

La sempiterna emergencia de los DNU y los decretos delegados

por MARIO A. R. MIDÓN

Sumario: I. EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES E INCONSTITUCIONALES. – II. EMERGENCIAS SEGÚN SUS EFECTOS. – III. EMERGENCIA SEGÚN EL SUJETO POLÍTICO AL QUE FORTALECEN. – IV. EMERGENCIAS SEGÚN SUS CAUSAS. – V. NECESIDAD Y ESTADO DE NECESIDAD. 1. ADMISIÓN DE LA NECESIDAD ORDINARIA COMO CAUSA HABILITANTE DE UN DNU. – VI. UNA ESTADÍSTICA REVELADORA. – VII. LA PERMISIVA LEY REGULATORIA. – VIII. LLAMATIVA MUTACIÓN QUE CAMPEA EN LA MATERIA. – IX. EL OTRO GRAN INVITADO A LA EMERGENCIA: EL DECRETO DELEGADO. – X. “COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS”. LA CARGA DE ACREDITAR LA VALIDEZ DEL DECRETO DELEGADO POR EL INTERESADO. 1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA? – XI. “SAN LUIS”. IMPOSIBILIDAD DE QUE COEXISTAN UN DNU Y UN DECRETO DELEGADO POR RAZÓN DE EMERGENCIA SOBRE EL MISMO OBJETO. – XII. RETROCESO JURISPRUDENCIAL CON LA SUBDELEGACIÓN. – XIII. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Y EL DECRETO DELEGADO. – XIV. EL EJECUTIVO ENCARNANDO EL SÍNDROME DEL FUMADOR EMPEDERNIDO.

No es posible entender la trama del derecho vigente, el funcionamiento de nuestras instituciones y por qué reiteramos viciosos ciclos políticos, si no se intenta discernir, previamente, el rol de los institutos de emergencia en la vida de la nación.

En una época fueron el Estado de Sitio, la Ley Marcial y los Gobierno de Facto los institutos que sobresalieron más que nada por su grado de abuso; posteriormente, adquirieron estatus propio los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados por razón de emergencia y el Poder de Policía de emergencia, sin desconocer que la intervención federal aportó lo suyo en este tipo de ocurrencias.

A esta altura, podemos afirmar que no hay segmento del derecho que no haya quedado cubierto por las instituciones de excepción, ya que en nuestras prácticas la emergencia es social, financiera, económica, sanitaria, forestal, agropecuaria, hídrica, habitacional, educativa, ad-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *Cuestiones de la delegación legislativa*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 182-1277; *Los límites de la delegación legislativa. (El caso del decreto 677/01)*, por JAIME LUIS ANAYA, ED, 196-775; *Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite*, por DANIEL E. MALJAR, ED, 197-799; *Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios*, por GUILLERMO C. SCHINELLI, ED, 198-1030; *Jefatura de gabinete y ley de acefalía, experiencias recientes*, por NORBERTO PADILLA, EDCO, 01/02-622; *El lugar del jefe de gabinete en el sistema constitucional argentino*, por PABLO LISTE, EDCO, 2003-390; *De la promesa de la atenuación a la realidad de la concentración. El Jefe de Gabinete de Ministros a diez años de la reforma constitucional*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2004-680; *Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2003-286; *Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa*, por ENRIQUE VALENTÍN VERAMENDI, EDCO, 2004-724; *Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?*, por PABLO RIBERI, EDCO, 2005-664; *Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo. (El caso “Redrado”)*, por ALBERTO B. BIANCHI, ED, 236-845; *La aplicación de la normativa de emergencia económica*, por JAVIER J. SALERNO, ED, 242-511; *Delegación de facultades legislativas*, por GREGORIO BADENI, EDA, 2009-410; *Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?*, por JULIA MICHELINI, EDA, 2012-556; *El régimen de delegación legislativa en la nueva ley de abastecimiento*, por SANTIAGO MARÍA CASTRO VIDELA y SANTIAGO MAQUEDA FOURCADE, EDLA, 8/2015-7; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 285-846; *La potestad del Estado para intervenir en las relaciones del trabajo en momentos de emergencia económica y social: consideraciones acerca de la Ley 27.541 y del Decreto 14/2020*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 286-377; *La Constitución en tiempos de pandemia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, El Derecho Constitucional, n° 4, Abril de 2020; *La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, ED, 287-768; *El decreto de necesidad y urgencia 690/20: una oportunidad para pensar sobre los decretos de necesidad y urgencia, su control parlamentario, los servicios públicos y los principios de subsidiariedad y razonabilidad*, por JUAN CRUZ AZZARRI, Revista de Derecho Administrativo, Agosto 2020, n° 8; *Reglamentos del Poder Ejecutivo, opciones ante la dilación u omisión de reglamentar*, por LEANDRO NICOLÁS MAZZA, El Derecho Constitucional, Diciembre 2020 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

ministrativa, política, etc., y cada crisis que se registra se incorpora al mundo jurídico con su impronta emergencial.

Tenemos suerte de que todavía a nadie se le ocurrió legitimar la “emergencia sentimental” que bien podría servir para legitimar muchos de los desaguisados que se ventilan desde el poder.

En nuestras prácticas democráticas es lugar común el razonamiento de que los hombres llamados a gobernar solo pueden cumplir el cometido para el que fueron elegidos o designados si lo hacen acompañados de instrumentos extraordinarios.

Ese *modus vivendi*, atado a la creencia generalizada de que la eficacia de la gestión solo es posible si se presenta asociada a figuras que exceden lo ordinario, ha quedado impreso como dato genético de una época donde el sistema republicano establecido por la Constitución terminó rebasado por el ADN emergencial. Hay emergencia en el estado federal, las provincias, la CABA y las municipalidades. Hay emergencia siempre y en casi todas partes.

Por esa razón, y por aquello de que el derecho en mucho es la realidad que en un régimen de vida el Estado ofrece a sus habitantes, a veces prescindiendo de sus debidas formas y hasta de su legitimidad, pareciera que solo cabe a esta altura tratar de explicar por qué somos como somos y cuál es la razón de esos trajes a medida que con tanta frecuencia se elaboran para cada gobernante.

Claro está, esa consideración comprensiva no inhibe, antes bien habilita, el previo y necesario conocimiento de los institutos que la Ley Mayor ha previsto para auto-preservarnos y proteger a las instituciones fundamentales, propósito que asumimos en la limitación temporal de las líneas venideras.

Nos referimos, seguidamente, a dos instituciones prohibidas en lo formal por el mismo reformador, que han sido autorizadas por el catálogo fundamental a partir de 1994, marcando importantes trazos de nuestra vida.

Para tratar de entender la sustancia de estos fenómenos emergenciales, partimos de la afirmación reveladora de que en la visión global de toda emergencia hay cuatro soportes esenciales que definen su entidad.

Ellos están dados, primero, por su grado de compatibilidad con la Ley Mayor; segundo, con los efectos que su aplicación suscita; tercero, la fortaleza que mediata o inmediatamente arrima al poder que la ejecuta; cuarto, las causas que la motivan.

I. Emergencias constitucionales e inconstitucionales

Sobre la base de esos supuestos podrá distinguirse:

Un primer trazo, de grueso corte, que lleva a agrupar las emergencias según su congruencia con la Constitución, pudiendo hablarse de emergencias constitucionales o inconstitucionales.

Dentro de las que respetan la ley fundamental, en cuanto se hallan previstas en ella, aparecen el Estado de Sitio, la intervención federal, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados por razones de emergencia, y el llamado Poder de Policía de emergencia del Congreso.

En un segundo grupo, con notoria atipicidad, conviven expresiones históricas como lo han sido los Gobiernos de facto y la Ley marcial.

Gráficamente, la representación es la siguiente:

Emergencias constitucionales	Estado de Sitio
	Decretos de necesidad y urgencia
	Legislación delegada por razón de emergencia
	Intervención federal
	Poder de Policía de emergencia
Emergencias inconstitucionales	Gobiernos de facto
	Ley marcial

II. Emergencias según sus efectos

En esa línea de consecuencias, podemos afirmar que el Estado de Sitio restringe derechos y garantías de las personas por actos vinculados a la causa constitucional que motivó su declaración.

A su tiempo, la intervención federal inhibe transitoriamente la autonomía de un Estado federado o de la Ciudad de Buenos Aires.

Un decreto de necesidad y urgencia prescinde, con su emisión, de la voluntad congresional para apoyarse, exclusivamente, en la determinación presidencial que lo dispone.

La legislación que el Congreso delega en el Ejecutivo, por razones de emergencia, también altera el normal orden de competencias, puesto que permite transferir al presidente un atributo oriundo del Congreso.

Con la singular creación del llamado Poder de Policía de emergencia, se autorizan limitaciones al ejercicio de derechos, generalmente, de índole económica.

