciamiento es obligatorio pero no vinculante dice Balbín[268] pero la Ley nada dice sobre sanción alguna a la Comisión Bicameral Permanente si ésta no cumple con su deber legal de hacerlo. Lo único que se permite es la avocación de oficio por las Cámaras si ésta no emite su dictamen[269]; es una forma de sanear la falta de elevación o remisión extemporánea del dictamen.

3.2.2. Integración

Artículo 3°: "La Comisión Bicameral Permanente está integrada por OCHO (8) diputados y OCHO (8) senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas."

Sobre este punto los distintos proyectos plantearon distintas opciones en su número. Continuando con los dos proyectos mencionados anteriormente, por ejemplo, el del Senador Giustiniani propone quince senadores y quince diputados[270], y el de la que fuera diputada Cristina Fernández en el año 2000 que eleva ese número a veinticuatro, es decir, doce senadores y doce diputados[271].

Con el paso del tiempo, el nuevo proyecto de la actual Senadora Cristina Kirchner lo reduce a dieciséis, ocho senadores y ocho diputados, respetando la representación proporcional que existe en ambas Cámaras.

Sobre este último punto el senador nacional por Mendoza, Sr. Gómez Diez, en la sesión del 7 de julio de 2006 en su 15° Reunión cuando se sancionó en esta Cámara, dijo que una composición como la prevista en el proyecto en debate no permite, en la práctica, un adecuado respecto a las proporciones de las representaciones políticas de las cámaras, especialmente la de Diputados donde existe un número mayor de bloques partidarios, y que el número razonable oscila entre doce y quince integrantes conforme a la cantidad de integrantes que tienen las diversas comisiones del Congreso de la Nación. [272]

3.2.3. Duración en el cargo

Artículo 4°: "Los integrantes de la Comisión Bicameral Permanente duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos".

3.2.4. Autoridades

Artículo 5°: "La Comisión Bicameral Permanente elige anualmente un presidente, un vicepresidente y un secretario, los que pueden ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponde un año a cada Cámara."

3.2.5. Funcionamiento

Artículo 6°: "La Comisión Bicameral Permanente cumple funciones aun durante el receso del congreso de la Nación".

En esto difiere de las comisiones ordinarias que funcionan en el Congreso, las que comienzan y finalizan su ejercicio cuando comienza y finalizan las sesiones ordinarias del Poder Legislativo.

3.2.6. Quorum

Artículo 7°: "La Comisión Bicameral Permanente sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros".

En esto tampoco difieren de las comisiones originarias del Congreso.

3.2.7. Dictámenes

Artículo 8°: "Los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente."

3.2.8. Reglamento

Artículo 9°: "La Comisión Bicameral Permanente dicta su reglamento de funcionamiento interno de acuerdo con las disposiciones de esta ley. Ante la falta de previsión en el reglamento interno y en todo aquello que es procedente, son de aplicación supletoria los reglamentos de las Cámaras de Senadores y Diputados, prevaleciendo el reglamento del cuerpo que ejerce la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación subsidiaria."

3.3. Decretos de necesidad y Urgencia (Título III, Capítulo I)

4.5.2. Dictamen de la Comisión Bicameral Permanente

Artículo 10°: "La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.

El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia".

Badéni dice que la exclusión sobre que la Comisión Bicameral Permanente deba expedirse con relación a la conveniencia del acto legislativo presidencial es incomprensible. No obstante ello, el dictamen no podrá ser invalidado si se pronuncia sobre este tenor porque no es vinculante para las Cámaras. Su fundamento es que el Congreso es el titular de la labor legisferante, por lo tanto, no sólo debe controlar los recaudos formales de un decreto de necesidad y urgencia (o un acto de legislación delegada) sino también el contenido del documento jurídico en orden a su oportunidad o conveniencia. [273]

Por su lado, Pérez Sammartino, se pregunta por qué la Comisión Bicameral Permanente sólo puede pronunciarse sobre la validez del decreto y por ende, le está vedado dictaminar sobre su oportunidad, mérito o conveniencia. Y como no encuentra una respuesta lógica dice que es una limitación que carece de todo sentido. El congreso, a trasvés de ella, interviene en forma primaria en el control de una atribución que le es propia, de carácter netamente legislativo, y es absurdo que el mismo Congreso se autolimite en la consideración del modo en que fue ejercida esa atribución por otro poder, que sólo puede actuar excepcionalmente.[274]

Ya antes de la sanción María Angélica Gelli, antes de la sanción de la Ley 26122, ya contaba con que debería examinar la constitucionalidad del decreto, verificando si se han cumplido cada uno de los requisitos formales y materiales establecidos constitucionalmente.[275]

3.3.2. Trámite parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de promulgación Parcial de Leyes. (Título III – Capítulo IV)

3.3.2.1. Vigencia

Artículo 17°: "Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los aertíc8ulos 76, 99, inciso 3, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2° del Código Civil."[276]

Esto significa que dictado un decreto de necesidad y urgencia y puesta en marcha la operatoria prescripta en la Constitución reformada con la intervención del Congreso, el decreto comienza sus efectos desde el momento de su publicación hasta el momento en que resulte derogado por una ley.[277]

Este artículo en íntima relación con el artículo 22[278] de la Ley que ha obviado la fijación de plazo para que las Cámaras se expidan, es uno de los que ha causado controversia y tacha de inconstitucionalidad por parte de conocidos juristas como Badéni quien apunta que: "Tal como está redactado el proyecto, si las Cámaras no se expiden sobre el decreto de necesidad y urgencia, ellos conservan plena vigencia. De modo que la reglamentación no altera la situación jurídica existente: dicho instituto prosigue rigiendo hasta que no sea derogado por una norma de igual naturaleza o por una ley del Congreso"[279].

3.3.2.2. Incumplimiento

Artículo 18°: *"*En caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha Comisión se avocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del Jefe de Gabinete".[280]

3.3.2.3. Despacho de la Comisión Bicameral Permanente

Artículo 19°: "La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II, III del presente Título."[281]

Este segundo plazo de diez días se concede a los fines de que la Comisión Bicameral estudie aceleradamente la situación suscitada y las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo, formándose opinión sobre ellas, que se concretará en posdictámenes del caso, elevándolos – siempre dentro de ese término- a los plenarios de las Cámaras.[282]

3.3.2.4. Tratamiento de oficio por las Cámaras

Articulo 20°: "Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se avocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículo 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional".[283]

Esta avocación de oficio es posible porque el dictamen de la Comisión no es vinculante para las Cámaras, ya que la misma tiene carácter de órgano consultivo en el trámite legislativo.

3.3.2.5. Plenario

Artículo 21°: "Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento."

El problema que se suscita en este artículo es la palabra “inmediato” dado que la misma encierra una variedad insólita de tiempo según la concepción subjetiva del que haga uso del artículo.

