

Situación actual de los llamados “decretos de necesidad y urgencia”

Por Daniel J. Fernández Asselle

1. Generalidades

Como fruto de la reforma constitucional de 1994, se incorporaron al texto de la carta magna, instrumentos de generación o gestación legislativa, que resultaron extraños al modelo constitucional concebido en 1853. No son otra cosa que las facultades legislativas delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo (art. 76, Const. nacional), los llamados “decretos de necesidad y urgencia” (art. 99, inc. 3º, Const. nacional) y el veto parcial presidencial (art. 80, Const. nacional).

Sin lugar a dudas, no habrá estado ausente de la mente de los constituyentes reformadores la trascendencia e implicancias que la incorporación al marco positivo constitucional de tales institutos podría traer (o podrá traer) en el futuro, dado que si bien con anterioridad a la reforma de 1994 en más de una oportunidad el Poder Ejecutivo echó manos a tales institutos, otra cosa muy diferente representaba el incorporarlos a la letra de la ley suprema, ya que de esa manera se torna dificultoso hasta el hartazgo su compatibilización con el claro texto –inmaculado, pues no ha sido reformado– del art. 29 de la Const. nacional, que no es sino, el producto de nuestra historia política y el principio de división de poderes de un sistema presidencialista como el nuestro.

Aquella norma del art. 29 de la Const. nacional (1853-1994) señaló siempre, con gran énfasis: “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional... facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”.

Este artículo, sin antecedentes en el derecho comparado, entre otras cosas y sobre todo, prohíbe el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo. Sin embargo por vía de la receptación de tales normas en la letra de la constitución reformada en 1994, no caben dudas que de todas maneras el Poder Ejecutivo, resulta *ab initio* facultado, en excepcionales circunstancias, a ejercer ciertas y determinadas potestades legislativas que realmente son propias del Congreso nacional.

Pero en especial, y en esta ocasión, pretendo abordar exclusivamente y de modo sucinto el caso de los llamados “decretos de necesidad y urgencia” receptados en el art. 99, inc. 3º de la Const. nacional de 1994.

Mucho se ha dicho sobre el acierto (o el desacierto) de la regulación constitucional de este instituto, pero casi unánimemente se coincide en la ilegitimidad de su utilización indiscriminada e infundada, en el entendimiento que todo decreto de necesidad y urgencia, quebranta el esquema clásico de división de funciones del Estado, pues el órgano ejecutivo, concebido por los constituyentes de 1853 (que consagraran

el sistema presidencialista) como el ejecutor pero no el hacedor de normas de carácter general, regula a través de estos instrumentos jurídicos materias que están reservadas a la “ley”, sin la realización del debate parlamentario pertinente y el cumplimiento del procedimiento que la sanción de ésta exige.

2. El “modelo” consagrado

Como consecuencia de lo expuesto, y como producto de una serie de idas y vueltas en reuniones preconstituyentes, la reforma receptó este instituto, sin olvidar de ser –al menos– inicialmente congruente con lo que ya preceptúa el art. 29, ya mentado.

Así el art. 99, inc 3°, al referirse a las “atribuciones del Poder Ejecutivo”, enuncia: “el presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:... 3. ...El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso *bajo pena de nulidad absoluta e insanable*, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Pero la norma en examen seguidamente señala: “*solamente* cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

Está claro, y no caben dudas, que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia no ha de ser la existencia de catástrofes naturales o fenómenos económicos. En este sentido, nuestra reforma ha pretendido seguir el criterio de la situación de “excepcionalidad institucional” consagrado por la Constitución de Francia (allí refiere: “...cuando el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se interrumpiere”), pero sin embargo el texto receptado alude exclusivamente a “la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios”, con lo cual resulta forzoso concluir que la “crisis política” habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de respuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Por otra parte, será necesario que exista una “situación de grave riesgo social”, que actúe como causa de justificación en sentido lato y que los “remedios” adoptados sean adecuados para atender a la misma, como que aquella situación haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas. Por lo que no bastará una situación de crisis legislativa, sino que es preciso que esa *crisis* impida subsanar o atender con la inmediatez necesaria la situación de *grave riesgo social*, ante las *circunstancias excepcionales* que deben ser palmarias. Es decir, los “presupuestos de hecho” habilitantes para el dictado de decretos de necesidad y urgencia con carácter general por parte del Poder Ejecutivo deben resultar nítidos y perfilados claramente. De lo contrario, el ejercicio de la potestad legislativa excepcional en tratamiento, significará necesariamente un desborde injustificado.