Entonces, en función de sus efectos más notorios, las emergencias pueden clasificarse en:

Emergencias que autorizan la suspensión de ciertos derechos	Estado de Sitio Poder de Policía de emergencia
Emergencias que permiten prescindir de la voluntad del órgano creador de la ley	Decretos de necesidad Legislación delegada por razones de emergencia
Emergencia que inhibe la autonomía de un Estado o de la Ciudad de Buenos Aires	Intervención federal

III. Emergencia según el sujeto político al que fortalecen

De rigor es que los efectos de una medida extrema se corporicen en una autoridad de aplicación y, como correlato de ello, ese órgano o poder se verá fortalecido en orden al modo en que acrezcan sus potestades durante el accidente.

Entre nosotros –de manera más que demostrativa– las consecuencias que acarrearán las emergencias son consistentes, en todos los casos, en producir el acrecimiento del Poder Ejecutivo.

En los decretos de necesidad y urgencia, el Poder que se robustece directamente es el Ejecutivo. Ello es así porque su titular legisla por sí mismo. Ocurre lo propio en las hipótesis de Estado de Sitio e intervención federal, porque quien administra sus ejecuciones es el presidente de la Nación.

Sin embargo, en situaciones en que para la determinación de la emergencia participa más de un poder –por ejemplo, cuando la medida se adopta por una ley, supuestos de Estado de Sitio, intervención federal, Poder de Policía de emergencia y autorización para emitir legislación delegada por emergencia–, podría suponerse que, entonces, aparecen fortalecidos, simultáneamente, los Poderes que la decidieron, es decir, el Ejecutivo y Legislativo.

Pero como la práctica de ejecución de la medida de la emergencia es patrimonio presidencial, en cuanto a su administración, finalmente ese es el poder que termina acreciendo en sus funciones.

Ello permite este agrupamiento:

Decretos de necesidad y urgencia	
Emergencias que fortalecen directamente al Poder Ejecutivo	Estado de Sitio e intervención federal dispuestos inconstitucionalmente por el PE
Emergencias que vigorizan de modo indirecto al Poder Ejecutivo	Estado de Sitio e intervención federal dispuestos por ley Poder de Policía de emergencia
Legislación delegada por razón de una emergencia	

IV. Emergencias según sus causas

Ahora bien, toda emergencia tiene una causa que la motiva. Ella permite agrupar estos fenómenos críticos en las siguientes categorías:

Emergencia causada por conmoción interior o ataque exterior que ponga en peligro a la Constitución y las autoridades por ella creadas	Estado de Sitio
---	-----------------

Emergencia causada por subversión de la forma republicana de gobierno, actos sediciosos, incumplimiento del art. 5° de la Constitución, invasión exterior o invasión de otra provincia

Intervención federal

Emergencia causada por necesidad y urgencia e imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de la ley

Decretos de necesidad y urgencia

Emergencia causada por razón de una emergencia pública

Legislación delegada

Emergencia causada por un estado de peligro colectivo derivado de graves circunstancias económicas y sociales

Poder de Policía de emergencia del Estado

V. Necesidad y estado de necesidad

Todas las figuras referidas que el constituyente previó en la ley fundamental se sustentan siempre en la ocurrencia de un estado de necesidad, que de persistir pone en tela de juicio la existencia misma del Estado.

Por esa razón, no puede ignorarse que desde la antigüedad y al amparo de su invocación se han cobijado expresiones de hondo arraigo en derecho público –como las de “*salus populi suprema lex est*”, “*necessitas jus constituit*”, “*necessitas non habet legem*”, “*legibus solutus*”– destinadas a justificar regímenes de excepción con miras a autopreservar la vida misma del Estado.

Pero antes de avanzar en el desarrollo de esos conceptos, conveniente es a los fines de este estudio deslindar previamente los conceptos de “necesidad” a secas y “estado de necesidad”, ya que tratándose de expresiones que aunque denotan carencias del Estado están referidas a situaciones distintas.

La voz “necesidad” es comprensiva de todo aquello que hace falta, es decir, lo que, con arreglo al curso normal de las cosas, requiere el Estado para subsistir y realizar sus fines esenciales. Sin embargo, esa carencia no lo autoriza a recurrir a medios excepcionales para suplirla.

Las normas en general, e infinidad de otras medidas que se deciden, no se dictan como consecuencia de una situación extrema de necesidad sino por la conveniencia que ello implica. Por otra parte, la necesidad corre pareja con los tiempos, porque los requerimientos de hoy no son iguales a los de ayer y lejos están de las solicitudes que el futuro pueda imponer. Desde este ángulo, vivimos en situación de permanente necesidad, pues la naturaleza humana exhibe la repetida tendencia de que, satisfecha una demanda, bien pronto damos paso a otra y, así, sucesivamente.

En cambio, enseñaba Bielsa, el estado de necesidad puede en el derecho público asociarse al fin político y puede ocurrir que la llamada “razón de estado”, verdadero espectro de cosas indefinidas e inexplicables que hay que aceptar, se asocie con el estado de necesidad o se cubra con él⁽¹⁾.

En síntesis, el estado de necesidad es en derecho público un acontecimiento que, aunque pueda ser previsto, resulta extraordinario, a diferencia de la necesidad, que es ordinaria; mientras esta última es permanente y regular, el primero es siempre transitorio y anómalo; en tanto, para superar la necesidad basta con la legislación común, para conjurar el estado de necesidad es indispensable echar mano a remedios excepcionales.

El dato central está en que en las situaciones de hiper o maxi necesidad, a diferencia de las de mera necesidad, el acto necesario aparece como imprescindible, forzoso, ineludible, so pena de sufrir el Estado una quiebra como tal, la ruptura del sistema político o un daño gravísimo e irreparable para la comunidad. Dicho de otro modo, no caben alternativas u opciones racionales: tiene que ejecutarse. Desaparecen entonces las ideas de discrecionalidad, utilidad y conveniencia, reemplazadas por la noción de lo ineludible, imperioso e indefectible. La posibilidad de “no hacer” es aquí letal⁽²⁾.

(1) Bielsa, Rafael, El Estado de Necesidad en el Derecho Constitucional y Administrativo, p. 57, 2da. edición, Depalma, Buenos Aires, 1957.

(2) Sagüés, Néstor Pedro, Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia, LL 1990-D-Sección Doctrina, p. 1037.

1. Admisión de la necesidad ordinaria como causa habilitante de un DNU

Empero, con arreglo a los patrones que habilitó la Corte argentina, en nuestro derecho se autoriza el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, como herramienta ordinaria, fundada en la conveniencia que tiene quien lo emite para darle la vigencia.

La legitimación de esos actos es creación jurisprudencial asentada en las reglas de los casos “Verrocchi”⁽³⁾ y, posteriormente, “Consumidores Argentinos”⁽⁴⁾. En estos pronunciamientos se afirmó:

“(…) el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de leyes (…)”.

La configuración del supuesto de hecho habilitante, en el juicio de la Corte en ambos casos, se da en dos situaciones radicalmente distintas, si se quiere antagónicas. Una, con sustento constitucional, y la otra, sin la cobertura de la Ley Mayor.

En ese contexto, luce ajustada a una ortodoxa exégesis constitucional la postulación institucional que en la primera hipótesis reitera la Corte, porque al circunscribir la imposibilidad a circunstancias de “fuerza mayor” que impiden la deliberación legislativa, ejemplificadas a través de acciones bélicas, desastres naturales o el impedimento de traslado de los legisladores a la Capital, no ha hecho otra cosa que valerse de una tésis que sigue el norte proclamado por la Constitución.

Pues bien, si el encuadramiento referido precedentemente resulta alentador, la segunda parte de la composición en el discurso de la Corte se torna trasgresor del sistema diseñado por el reformador del 94.

Sin embargo, ni la letra de la Constitución, ni el espíritu del legislador extraordinario han podido transmitir una hermenéutica con arreglo a la cual el Ejecutivo podría dictar un decreto de necesidad y urgencia amparado en el solo hecho de “(…) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (…)” , como lo explicita el tribunal en las sentencias referidas.

Puede apreciarse que entre este supuesto y el primero existen siderales diferencias. Una cosa es que el Ejecutivo legisle ante la imposibilidad de que el Congreso produzca normas, en un contexto de necesidad y urgencia, cuando resulta inviable que lo haga el Congreso; otra, sustancialmente diversa, es que el mandatario lo haga para dar solución inmediata a un problema, cuya entidad requiere una prisa tal que no puede esperar los trámites ordinarios para la hechura de la ley. Lo primero se aloja en el perímetro constitucional, lo segundo es antítesis de lo que la Constitución autoriza.

Si para algo cuenta la voluntad del reformador cuando deben interpretarse los alcances de una disposición introducida en 1994, tenemos presente que de la argumentación sustentada por más de cuarenta y un convencionales que en la Constituyente de la época debatieron el tema, ninguno de los expositores sugirió que la sola premura por contar con una ley, sin tener en cuenta la dificultad para la formación de la misma, fuera factor habilitante y autónomo para que el Ejecutivo asumiera potestad legislativa.

La diferencia entre el supuesto constitucional del art. 99 inc. 3º y el que pinta la Corte es ostensible.