Este artículo reproduce con distinta gramaticalidad el articulo 99, inciso 3: “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.”. Es decir que lo que fue debate en la Convención Constituyente sobre cuál sería el plazo en que las Cámaras debían expedirse llegaron a un consenso: colocar la palabra “inmediato” y dejar que la Ley Especial resolviera sobre su significado en tiempo concreto para salir de la abstracción de la redacción de la cláusula constitucional.

3.3.2.6. Pronunciamiento

Artículo 22°: “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.

Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata.”

Este artículo es el que, con clara fundamentación, se lo puede tachar de inconstitucional.

Para comenzar a fundamentar debemos recordar lo dicho en otros párrafos sobre qué función cumple el Congreso después que el decreto de necesidad y urgencia ha pasado su etapa ejecutiva: la del control político sobre el mismo. Esto hace que el decreto sea un acto complejo debido a que para la vigencia o no de la norma se necesitan ambos poderes.

El artículo debería haber sido un pilar fundamental en ese control porque la Ley Especial tendría que haber venido a corregir la mala praxis de sanción ficta de decretos de necesidad y urgencia que llegaron al Congreso y no fueron tratados como de los que nunca llegaron a ese destino.

La controversia existente en esta cláusula se basa en dos omisiones: a) el plazo para que las Cámaras se expidan por su aprobación o rechazo y b) el efecto dado al silencio en el caso de que las Cámaras no se expidan en ese plazo.

Calogero Pizzolo llega a la conclusión que en nada varía la situación existente la Ley 26122. Si el silencio del Congreso antes de la sanción de la Ley permitía la subsistencia de esas normas, lo propio acontecerá cuando no se expida sobre el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente rigiendo esta normativa reguladora del trámite y los alcances de los decretos de necesidad y urgencia.[284]

Badeni se pregunta cómo aceptar que el silencio del Congreso implica la subsistencia de la norma legislativa si:

a) el ejercicio de potestades legislativas reviste carácter excepcional;

b) el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo, como regla;

c) la interpretación sobre la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia debe ser restrictiva.[285]

Para Susana Cayuso la decisión política de no colocar plazo, y al mismo tiempo, implícitamente, mantener la vigencia de los instrumentos, viola los artículos 99, segundo párrafo del inciso 3[286] sobre la regla que prohibe al poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo y el 82[287] sobre la prohibición de la sanción ficta.[288] Ambos artículos pertenecen a la Constitución Nacional.

En síntesis, el conflicto constitucional se presenta en aquellos supuestos en que el Congreso ni aprueba ni rechaza, simplemente "mantiene silencio", mediante la inacción legislativa al respecto.

Según Cayuso, no se puede pretender que los decretos mantengan su vigencia porque sería confrontar con el citado artículo 82 de la Constitución Nacional .[289]

Antes de la sanción de la ley 26122, al analizar la problemática de los decretos de necesidad y urgencia, Bidart Campos sostenía que la ley que reglamente su trámite y los alcances del Poder Legislativo en la etapa legislativa de dichas normas nunca podrá establecer que e silencio del mismo significa aprobación tácita del decreto, ya que el articulo 82 contiene una norma que él reputa general para todos los casos, conforme a la cual la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente.[290]

María Angélica Gelli opina en la misma dirección que el silencio de las Cámaras implica la caducidad del decreto, ya que el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio.[291]

En la misma dirección Susana Cayuso interpreta que el principio que se desprende del articulo 82 de la Constitución Nacional es que no habiendo pronunciamiento expreso del órgano legislativo, sea ratificando o rechazando, los decretos pierden validez y son nulos de nulidad absoluta.[292]

El proyecto sancionado, si bien hace referencia al artículo 82, solamente reproduce una parte de la cláusula, hasta el punto y coma, cuando dice que las Cámaras deben manifestarse expresamente, y no reproduce la suboración que sigue y que da cuenta de la prohibición absoluta de la sanción ficta en todos los casos. Es evidente que la intención de la autora del proyecto fue abrir la interpretación hacia la sanción tácita. Esto queda corroborado por la diferencia existente entre los dos proyectos de la misma autora, Cristina Fernández, uno del año 2000 y el sancionado como Ley 26122 en el año 2006.

En el primer proyecto la entonces diputada por Santa Cruz, Fernández de Kirchner, hace que se cumpla en él la Constitución cuando en el artículo 24 pone un plazo de treinta días, contados a partir de la fecha que se recibe el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente, para que se pronuncie por su aprobación o rechazo, tal que transcurrido dicho plazo sin que uno o ambos cuerpos se hayan expedido, el decreto de necesidad y urgencia carecerá de vigencia y sus disposiciones no tendrán efectos de ninguna naturaleza. [293]

Y en otro proyecto del año 2005, el del actual senador por Santa Fe, Rubén Giustiniani dice que la no expedición de cualquiera de las Cámaras en el plazo de cinco días si existiere un solo despacho de la Comisión Bicameral Permanente o de diez días si hay varios despachos, implica el rechazo del Decreto de Necesidad y Urgencia y la norma será nula, sin efecto jurídico alguno.[294]

Ekmekdjian señala que la manifestación expresa de de ambas Cámaras implica, cuando hay acuerdo entre ellas, la sanción de una ley, resolución, etc. Y debe referirse a la ratificación o derogación de un acto ejercido por otro poder, generalmente del Poder Ejecutivo que corresponde a las atribuciones del Congreso.

3.3.2.7. Impedimentos

Artículo 23°: "Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes".

3.3.2.8. Rechazo

Artículo 24°: "El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el artículo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia."

Este artículo es el que conlleva la otra crítica a la Ley 26122 y tiene que ver con el procedimiento elegido para llevar adelante todo el proceso de control por parte del Poder Legislativo

La norma expresamente consigna en la reglamentación que el rechazo de ambas Cámaras implica la derogación, por lo tanto, implícitamente se está disponiendo que si no hubiera coincidencia el decreto mantiene su vigencia por la sola voluntad de una de las Cámaras.

Esto es manifiestamente contrario al sistema constitucional, ya que el aval a las facultades del Poder Ejecutivo debe traducirse en la voluntad concurrente de ambas Cámaras[295] por ser el decreto de necesidad y urgencia un instituto de excepción.

El conflicto también se plantea al establecer si el procedimiento de ratificación o derogación del decreto se incluye dentro de las normas constitucionales del Capítulo V de la Sección Primera perteneciente al Título I de la Parte Segunda de la Constitución Nacional, referido a la "formación y sanción de las leyes". Nosotros consideramos que el trámite es el establecido en la Ley 26122 y que aquello que no ha sido expresamente establecido por la misma, será de aplicación supletoria el articulado del Capítulo V. Por lo tanto, si para la formación y sanción de una ley se necesita que ambas Cámaras se expresen, ya sea por la aceptación o el rechazo del proyecto en cuestión, teniendo como corolario que con el rechazo de una de ellas el mismo no puede volver a tratarse en las sesiones ordinarias de ese año[296], en este instituto de excepción donde a las Cámaras no se les permite introducir enmiendas, agregados o realizar supresiones al texto del poder Ejecutivo, el período de debate es exiguo, la entrada en vigencia es a partir de la publicación del decreto de necesidad y urgencia después de dictado por el Poder Ejecutivo e incluso, ante un eventual rechazo de las Cámaras, quedan a salvo los derechos adquiridos, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma, no puede aprobarse con la ratificación de una sola de las Cámaras.