Con esa base, puede *nacer* en nuestro nuevo esquema constitucional, un decreto de necesidad y urgencia, el que no podrá versar sobre materia “penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”. De esta manera, nuestra carta magna, ha señalado claramente los límites materiales de esta facultad extraordinaria que

puede ejercer el Ejecutivo según la norma analizada. Sin embargo se han alzado críticas a la fórmula empleada, ya que a nivel de derecho comparado, y con muy raras excepciones, la pauta o formulación de los “límites materiales” ha sido siempre inverso al adoptado en el modelo argentino. Esto es, en otras palabras, antes que señalar sobre qué temas no se pueden dictar decretos de necesidad y urgencia (lo cual deja peligrosamente abierto un “abanico de materias” posibles de legislar vía decreto de necesidad y urgencia, con implicancias en otros campos, quizás vedados), mejor hubiese sido que adopte una posición más restrictiva, señalando expresamente, qué y cuáles materias o temas son factibles de ser reglados por vía de esta legislación excepcional, prohibiéndose también “explícitamente” su uso en aquellas materias que no hayan sido taxativamente habilitadas¹.

3. La génesis de un decreto de necesidad y urgencia

Sin mengua respecto a la convicción que tengo sobre lo expuesto, no caben dudas que la gestación de un decreto de necesidad y urgencia tiene inicio en el propio Poder Ejecutivo, donde su titular, juntamente con el jefe de gabinete de ministros y los ministros secretarios son los responsables de constatar las circunstancias de hecho, que –recordemos– deben ser de suma gravedad como para habilitar su dictado. Esa merituación de que se está ante una circunstancia excepcional, como de que su excepcionalidad tornan o hacen imposible seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes, y asimismo la verificación de que el contenido del instrumento legal no roce ni invada las materias vedadas por la Constitución, son tareas y misiones que deben cumplirse en el seno del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, si esa “situación fáctica de emergencia” no existe, no hay motivación habilitante ni justificación jurídica del decreto. Asimismo, si el Congreso está en sesiones, la imposibilidad de lograr las mayorías y el consenso requerido para la sanción de ciertas leyes, tal extremo no ha de equipararse a las “circunstancias excepcionales” a que refiere el art. 99, inc. 3° de la Const. nacional. Recién cuando los indicadores sociales y de la realidad denotan la imperiosa necesidad de contar con un instrumento legal idóneo para paliar la situación (de “emergencia”), y siempre que no se invada en las materias vedadas, se darán las circunstancias habilitantes o la permisón constitucional, restando –lógicamente– el mesurado análisis de cada previsión contenida en el “decreto” para observar si el mentado “instrumento” legal aprueba o no el llamado “test de razonabilidad”, como cualquier otro decreto ordinario del Poder Ejecutivo o ley sancionada por el Congreso.

Nacido así el decreto de necesidad y urgencia, suscripto por el titular del Poder Ejecutivo, el jefe de gabinete y los ministros en acuerdo general (de los que son responsables solidariamente, conforme el art. 102, de la Const. nacional), lo cual supone una participación de todos ellos en la discusión de la medida, el jefe de gabinete –al estar a lo que dispone la propia letra de la carta magna– dentro del término de diez días de su elaboración debe someter *personalmente* el decreto a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente, tal lo expresado por el art. 99, inc. 3° y art. 100,

¹ Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Algunas reflexiones sobre los decretos de necesidad y urgencia en el texto constitucional argentino reformado*, en “Reforma constitucional”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995, p. 159 y 160.

inc. 13 de la Const. nacional de 1994, para que ésta a su vez, en idéntico plazo, remita sus consideraciones al plenario de cada Cámara. En razón de que esta Comisión Bicameral Permanente, no ha sido creada hasta la fecha (a pesar que nuestra Constitución nacional en su texto reformado lleva ya ocho años, y así lo prevé), por lo general esa comunicación o anuncio de la medida se cumple dirigiendo dichas consideraciones directamente al Congreso de la Nación, sea ya como mera comunicación, sea como “mensaje” del presidente en forma conjunta con el jefe de ministros, o cumpliendo ambos caminos. Ello es así, por cuanto, en definitiva lo que tratarse o debatirse —si existiere— la Comisión Bicameral Permanente, sería igualmente absorbido por el Congreso. Esa es la realidad.