Apreciar que el Congreso no puede sesionar por razones de fuerza mayor, ajenas a su voluntad (art. 99 inc. 3º), es un hecho objetivo de fácil constatación. En cambio, aducir que el presidente legisla al calor de la vertiginosidad que le impone la necesidad de contar con una ley –simplemente porque ella va a demorarse en el Congreso– importa acceder a un terreno por demás discrecional, donde la oportunidad y conveniencia del Ejecutivo imponen sus propias reglas.

De manera que, si la Corte ha demarcado el contexto habilitante para la emisión de un decreto de necesidad y urgencia, como lo ha hecho en las sentencias citadas, es inexplicable que con ese obrar haya producido la apertura de una brecha institucional en la materia.

Admitir que las naturales tardanzas deliberativas del órgano colegiado, sumadas a la urgencia para resolver de modo inmediato un hecho que requiere solución legislativa, son autosuficientes para que el presidente dicte un decreto de necesidad y urgencia, conlleva a desnaturalizar la regulación constitucional que previó esa competencia, “(…) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (…)", art. 99 inc. 3º.

Sin embargo, con el paso del tiempo la misma Corte descalificó decretos de necesidad y urgencia cuando juzgó que el acto no reflejaba urgencia y lucía como decreto de mera conveniencia. Así, en “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada”, dijo que “(…) las razones dadas por el Poder Ejecutivo (para dictar el acto impugnado) ingresan en el campo de la conveniencia u oportunidad para establecer una regulación específica sobre las actividades mencionadas, que constituye –en lo esencial– materia propia del poder de policía cuyo ejercicio compete al legislador; mas no se advierte en qué consiste la alegada ‘urgencia’ para resolver sobre el particular o de qué modo la seguridad de la comunidad podría verse afectada si no se instituyera un régimen que, entre otros requisitos, excluye a las cooperativas como personas jurídicas idóneas para la prestación de tales actividades (...) la mera referencia a un situación de urgencia que habría determinado la imperiosa necesidad de sancionar el decreto en cuestión, constituye una afirmación dogmática e insuficiente como tal para justificar por sí la emisión de disposiciones de carácter legislativo en los términos del art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional (...)”⁽⁵⁾.

VI. Una estadística reveladora

Es frecuente la afirmación de que la reforma del 94 amplió la base de los derechos del hombre en el código fundamental de la Nación, y también se dice de ella que fue la Convención que mayor legitimidad tuvo en la historia política argentina. Sin duda, dos verdades incontrovertibles que han tenido su cono de sombras en el instituto de los decretos de necesidad y urgencia, al que bien pueden agregarse por sus efectos, como obra del mismo reformador, a los decretos delegados.

Centrándonos en los DNU, no cabe duda de que su regulación ha sido la contracara de los derechos, porque se trata de una herramienta para fortalecer al poder, en desmedro del individuo y la sociedad. Particularmente, blanquear la práctica del acto legislativo emanado del presidente ha servido para que nuestros voraces Ejecutivos usaran del atributo a su gusto y paladar, sin control legislativo y mínimo de fiscalización judicial.

Si es que la finalidad de la inserción constitucional fue –como lo expresaron algunos representantes en la Convención– la de poner límites al obrar presidencial, ese objeto no se ha realizado. Ocurrió, sin embargo, que nuestros presidentes y todos los exponentes del poder leyeron la cláusula habilitante a la inversa, adujeron que la reforma autoriza lo que antes la Constitución prohibía y, a partir de allí, se abusó del atributo en forma indiscriminada.

Pruebas al canto. Una rápida estadística sobre el uso del instituto contabiliza que, si bien el mismo adquiere inusitada vigencia a partir del primer mandato de Carlos Menem allá por los 90, no es menos cierto que la figura registra antecedentes desde tiempos que se remontan al dictado de la mismísima Constitución.

En el período que va de 1853 a 1983, los diversos presidentes apelaron a este tipo de actos en veinte ocasiones.

Esa cifra alcanzó a quince durante el turno democrático del presidente Raúl Alfonsín (1983-1989); sobrevendría en forma inmediata la alarmante cifra de trescientos ocho durante el primer período presidencial de Menem, todo en un contexto donde el mínimo de recato que observaron anteriores administraciones para evitar el dictado de DNU se aniquiló, al extremo de que llegó a identificarse a la gestión como la de gobierno por decreto⁽⁶⁾.

(5) Fallos: 326:3180.

(6) Ferreira Rubio, Delia-Goretti, Mateo, Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993), ED 1548-848.

(3) Fallos: 322:1722.

(4) Fallos: 333:633.

A esa época corresponden los justificativos que para validarlos ideara la Corte en el caso “Peralta”⁽⁷⁾.

Con el aval del nuevo artículo 99 inc. 3º, vigente desde el 94, Menem ratificó el abuso que estiló durante su primer mandato, al valerse de ellos en *doscientos cuarenta y seis* ocasiones, con las que, sumados a los *trescientos ocho* de su primer gobierno, alcanzó la friolera de *quinientos cincuenta y cuatro*⁽⁸⁾, en el curso de diez años y seis meses de gobierno.

A su tiempo, Fernando de la Rúa (1999-2001) llegó a dictar *setenta y tres* decretos de necesidad y urgencia en dos años de gestión.

En el interinato de Eduardo Duhalde, sucesor estable de De la Rúa, ese presidente emitió *ciento cuarenta y ocho* decretos de naturaleza legislativa, durante los años 2002 y parte del 2003.

El récord lo tiene Néstor Kircher (2003-2007), que en cuatro años y medio de mandato produjo *doscientos setenta* decretos de necesidad y urgencia⁽⁹⁾.

Sin embargo, su esposa Cristina Fernández de Kirchner, que gobernó durante dos períodos (2007-2011 y 2011-2015), emitió alrededor de *veinte* DNU⁽¹⁰⁾.

Durante su gestión (2015-2019), el presidente Macri dictó *ochenta y un* decretos.

El nuevo presidente que asumiera en diciembre de 2019, Alberto Fernández, emitió *setenta y seis* decretos de necesidad y urgencia, en el curso de 2020, casi la misma cantidad de leyes dictadas por el Congreso de la Nación durante ese período⁽¹¹⁾.

La reseña cuantitativa efectuada y las vicisitudes políticas e institucionales que han generado este tipo de actos nos llevan a afirmar, a más de treinta años de la reforma constitucional de 1994, que los DNU han sido la herramienta más opresiva para los derechos desde el advenimiento de la democracia en 1983.

VII. La permisiva ley regulatoria

Ese esquema permisivo, en cuanto al uso de la potestad, se ha visto fortalecido más aún a partir del dictado de la ley 26.122, instrumento regulatorio del trámite que deben seguir los DNU, la legislación delegada y la promulgación parcial de leyes.

Lamentablemente, su sanción estuvo más próxima al desencanto que a la ilusión y desde el punto de vista crítico habrá de evocarse no solo por lo que hizo, sino también por lo que dejó de hacer⁽¹²⁾.

El común denominador de la sanción fue el de la omisión de trascendentes cuestiones institucionales como el valor del silencio del Congreso y la nulidad de un DNU, al tiempo que la herramienta legal promovió la ruptura del equilibrio de las Cámaras, entre otras cuestiones.

Las apuntadas no son cuestiones menores, porque alojan y alojan temas de enorme significación institucional que siguen sin respuesta, como librados a la buena de Dios en lo institucional, lo que significa que los cuestionamientos referidos se reflejan en ventajas para el Ejecutivo de turno y, como lo enseña la experiencia, demérito para los derechos del ciudadano.

De cara a la realidad argentina, con presidentes que a los fines de ejercitar el atributo conferido por el artículo 99 inc. 3º apelan a una lectura parcial de la Constitución

(7) Fallos: 313:1513

(8) Ferreira, Rubio Delia - Goretti, Mateo, Los decretazos de Menem (1989-1998). La ineficacia de la Reforma Constitucional para modificar la costumbre o uso del Poder Ejecutivo en materia de decretos de necesidad y urgencia, ponencia de los autores al Encuentro de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Chicago, Illinois, 1998.

(9) Capriata, Laura, “Kircher firmó cada seis días un decreto de necesidad y urgencia. Superó a Menem y no hay presidente que haya dictado más normas de este tipo”, diario La Nación del 13/04/08.

(10) El acontecimiento tiene su explicación y no es porque la ex presidenta haya tenido afición por obedecer restricciones constitucionales. Durante sus dos mandatos tuvo absoluta mayoría en ambas Cámaras del Congreso de la Nación y a excepción de la resolución 125 que el Senado rechazó con el voto del ex vicepresidente Julio C. Cobos, antes ni después los cuerpos legislativos se opusieron a una iniciativa presidencial. Se suma a ello la amplitud de las delegaciones previstas por la Ley de Emergencia del Estado 25.561, derogada recién en 2017. En demostración del escaso apego a la normativa vigente, la citada mandataria tiene el triste privilegio de haber reeditado, por primera vez, un DNU.