4. Conclusión

De las observaciones de inconstitucionalidad realizada por juristas prestigiosos en cláusulas de relevante importancia en una ley cuyo propósito ab initio desde la Convención Constituyente de 1994 que quedó plasmado en el artículo 99, inciso 3 y 100, inciso 12 y 13, fue establecer un mecanismo de control de las atribuciones legislativas del Presidente de la República, se llega a la conclusión que la Ley 26122 debería haber contemplado en forma expresa:

a) el establecimiento de un plazo para que las Cámaras emitan su voluntad;

b) el valor del silencio de las Cámaras como derogación ficta;

c) la aprobación de ambas Cámaras para la ratificación del decreto.

Esta Ley lo que ha logrado es confirmar el ejercicio autocrático del poder por parte del Ejecutivo que se viene dando desde el inicio de nuestra historia como pueblo independiente.

Lo que nos queda por resolver en nuestra situación institucional es qué papel le cabe con seriedad al Poder Legislativo que desde 1989 hasta la fecha ha dejado que nuestro país sea gobernado por decreto, ya sea, antes de la Reforma aceptando la constitucionalidad de los mismos y después de la Reforma durante doce años obviando el control que le cabe como poder, ante la inserción como instituto de excepción pero constitucional al fin, de los decretos de necesidad y urgencia como también de los delegados y los de promulgación parcial de leyes.

En el Anexo de este trabajo colocamos la Ley 26122 sancionada el 20 de Julio de 2006 con promulgación el 27 de Julio del mismo año.

5. Conclusión general

En el año 2006, a doce años de la reforma constitucional el Congreso de la Nación no había sancionado la Ley Especial ni conformado la Comisión Bicameral Permanente que la Constitución de 1994 (artículo 99, inciso 3)[297] establece como requisito de validez de los llamados decretos de necesidad y urgencia.

La Constitución es muy clara sobre dicha validez en la norma mencionada en el párrafo anterior: "El Poder ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo".[298]

Para que esa declaración constitucional no se convierta en letra muerta, era indispensable sancionar la Ley Especial y constituir la Comisión Bicameral Permanente.

Lejos quedó en el año 1994 el debate doctrinario que, habiéndose extendido por más de un siglo, dividía a quienes abogaban por reconocerle al poder Ejecutivo la facultad de emitir decretos de necesidad y urgencia de aquellos que se la negaban. Sin embargo, esta facultad ya había sido reconocida por la jurisprudencia desde antiguo y en tiempos inmediatos a la reforma en el conocido caso Peralta explicado en el Capítulo III. Y debido a este reconocimiento del Poder Judicial sumado a otros aditamentos políticos es lo que llevó al constituyente a incluir al instituto en la legislación positiva.

La historia argentina siempre ha vivido en emergencia tanto política como económica. Si bien es un tema que no compete a este trabajo de investigación, sí es dable hacer notar que ha habido una desnaturalización de la figura. Esto se ve claramente en los hechos: en el período comprendido entre 1853 y 1983, o sea, durante 130 años y 23 presidentes constitucionales se dictaron 18 decretos de necesidad y urgencia; en el período de 1983 a 1989, 10 decretos en menos de seis años y, desde 1989 hasta la fecha se han emitido en un número aproximado de ochocientos. En este último período es donde nuestra historia signada por la "emergencia económica" ha estado marcada por una verdadera ruptura de la división de poderes o división de funciones, según la teoría a la que se adscriba.

Hasta la sanción de la Ley 26122 el Poder Ejecutivo legisló mediante una herramienta de excepción, con el consiguiente deterioro de las instituciones republicanas y la consecuente inseguridad jurídica.

En este trabajo hemos recorrido los distintos proyectos y hemos visto que según se ostente el traje de oficialista o de opositor, varían los presupuestos necesarios para su validez.

La presente Ley tal cual lo hemos demostrado en la última parte del trabajo de investigación altera en grado sumo la letra y el espíritu de la Constitución y no opera como contrapeso a la facultad presidencial de legislar.

Para comenzar a desandar el camino de la investigación primero tuvimos que preguntarnos cuál era la naturaleza jurídica del Decreto de Necesidad y Urgencia, ya que si respondíamos que era un acto simple no había cuestionamiento alguno a la Ley Especial en estudio dado que en dicho acto la intervención del Congreso es secundaria (ver pagina 92 de senadores) , pero si era un acto complejo la ley no podría sortear la tacha de inconstitucional. Llegamos a la conclusión que es un acto complejo porque es un instituto excepcional, bien lo dice el artículo 99 inciso 3 en su segundo tercer párrafo: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando las circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes…podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia"; y también porque el Poder Legislativo debe intervenir para declarar su validez o invalidez, así es como en el cuarto párrafo de dicho artículo deja establecido: "Esta comisión elevara su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras".[299]

Establecida que fue su naturaleza jurídica como acto complejo y que surgía tan claramente de la letra constitucional comenzamos a analizar el articulado de la ley 26122 para ver si la misma reflejaba esta naturaleza. Como una tesis debe circunscribirse a un problema y a una hipótesis determinada nos enfocamos en tres aspectos que entendemos claves para un control serio y eficaz de la potestad del Poder Ejecutivo en lo que hace a la facultad de legislar que le confiere el artículo 99 inciso 3 en la Constitución Nacional,

El primer aspectos es el referido al silencio del Congreso y para ello debimos analizar el artículo 17 de la Ley que reza: "Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3 y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2 del CC"[300] , y el art. 22 dice que: "Las Cámara se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido por el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata"[301]. De estas dos normas coligadas surge

claramente tal cual como están redactadas, como dice el jurista Badéni, que si las Cámara no se expiden sobre el decreto de necesidad y urgencia, él conserva plena vigencia. De modo que la reglamentación no altera la situación existente: un decreto de necesidad y urgencia prosigue rigiendo hasta que no sea derogado por una norma de igual naturaleza o por un ley del Congreso. Esto no es ni nada ni nada menos que "sanción ficta", expresamente prohibida por el artículo 82 de la Constitución Nacional.