Pero esa realidad no se compadece con los pasos constitucionales que la propia carta magna ha signado para el dictado de estos decretos de necesidad y urgencia que tornan necesario el paso del “decreto” por esa Comisión Bicameral Permanente como peldaño previo a su llegada al Congreso. Por lo que desde ya se observa que de hecho, hay un obstáculo orgánico insalvable que afecta la validez y constitucionalidad formal de estos decretos. Por lo menos desde el punto de vista positivo y rigurosamente formal, como debe acontecer con una facultad de índole excepcional como es esta.

Es preciso dejar sentado que si no existe posibilidad de que el jefe de gabinete efectúe la comunicación personal del decreto a la aludida Comisión Bicameral, por no existir ésta, no es reprochable al Ejecutivo. Sin dudas, es el Congreso de la Nación el que está en “demora”, o en “mora”, con la creación de esta Comisión Bicameral, como también con la sanción de la ley que el propio art. 99, inc. 3° manda y delega dictar, para regular “el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. Es decir que la demora en conformar ese órgano (Comisión Bicameral Permanente) tal como exige la Constitución es tarea pendiente del Congreso.

El rol que debe cumplir el Congreso en el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia que llegare a su seno, es el de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto. Pero habrá dos aspectos que el Congreso no podrá soslayar conforme la consagración constitucional: a) la necesidad de su intervención en la consideración de la norma de excepción, y b) la necesidad de que debe existir una manifestación expresa (de aprobación o rechazo) ya que el art. 82 de la Const. nacional (1994) excluye todo intento de considerar convalidado un decreto de necesidad y urgencia por el mero silencio.

En el derecho comparado, mucho se valora esta intervención y manifestación expresa del Congreso, ya que ello hace a otorgarle perdurabilidad temporal al decreto de emergencia. Por ello es exigible, razonable y hasta aconsejable, que las cámaras del Congreso “deban pronunciarse”, ya que tratándose —como se dijera— de una facultad excepcional del Poder Ejecutivo, el decreto tendrían una validez efímera sin la mentada “ratificación”. Este es el criterio que sostuvo la Corte Suprema y la gran mayoría de la doctrina nacional, aún cuando en el “caso Peralta”², sin llegar a requerir una expresa ratificación legislativa, se acordó validez temporal a la norma (decreto) a cambio de requerir que el Congreso en el desempeño de su facultades legislativas habituales y normales, no tome decisiones que impliquen, ni siquiera tácitamente, un rechazo a lo dispuesto por el Poder Ejecutivo.

² Fallos, 313:1513, consid. 24 y 25.

Pero en el actual marco constitucional, receptor de los decretos de necesidad y urgencia, existen dispares opiniones sobre la validez y hasta existencia de un decreto de necesidad y urgencia cuando a su respecto no ha mediado convalidación (aceptación) o rechazo legislativo expreso. No caben dudas de que el Congreso *debe* pronunciarse en alguno de los dos sentidos, sea ya en el curso de las sesiones ordinarias durante las cuales se ha dictado el decreto de necesidad y urgencia, sea ya en las sesiones extraordinarias que se convocaren a tal fin. Y debe pronunciarse *expresamente*. Sería hasta ilógico suponer que el silencio del Congreso en estos casos, tenga fuerza sancionatoria porque como ya se resaltara “la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta” (art. 82, Const. nacional), lo que deja claro el panorama sobre el particular. El silencio del Congreso en estos temas no es otra cosa que eso: silencio. Es una conducta inexpresiva de la que normativamente no debería derivarse ninguna consecuencia.

Merece dejar bien sentado que en la doctrina nacional, hay sectores que acuerdan al silencio el valor de “aprobación”, como otros, asignan al mismo el sentido de “rechazo”. Pero tales tesis, respetables por cierto, no emergen de una recta interpretación del texto constitucional aludido.

Todas estas situaciones de gran indefinición, generadas por la falta del dictado de la ley que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, como la falta de la mentada Comisión Bicameral Permanente, evidencian un problema institucional serio, pues no resulta fácil comprender que una cuestión que el propio Poder Ejecutivo (al dictar el decreto) califica de *excepcional* no merezca ser analizado y debatido por el órgano legislativo. En este aspecto es de esperar que no lejos en el tiempo, el Congreso ejercite con el celo y la amplitud suficiente esta tarea que la propia Constitución le ha reservado sobre el particular.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.