(11) “Récord. En un año Alberto Fernández dictó setenta y seis decretos de necesidad y urgencia. La cifra más alta desde 2003”, diario La Nación del 3/01/2021.

(12) Midón, Mario A. R., Una ley más próxima al desencanto que a la ilusión. El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina, Jorge Gentile (compilador), p. 959, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008.

–aprehendiendo únicamente la parte de la norma que les confiere la facultad, pero omitiendo cumplir los lindes sustanciales y de forma–, la oportunidad de la sanción era propicia para oponer una barrera legal contra tales desbordes.

De esa manera, la expectativa existente en torno a la posibilidad de que la ley siguiera los modelos legislativos de Brasil e Italia, donde este tipo de actos deben ser tratados en determinado lapso por el órgano legislativo, bajo apereamiento de perder calidad de herramienta normativa, quedó nuevamente postergada.

La ley 22.162 en nada ha modificado la situación preexistente desde la perspectiva del poder y, con ella, el Congreso ratificó su crónica anemia institucional, abdicando de sus deberes al no fijar término alguno para que el Congreso examine la validez de un decreto de necesidad y urgencia.

Por consiguiente, el cuerpo representativo consagró de ese modo la impunidad absoluta de su potencial inactividad al negarse a aprobar o rechazar actos del Ejecutivo que está llamado a controlar. Ello así, porque no se ha dictado disposición alguna que sancione la falta de control del Congreso. Entonces, en los hechos, cuando el Congreso no rechaza un DNU, ese acto legislativo rige sin límite alguno en el tiempo.

A lo expresado debe sumarse que la ley dispone que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”.

Esta regulación de la ley facilita la producción de los DNU, amén de romper con la regla de equilibrio e igualdad entre ambas Cámaras. Es que para descalificar un DNU se necesita de la expresa voluntad de Diputados y Senadores.

Basta, entonces, con que el Ejecutivo cuente con el apoyo numérico de uno de los órganos legislativos para tener por aprobado este tipo de actos. Ello no ocurre con la ley ordinaria que, para su sanción, requiere de la inequívoca voluntad mayoritaria de ambas Cámaras y, si una sola de ellas se opone, ese proyecto no puede repetirse en las sesiones del año. Lamentablemente, esta consecuencia no rige en el caso de un DNU.

El desatino, además de romper claras reglas de paridad de las Cámaras del Congreso, ha conducido a la ordinariación de los decretos en tratamiento.

A propósito, es bien sabido que en nuestro sistema las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras (art. 77); aprobado un proyecto de ley por la de origen pasa para su consideración a la otra (art. 78), todo sin perjuicio de que cada Cámara puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular de un proyecto (art. 79).

Además, en inequívoca prueba de esa igualdad histórica, potenciando justificadamente el rol de una Cámara durante el proceso de producción de la ley, la Constitución de la Nación contempla el supuesto de que ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año (art. 81)⁽¹³⁾.

El efecto que produce tal rechazo se refleja, dice la doctrina, en el hecho de que el proyecto resistido pasa al archivo⁽¹⁴⁾.

Empero, la sana regla de equilibrio legislativo entre Cámaras, oriunda de 1853 y que no experimentara modificación alguna en la reforma de 1994, se ha fracturado a través de la ley 26.122, ya que los artículos 24 y 26 prescriben que el rechazo de un decreto de necesidad y urgencia requiere de la aquiescencia de ambas Cámaras.

La distorsión no puede ser mayor.

De manera regular, cuando el Congreso está tratando un proyecto de ley, en pleno uso de sus facultades constitucionales, basta con que uno de los órganos que lo componen se oponga al proyecto de ley para que éste no pros-

(13) La hipótesis del rechazo total de un proyecto de ley por la Cámara revisora, y la prohibición de repetirlo en las sesiones de ese año –e insistir en el rechazo en las sesiones del año siguiente– consagra la atribución de cualquiera de aquellas Cámaras de bloquear, por razones de conveniencia u oportunidad política, propuestas normativas con las que disiente. La solución constitucional armoniza con el criterio de la doble e igual representatividad institucional en el Congreso: la democrática y la federal. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, p. 565, La Ley, Buenos Aires, 2001.

(14) Ubertone, Pedro Fermín, citado por Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, t. IV, p. 767, Depalma, Buenos Aires, 1997.

pere. Todo, con el agregado de que la iniciativa contradictoria no puede repetirse en las sesiones del año.

En cambio, en la oportunidad en que alguna de las ramas del Congreso examina la validez o invalidez de un acto precario, emanado del Ejecutivo, como lo es un DNU, el Legislativo está constreñido –para oponerse a su vigencia– a cuantificar la voluntad de Diputados y Senadores, es decir, que debe sumar al propósito contrario de una Cámara análoga determinación de la otra.

Mayúsculo absurdo es imposible. Se valida de ese modo el hecho de que cuando el Poder Ejecutivo usa de un atributo que no le es propio y, por antonomasia, pertenece al Poder Legislativo, resulta indispensable que ambas ramas del Congreso coincidan en su descalificación. En cambio, congruente con el sistema constitucional vigente, cuando se trata del proceso normal, ordinario, de formación de la ley, una sola Cámara puede fulminar con su negativa la vigencia del acto legislativo en preparación.

Esta ventaja procedimental que se acordó al Ejecutivo para la emisión de un decreto de necesidad y urgencia no fue casual, sino una abierta invitación para que nuestros presidentes de turno regulen cuanto le apetece a través de la emergencia de un DNU.

Cabe recordar que, hasta la fecha, el único planteo judicial que en relación a la constitucionalidad de las cláusulas objetadas emitió la Corte fue en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional-ley 26.122 s/ amparo ley 16.986”. En esa causa la actora había impugnado la congruencia de los artículos 22 y 24 de la ley reglamentaria de los DNU y en sentencia que data de agosto de 2010, el cimero descalificó tal reclamo aseverando que “(...) la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que estos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, no llegándose a desvirtuar la conclusión de la Cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial”.

VIII. Llamativa mutación que campea en la materia

Cierta cuota de tino del constituyente, al concebir una fórmula mixta para la procedencia del hecho habilitante –combinando arbitrio del Ejecutivo para discernir la existencia de circunstancias excepcionales con el dato empírico, objetivo, de la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la formación de las leyes–, se ha diluido. Fue superado por la tolerada costumbre que nos lleva a descubrir una extraña mutación por sustracción.

Con arreglo a ella, el poder lee parcialmente la Constitución. Toma de ella la porción que lo habilita a usar del atributo, pero omite acogerse a las prescripciones que lo restringen. Así, el texto de la Constitución formal permanece intacto (vigencia normológica), pero a la vez el titular de la potestad se sustrae a obedecer el mandato que condiciona aquella, solamente en el caso de operarse la atrofia congresional (vigencia sociológica).

Este desalentador balance patentiza de modo inocultable que la disposición del artículo 99 inc. 3° ha merecido una interesada exégesis por parte de los Ejecutivos de turno para acceder a sus propósitos.

En casi todos los casos que motivaron el dictado de decretos de necesidad y urgencia –excepción hecha al primer momento del aislamiento social dispuesto con motivo de la pandemia del coronavirus–, su común denominador estuvo dado por el fraccionamiento de los contenidos de la norma constitucional, ya que en ninguna oportunidad, concurrió el extremo fáctico impuesto por la Constitución en punto a la imposibilidad del Congreso para la confección de las leyes. De aplicarse la normativa constitucional vigente, ese derecho espurio merece la sanción de nulidad.

Ello, a su vez, innovó la naturaleza excepcional del instituto y en vez de decretos de necesidad y urgencia queda en evidencia que se ha producido una telúrica creación: la de los decretos de urgencia o conveniencia.

Todo, obviamente, al margen de la norma imperativo-restrictiva que estatuye que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso emitir disposiciones de carácter legislativo, a menos que concurren las circunstancias excepcionales que califica la ley de leyes.

La explicación técnica que puede proseguir en detalle para abonar el porqué de un poder rebelde a la pura normatividad, no encubre justificación jurídica alguna para la grosería institucional. Y si en este juicio hablamos de poder a secas, es porque en él involucramos el “debe” del Ejecutivo, con los consiguientes déficits operativos del Congreso y el Judicial que no han estado a la altura de la delicada misión encomendada por la Ley Mayor de la Nación.

Entre tanto, la realidad desnuda un hecho por demás llamativo. No se conoce un solo DNU o decreto delegado que haya sido descalificado por ambas Cámaras del Congreso.

En tanto, a nivel Judicial, apenas algunos tribunales inferiores se orientaron por la buena doctrina, al tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta el presente, ha tenido una línea zigzagueante que no puede tomarse como definitiva. En ella priman los criterios que se orientan por la pervivencia de estos actos, no obstante la posibilidad de que el Congreso podría legislador, cuando lo hizo el Ejecutivo usurpando sus potestades.

Escrutando en esa dura realidad la conclusión es inevitable. La afección del principio de división de poderes que trae aparejada la institución que tratamos no solo alcanzó a las relaciones del Legislativo con el Ejecutivo. También resiente el contralor de constitucionalidad que es propia del Judicial.