El segundo aspecto trascendente es el establecimiento de un plazo para que el Congreso se pronuncie a partir de la recepción del dictamen del la Comisión Bicameral Permanente o, en su caso, a partir del momento del tratamiento de oficio. El artículo 21 expresa que: "Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle *inmediato* y expreso tratamiento", y el artículo 22 que "…Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma *inmediata*". Vemos que la palabra "inmediato" ha sido utilizado también en el articulo 99 inciso 3 cuarto párrafo de la Constitución Nacional y tal como lo dijo el constituyente lo dejaron a criterio del Poder Legislativo que iba a ser el encargado de sancionar la Ley Especial a la que alude en el mismo artículo en su parte final: "Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso". El valor de establecer un plazo concreto y riguroso para que las Cámaras lo traten y expidan resolución ratificando o rechazando, tal cual lo tiene el Jefe de Gabinete para elevar el decreto de necesidad y urgencia a la comisión Bicameral Permanente y la Comisión Bicameral permanente, a cada una de las Cámaras, tiene su razón de ser en que el ejercicio de la potestad legislativa reviste carácter excepcional. Y el conflicto que se plantea ante la ausencia de plazo es cuando el Congreso no se expide, o sea, ni aprueba ni rechaza, simplemente mantiene silencio mediante la inacción legislativa al respecto. Dijimos en el párrafo anterior que por la relación entre el artículo 17 y el 22 se da lo que se conoce como sanción ficta, prohibido por el articulo 82 de la Constitución Nacional, o más bien ratificación ficta que es una variable de aquella aplicada a supuestos especiales en los cuales la voluntad legislativas deberá pronunciarse sobre todo o nada. Jamás puede darse la sanción o ratificación ficta porque el articulo 99 inciso 3 de la constitución Nacional dice que toda disposición legislativa dictada por el Poder Ejecutivo debe ser fulminada

con la pena de nulidad absoluta e insanable salvo que se trate de3 supuestos expresamente habilitados y siempre que se de cumplimiento al procedimiento de control dispuesto, dentro del cual los efectos del pronunciamiento del Congreso nunca pueden ser una consecuencia implícita, ello por aplicación del articulo 82 de la Constitución Nacional.

El tercer aspecto es el modo de intervención del Congreso de la Nación, sea por remisión de los decretos por la Comisión Bicameral permanente, sea por avocación de oficio vencido el plazo para que aquella se pronuncie. Expresamente el articulo 24 de la Ley dice que: "El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el articulo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia". A través de este artículo se está disponiendo implícitamente que si no hubiera coincidencia el decreto mantiene su vigencia por la sola voluntad de una de las Cámaras. Tal resultado es manifiestamente contrario al sistema constitucional ya que el aval a las facultades del Ejecutivo debe traducirse en la voluntad concurrente de ambas Cámaras. Si para la sanción de proyectos de ley que no tienen vigencia alguna hasta su promulgación y publicación, máxime deberán ratificarlo ambas Cámaras en los decretos de necesidad y urgencia que tienen vigencia desde su publicación en el Boletín Oficial, hecho que sucede antes de ser remitido a la Comisión Bicameral Permanente.

Con lo expuesto queda confirmada nuestra hipótesis de que la Ley 26122 no limita la facultad legislativa del Poder Ejecutivo al no dejar plasmado un efectivo control sobre los decretos de necesidad y urgencia. Como dice Calogero Pizzolo lo único que ha hecho esa norma es la coronación de la autocracia y la constitución de un segundo poder legisferante en el Poder Ejecutivo.

Es la regla de la auto-concentración del poder que reemplaza a la regla de la auto-limitación qe debe regir en un estado constitucional de derecho.

Para no quedarnos en la mera crítica y tacha de inconstitucional de la Ley 26122, proponemos derogar los artículos 17, 21, 22 y 24 de la misma y modificarlos basándonos en la investigación realizada a tal efecto.

6. Propuesta

6.1. Modificación a la ley 26122

Artículo 1: Modifíquese el artículo 21 el que quedará redactado de la siguiente forma: "Artículo 21: Dentro de los 30 días contados a partir de la fecha del dictamen a que hace referencia el articulo 19, el plenario de cada Cámara deberá tratar el mismo, pronunciándose por su aprobación o rechazo. Transcurrido dicho plazo sin que uno o ambos cuerpos se hayan expedido, el decreto de necesidad y urgencia carecerá de vigencia y sus disposiciones no tendrán efectos de ninguna naturaleza".

La modificación que se le realiza al artículo es el establecimiento de un plazo para que el Congreso se pronuncie a partir de la recepción del dictamen del la Comisión Bicameral Permanente o, en su caso, a partir del momento del tratamiento de oficio.

Si nos remitimos al artículo 21 de la Ley en vigencia expresa que: "Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle *inmediato* y expreso tratamiento", y el artículo 22 que "…Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma *inmediata*". Vemos que la palabra "inmediato" ha sido utilizado también en el articulo 99 inciso 3 cuarto párrafo de la Constitución Nacional y tal como lo dijo el constituyente lo dejaron a criterio del Poder Legislativo que iba a ser el encargado de sancionar la Ley Especial a la que alude en el mismo artículo en su parte final: "Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

El valor de establecer un plazo concreto y riguroso para que las Cámaras lo traten y expidan resolución, ratificando o rechazando, tal cual lo tiene el Jefe de Gabinete para elevar el decreto de necesidad y urgencia a la comisión Bicameral Permanente y la Comisión Bicameral permanente, a cada una de las Cámaras,

tiene su razón de ser en que el ejercicio de la potestad legislativa reviste carácter excepcional.

Por lo tanto el conflicto que se plantea ante la ausencia de plazo es cuando el Congreso no se expide, o sea, ni aprueba ni rechaza, simplemente mantiene silencio mediante la inacción legislativa al respecto. Dijimos en el párrafo anterior que por la relación entre el artículo 17 y el 22 se da, en este caso, lo que se conoce como sanción ficta, prohibido por el articulo 82 de la Constitución Nacional, o más bien ratificación ficta que es una variable de aquella aplicada a supuestos especiales en los cuales la voluntad legislativas deberá pronunciarse sobre todo o nada. Jamás puede darse la sanción o ratificación ficta porque el articulo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional dice que toda disposición legislativa dictada por el Poder Ejecutivo debe ser fulminada con la pena de nulidad absoluta e insanable salvo que se trate de supuestos expresamente habilitados y siempre que se de cumplimiento al procedimiento de control dispuesto, dentro del cual los efectos del pronunciamiento del Congreso nunca pueden ser una consecuencia implícita, ello por aplicación del articulo 82 de la Constitución Nacional.

Artículo 2: modifíquese el artículo 24 el que quedará redactado de la siguiente forma: "Artículo 24: El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el articulo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. La aprobación por ambas Cámaras del Congreso implica su conversión en ley debiendo ser promulgada y publicada por el Poder Ejecutivo. En ninguno de los dos casos podrá ser vetado total o parcialmente por el Presidente de la Nación".

Este artículo se refiere al modo de intervención del Congreso de la Nación, sea por remisión de los decretos por la Comisión Bicameral Permanente, sea por avocación de oficio vencido el plazo para que aquella se pronuncie.

Expresamente el articulo 24 de la Ley dice que: "El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el articulo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia". A través de este artículo se está

disponiendo implícitamente que si no hubiera coincidencia el decreto mantiene su vigencia por la sola voluntad de una de las Cámaras. Tal resultado es manifiestamente contrario al sistema constitucional ya que el aval a las facultades del Ejecutivo debe traducirse en la voluntad concurrente de ambas Cámaras. Si para la sanción de proyectos de ley que no tienen vigencia alguna hasta su promulgación y publicación, máxime deberán ratificarlo ambas Cámaras en los Decretos de Necesidad y Urgencia que la tienen desde su publicación en el Boletín Oficial, hecho que sucede antes de ser remitido a la Comisión Bicameral Permanente.

BIBLIOGRAFIA

a) General

BIDART CAMPOS, Germán ; "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", 6ª. ed. Buenos Aires; Edar; 1995

BARRANCOS Y VEDIA, Fernando y otros; "Estudios sobre la Reforma de la Constitución Nacional", 1ª ed. Buenos Aires; U.B.A.; 1994

CASSAGNE, Juan Carlos; "Derecho Administrativo", 8ª ed. Buenos Aires; Lexis Nexos – Abeledo perrot; 2006

COMADIRA, Julio; "Derecho Administrativo", 2ª ed. Bs. As.; Lexis Nexos- Abeledo Perrot; 2003.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel; "Tratado de derecho constitucional", 2ª. Ed. Bs. As.; Desalma; 1997

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; "Curso de Derecho Administrativo", 9ª ed. Madrid; Civitas; 1999

GELLI, María Angélica; "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", 2ª ed. Bs. As.; La Ley, 2003

GORDILLO, Agustín; "Tratado de Derecho Administrativo", 4ª. Ed. Bs. As.; Fundación de Derecho Administrativo; 1999

MARIENHOFF,

ROSATTI, Horacio y otros; "La Reforma de la Constitución", 1ª ed. Santa Fe; Rubinzal-Culsoni Editores; 1994

b) **Especial**

BALBIN, Carlos; "Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia", 1ª ed. Bs. As.; La Ley; 2004

CAYUSO, Susana; "La delegación legidslativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcialo. Control político real o aparente"; 2006-D-1435.

MIDON, Mario; "Decretosde Necesidad y Urgencia", 1ª ed. Bs. As.; La Ley; 2001.

MONTESQUIEU; "Del Espíritu de las Leyes", 3ª ed. México; Ed. Porrúa S.A.: 1992

CAYUSO, Susana; "La delegación legidslativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcialo. Control político real o aparente"; La Ley .2006-D-1435.

ODDONE, Guillermo; "Administración y División de Poderes. El caso dee los decretos de necesidad y urgencia"; 1ª ed. Montevideo – Uruguay; Julio César Faira Editor; 1995

PEREZ SAMMARTINO, Osvaldo; "La reglamentación de los decretos de necesidade y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad", La Ley Actualidad del 17/08/06, p. 1.

SCHEIBLER, Guillermo; "El Derecho Administrativo de la emergencia", La Ley . 2006-F-1574

MIDON, Mario; "Una ley contradictoria, omisiva y claudicante"; La Ley. 2006-E-1475

LONIGRO, Félix; "El uso indiscriminado de los decretos de necesidad y urgencia"; La Ley. DJ, 2002-2-10.

HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS. Reunión 23 (version taquigráfica) – 16ª. Sesión Ordinaria celebrada el 20/7/06

HONORABLE CAMARA DE SENADORES. Reunión 15 (versión taquigráfica) – 13ª. Sesión ordinaria celebrada 7/7/2006

INDICE

Diseño de investigación del proyecto del trabajo final 1
Prólogo 4

Capítulo I

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Cuestión liminar 7
2. El concepto de fuente del Derecho: su aplicabilidad en el Derecho Administrativo 8
3. Clasificación de las fuentes del Derecho Administrativo 8
4 Análisis siguiendo el orden jerárquico de las fuentes 9
4.1. Constitución 9
4.2. Los tratados internacionales y de integración 10
4.3. La ley 11
4.4. El decreto-ley 12
4.5. El reglamento 12
4.5.1. Concepto. 12
4.5.2. Características 13
4.5.3. Potestad reglamentaria 13
4.5.4. Clases de reglamentos 14
4.5.4.1. Reglamentos ejecutivos 14
4.5.4.2. Reglamentos autónomos 15
4.5.4.3. Reglamentos delegados 15
4.5.4.4. Reglamentos o decretos de necesidad y urgencia 16
5. Instrucciones de servicio, circulares y reglamentos de organización 16
6. Principios generales del derecho 17
7. La costumbre 17
8. Jurisprudencia 18
9. Doctrina 18

10. Analogía 20
11. Conclusión 20

CAPITULO II

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

1. Cuestión liminar 22
2. El principio de la división de poderes 23
3. Los atributos legislativos del Poder Ejecutivo 26
4. Decretos de Necesidad y Urgencia 27
4.1. Concepto 27
4.2. Naturaleza jurídica 28
4.3. Derecho comparado 29
4.3.1. Italia 29
4.3.2. Francia 30
4.3.3. Estados Unidos de Norteamérica 31
4.3.4. Colombia 31
4.3.5. Brasil 32
4.3.6. España: un modelo a seguir 32
4.3.6.1. El parecer de nuestros constituyentes 32
4.3.6.2.Fundamento constitucional del hecho habilitante 33
4.3.6.3. La limitación del decreto-ley 36
4.3.6.4. Procedimiento formación del decreto-ley 37
4.3.6.5. Fase Legislativa 40
4.3.6.6. El control 42
5. Los Decretos de Necesidad y Urgencia en el Derecho Provincial 43
5.1. Salta 43
5.2. Río Negro 44
5.3.. San Juan 44
5.4.. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 45
6. Conclusión 45

CAPITULO III

EVOLUCION DOTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA ANTES DE LA REFORMA DE 1994

1. Cuestión liminar 48
2. Evolución doctrinaria y jurisprudencial 49
2.1. La opinión de los constituyentes 49
2.2. La práctica institucional 51
2.3. El criterio de los jueces 53
2.4. Interpretación constitucional 57
3. El régimen de los DNU a partir de la Reforma de 1994 59
3.1. El fundamento de la Reforma constitucional 59
3.2. La Reforma constitucional y los Decretos de Necesidad y Urgencia 60
3.3. Los presupuestos en el articulo 99, inciso 3, de la CN 62
3.4.1. Límites de fondo 63
3.4.1. Hechos habilitantes 63
3.4.2. La sanción de nulidad 67
3.4.3. Disposiciones de carácter legislativo 67
3.4.4. Materias vedadas 68
3.4.5. Límites de fondo implícitos 68
3.5. Límites de forma 69
3.5.. Etapa Ejecutiva 70
3.5.1.1. Facultad exclusiva y excluyente del PE de la Nación 70
3.5.1.2. Decisión en acuerdo general de Ministros 71
3.5.1.3. Refrendo de los Ministros y el Jefe de Gabinete 71
3.5.1.4. Presentación del acto al Congreso por parte del Jefe de Gabinete 72
3.5.2. Etapa Legislativa 73
3.5.2.1. Emisión despacho por la CBP en plazo improrrogable 73
3.5.2.2. Aprobación o rechazo del plenario de cada una de las Cámaras 74
3.5.2.3. Regulación del instituto de la ley 75
4. Conclusión 75