Entonces, es cierto que con la cobertura de la autorización constitucional se ven afectados varios presupuestos de la división de poderes. Primero, el *funcional* (porque atributos que por esencia son del Legislativo han pasado a otro); luego, el de *exclusividad* (desde que la potestad que originariamente era del Congreso se trasladó de modo oblicuo para compartirse con el Ejecutivo); se fracturó la *cooperación* (porque actos que debieran requerir la concurrencia de dos voluntades aparecen simplificados con la expresión de solo una); también se redujo el *control* (porque la aptitud de vigilancia disminuyó cuando decrecieron las competencias funcionales del órgano llamado a ejercerlo); y, por supuesto, se rompió el esquema de *equilibrio* (porque la reasignación de funciones potenció a un poder, el Ejecutivo, en desmedro del Legislativo y por lo visto, hasta del propio Judicial).

IX. El otro gran invitado a la emergencia: el decreto delegado

Merecen esa denominación los actos legislativos emanados del presidente, quien adquiere la competencia de emitirlos por transferencia que el Congreso realiza previamente en él.

Al igual que los decretos de necesidad y urgencia, la legislación delegada era repudiada por la Constitución de 1853-60, que en su artículo 29 condenaba la asunción de facultades extraordinarias. Sin embargo, la excesiva cantidad de asuntos que caen en el ámbito legislativo, la ponderación de complejos criterios técnicos, la rapidez con que se dan las nuevas situaciones⁽¹⁵⁾, a lo que debe sumarse el crecimiento del Estado y entre nosotros la histórica complicidad de la Corte para avalarlos, dieron vida al frondoso apartado de la legislación endosada, por capitulación y comodidad del Congreso y para satisfacer la omnipresente voracidad del Ejecutivo⁽¹⁶⁾.

Desde la década del 20 fue común que la Corte argentina se alineara rechazando la figura de la delegación legislativa. Pero el rechazo no era tal. Cada vez que el alto tribunal debía resolver una causa en la que se constataba la existencia de delegación, el cimero apelaba al disfraz de encubrir ese acto con el rótulo de decreto reglamentario.

En presencia de esta anomalía por la que la Corte acogió el decreto delegado con el nombre de decreto reglamentario o ejecutivo, dimos en llamar a estos actos reglamentos con nombre prestado y falsa identidad⁽¹⁷⁾.

La práctica inconstitucional fue tan avasalladora en punto a consentir la delegación que bien pudo caberle al constituyente del 94 la confesada impresión experimentada por Harold Laski, cuando afirmaba que protestar contra la delegación es perder el tiempo, por lo que el verda-

(15) Finer, Herman, Teoría y práctica del Gobierno Modelo, pág. 640, Tecnos, Madrid, 1964.

(16) Midón, Mario A. R., Manual de Derecho Constitucional, pág. 501, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.

(17) Midón, Mario A. R., Los reglamentos con nombre prestado y falsa identidad, Temas de Derecho Constitucional, pág. 201, Edit. Del Centro, Corrientes, 1993.

dero problema es el de encontrar los medios para impedir su abuso⁽¹⁸⁾.

También el 94, reforma de por medio, alumbró un nuevo artículo 76 que admite la autorización del Congreso para que el Ejecutivo haga la ley en materias determinadas de administración o emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La fórmula elegida por el constituyente para plasmar la figura ha sido objeto de cuestionamientos más que fundados.

En primer lugar, se impugnó la pretendida demarcación del objeto de la delegación, que antes que circunscripta a “materias determinadas de administración” y “emergencia pública”, aparece en extremo abierta por la amplitud que reconocen esos tópicos, con lo que se infiere –sin mayor esfuerzo interpretativo– la peligrosa tesis de que en nuestro sistema, en más, o en menos, todo es susceptible de delegación⁽¹⁹⁾.

Y si la referencia a la voz administración es capaz de engendrar un maremágnum, no le va en zaga la idea de delegar a partir de una situación de emergencia pública. En ese caso, la dificultad no pasa solo por definir cuándo existe una situación de emergencia, como por la exuberancia de sus aplicaciones. El razonamiento vale para un país donde la apelación a la emergencia es la regla y no la excepción⁽²⁰⁾.

Eso es lo que hay. Parece, no obstante, que lo más atinado del precepto tiene que ver con el hecho de que el constituyente ha exigido –para hacer efectiva la delegación– definir el plazo para su ejercicio y las bases de la transferencia a ser fijadas por el Congreso. Esto último está referido a precisar el objeto, contenido y alcance de la autorización concedida; un equivalente de lo que en su momento la Corte dio en llamar el claro establecimiento de la política legislativa⁽²¹⁾.

De manera que si el Congreso –obligado a definir los lineamientos rectores del proyecto que autoriza, esto es su patrón o estándar de política legislativa– no cumple su deber la delegación será inconstitucional.

La regulación constitucional, aunque estableció el imperativo de que el Jefe de Gabinete de Ministros debe someter la legislación delegada a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, omitió precisar el término dentro del cual debe radicar la presentación. Esta liberalidad que lucía como abierto llamado para demorar el cumplimiento del deber en los casos en que el Ejecutivo, al dictar un acto delegado, se apartara de las directivas trazadas por el Congreso, fue resuelta por la ley 26.122. En efecto, en su artículo 12, manda que el Ejecutivo dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Como las limitaciones sustanciales del art. 76 dejan que desear y mucho, sirven para un barrido como para un zurcido, decía Natale⁽²²⁾, parece tarea doctrinaria y jurisprudencial delimitar lo que debió el constituyente, es decir, que es lo no delegable.

(18) Citado por Linares Quintana, Segundo V., Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, t. 8°, pág. 130, edit. Alfa, Buenos Aires, 1963.

(19) ¿Qué significan materias determinadas de administración? ¿Qué es administrar en última instancia? Todos sabemos a esta altura que administrar, o bien materias de administración, son conceptos que abarcan un universo de asuntos y competencias de las más variadas, y comprenden desde la prestación de los servicios públicos esenciales o la construcción de escuelas, hasta la fabricación de armas para la defensa o la elaboración de planes para la educación, la salud, la erradicación de la pobreza, la política monetaria y la conducción de las relaciones internacionales. Administrar es en última instancia ese residual pero –por ese mismo motivo– gigantesco poder que ha despertado –especialmente a partir del welfare state o Estado de la procura existencial, como lo llama García Pelayo– el crecimiento cuantitativo y cualitativo del Poder Ejecutivo, cuyos desbordes en Latinoamérica son bien conocidos. De modo que la amplitud de esta excepción dependerá exclusivamente de lo que cada intérprete entienda que debe ser la delegación y –tal vez– de la necesidad del momento. Pero de lo que no caben dudas –insisto– es de que esta excepción tiene todas las aptitudes para convertirse en regla y hacer de esta última letra muerta. Ver el trabajo de Bianchi, Alberto B., “Los Reglamentos Delegados luego de la Reforma Constitucional de 1994”, Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, p. 64, Edit. Rap S.A., Buenos Aires, 2007.

(20) Midón, Mario A. R., Los inciertos límites de la delegación, Temas de Reforma Constitucional, 2da. Parte, ED, 22/9/95.

(21) Fallos: 280-29.

(22) Natale, Alberto, Comentarios sobre la Constitución, p. 131, Depalma, Buenos Aires, 1995.

Por lo pronto, teniendo en claro que las competencias congresionales delegables son únicamente las legislativas, quedan excluidas, al menos:

a) Las atribuciones de índole preconstituyente, jurisdiccionales, de gobierno, de control, electiva, representativa⁽²³⁾. La proscripción alcanza a facultades congresionales que ejerciéndose en forma de ley carecen de entidad legislativa. Por ejemplo, no puede delegarse la facultad de intervenir provincias o aprobar tratados.

b) Tampoco se puede delegar el atributo de hacer leyes que tienen señalada una tramitación especial, al conferir calidad de iniciadora a una de las Cámaras. Por ejemplo, contribuciones, reclutamiento de tropas, coparticipación federal, políticas diferenciadas.

c) No puede delegarse la potestad de sancionar tipos penales, regular la libertad de las personas, el derecho de propiedad, la facultad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, la defensa en juicio, creación de impuestos y cargas personales, etc.

d) Mucho menos, el Congreso podrá delegar en el Ejecutivo la facultad de hacer algunas de las leyes que el Poder Constituyente encomendó al Congreso para completar la reforma del 94.

Como estas limitaciones son fruto de la interpretación pro Constitución, tenemos que admitir que tras la reforma del 94 el reconocimiento de las facultades para legislar por delegación ofrece el común denominador de un precepto poblado de ambigüedades, donde la parquedad constitucional parece un llamado para escapar al control, la invitación al abuso de poder y un abierto llamado al ocio congresional.

En nuestra praxis política, a partir de la reforma constitucional de 1994, todos los presidentes han disfrutado de las preeminencias de la legislación delegada. La doctrina ilustra acerca de la cuantía de leyes que pobló el espectro legislativo a partir de ese acontecimiento, instrumentos que fueron perfilando, desde la práctica legislativa, algunos de los elementos del nuevo régimen⁽²⁴⁾.