CAPITULO IV

REGULACION DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: LA LEY 26122

1. Cuestión liminar 79
2. Naturaleza jurídica del artículo 99, inciso 3, de la CN 80
3. Análisis Ley 26122 81
3.1. Objeto 81
3.2. Comisión Bicameral Permanente 82
3.2.1. Régimen jurídico. Competencia 82
3.2.2. Integración 83
3.2.3. Duración en el cargo 84
3.2.4. Autoridades 84
3.2.5. Funcionamiento 84
3.2.6. Quórum 85
3.2.7. Dictámenes 85
3.2.8. Reglamento 85
3.3. Decretos de Necesidad y Urgencia 85
3.3.1. Dictamen de la Comisión Bicameral Permanente 85
3.3.2.Trámite parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia 87
3.3.2.1. Vigencia 87
3.3.2.2. Incumplimiento 87
3.3.2.3. Despacho de la Comisión Bicameral Permanente 88
3.3.2.4. Tratamiento de oficio por las Cámaras 88
3.3.2.5. Plenario 88
3.3.2.6. Pronunciamiento 89
3.3.2.7. Impedimentos 92
3.3.2.8. Rechazo 93
4. Conclusión 93
5. Conclusión General 94
6. Propuesta y fundamentación 99
6.1. Modificación de la Ley 26122 99

ANEXO
BIBLIOGRAFIA
INDICE

[1] www.senado.gov.ar
[2] CAYUSO, Susana. "La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente". LL. 2006-D: 1435-1440
[3] BADENI, Gregorio. "Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente". LL. 2006-D: 1229-1238.
[4] PEREZ SAMMARTINO, Osvaldo. "La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad". LL. Actualidad. 2006-8-17: 1-7.
[5] BIDART CAMPOS, Germán. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", 9ª ed. Bs. As.; Ediar; 1995.
[6] EKMEKDJIAN, Miguel Angel. "Tratado de Derecho Constitucional", 3ª ed. Bs. As.; Depalma; 1999.
[7] BARRA, Rodolfo. "De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa (acerca de la reforma a la Ley de Administración Financiera)". LL. 2006-E.
[8] CASSAGNE, Juan Carlos; "Derecho Administrativo", 8ª ed. Bs. As.; Abeledo Perrot; 2006.
[9] Ibidem,pags. 150/151
[10] MARIENHOFF, Miguel S.; "Tratado de Derecho Administrativo", t. I.,5ª ed. Bs. As; Abeledo Perrot; 1995, pag 213/214
[11] CASSAGNE, op cit.
[12] HUTCHINSON, Tomás; "Responsabilidad administrativa del funcionario público" en "Responsabilidad de los funcionarios públicos", 1ª ed. Bs. As.; Edit Hammurabi S.R.L.;2003, pag 178
[13] Art 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859"
[14] Art. 35: Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederacióin Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Goberno y territorio de las provincias, empleándose las palabras "Nación Argebntina" en la formación y sanción de las leyes".
[15] CASSAGNE, op. cit ,pag 154
[16] CONSTITUCION NACIONAL, Artículo 5
[17] CONSTITUCION NACIONAL, 75, inciso 22
[18] CASSAGNE, op. cit, pag 158
[19] Ibidem, pag 159
[20] ALTAMIRA, Pedro G.,;"Curso de Derecho Administrativo" cit. Por CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., pag 155.
[21] CASSAGNE; op. cit., pag. 161.
[22] RIVERA; "Instituciones de Derecho Civil", t. I. 2ª. Ed. Bs. As.; Abeledo Perrot; 1998; pag. 103
[23] DIEZ, Manuel; "Derecho Administrativo", t. I, 2ª ed. Bs. As.; Plus Ultra; 1976, pag. 408.
[24] CASSAGNE, op.cit.,pag. 173
[25] Ibidem, pag. 175
[26] LEY 19549, art. 11; Reglamento 1759/72, art. 103; Código Civil, art. 2.
[27] Reglamento 1759/72 Art 83 pra. Parte
[28] Reglamento 1759/72 Art 83 sda. Parte
[29] JULIO COMADIRA; "Derecho Administrativo", 2ª. Ed. Bs. As.; Lexis Nexos – Abeledo Perrot; 2003; pag 433/434: ""Miguel A Ekmekdjian ha planteado también un encuadre no reglamentario de las normas en estudio [decretos de necesidad y urgencia] en atención a su sustancia legislativa y a que el término "reglamento" implicaría un manejo ideológico de la cuestión, pues supone su inclusión en la órbita del "Poder Ejecutivo y Villegas Basavilbaso los considera también fuera de la potestad reglamentaria"
[30] Cassagne, op. cit., pag. 178
[31] Cassagne, op. cit., pag. 179
[32] Marienbhoff, op.cit. t. I, pag 259
[33] Constitución Nacional, art. 99,inc 2
[34] BIANCHIm Alberto; "La delegación legislativa". Bs. As.; Abaco; 1990, pag. 52, citado por Cassagne, op. cit., pag 18
[35] Cassagne, op. cit. pag 185

[36] Marienhoff, op. cit.; pag 252
[37] ZARINI, Helio Juan; "Constitución Argentina. Comentada y concordada", 3ª. Ed. Bs. As.; 2004; pag. 363
[38] Casagne, op. cit.;pag. 184
[39] CONSTITUCION NACIONAL, art. 76
[40] ZARINI, op. cit.; pag. 315
[41] www.infoleg.gov.ar
[42] www.infoleg.gov.ar
[43] Reglamento 1759/72, art. 2
[44] Cassagne, op. cit.; pag 199
[45] CODIGO CIVIL, art. 16
[46] Rivera, op.cit., pag. 141
[47] Cassagne, op. cit.; pag 201
[48] Rivera, op. cit.; pag. 127
[49] Cassagne, op. cit.; pag 211
[50] Ibidem, pag. 211
[51] Diez, Manuel, op. cit.; pag 536
[52] Marienhoff, op cit., pag 213
[53] Código Civiol, artículo 16
[54] Cassagne, op cit.; pag. 213
[55] GELLI, María Angélica , Constitución de la Nación Argentina, LL, 2005
[56] Ibidem
[57] Ibidem
[58] www.infoleg.gov.ar
[59] MIDON, Mario; "Decretos de Necesidad y Urgencia", 1ª. Ed. Bs. As.; La Ley; 2001, pag 2
[60] ZARINI, op. cit.; pag. 217
[61] MONTESQUIEU, "El espíritu de las leyes"; 3ª. Ed. México; Edit. Porrúa; 1992; capitulo 4
[62] MONTESQUIEU, op cit.
[63] CONSTITUCION NACIONAL, art. 1
[64] MIDON, op. cit., pag. 6 / 7
[65] Ibidem, pag. 7
[66] LOEWENSTEIN, Kart; "Teoría de la Constitución", 2ª. Ed. Barcelona; Editorial Ariel, 1979; citado por Midon, op. cit., pag. 9
[67] NATALE, Alberto; "Derecho Político", 2ª. Ed. Bs. As.; Desalma; 1998; pag. 295
[68] MIDON, op. cit.; pag 19
[69] CN
[70] CN
[71] CN
[72] CN
[73] CN
[74] CN
[75] CN
[76] CASSAGNE, Juan Carlos; "Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Reformada, en Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff", 1ª. Ed. Bs. As.; Abeledo-Perrot; 1998; pag. 173
[77] MIDON, op. cit. pag 21
[78] ODDONE, Guillermo; "Administración y división de poderes. El caso de los decretos de necesidad y urgencia", 1ª. Ed. Montevideo; 1998; pag. 50
[79] COMADIRA, op. cit.; pag. 233
[80] ODDONE, op. cit.; pag 56
[81] COMADIRA, op. cit.; pag. 232.
[82] GARRIDO FALLA, Fernanado; "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, 9ª. Ed. Madrid; Tecnos, 1989; pag 408; citado por Cassag; op. cit ; pag 177
[83] CONSTITUCION DE ITALIA, art 77
[84] Ibidem, art 77
[85] CONSTITUCION DE FRANCIA, art. 16
[86] ibidem
[87] ibidem
[88] Buscar artículo que hace referencia
[89] CONSTITUCION NACIONAL, art. 23
[90] CARRILLO; op. cit. Citado por Comadira; op. cit.; pag 225
[91] COMADIRA

[92] CONSTITUCION DE COLOMBIA; art. 212
[93] Ibidem; art. 213
[94] Ibidem. Art. 119
[95] CONSTITUCION DE BRASIL, art 62
[96] CONSTITUCION NACIONAL. 85 inc 26
[97] Ibidem
[98] Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, t. III, Centro de Estudios Constityucionales y Políticos – Ministerio de Justicia de la Nación, pag. 2680; citado por Midón, op cit, pag. 161
[99] Ibidem, pag 161
[100] STC 6/1983, 4 de febrero; cit. Por Midón, op cit., pag. 161
[101] VEGA GARCIA, Agustín S. De, "¿En qué casos puede el Goberno dictar decretos-leyes?!, Tecnos, Madrid, 1991, pag 13, cit. Por Midón, op. cit, pag. 161
[102] Sentencia cit. En nota 210
[103] VEGA GARCIA, op. cit. , pag 16; citado por Midón, op cit., pag 161
[104] STC 60/1986, 20 de mayo; citado por Midón, op. cit., pag.162
[105] STC 29/1986, 20 de febrero; op cit. Midón, pag 162
[106] STC 166/1986, 19 de diciembre; op cit. Midón, pag. 162
[107] Sentencia citada en nota 216
[108] STC, 6/1983, 20 de febrero.
[109] MIDON, op cit. Pag.163
[110]http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/edi3/el_decreto_ley_en_la_constitucion_espanola.pdf
[111] SALAS, Javier, "Los Decretos-Leyes en la teoría y práctica constitucional", "Estudios sobre la Constitución Española", Homnejae al profesor García de Enterría, t. 1, Edit. Civitas, Madrid, 1991, pag. 305.
[112] www.congreso.es
[113]http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/edi3/el_decreto_ley_en_la_constitucion_espanola.pdf
[114] COMADIRA, op. cit.; pag. 221
[115] www.infoleg.com.ar
[116] COMADIRA; op. cit.; pag. 223
[117] CONSTITUCION DE SALTA, art 142
[118] Ibidem, art 145
[119] CONSTITIUCION DE RIO NEGRO, articulo 181, inc 6
[120] Ley 26122, art 23
[121] Constitución de San Juan, articulo 157
[122] Midón pag 78 nota 126
[123] Articulo 91
[124] CN 1853/60
[125] MIDON, op cit. Pag 79
[126] BALBIN, op.cit. pag. 25
[127] BADENI, Gregorio, "Límites a la delegación legislativa"; LL, 2001-E-913
[128] BALBIN, op. cit. Pag. 89
[129] www.infoleg.com.ar
[130] BIDART CAMPOS, German; op. cit., pag. 230
[131] EKMEDKJIAN, op cit.
[132] 29 de la CN
[133] 24 dee la CN
[134] BADENI, Gregorio; "Los decretos de necesidad y urgencia"; ED; 138-926; citado por BALBIN; "Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia", 1ª. Ed. Bs. As.; La Ley; 2004, pag. 62
[135] 86 inciso 12 constitucion 53
[136] FIORINI, Bartolomé; "Derecho Administrativo", t. 1, 2ª. Ed. Abeledo- Perrot; 1976; pag 297
[137] Ibidem, pag 297
[138] Marienhoff, op cit.
[139] Cassagne, op. cit.
[140] DROMI, José R.; "Derecho Administrativo", Bs. As.; Edit. Astrea; 1992, p. 308
[141] GORDILLO, Agustín; "Tratado de Derecho Administrativo", t.1. Bs. As.; Ed. Macchi; 1992; citado por ODDONE, op. cit.
[142] SAGUES, Nestor; "Decretosde Necesidad y urgencia. Estado actual del Problema"; LL , 1992-B-918.

[143] 19 CN
[144] BALBIN, op. cit ;pag. 63-64
[145] Ibidem, op. cit.;pag 64
[146] Ibidem, pag 66
[147] Ibidem, pag 67
[148] Ibidem, pag 67
[149] Ibidem, pag. 68
[150] FERREYRA RUBIO, Delia y GORETTI, Matteo; "Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993)", ED, 158-848
[151] MIDON, op. cit.; pag 54
[152] FERREYRA RUBIO, Delia y GORETTI, Matteo; "Cuando un presidente gobierna solo"; Revista Desarrollo Económico; vol. 36, n° 141; abril-junio 1996), p. 443; citado por BALBIN, op. cit, pag. 69
[153] VANOSSI, Jorge, "Los reglamentos de necesidad y urgencia"; JA; 1987-IV-885
[154] FERREYRA RUBIO Y GORETTI; "Cuando un presidente gobierna solo", op.cit.
[155] COMADIRA, op. cit.; pag. 220
[156] Fallo 2:88
[157] Oddone, op cit. Pag 34
[158] Art 67 inciso 11 de la constitución del 53
[159] BALBIN, op cit. Pag 66
[160] CSJN
[161] CSJN 313:1513 ; 20/04/1989
[162] Art 67 inc 11 de la del 53
[163] Art 31 CN 53
[164] Art 17 CN 53
[165] Art 55 de ley 23410
[166] www.infoleg.gov.ar
[167] CSJN 313:1513; 20/04/1989
[168] LL, 1991-C-143
[169] www.infoleg.gov.ar
[170] ibidem
[171] ibidem
[172] Dec 36/90. ibidem
[173] BALBIN, op. cit.; pag 73
[174] Ibidem
[175] Considerando 25 parr 2
[176] Considerando 24
[177] www.infoleg.gov.ar
[178] www.laleyonline.com.ar
[179] ibidem
[180] BALBIN, op. cit, pag. 75
[181] 67 inciso 28 const del 53
[182] www.abogadosvoluntarios.net. Pag 25 y 26
[183] ODDONE, op.cit.; pag. 52
[184] AGAMBEN, Giorgio, El Estado de Excepción; Adriana Hidalgo Editora, Madrid, 2007
[185] ODDONE, op. cit. Pag. 44
[186] BIDART CAMPOS, Germán; "El poder", Bs. As.; Ediar, 1985, p 366; citado por ODDONE, op. cit, pag. 44
[187] ODDONE, op. cit., pag. 45
[188] BARRA, Rodolfo; "Principios de Derecho Administrativo", Bs. As.; Abaco; 1980; pag. 158; citado por ODDONE, op. cit., pag. 46
[189] BALBIN, op. cit; pag 83
[190] GARCIA LEMA, Alberto y PAIXAO, Enrique; "Las reformas del sistema institucional " en "La Reforma de la Constitución" de varios autores, 1ª. Ed-; Bs. As.; 1994; pag. 291
[191] MIDON; op. cit.; pag 64
[192] Obra de la Convención Nacional Constituyentew 1994; pag. 5078/9; citado por MIDON, op. cit., pag. 66
[193] MIDON, op. cit.; pag. 64
[194] Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994; pag. 5113/14; citado por MIDON, op. cit.
[195] 99 inciso 3
[196] CN
[197] GOLDSCHMIDT, Werner; "Derecho Internacional Privado", 9ª. Ed. Bs. As.; Desalma; 2002