Da la impresión de que en el mundo político se ha asentado la creencia de que a ningún presidente se le puede negar la potestad de que haga leyes, en tanto respete, mínimamente, el artículo 76.

Sin ir muy lejos, al momento de preparar estas líneas, en mayo de 2024, la Cámara de Diputados de la Nación declaró “la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año”, habilitando al presidente Milei a dictar decretos delegados en relación a esas materias.

X. “Colegio Público de Abogados”. La carga de acreditar la validez del decreto delegado por el interesado

Al confirmar dos pronunciamientos de instancias anteriores descalificando los artículos 31 y 51, decreto 1204/2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo a nuestro derecho la figura en virtud de la cual quien invoca hallarse comprendido en las ventajas de un decreto delegado tiene la carga de demostrar su validez.

El fallo en cuestión, recaído en la causa “Colegio Público de Abogados de Capital Federal v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ amparo”⁽²⁵⁾, allegó una interesante directiva orientada a afinar el control de constitucionalidad de los actos emitidos al amparo del art. 76, CN, toda vez que no solo reafirma lo excepcional del atributo conferido por el Congreso al Poder Ejecutivo, sino que además innova en los alcances del conocido axioma vigente en materia de actos públicos, los que al amparo de una inveterada tradición jurídica gozan de la presunción de constitucionalidad.

Los hechos determinantes del fallo tuvieron su origen en la ley 25.414, regulación a cuyo amparo se dictó el decreto 1204/2001. Para lo que aquí interesa, el producto congresional autorizó al presidente a “derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la organización descentralizada,

(23) Consideramos atributos del Congreso los siguientes: de índole legislativa, preconstituyente, de control, de gobierno, electiva excepcional y representativa. Ver Midón, Mario A. R., El Congreso en la Constitución. Legislaturas provinciales y de la CABA. Constituciones Sudamericanas, Segunda edición, en prensa.

(24) Ylarrri, Juan Santiago, La emergencia económica. El control constitucional de la situación de emergencia económica y su declaración normativa, p. 156, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2019.

(25) Fallos: 331:2406.

empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales (...)", todo con la finalidad de dar eficiencia a la Administración.

Al ejercer esa delegación, el Poder Ejecutivo estatuyó que los abogados que ejerzan la representación, patrocinio letrado y/o defensa del Estado Nacional estarían exentos del pago de bonos de derecho fijo, y, también, que para el ejercicio de la profesión de abogado no resultaba necesaria otra matrícula que la del Registro de Abogados del Estado (artículos 31 y 51, decreto 1204/2001).

Agraviado por su contenido, el Colegio Público de Abogados de la Capital impugnó la constitucionalidad de esos preceptos, puesto que tales normas, básicamente, contradecían la ley 23.187, impidiendo la matriculación por ante la entidad de los abogados que representan al Estado Nacional, al tiempo que lo privaba de percibir aranceles que los demás asociados deben oblar para el ejercicio de la profesión.

De allí que el núcleo de la discusión giraba en torno a discernir si la ley 25.414, al realizar la transferencia legislativa individualizada más arriba, se acomodaba a los dictados de la Ley Mayor y, por ende, si el decreto consecuente que decía apoyarse en ella gozaba de adecuado sustento constitucional.

Teniendo en cuenta que la representación estatal recurrente adujo que el cuestionado decreto era fruto de una mixtura del ejercicio de atribuciones delegadas, art. 76, y de las facultades autónomas del Ejecutivo, art. 99, inc. 2°, la Corte, tras poner de relieve lo encontrado de tal argumentación, destaca que "(...) hay poderosas razones que refutan la tesis sostenida por la parte recurrente de que los arts. 3° y 5°, decreto 1204/2001, se refieren a una materia cuya regulación es propia y exclusiva del presidente de la Nación".

Ello, porque en el devenir histórico "(...) el ejercicio de la abogacía, sea a favor del Estado, sea de particulares, ha sido materia reglada por el Congreso desde los orígenes mismos de la organización nacional (...)", a lo que debe adicionarse que "(...) las leyes que han establecido un marco para el desempeño de los abogados del Estado no han sido cuestionadas por invadir una esfera reservada al Ejecutivo (...)", y también porque "(...) la ley 23.187 no hace en su texto la distinción pretendida por la recurrente entre abogacía privada y pública (...)".

Ingrediendo al tema nuclear ventilado, el tribunal de la cumbre recuerda "Que, con un lenguaje firme y explícito, la Constitución Nacional prohíbe al presidente de la República, como regla general, emitir 'disposiciones de carácter legislativo', sea iniciativa propia (art. 99.3, párr. 2°), sea por virtud de la delegación que en su favor haga el Congreso (art. 76, parte 1ª) (...)".

Tras enunciar los requisitos y circunstancias exigidos por la Constitución para el dictado de un decreto delegado, colige que "(...) la letra del texto constitucional refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar (...)".

En su discurso, el cimero invoca la voluntad auténtica del constituyente trayendo a colación los términos del aporte que al respecto brindarían algunos convencionales del 94, cuando afirmaban que las motivaciones de la nueva sanción realizada en 1994 puso de relieve que los principios y los límites de la delegación legislativa se dejaron guiar por los que ofrece el derecho norteamericano.

En esa línea, el alto tribunal memora el significado que en la Nación del Norte tiene la exigencia de que las leyes delegatarias contengan un principio claro e inteligible al cual deba ajustarse la autoridad delegada, imposición que en nuestro derecho "(...) tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el art. 76, CN: el carácter determinado de las materias de Administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva 'dentro de las bases que el Congreso establezca'".

Sin embargo, en perspectiva realista, el tribunal observa que "(...) el riesgo que de todos modos enfrentan las Constituciones en admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa (...)", acontecimiento frente al cual a los tribunales que deben entender en los cuestionamientos que se susciten con motivo de ello les caben dos alternativas: "(...) o bien anular la ley delegataria por no fijar un linea-

miento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficaz la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga. Este último es el que predominantemente ha seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos (...)".

Teorizando acerca de las modalidades que en nuestro derecho tienen a partir de 1994 los decretos delegados, el intérprete final infiere: "1) la delegación sin bases está prohibida; y 2) cuando las bases están formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el presidente es una concreción de la especificación política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegataria de que se trate (...)".

La afirmación demuestra que la Corte adopta para la solución del caso una directiva pretoriana de similar textura a la que predomina en el derecho constitucional de la Nación del Norte.

En efecto, frente a un concreto permiso legislativo concebido en términos imprecisos, vagos o ambiguos, si bien el tribunal podía declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.414, que autorizó la mentada delegación, prefiere realizar un escrutinio muy severo sobre su consecuente, el decreto delegado 1204/2001.

Ello conduce, implícitamente, a validar la indeterminación producida en origen, trasladando al interesado en la vigencia del acto el deber de acreditar en juicio que el decreto delegado es compatible con la Constitución.

La afirmación vuelve a reiterarse por la Corte, razonando "(...) que por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino al revés: a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente (...) el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado (...) Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuando más claras sean las directrices de la ley delegataria, y menores, cuando ellas consistan solo en pautas indeterminadas (...)".

Congruente con tales presupuestos, el fallo, al examinar los pormenores del caso, abreva en que la demandada "(...) se apoyó en una lectura sumamente amplia e indeterminada de la ley 25.414, que, si es tomada estrictamente, habilitaría al presidente para derogar prácticamente cualquier ley vigente, y en segundo término, en lugar de ofrecer una demostración de que, pese a ello, las disposiciones dictadas por el Ejecutivo formaban parte de la política que efectivamente adoptó el Congreso en el art. 1°, inc. f, ley 25.414, se limitó a solicitar una aplicación mecánica del texto legal, en la versión vaga e inexpressiva por ella misma propuesta (...)".

En línea con la demarcación trazada, el tribunal de la cumbre concluye que el decreto 1204/2001 está fuera de la habilitación que el Congreso otorgó al presidente, toda vez que los artículos atacados no disponen derogar una norma específica, sino la aprobación para los abogados del Estado de un régimen alternativo e incompatible con el establecido en la ley 23.187, amén de que tales preceptos relevan a un sector del mundo abogadil de cumplir con el deber de aportar y matricularse, fijados por la referida ley.

1. ¿En qué consiste la inversión de la carga probatoria?

Es indudable que la formulación emanada de la Corte evidenció, de modo tangible, un promisorio avance restrictivo en un terreno donde el control judicial, casi por regla, ha sido escaso.

Desde esa perspectiva, frente a un escenario en el que desde la reforma de 1994 las delegaciones –y sus consiguientes abusos– proliferaron, no podemos menos que celebrar los alcances de este alentador fallo que aspira a obliigar a los poderes públicos a ser más cuidadosos al emitir estos actos. Al fin y al cabo, mucho de razón tenía Montesquieu cuando predicaba que solo el poder frena al poder.