[198] LEMA Y PAIXAO; op. cit.; pag. 393
[199] MIDON, op. cit.; pag .83
[200] www.laleyoinline.com.ar
[201] Midon, pagh 84
[202] Midón, pag 86, notac 143
[203] ED del 21/10/99
[204] www.infoleg.gov.ar
[205] ibidem
[206] ibidem
[207] Cnsiderando noveno del fallo Verrochi.
[208] BARRA, Rodolfo; "Reglamentos administrativos", LL 1/12/99
[209] CSJN, sentencia del 06/06/95, LL, 1995-D,243
[210] www.infoleg.gov.ar
[211] www.iunfoleg.gov.ar
[212] www.infoleg.gov.ar
[213] CSJN,fallo: 238:76
[214] www.laleyonline.com.ar
[215] CSJN, Fallos 323:1566
[216] BO
[217] www.laleyonline.com.ar
[218] LL 2000-F, 137 CSJN
[219] MIDON, op.cit.; pag. 108
[220] MIDON, op. cit.; pag. 107
[221] Art 19 cn
[222] MIDON; op. cit.;pag . 107
[223] CN
[224] MIDON, Mario; "Un desacierto del constituyente: los decretos de necesidad y urgencia", ED, 17/02/95
[225] Art 17 cn
[226] Art 18 cn
[227] Art 37 cn
[228] Art 38 cn
[229] LEMA Y PAIXAO; op. cit.; pag 396
[230] MIDON, op. cit.; pag .117
[231] Ibidem; op. cit; pag. 125
[232] www.infoleg.gov.ar
[233] MIDON,op. cit.; pag 126
[234] Ibidem, pag 132
[235] ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A y AGUIRRE, Susana; "los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional", 6ª. Ed. Córdoba; Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; 1999; pag. 795 y sigu.
[236] CN
[237] EKMEKDJIAN, Miguel; op. cit.; pag. 32
[238] MIDON; op.cit.; pag. 133
[239] CN
[240] LEMA Y PAIXAO; op. cit.; pag. 326
[241] Ibidem; pag. 394
[242] CN
[243] MIDON; op. cit.; pag. 136
[244] LEMA Y PAIXAO; op. cit.; pag. 394
[245] Ibidem; pag. 395
[246] Ibidem,; pag. 395
[247] MIDON; op. cit.; pag. 139
[248] ORTIZ PELLEGRINI, Miguel; "Mesa Redonda organizada por el Colegio de Abogados de Buenos Aires, el 18 de Agoswto de 1998; ED 28/10/98.
[249] SAGUES, Néstor; op. cit.; pag. 234; citado por MIDON; op. cit.; pag. 140
[250] MIDON, op cit. Paqg 206
[251] MIDON, op. cit. Pag. 209
[252] www.infoleg.gov.ar
[253] CN
[254] MIDON; op. cit.; pag .150
[255] Ibidem

[256] ORTIZ PELLEGRINI Y AGUIRRE; op. cit.; pag. 135
[257] Art 75 inciso 32
[258] Art 75 inc 18
[259] MIDON; pag. 150
[260] LEMA y PAIXAO; op. cit.; pag. 397
[261] Art 20 ley
[262] MIDON; op. cit.; pag. 159
[263] Proyecto de ley Expte. 2166/05 "organización Bicameral Permanente de Tramite legislativo. Reglamentación de los Decretos de Necesidad y Urgencia.
[264] Proyecto de Ley presentado el 25 de octubre de 2000 (TP 162; 6876-D-00)
[265] Art 100 inciso 12 y 13
[266] BALBIN; op. cit.; pag. 350
[267] LEMA Y PAIXAO; op. cit.; pag. 394
[268] BALBIN; op. cit.; pag. 350-1
[269] LEY 26122, art. 20
[270] Proyecto de ley Senadores Expte 2166/05, art.3
[271] Proyecto Diputados TP 162; 6876-D-00, art. 10
[272] HSN, versión taquigráfica sesión n° 13, pagina 53
[273] BADENI, Gregorio; "Reglamentacióin de la comisión Bicameral Permanente"; La Ley, 2006-D-1229
[274] PEREZ SAMMARTINO, Ovaldo. "La reglamentación dee los deretosde necesidad y urgencia. Peor el remedio que la enfermedad", La Ley, Actualidad del 17/08/2006, pag 1.
[275] GELLI, María Angelica, Constitución de la Nacion Argentina. Comentada y concordada. LL 3ra. Ed. Ampliada y actualizadsa, 2005, p 835
[276] Ley 26122
[277] LEMA Y PAIXAO; op. cit; pag. 397
[278] Ley 26122, art. 22
[279] BADENI, Gregorio; "Reglamentación de la Comisión Bicameral permanente"; LL; 2006-d-1229
[280] Ley 26122
[281] Ley 26122
[282] LEMA Y PAIXAO; op. cit.; pag 396
[283] Ley 26122
[284] PIZZOLO, Calogero; "Competencias legislativas del Podeer Ejecutivo en materia de decretos de necesidad y urgencia"; LL; 2007-E- 1
[285] BADENI; op. cit.
[286] 99 inciso 3 parr 2 CN
[287] 82 art CN
[288] CAYUSO; op. cit.
[289] Ibidem
[290] BIDART CAMPOS; op. cit., pag. 431/432
[291] GELLI; op. cit.; pag. 837
[292] CAYUSO; op. cit.
[293] Proyecto de ley diputados TP 162; 6876-D-00
[294] Proyecto de ey Senadores Exptre. 2166/05
[295] CAYUSO; op. cit.
[296] 81 CN
[297] CN
[298] CN, 99, inc. 3
[299] CN
[300] Ley 26122
[301] Ley 26122