Resulta valioso que en materia tan sensible como la tratada, donde la mayoría de las veces las libertades perecen frente al constante embate del poder, se innove con esta radical fórmula que echa por tierra el latiguillo de

que los actos públicos gozan de la presunción de constitucionalidad. Presunción que, en la lectura hasta hoy estilada, debía ser destruida por quien alegaba y estaba en condiciones de probar la inconstitucionalidad, pues de modo regular se suponía que tales actos, antes que emanados de seres de carne y hueso que ejercen la función pública, provenían de dioses o semidioses.

En rigor de verdad, la Corte no dice explícitamente la afirmación que vertimos, pero es innegable que la consecuencia de su pronunciamiento es el decaimiento de la presunción de constitucionalidad de estos actos. Esa y no otra es la consecuencia que por carácter transitivo se infiere de la sentencia.

No es casual que –en dirección opuesta a este innovador fallo– la Corte, de modo constante, haya repicado que “(...) la presunta conformidad de las leyes (...) con las normas constitucionales (...) no debe ceder (...) sino ante una prueba tan clara y precisa como sea posible”⁽²⁶⁾, pues “(...) para decretar la invalidez de una ley deben mediar motivos reales que así lo impongan (...) y aun en los casos de duda (...) entre la validez o la invalidez, ha de estarse siempre por la legalidad”⁽²⁷⁾.

La decisión de nuestro máximo tribunal de garantías invirtió las reglas del juego. A partir de este fallo, no es el afectado por las restricciones a sus derechos quien debe demostrar la ilegalidad de la delegación, sino aquél sujeto que dice estar comprendido dentro de los beneficios o ventajas contenidas en el decreto que se presenta bajo el rótulo de delegado.

En el caso juzgado, a la defensa del Estado ese cometido le era absolutamente inviable, toda vez que dada su calidad de beneficiaria del decreto 1204/2001, para responder a la consigna del fallo debía probar que la eficacia de la Administración –en cuanto objetivo de la delegación– pasaba por liberar del pago de aranceles a los abogados que la representan en juicio, como así también lo innecesario de que ellos se matriculen para el ejercicio de la profesión ante el Colegio Público de Abogados.

Avanzando un poco más en lo que pudo ser el fallo del tribunal, en una suerte de ejercicio imaginativo, nos preguntamos si la solución por él ideada es la debida.

Anticipamos, reproduciendo la letra del fallo, que es la mismísima Corte quien invoca la existencia del precedente norteamericano y en ocasión de esta sentencia lo acoge, sin desconocer que la otra opción que le quedaba era la de declarar la inconstitucionalidad de la ley que dispuso la delegación.

Sin desdeñar lo antes expresado, en cuanto al significado del avance jurisdiccional adoptado en el contexto de la realidad nacional que nos circunda, creemos, no obstante, que la solución que mejor se compadece con el régimen constitucional argentino es la del camino que la Corte en el caso evitó.

Así, es válido que en los Estados Unidos, donde la Constitución no tiene un artículo como el art. 76, CN, el más alto tribunal de aquel país, al enfrentar situaciones donde debía juzgar la constitucionalidad de imprecisas delegaciones, haya elegido la pretoriana ruta que ahora adopta nuestro cimero, descalificando el acto legislativo delegado.

Pero en la Argentina, aunque incierta en muchos de sus límites, para el tema que nos ocupa la regulación del art. 76 es autosuficiente, al prescribir, entre otras cosas, y como condición esencial para validar cualquier delegación, que el Congreso tiene el imperativo de establecer las bases de ella.

Y si, como en el caso, el órgano legisferante, en ocasión de autorizar al Poder Ejecutivo a usar de un atributo que era de su competencia, evadió tan claro mandato, esa delegación es lisa y llanamente inconstitucional, del mismo modo que lo sería si no tuviese plazo señalado para su ejercicio, si no estuviera circunscripta a materias determinadas de administración o emergencia pública, o si no fuera refrendada por el Jefe de Gabinete⁽²⁸⁾.

XI. “San Luis”. Imposibilidad de que coexistan un DNU y un decreto delegado por razón de emergencia sobre el mismo objeto

Al sentenciar en “San Luis”⁽²⁹⁾, la Corte declaró que no pueden existir dos institutos legislativos de emergencia

como lo son un DNU y un decreto delegado sobre el mismo objeto. El “holding” del fallo consistió en declarar la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 214/02, en cuanto ordenaba la pesificación compulsiva de los depósitos bancarios inicialmente celebrados en dólares.

En efecto, la ley de emergencia 25.561, dictada al amparo de lo establecido por el art. 76 de la Constitución, tras declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegó en el Poder Ejecutivo diversas facultades legislativas para conjurar la crisis. Dicha transferencia quedó enmarcada, en lo que para aquí interesa, a “establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias” (art. 2°), a reestructurar “las deudas con el sector financiero” (art. 6°, segundo párrafo), “establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras” (art. 6°, párrafo tercero) y disponer “las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas (...)”.

Definidos los lineamientos rectores de la autorización conferida, es decir, sentado el patrón de la política legislativa a implementar, de allí en más los actos que como consecuencia de ella emitiera el Ejecutivo debían respetar ese estándar.

Sin embargo, al dictar el decreto 214/02, el presidente de la Nación no observó la limitación contenida en el art. 6° de la ley 25.561, mandato congresional que le imponía “preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de la entrada en vigencia del decreto 1570/01”, tutela que comprendía “a los depósitos efectuados en divisas extranjeras”, art. 6°, ley 25.561.

Dicho acto –al fijar el valor del dólar en la suma de \$ 1.40 más el CER– evadió la protección congresional estatuida por la representación popular, pues dicho importe amenguaba notoriamente la cuantía de lo depositado afectando de esa manera el derecho de propiedad del amparista.

Ahora bien, como el Ejecutivo calificó al decreto 214/02 como de necesidad y urgencia, la Corte interpretó que “(...) no es procedente que frente a una delegación –como la efectuada por el Congreso en la ley 25.561–, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él”.

Razonó el tribunal que “(...) la sanción de la ley 25.561 que declara la emergencia y delega facultades para lograr superarla, es suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 3° de la Ley Fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que lo autorizase a ingresar en ese marco constitucional”.

De tales consideraciones surge que no podían coexistir dos institutos de emergencia, en forma simultánea, cuando el objeto de cada uno de ellos responde a una misma situación de necesidad y se funda en análogos hechos. En el caso, si el Congreso había declarado la emergencia y delegó en el Ejecutivo sus facultades legislativas para enfrentarla, éste último debía limitarse a usar de las potestades conferidas por la ley de delegación, estándole vedado acudir a otra fuente autónoma –a saber, un decreto de necesidad y urgencia–⁽³⁰⁾.

Para la Corte: “Una solución contraria a la indicada importaría admitir una nueva y sobreabundante declaración de emergencia, superpuesta a un estado de igual naturaleza reconocido con anterioridad por el Congreso y, con esta compresión, carente de utilidad, salvo que constituyese un arbitrio elíptico para eludir el marco fijado por la delegación de sus facultades legislativas, justificación que no puede ser constitucionalmente aceptada”.

Se trató del primer caso en la historia de la Corte Suprema en que nuestro máximo tribunal declara la inconstitucionalidad de una ley considerada clave para la política de un gobierno y la declaración tiene lugar mientras el gobierno que dictó la misma está en ejercicio del poder. Asimismo, el máximo tribunal adoptó allí un criterio valioso en materia de revisión judicial de medidas de regulación económica⁽³¹⁾.

(30) Midón, Mario A. R., Una sentencia justa que protege la propiedad y preserva la supremacía constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 281, Montevideo, 2004.

(31) Alfonso, Santiago; Veramendi, Enrique; Castro Videla, Santiago, El Control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo, pág. 299, Buenos Aires, La Ley, 2019.

(26) Fallos: 207:238.

(27) Fallos: 171:87.

(28) Midón, Mario A. R., La carga de acreditar la validez del decreto delegado por el interesado, JA 2008-IV-40.

(29) Fallos: 326:417.

XII. Retroceso jurisprudencial con la subdelegación

A poco de la sanción constitucional, la Corte validó el instituto de la subdelegación legislativa, a partir del caso “Czerniecki”⁽³²⁾. Allí, el tribunal de la cumbre sostuvo que “(...) no suscita reparo que las atribuciones especiales que el Congreso otorgue al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados o de integración, pueda éste subdelegarlas en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que –como en el caso– la política legislativa haya sido claramente establecida” (Fallos: 311:2339).

En ese contexto, se declaró “(...) que debe descartarse la tacha de inconstitucionalidad de la resolución 180 de la Dirección de SENASA (Servicio Nacional de Sanidad Animal), puesto que la competencia para dictarla deriva del art. 10 del decreto 2899/70. Por lo demás, no resulta de las disposiciones de aquella exceso alguno en la delegación, ni se advierte arbitrariedad o irrazonabilidad y menos aún demostración de lesión a las garantías constitucionales que el apelante considera violadas”.

El ejercicio de subdelegación por el organismo demandado (SENASA), convalidado por la Corte, fue demostrativo de un claro exceso en materia legislativa. Ello, porque el constituyente, en el artículo 76, acordó, en forma excepcional, la facultad de que el Congreso delegara la potestad de hacer la ley en el Ejecutivo, razón por la cual esa extensión no es lícita. Por lo mismo, el sistema no permite que el sujeto delegado la transfiera hacia otro órgano de la administración, como ocurrió en el caso.

El fallo, dictado en 1995, importó un rumbo jurisdiccional permisivo puesto que hasta entonces el alto tribunal solo autorizaba la subdelegación cuando ese atributo estaba autorizado de manera expresa en la ley delegante.

XIII. Similitudes y diferencias entre el decreto de necesidad y urgencia y el decreto delegado

Estas categorías legislativas, perfectamente delimitadas y con suficiente autonomía, registran semejanzas y disparidades dignas de consideración. En cuanto al objeto de este artículo, se impone precisar los datos comunes de estas figuras, como también sus diferencias.

Contabilizamos, entre las similitudes, a estas:

1.a) En un caso, como en el otro, se trata de potestades de índole legislativa y de naturaleza “sui generis”, no susceptibles de encuadrar en la calificación de ley formal.

1.b) El titular de la potestad para legislar –sea por razones de necesidad y urgencia o por transferencia del Legislativo– en las circunstancias que la Constitución autoriza es siempre el Poder Ejecutivo.

1.c) En ambos casos, el ejercicio de ese atributo se encuentra sujeto al control del Congreso.

1.d) Tanto la legislación delegada, como los decretos de necesidad y urgencia son susceptibles de control judicial, inmediatamente de expedidos.

1.e) La constitucionalización de ambos institutos reconoce común progenitor en el reformador de 1994. Antes de su vigencia formal, una inveterada praxis –no exenta de reconocimiento jurisdiccional– los había admitido.

1.f) Si se repara en la letra de la normativa que entroniza ambos preceptos –arts. 76 y 99 inc. 3º–, ellos principian su redacción con una categórica aserción que paradójicamente niega al Ejecutivo la facultad que a continuación se le reconoce.

1.g) Los dos tipos de actos legislativos deben ser reafirmados por el Jefe de Gabinete de Ministros.

1.h) Previo a la reunión del plenario de cada Cámara, la Comisión Bicameral Permanente debe controlar la legalidad de estos instrumentos dictados por el Ejecutivo. En el lenguaje de la ley que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso 26.122, lo que hacen las Cámaras es evaluar la validez o invalidez del decreto, elevando un despacho a las ramas legislativas a través del cual aconseja el criterio a seguir.

1.i) El decreto de necesidad y urgencia –herramienta extraordinaria para conjurar un estado de necesidad– en abstracto puede coincidir en su objeto con la legislación delegada. Ello ocurre cuando esta última se otorga para dar respuesta a una situación derivada de emergencia pública.

1.j) Para emitir dictamen la Comisión Bicameral puede consultar, en ambos casos, a las Comisiones Permanentes competentes según la materia.

1.k) En caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente algunos de estos decretos, la Comisión se abocará de oficio a su tratamiento.

1.l) 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.

1.m) Vencido el término de diez días, si la Comisión Bicameral Permanente no se expidió, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trata.

1.n) Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle expreso tratamiento.

1.ñ) Las Cámaras de pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme a lo establecido por el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata.

1.o) Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a aprobar o rechazar el decreto con mayoría absoluta de los miembros presentes.

1.p) Las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo.

1.q) El rechazo de estos actos –de acuerdo a la ley vigente– demanda que ambas Cámaras se expresen en el mismo sentido desestimando el acto.

1.r) Finalmente, tanto un decreto de necesidad y urgencia como la legislación delegada tienen eficacia y jerarquía de ley, razón por la cual derogan las leyes formales que se le opongan y en el ordenamiento nacional gozan de una prelación que los ubica inmediatamente por debajo de los tratados.

A propósito de las diferencias, computamos las siguientes:

2.a) En la legislación delegada la intervención del Congreso se debe dar en dos ocasiones, previa a la emisión del acto cuando el Congreso autoriza al Ejecutivo y, luego, con posterioridad a su dictado. En cambio, la legislación de necesidad y urgencia demanda un único control: el que se realiza en forma subsiguiente por el órgano legislativo. La explicación de tales diligencias del Congreso es congruente con las características de estos actos. Es el Congreso quien delega en el Ejecutivo la facultad de legislar y, luego, es el propio Congreso el que se encuentra en condiciones de verificar si aquél respetó las bases de la delegación. En cambio, los decretos de necesidad y urgencia no están habilitados por el Congreso, sino por la propia Constitución. De modo que cuando el presidente echa mano a ellos lo hace, transitoriamente, *inaudita pars* del órgano representativo, asumiendo una competencia que es propia de aquél en razón de circunstancias excepcionales, razón que justifica la ulterior revisión por parte de las ramas legislativas.

2.b) La técnica legislativa formal que habilita a uno y otro es diversa. En tanto los decretos de necesidad y urgencia pareciera que pueden dictarse sobre cualquier tópico, exceptuando lo penal, tributario, electoral y el régimen de partidos políticos; los decretos delegados se restringen a materias determinadas de administración y emergencia pública. Esa formalidad no inhibe para la configuración de límites materiales implícitos en cuanto a DNU.

2.c) Si el Ejecutivo infringe las previsiones que lo autorizan a dictar un decreto de necesidad y urgencia, ese acto podrá ser pasible de la sanción de nulidad absoluta e insanable, según la Constitución. Sin embargo, la inobservancia de los presupuestos constitucionales que permiten emitir legislación delegada no conlleva –en principio– que esta se haga acreedora de tal descalificación. Sin embargo, el hecho de que la Constitución no haya previsto esa sanción no inhibe la competencia de los tribunales para formalizar dicha declaración cuando el acto reviste la calidad de nulo.

2.d) Si bien la emisión de ambos actos es decisión presidencial, la gestación de un decreto de necesidad y urgencia exige que ella se adopte en acuerdo general de ministros. Tal requisito no demanda la legislación delegada.

2.e) El constituyente ha diferido a una ley especial, sancionada con mayoría calificada, regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en materia de decretos de necesidad y urgencia. La Constitución, aun-

(32) Fallos: 318:137.

que no lo prohibió, guardó silencio sobre esa posibilidad cuando autoriza al Congreso transferir competencia legislativa al Poder Ejecutivo. En la práctica el Congreso ha reglamentando en un instrumento común –ley 26.122– ambas figuras.

2.f) Al examinar un decreto de necesidad y urgencia la Comisión Bicameral Permanente se pronuncia sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución para su dictado. A su tiempo, luego de analizado un decreto delegado, la Comisión se expide sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia, a las bases de la delegación y al plazo fijado para su ejercicio.

XIV. El Ejecutivo encarnando el síndrome del fumador empedernido

La sensación que nos dejan los institutos en examen es frustrante. A través de ellos se han ordinarizado herramientas excepcionales concebidas por la Constitución para el diseño de alta política, es decir, políticas de Estado. Por eso, el mandato del reformador del 94 no se compadece con la desacertada lectura que de estos institutos se ha hecho y, particularmente, de los DNU, que es donde más se materializa el enunciado de su anómala regularidad.

De cara a la realidad argentina, con Ejecutivos que a los fines de ejercitar el atributo conferido por el artículo 99 inc. 3° apelan a una lectura parcial de la Constitución –aprehendiendo únicamente la parte de la norma que les confiere la facultad, pero omitiendo cumplir los lindes sustanciales y de forma–, la ocasión de la reglamentación a través de la ley 26.122 era propicia para oponer una barrera legal contra tales desbordes.

Desaprovechada la oportunidad, nuestros presidentes, como lo hicieron regularmente desde principios de los 90 en adelante, pero con mayor intensidad luego de la admisión constitucional de la figura, han demostrado que padecen del síndrome del fumador empedernido.

Después de haber imitado a un célebre pensador y dejado de fumar muchas veces, tomamos la alegoría del sujeto dependiente de la nicotina cuyo desarrollo vital depende del hábito de fumar.

De modo que lo vemos con tabaco porque está solo o porque está acompañado; porque está alegre o porque está triste; porque está nervioso o porque se encuentra calmo; porque tomó alcohol o porque no ha bebido; porque celebra la concreción de un objetivo o porque se consuela con su no realización; porque es el último de la jornada o porque es el primer cigarrillo del día; porque hace buen rato que no fuma o porque recién fumó; porque es de tarde o porque se hizo la noche; porque ha fumado poco o porque ha fumado mucho, etc.

El listado de las ocasiones en que el dependiente de la droga es llamado a consumirla se extiende hasta el infinito, como aquellas en que nuestros Ejecutivos sienten la irrefrenable necesidad de convertirse en legisladores.

VOCES: PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ESTADO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO CONSTITUCIONAL - PODER LEGISLATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DEMOCRACIA - MINISTERIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS