



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**“ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO PARA PROTECCIÓN SOCIAL
DISPUESTA POR UN DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA: SU
LEGITIMIDAD Y VALIDEZ”**

FUMALE, ROMINA FLORENCIA

2016

ABOGACÍA

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la legitimidad del medio normativo empleado para dar origen al instituto denominado Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH), que fue dispuesto a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia (implementada en el año 2009 por el Decreto N° 1602/09). Se detallan los fundamentos por los cuales se ha creado, que grupos busca proteger (los grupos más vulnerados de la sociedad, hasta entonces relegados por el sistema ordinario de asignaciones familiares), la necesidad de tratamiento normativo a través de una Ley emanada del Congreso, por tratarse del medio idóneo a tales fines, fundado por sobre todo en los derechos que pretende resguardar dicha institución.

La Asignación Universal por Hijo (AUH) tiene origen en el año 2003. Siendo por ese entonces prioridad del Gobierno Nacional la implementación de medidas que tiendan a la universalización de las protecciones en materia de seguridad social, con el objetivo de que los derechos que pretende garantizar las mismas, lleguen a los hogares más necesitados de manera automática, directa y efectiva, sin intermediaciones. Esta medida puede ser considerada muy importante en cuanto a los reconocimientos de los derechos hacia los más necesitados y en la revalorización del rol que cumplen las Asignaciones Familiares en materia social. En este sentido, la AUH puede ser considerada una *medida paliativa* - implementada mediante una modalidad normativa precaria- para brindar respuestas inmediatas ante una particular coyuntura política, económica y social.

Sin embargo luego de varios años de implementación sería importante que la misma adquiriera la forma de Ley que le otorgue la estabilidad jurídica necesaria para no quedar sujeta a las arbitrariedades de los gobiernos de turno; y se garanticen los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna.

Abstract

The present work takes as a target to analyze the legitimacy of the normative way used to give birth to the institute called Universal Child Allowance for Social Protection (AUH), which was arranged through a Necessity and Urgency Decree (implemented in 2009 in means of act 1602/09). Details the fundamentals by which the Universal Assignment per Child for Social Protection was created, which are the groups that search to protect (the most vulnerable groups of the society, until then, relegated by the ordinary system of family assignment), the requirement of a normative treatment by means of a Congress issued law, because it's the suitable way for that purpose, based, above all, in the rights that pretends to guard that institution.

The Universal Assignment per Child has its origin in 2003. Being then the priority of the National Government the implementation of measurements that tend to the universalization of the protections in matter of social security, reach the most needed households automatically, directly and effectively, without intermediations. This measure can be considered very important as soon as the recognition of the rights to the neediest and in the revaluation of the role that meets the Familiar Assignment in a social matter. In this sense, the Universal Assignment per Child can be considered a *stopgap measure* – to provide immediate responses to a particular political, economic and social situation.

However after several years of implementation it would be important that it take the form of law that grants the legal stability needed to not be subjected to the arbitrariness of the government in power; and the rights enshrined in our Constitution are guaranteed.

INDICE:

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: “La Asignación Universal por Hijo para Protección Social”.....	11
1. Introducción.....	12
2. Breve análisis de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social.....	12
3. Fundamento de la medida.....	17
4. Concepto de la AUH.	20
5. Requisitos y Beneficiarios	21
6. La universalidad de la AUH	22
7. Conclusión:.....	25
CAPITULO II: “Diagnostico Institucional de la ANSES”	27
1. Breve reseña histórica de la ANSES	28
2. La Seguridad Social.....	30
3. Prestaciones que otorga:	32
4. Financiamiento de las prestaciones que otorga:	34
5. Fondo de Garantía de Sustentabilidad:.....	41
5.1. Historia del Fondo de Garantía de Sustentabilidad:	41
5.2. Definición	42
5.3. Objetivos.....	44
5.4. Características	44
6. Conclusión.....	47
CAPITULO III: “Régimen normativo de la Asignación Universal por hijo” ¿Por qué mediante un decreto de necesidad y urgencia?	49
1. Introducción:	50
2. Los Decretos de Necesidad y Urgencia.....	50
2.1. Concepto.	51

3. Los decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional.	53
3.1. Análisis del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional	55
4. El control de los Decretos de Necesidad y Urgencia	57
5. Jurisprudencia en el marco de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	60
6. Análisis de la Ley 26122: “Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de la delegación legislativa y la promulgación parcial de leyes”	72
7. Conclusión.....	78
CAPITULO IV: Propuesta de intervención y recomendaciones	80
1. Introducción.....	81
2. Análisis sobre la legitimidad del decreto de necesidad y urgencia n° 1602/09	81
3. ¿Por qué el DNU N° 1602/09 debería transformarse en una Ley emanada del Congreso?	86
4. Definición de Ley	91
4.1. Modelo Argentino que rige en la formación de la ley	92
4.2. Procedimiento de sanción y promulgación de leyes	94
5. Conclusión.....	95
CONCLUSIÓN GENERAL	97
ANEXO.....	101
LISTADO DE REFERENCIA.....	109
Doctrina	109
Legislación	112
Jurisprudencia.....	113

INTRODUCCIÓN

La temática elegida en el presente trabajo, es la Asignación Universal por hijo para Protección Social (AUH). Una Política Pública Nacional de protección social implementada en el año 2009 sin precedentes en la historia de nuestro país debido a su alcance y magnitud.

Los pilares principales de esta política son la distribución de la riqueza, la inclusión social de los grupos más vulnerados y el fortalecimiento de las familias como medio para lograr la máxima satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los cuales se destaca el derecho a la obtención de una buena calidad de vida, a la educación y a la salud.

La mencionada institución fue instaurada mediante Decreto Nro. 1602/09 del Poder Ejecutivo Nacional y Resolución de Anses Nro. 393/09. La cual consiste en un pago mensual por cada hijo menor de 18 años o hijo con discapacidad sin límite de edad que estuviere a cargo del beneficiario. Con la finalidad de garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte.

El organismo a través del cual se materializa esta política pública es la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). Si bien la ANSES en sus orígenes estaba orientada a brindar prestaciones a los beneficiarios activos y pasivos, es decir, aquellos que en algún momento se encontraron en relación de dependencia (SUAF, Desempleo, Jubilaciones y Pensiones), en el afán de cumplir con una inclusión más universal, se incorporan nuevos beneficiarios, que en la mayoría de los casos no se encontraban cuilificados, indocumentados y hasta fuera del sistema formal de empleo. De esta manera se amplía el régimen de Asignaciones Familiares (AAFF) previsto por la Ley 24.714 creada en el año 1996 que contemplaba a la población activa con empleo formal o prestaciones pasivas contributivas y que durante años buscaba la universalización de dicho régimen.

En el presente trabajo se analizará la institución mencionada, cual es el fundamento que llevo al Poder Ejecutivo a tomar esta medida, si se cumplieron los requisitos necesarios para el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia, y si los derechos que pretende otorgar y resguardar la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, tratándose de derechos Humanos, debían ser regulados mediante un decreto. Cuáles son los requisitos para acceder a este beneficio, cuáles son sus beneficiarios, la universalidad y cuáles son los derechos que pretende resguardar la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, cuál es su finalidad, quien es el organismo que la reglamenta, implementa y la controla, y fundamentalmente si resulta legitimo el instrumento legal que crea la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (Decreto de Necesidad y Urgencia).

Se comenzará por referir que la Constitución Nacional Argentina recepta la división de poderes. En la segunda parte del cuerpo normativo (Autoridades de la Nación), Título 1º, Sección 1º, trata al Poder Legislativo, estableciendo en el capítulo IV sus atribuciones. En su Sección 2º, se ocupa del Poder Ejecutivo y dentro del Capítulo 3º de dicha Sección las atribuciones del mismo. Finalmente en la Sección 3º trata lo referente al Poder Judicial, fijando en el Capítulo II de dicha Sección sus atribuciones.

Con la reforma de la Constitución de 1994, las atribuciones y conformación de esta división de poderes han sufrido modificaciones significativas. Entre ellas se otorga como facultad EXCEPCIONAL al Poder Ejecutivo el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, siempre que se cumpla con determinados requisitos de la misma naturaleza. A saber: que se diera en circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir el trámite legislativo, que se constituya en un contexto de necesidad y urgencia y que posteriormente sea convalidado por el Poder Legislativo como órgano de control.

En octubre de 2009 el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) crea la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, y elige como modalidad normativa hacerlo mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia, pese a los numerosos

proyectos de ley que existían en el Congreso, con anterioridad al dictado del decreto, que habían quedado sin tratamiento en comisiones, lo cual inevitablemente perdieron su estado parlamentario.

El objetivo principal del presente trabajo de investigación, es indagar sobre la validez o no del medio normativo empleado, un Decreto de Necesidad y Urgencia, para llevar a cabo la implementación del referido programa de inclusión. Analizando si se cumplen los requisitos que contempla la Carta Magna para la utilización de este medio normativo. O si bien se han vulnerado sus principios rectores, tornándolo de este modo inconstitucional. Asimismo analizar la Ley 26.122 “Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes” que regula los Decretos de Necesidad y Urgencia, ley prevista en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional pero que se crea 12 años después de dicha modificación para regular el trámite y los alcances de la intervención del congreso.

La importancia de estudiar dicha problemática es por un lado, que se respete lo que establece la Constitución Nacional para el dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia, ya que la misma es la Ley Suprema de la Nación. Y por otro lado que se cumplan los requisitos establecidos por la AUH, conforme a lo instaurado por la norma, para obtener mayores logros y alcanzar los objetivos que establece la Asignación Universal por Hijo, como son la alfabetización de los niños, niñas y adolescentes y efectuar los controles de salud y vacunación obligatorios.

Para alcanzar los objetivos propuestos, al tratarse de un Proyecto de Aplicación Profesional, el estudio que se ha realizado en este trabajo fue de tipo exploratorio por tratarse de una temática que ha sido poco estudiada e implementada en los últimos años. Se realizó un análisis completo en lo que respecta al origen y creación de la Asignación Universal por Hijo, la normativa que la regula y el organismo encargado de llevar a cabo e implementar dicho instituto. Por lo que fue necesario realizar un Diagnostico Institucional de la ANSES, describiendo cual es

el rol del organismo, que requisitos se deben cumplimentar para acceder a la AUH y de qué manera destina los fondos para el financiamiento de esta política.

En el curso del desarrollo del presente trabajo se sustentará el hecho de que el DNU tiene una menor fuerza jurídica y estabilidad que una Ley, se definirán y analizarán los alcances de la Ley emanada de Congreso de la Nación, cual es el procedimiento que ha de cumplirse para su sanción y promulgación de leyes, cual es el organismo de control y aplicación, entre otros. Además sin perder de vista que al tratarse la AUH de un programa creado para complementar el régimen de Asignaciones Familiares regulada por la Ley 24.714, debe dotarse de un medio normativo acorde o concordante con el que se pretende modificar o complementar. Y principalmente debido a la importancia que revisten los derechos tutelados por la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, con jerarquía constitucional.

Debido a esto en un primer capítulo se expondrá la introducción a la temática elegida, la AUH para conocer cuál es su concepto, requisitos, los fundamentos que llevaron a implementar dicha institución y los derechos que pretende otorgar. En el segundo capítulo se realizará el diagnóstico institucional de la ANSES, organismo encargado de la implementación y control de la AUH, se realizará una breve reseña histórica del mismo, se conocerá cual es la función, que beneficios otorga y cuál es el financiamiento de las prestaciones. En el tercer capítulo se analizará en profundidad a los Decretos de Necesidad y Urgencia, su concepto, los requisitos que se deben cumplir para su dictado, su introducción en la Constitución Nacional y su posterior control de parte del Congreso, por lo que se analiza la ley 26.122 encargada de regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo. Y por último, en el cuarto capítulo se realizará el análisis específico del DNU 1602/09 que da origen a la AUH, su legitimidad y validez, y los fundamentos de porque este decreto debería transformarse en una Ley emanada del Congreso.

Para concluir y comenzar con el desarrollo de dicha investigación, resulta importante destacar que habiendo transcurrido un tiempo razonable desde la

entrada en vigencia del DNU para dotarlo de mayor fuerza normativa. Y dada la precariedad de la norma que sostiene esta medida social, es imperiosa la revisión completa de la norma cuestionada, que el Congreso pueda retomar esta discusión en un nuevo escenario y se dicte una ley que regule dicha materia, sancionada con el procedimiento y control correspondiente, garantizando la democracia de nuestro sistema Republicano, brindando seguridad y debate de las falencias que presenta dicha institución.

CAPÍTULO I: “La Asignación Universal por Hijo para Protección Social”

Sumario: 1. Introducción- 2. Breve análisis de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social- 3. Fundamento de la medida- 4. Concepto de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social- 5. Requisitos y Beneficiarios- 6. La universalidad de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social- 7. Conclusión

1. Introducción

En este primer capítulo se realizará una introducción al tema objeto de estudio de investigación para lograr sumergir al lector en los conceptos básicos, requisitos, cual es el público beneficiario, cuáles son las normas y los derechos humanos que ampara la Asignación Universal por Hijo para Protección Social que fueron receptados en los tratados internacionales que desde la reforma constitucional de 1994 poseen jerarquía constitucional.

La Asignación Universal por hijo para Protección Social es una política pública implementada recientemente por el gobierno de turno, que como se analizará busca proteger e incluir a los grupos más vulnerables de la sociedad que no se encuentran alcanzados por la Ley de Asignaciones Familiares N° 24.714 sancionada el 2 de octubre de 1996, la misma de alcance nacional y obligatorio, destinada a la protección de grupos familiares que se encuentran en relación de dependencia.

De este modo la Asignación Universal por Hijo para Protección Social complementa el régimen de Asignaciones Familiares, obteniendo una igualdad entre los niños de la República Argentina.

2. Breve análisis de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social

En el “Digesto Normativo de la Seguridad Social” (2012) se define a la Asignación Universal por hijo para Protección Social (a la que en adelante nos referiremos con las siglas AUH) como una asignación de “carácter no contributivo”, que tiene como beneficiarios a aquellas familias que se encuentren desocupados (que no perciban prestaciones contributivas y no contributivas), trabajadores no registrados (que perciban suma de dinero igual o menor al salario mínimo vital y móvil), trabajadores de servicio doméstico (que perciban suma de dinero igual o menor al salario mínimo vital y móvil) y los monotributistas sociales.

Se abona por los niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años de edad y sin límites de edad para los hijos con discapacidad. El pago se realiza a uno solo de los

padres dándole prioridad a la madre y con un límite en el pago de hasta 5 hijos. En el caso de que los padres se encuentren separados, la asignación se abonará a quien posea la tenencia del menor o de la persona con discapacidad, y en el caso de no ser los padres se abonará a quien tenga a su cargo bajo sentencia de guarda, tutela y curatela a la persona o a un pariente por consanguinidad de hasta 3° grado (*Digesto Normativo de la Seguridad Social*, 2012).

El objetivo fundamental de la asignación es la protección de las familias en condiciones de vulnerabilidad social y lograr la escolarización, control de la salud, vacunación obligatoria y documentar a todos los niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad que residan en el Territorio de la República Argentina (*Digesto Normativo de la Seguridad Social*, 2012).

La AUH fue implementada a través del Decreto 1602/09 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 30 de octubre del 2009, en el artículo 1° incorpora como inciso c) del artículo 1° de la Ley de Asignaciones Familiares N° 24.714 y sus modificatorios, el siguiente texto:

- c) Un subsistema no contributivo de Asignación Universal por Hijo para Protección Social, destinados a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina, que no tengan otra asignación prevista por la presente ley y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o desempeñen la economía informal.

Sin embargo su concepto mismo encierra una contradicción cuando por un lado refiere a la Asignación Universal como una prestación de carácter no contributivo, y por el otro lado contempla como sujetos alcanzados a trabajadores que no son de la economía informal sino que poseen una actividad económica reglada, como es el caso del Monotributista Social y Servicio Doméstico.

Si bien es cierto que el Monotributista Social y el Servicio Doméstico son regímenes precarios, no se puede afirmar que sea empleo informal, en ambos casos poseen cierta estabilidad de la cual carece el empleo informal.

En lo que respecta al Monotributista Social no se fundamenta su distingo del Monotributista ordinario atento a que la única diferencia que posee es el monto de facturación, siendo en ambos casos válido a los fines previsionales, aun sin contar con la obligación de un pago mensual de aportes.

En el caso del Servicio Doméstico, estamos en presencia de un empleado que por particularidades específicas de la modalidad de empleo se sustrae al régimen formal de registración de todo empleado, pero no por ello deja de tener aportes o contribuciones como todo empleado de la economía informal. También cuenta con un empleador perfectamente identificado y cuyo régimen de empleo se encuentra normado por La Ley 26.844 (Servicio Doméstico) y por la Ley de Contrato de Trabajo. Asimismo posee remuneración estable fijada periódicamente por resoluciones emanadas del Ministerio de Trabajo y ante una eventual desvinculación laboral, gozan de los derechos de todo trabajador de la economía formal.

A su vez se vislumbra la desigualdad en cuanto al modo de regular la percepción de las Asignaciones Familiares entre los trabajadores del régimen general y los del Servicio Doméstico y Monotributistas Sociales, sin encontrarse un fundamento legal serio, de la exclusión de éstos de la Ley 24.714 de Asignaciones Familiares, siendo que ambos trabajadores contribuyen al sistema y poseen una remuneración mensual estable y permanente y/o un ingreso estable y permanente.

Con respecto a la finalidad perseguida por la AUH, la misma consiste en lograr extender el beneficio de la Seguridad Social y alcanzar la educación básica obligatoria de los niños, niñas y adolescentes y obtener un adecuado control de salud. En este sentido, se trata de lograr la inclusión e igualdad de aquellos niños que no se encuentren amparados por el régimen de Asignaciones Familiares (Ley 24.714), destinados a los grupos de trabajadores que se encuentran en relación de dependencia. La AUH “se propone contribuir a consolidar el vínculo de las familias de menores recursos con la educación y la salud” (Fernández de Kirchner, Bossio, 2013. p 134).

Otro punto importante para destacar, es que la AUH es una política estatal que se enmarca dentro de los denominados programas de Transferencia Monetaria Condicionada (PTC). Dichos programas corresponden a un sistema o régimen no contributivo, destinados a proteger a los más vulnerables y de bajos recursos de la sociedad. Son programas condicionados ya que el pago del mismo implica cumplir con ciertas condicionalidades como los controles sanitarios o la asistencia a la

escuela, y en el caso de no cumplirse dicha condicionalidad no se realizará el pago del mismo (como es el caso de la AUH) (Anses, 2012).

Pese a ello, la condicionalidad se concentra en el cumplimiento de requisitos formales y “superficiales” en cierto modo, debido a que no contempla el fomento de una solución de fondo o al incentivo a que los padres se inserten en el empleo formal. Esto se debe a la desinformación que existe sobre el régimen general de Asignaciones Familiares, de las cuales la AUH es una opción más dentro de dicho régimen. Además, esto contribuye a la creencia de que no cumpliendo con los requisitos quedarán excluidos de un régimen de Asignaciones Familiares que los ampare, siendo que de poder conseguir un empleo formal remunerado, el sistema de Asignaciones Familiares lo seguirá protegiendo a través de otra figura legal, siendo este aún más amplio y beneficioso para el propio trabajador y también le sumaría el beneficio de una obra social, además de una mejor calidad de vida.

Con respecto a la condicionalidad que presenta la AUH, la misma consiste en la presentación de una libreta llamada Libreta Nacional de Seguridad Social, Salud y Educación (Resolución ANSES 132/10), esta es la herramienta actual que utiliza la Anses para llevar a cabo los controles tanto de Salud, Educación y la declaración jurada por parte del adulto responsable sobre su situación laboral. Dicha libreta es presentada todos los años por los beneficiarios en las oficinas de Anses, la cual debe estar completa con dicha información para que los mismos puedan seguir cobrando el beneficio de lo contrario si no se acreditan estos controles el mismo es suspendido.

Resulta relevante aclarar, que en la práctica se observa que el control para alcanzar el cumplimiento de la condicionalidad que presenta la AUH resulta precario, la herramienta a la que se hace mención con la que cuenta el organismo responsable de esta implementación (ANSES), no sería conducente para garantizar la finalidad de la misma ya que no se han previsto indicadores de seguimiento de los organismos involucrados como es el Ministerio de Salud y Educación, métodos y plazos en la implementación de la medida y si efectivamente las condiciones se cumplen de una manera adecuada.

De lo mencionado cabe destacar que el 80 por ciento de la AUH se abona en forma mensual, mientras que el 20 por ciento restante se abona una vez al año cuando se acrediten el cumplimiento de dichas condicionalidades.

Por último hacer mención que la medida se lleva a cabo por medio de la Administración Nacional de la Seguridad Social, siendo este organismo el encargado de realizar la implementación operativa de la AUH, y a través de normas complementarias ejercer la supervisión, el control y el pago de la prestación. A su vez tal como lo establecen los considerandos del decreto 1602/09, la AUH será financiada con los recursos previstos en la Ley 24.241 “Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones” la cual en su artículo 18 expresa:

Las prestaciones del régimen previsional público serán financiadas exclusivamente con los siguientes recursos:

- a) Los aportes personales de los afiliados comprendidos en el régimen previsional público;
- b) Las contribuciones a cargo de los empleadores, establecidas en el artículo 11 de esta ley;
- c) Dieciséis (16) puntos de los veintisiete (27) correspondientes a los aportes de los trabajadores autónomos;
- d) La recaudación sobre el impuesto de los Bienes Personales no incorporados al Proceso Económico o a aquel que lo sustituya en el futuro, y otros tributos de afectación específica al sistema jubilatorio;
- e) Los recursos adicionales que anualmente fije el Congreso de la Nación en la ley de Presupuestos;
- f) Intereses, multas y recargos;
- g) Rentas provenientes de inversiones;
- h) Todo otro recurso que legalmente corresponda ingresar al régimen previsional público.

Al respecto el decreto aclara en sus considerandos que el Poder Ejecutivo Nacional entiende que:

Estos recursos se han fortalecido a partir de las inversiones que se han efectuado de los fondos que constituyen el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino creado por el Decreto N° 897/07 y de la rentabilidad anual obtenida, resultando posible dar sustento al financiamiento de

la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, que por el presente se instituye.

3. Fundamento de la medida

El Estado es el encargado de velar por el cumplimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales se encuentran derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos están relacionados con el derecho a una alimentación adecuada, a una vivienda digna, a la salud y educación. Los mismos se encuentran garantizados en los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales poseen jerarquía constitucional a partir de 1994 con la reforma de la Constitución Nacional incorporados en el artículo 75 inciso 22.

Esta categoría de derechos humanos se encuentran garantizados en tratados internacionales y regionales, y que tienen por objetivo proteger a los individuos y a la sociedad ante determinados riesgos, como es el caso de la vejez, enfermedad, pobreza, desempleo, etc. En 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos por Naciones Unidas, establece en su artículo 22:

Que toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad.

En este marco Argentina es uno de los países que ratifica en el artículo 75 de la Constitución Nacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de esta manera la implementación de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social es llevada a cabo para cumplir una vez más con la garantía de los derechos humanos aplicados a la vida cotidiana.

En este caso el Poder Ejecutivo dicta esta medida para brindarle una cobertura a esta necesidad de manera inmediata a través del dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) previsto por la Constitución Nacional. Si bien esta asignación se incorpora con la intención de suplir esa laguna normativa que existía con el régimen de Asignaciones Familiares, el cual no incluía a las

familias más vulnerables cuyos miembros se encuentran en condiciones laborales de mayor precariedad, en este caso la norma utilizada para otorgar estos derechos no se encuentra debidamente fundada, considerándose que los derechos que pretende normar ameritan un tratamiento y debate más profundo que hubiera logrado una ley emanada del Congreso sometiéndose al procedimiento ordinario de sanción y promulgación de leyes.

A su vez esta medida se dictó para cumplir con lo dispuesto en la ley 26.061¹ a través de la implementación de políticas públicas que permitan mejorar la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de vulnerabilidad. Esta ley tal como lo describe en su artículo 1:

Tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina para garantizar el ejercicio y el disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte (...).

En su artículo 3 de la precedente ley define al interés superior de los niños, niñas y adolescentes como:

(...) la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida, se entiende por centro de vida al lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia;

¹ Ley 26061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Publicada el 26/10/2005.

Asimismo en el artículo 26 la misma ley dispone el derecho de las niñas, niños y adolescentes a obtener los beneficios de la Seguridad Social estableciendo: “(...) Los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas de inclusión para las niñas, niños y adolescentes, que consideren los recursos y la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento”.

Pero, de continuar los organismos del Estado ocupándose únicamente de la faceta proteccionista, absorbiendo y asumiendo un rol social y responsabilidades que son exclusiva competencia de los adultos responsables del menor, se corre el riesgo de anular la motivación e impulso de los padres a tomar un rol activo en el cuidado y bienestar de sus hijos.

Además de modo indirecto se está descuidando el rol propio del Estado como garante de los derechos constitucionales, entre los cuales también se destacan el derecho al trabajo que hace a la dignidad humana de todo individuo y en particular de los padres responsables de estos menores.

Es obligación del Estado tal como surge de la precedente ley garantizar estos derechos a la niñez y poner en una situación de igualdad a los menores cuyos padres se encuentren desocupados o en situaciones laborales precarias respecto de aquellos padres que si se encuentran en el empleo formal y que están alcanzados por el régimen de Asignaciones Familiares Ley 24.714, sin dejar de lado e incentivar a cumplir con los derechos y obligaciones que les compete a los adultos responsables de los niños, niñas y adolescentes.

Es innegable que los derechos que pretende resguardar la AUH son de raigambre constitucional y la finalidad que persigue la misma presenta un importante logro y un papel fundamental en la promoción de la educación y la salud de los niños, por eso se considera la posibilidad de que los mismos sean regulados por una ley emanada del Congreso proporcionándoles seguridad, estabilidad y superioridad a la AUH.

Al mismo tiempo los derechos que resguarda la AUH son reconocidos por los Tratados Internacionales como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 12 el cual establece:

Toda persona tiene derecho a la educación (...) tiene el derecho de que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de la

educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el estado (...).

Y también reconocidos en la Ley 23849 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño en los artículos 24, inciso 1 y 2 del apartado b)²; 26 inciso 1³ y 28 inciso 1 apartado a), b) y e)⁴. Todos los derechos que se definen en dicha convención son inherentes a la dignidad humana y al desarrollo armonioso de todos los niños. A su vez los Estados partes se han comprometido a proteger y a asegurar los derechos de la infancia, garantizar la salud, la educación, la prestación de servicios jurídicos civiles y sociales y llevar a cabo todas las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño.

4. Concepto de la AUH.

La Asignación Universal por Hijo para Protección Social es:

En primer lugar, la AUH significa el reconocimiento de un derecho social: el derecho de niñas y niños argentinos a estar incluidos, a gozar de un estándar básico de vida, de bienestar y seguridad económica.

En segundo lugar se convierte en una política que ratifica la universalidad de los derechos sociales hacia aquellos que aun participando del mercado de trabajo, se encontraban impedidos de recibir los beneficios de las asignaciones familiares.

² Ley 23849 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24 inciso 1: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...”. Inciso 2: “Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.

³ Ley 23849 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 26 inciso 1: “Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional”.

⁴ Ley 23849 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 28 inciso 1: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria (...); e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar (...).”.

En tercer lugar, la medida recoge la historia reciente de los trabajadores argentinos y adapta el alcance de la Protección Social a la realidad de la sociedad actual. (Anses, 2012, p 9)

5. Requisitos y Beneficiarios

Para acceder a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social el grupo familiar (niño, adolescente y/o persona con discapacidad, y el adulto responsable) deberán cumplir con los siguientes requisitos:

El adulto responsable debe encontrarse:

- Desocupado, como trabajador no registrado, trabajadores del servicio doméstico y/o monotributistas sociales;
- Tener DNI y encontrarse relacionado con su grupo familiar en la base de datos de Anses;
- Residir en la República Argentina, ser argentino o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país con un mínimo de tres (3) años;

Los menores deben acreditar:

- DNI, encontrarse relacionado con su grupo familiar en la base de datos de Anses con la presentación de la Partida de Nacimiento;
- Ser menor de 18 años de edad, residir en la República Argentina, ser argentino nativo o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país con un mínimo de tres (3) años;

El menor o la persona con discapacidad:

- DNI, Partida de Nacimiento y contar con el Certificado de Discapacidad emitido por autoridad competente, para ser presentado ante Anses, encontrarse relacionado con su grupo familiar y obtener la Autorización por Discapacidad vigente en la base de datos de Anses;
- Sin límites de edad, residir en la República Argentina, ser argentino nativo o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país con un mínimo de tres (3) años;

En todos los casos deberán cumplir con los requisitos de Salud, Escolaridad y Declaración Jurada del adulto responsable, acreditados en la Libreta de Seguridad

Social Salud y Educación. Los menores de 4 años solo deberán acreditar el control sanitario, el calendario de vacunación oficial, la inscripción al Plan Nacer (otorgado por el Ministerio de Salud), y la declaración jurada del adulto responsable. Los menores de 5 años en adelante además de acreditar los requisitos mencionados deberán cumplir con la concurrencia obligatoria a establecimientos educativos en cualquiera de sus niveles (inicial, primaria y secundaria).

6. La universalidad de la AUH

Según la Real Academia Española universal significa “que comprende o es común a todos o en su especie, sin excepción de ninguno”.

La Asignación Universal por Hijo para Protección Social como se mencionó anteriormente se implementa como la extensión al sistema de Asignaciones Familiares de la Ley 24.714, pero a diferencia de dicho régimen se deben cumplir con ciertos requisitos de acceso y permanencia. En uno de los puntos de los considerandos del decreto 1602/09 establece estos requisitos para permanecer en el cobro de la AUH:

El otorgamiento del beneficio se somete a requisitos que deberán acreditarse para garantizar la universalidad y a la vez preservar la transferencia, condicionándolo al cumplimiento de los controles sanitarios obligatorios para menores y a la concurrencia al sistema público de enseñanza.

Si bien esta medida resulta positiva debido a que considera al sector más vulnerable de la sociedad, también es cierto que la cobertura presenta ciertas limitaciones en cuanto al número de beneficiarios por grupo familiar, (por ejemplo en el caso de las familias con más de 5 hijos, quedando excluido el sexto hijo de dicho beneficio ya que el pago de la AUH se encuentra topeado hasta un máximo de 5 hijos), estableciéndose una diferencia y situación de desigualdad entre estos, vulnerando el principio de igualdad reconocido en la Constitución Nacional en el artículo 16 “(...) Todos sus habitantes son iguales ante la Ley (...)”.

También es necesario hacer referencia que si bien la AUH intenta poner en situación de igualdad a los menores cuyos padres se encuentran desocupados o en

situaciones laborales informales, con respecto a cuyos padres tienen trabajo formal, pero dentro de las situaciones que reconoce estaría dejando fuera del beneficio los casos de los monotributistas activos o eventuales, que poseen un régimen distinto a los monotributistas sociales (actualmente si reconocidos por la AUH), conforme ya se hizo mención anteriormente.

Otra situación que no debe dejarse de lado, tal como lo describe una parte de los considerandos del decreto es la concurrencia a establecimiento del sistema público de enseñanza. En el caso de los niños que concurren a escuelas privadas, siendo en algunos casos escuelas privadas de muy baja cuota, o casos de niños becados, teniendo como única posibilidad la de concurrir a esas escuelas ubicadas en sus barrios, y sabiendo que la finalidad de la AUH es lograr la escolarización de los niños, niñas y adolescentes, en este caso estos niños quedarían excluidos del pago del 20 por ciento que se abona una vez al año al acreditar la escolarización del menor.

De todo esto se desprende que el otorgamiento o no de la AUH a un grupo u otro se funda más en una decisión meramente formal que en un sustrato real que justifique dicha exclusión.

La otra cuestión que merece ser mencionada al respecto de la vulneración del principio de universalidad, es lo que atañe al régimen de incompatibilidades que presenta el beneficio, tal como lo describe el art. 9 del decreto 1602/09:

La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resulta incompatible con el cobro de cualquier suma originada en Prestaciones Contributivas o No Contributivas Nacionales, Provinciales, Municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes Nros. 24013, 24241 y 24714 y sus respectivas modificatorias y complementarias.

Al respecto la justicia se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del referido artículo, en autos caratulados “G.G. s/ medida cautelar” que tramitaran por ante el Tribunal de Familia N° 2 de la ciudad de Mar del Plata a cargo de la doctora Adriana E. Rotonda- Juez- el 28/09/10 y recepcionado por dictamen Ex/ GAJ N° 48.559, entre los puntos más importantes del mismo podemos señalar los siguiente:

(...)El Ministerio Pupilar afirma que la referida norma (art 9 del decreto 1602/09) deviene inconstitucional a fin de violentar las disposiciones contenidas

en los arts. 75 inciso 23 de la CN; arts. 2, 3,4,23,24,26,27 y consecutivos de la Convención de los Derechos del Niño, así como por su falta de adecuación a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad Ley 26.378, (...)La asesora de incapaces intenta salvaguardar el interés superior del niño a fin de no negarle a la niña derechos adquiridos (otorgados con anterioridad por la Ley 26.378) por falta de concordancia entre el art. 9 del Decreto 1602/09 y la ley de discapacidad, mediante el respeto a la persona con discapacidades diferentes(...); En el caso de autos el Representante del Ministerio Pupilar reclama la restitución de derechos sociales en favor de la niña Gisel G(...) y ha planteado la medida autosatisfactiva a fin de asegurar la eficacia oportuna de la satisfacción de derechos económicos y sociales de la niña(...). El decreto permite la percepción de la AUH, ocluyendo dogmáticamente la posibilidad de acceso al beneficio cuando el niño joven percibe una pensión por discapacidad provincial, sin tener en consideración la concreta desventaja existente para la familia con hijos con discapacidad psicofísica (...).

El fallo en cuestión se pronuncia pormenorizadamente sobre las normas constitucionales que se encuentran vulneradas por el artículo 9 del decreto referido y además vulnerando la Supremacía Constitucional que se recepta en el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional el cual establece:

Esta Constitución, las Leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859.

En ese orden de ideas y si bien se ha señalado como opera el control judicial de la Constitución Nacional, cabe destacar que la naturaleza de la prestación y las características del grupo social tutelado en el caso de la AUH hacen impensado el acceso a la vía judicial a los fines de dirimir una controversia que recaiga sobre esta prestación. Más aun cuando se trata de un ente administrativo cuya instancia previa hay que agotar antes de recurrir a la justicia. Sumado a los tiempos que demanda un reclamo judicial posterior para el hipotético caso de que el reclamante

tenga vías económicas de acceso a un letrado patrocinante. Por ello es fundamental que el tratamiento normativo se efectuó en forma amplia y pormenorizada, de lo contrario el derecho que no se resguarde debidamente no podrá ser restablecido de un modo real.

Reconociendo esta situación, y con acierto la Gerencia de Asuntos Jurídicos de Anses mediante dictamen 51805 de fecha 17/02/2012 elevó a la Dirección General de Diseño de Normas y Procesos un pedido expreso de recepción normativa de la jurisprudencia referida sobre la inconstitucionalidad del art. 9 para evitar que el administrado que se encuentra en situación análoga, deba recurrir a la justicia para obtener una respuesta favorable a su pedido en la vía administrativa. Entre los fundamentos de la misma señala: “(...) los fundamentos de la AUH pueden verse vulnerados cuando existan incompatibilidades para percepción del grupo familiar solicitante (...)”.

En concordancia con la Gerencia de Diseño de Normas y Procesos, la Gerencia de Asuntos Jurídicos mediante nota GDNyP N° 919/11 expresó:

En tal sentido, los fundamentos de la AUH pueden verse vulnerados cuando existan incompatibilidades para la percepción del grupo familiar solicitante, es por eso que la Gerencia de Asignaciones Familiares y Desempleo estima que dichas incompatibilidades deben aclararse a los fines del cumplimiento de la justicia social.

Para concluir, todas estas situaciones llevan a pensar que la AUH no está destinada a la infancia en general, ni comprende a todos los adultos que posean menores a cargo, tornando de este modo irrealizable su pretensión de carácter universal tal como lo describe su pretenciosa denominación.

7. Conclusión:

Como se pudo desarrollar a lo largo de este capítulo, la creación de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social representa un instituto que si bien intenta dar una protección e inclusión a niños, niñas y adolescentes que quedaban desprotegidos por el régimen de Asignaciones Familiares, la AUH sin

lugar a dudas ampara derechos importantísimos para nuestros niños como son el derecho a la salud y educación, derechos humanos de raigambre constitucional, de suprema importancia que merecen ser tratados.

Es por lo antedicho que se sostiene que la AUH requiere y amerita un debate y un tratamiento normativo más profundo. Sin lugar a dudas es el Congreso quien pueda retomar esta discusión para dotar a dicha institución de mayor jerarquía normativa, como si lo hubiera logrado una LEY para sostener dicha institución en el tiempo y brindarle tanto fuerza jurídica como estabilidad normativa, y ningún gobierno posterior pueda dejar sin efecto dicha institución.

Por último establecer con el cambio de norma realmente una política universal, donde ningún grupo de la población quede fuera de dicha institución, e incluya a todos los niños, niñas y adolescentes que no se encuentren amparados por el régimen de asignaciones familiares, que si bien hubo avances con el intento de universalizar la cobertura, todavía quedan deudas pendientes para pensar en esta dirección.

CAPITULO II: “Diagnostico Institucional de la ANSES”

Sumario: 1. Breve reseña histórica de la ANSES- 2. La Seguridad Social- 3. Prestaciones que otorga- 4. Financiamiento de las prestaciones que otorga- 5. Fondo de Garantía de Sustentabilidad- 5.1. Historia del Fondo de Garantía de Sustentabilidad- 5.2. Definición- 5.3. Objetivos- 5.4. Caracteres- 6. Conclusión.

1. Breve reseña histórica de la ANSES

En el año 1990 mediante la Ley 23769 se creó el Instituto Nacional de Previsión Social, con la finalidad básica de unificar la administración del Sistema Nacional de Previsión Social. Posteriormente, el Decreto 2284 del 31 de octubre de 1991 disolvió este Organismo, el cual fue sustituido por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) mediante Decreto 2741 del 26 de diciembre de 1991 (*Digesto Normativo de la Seguridad Social. 2012. p. 31*).

La ANSES se creó como un Organismo descentralizado, en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaría de Seguridad Social, teniendo a su cargo la administración del Sistema Único de la Seguridad Social. Se le otorgaron facultades para otorgar los beneficios previsionales, así como también las facultades de administración, recaudación, fiscalización y ejecución de los aportes y contribuciones previstos en la Contribución Unificada de la Seguridad Social, del Fondo Nacional de Empleo y de las Asignaciones Familiares (*Digesto Normativo de la Seguridad Social. 2012. p. 31*).

“La Administración Nacional de la Seguridad Social”:

La ANSES, Administración Nacional de Servicios Sociales es un organismo descentralizado que actúa en el ámbito de la Secretaría de Seguridad Social, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social⁵.

Su principal cometido es administrar todas las prestaciones contributivas de la Seguridad Social en la Argentina, destinadas a los trabajadores activos, pasivos y sus familiares⁶.

En su esfera de acción está facultada para administrar los fondos correspondientes a los regímenes nacionales de jubilaciones y pensiones, de los trabajadores en relación de dependencia y autónomos. Así también, administra

⁵ Fuente: Página web de Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa Jefatura de Gabinete de Ministros Presidencia de la Nación. Anses-SGP. Recuperado de http://www.sgp.gob.ar/contenidos/onig/carta_compromiso/paginas/organismos/anses1.htm

⁶ Fuente: Página web de Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa Jefatura de Gabinete de Ministros Presidencia de la Nación. Anses-SGP. Recuperado de http://www.sgp.gob.ar/contenidos/onig/carta_compromiso/paginas/organismos/anses1.htm

los fondos correspondientes a subsidios, asignaciones familiares y prestaciones por desempleo⁷.

El Decreto 2741/1991 que crea dicho organismo en el artículo 3 establece que: “La ANSES estará a cargo de un Director Ejecutivo designado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, la Administración tendrá facultades propias para su conducción administrativa y financiera independiente del Tesoro Nacional”.

Originariamente con un administrador exclusivo, el Estado, a través de las diferentes denominaciones históricas y actualmente denominada ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social), como único administrador de fondos de recaudación de aportes previsionales, luego compartiendo su rol con las AFJP (Administradora de Fondo de Jubilaciones y Pensiones). Hasta lo que parecía un régimen mixto, moderno e innovador, comenzó a mostrar sus impactos sociales directos entre los cuales se destacaron, descapitalización del ente estatal, y desprotección de algunos afiliados que por cuestiones normativas no alcanzaban una cobertura acorde con los principios de la seguridad social. Tales como no garantizar protecciones mínimas o que los fondos a abonarse a los beneficiarios tenían topes y no eran en todos los casos prestaciones vitalicias, entre otras cuestiones, que por razones de brevedad no expondrán, además de no ser el motivo del presente trabajo.

Es así como pasados muchos años se transitó por un régimen mixto (ANSES-AFJP), en donde todas estas cuestiones comenzaban a vislumbrarse, sumado a que los fondos líquidos de la recaudación de aportes actuales se desviaban a reinversiones privadas (AFJP) y a las arcas del estado en diferente medida, se decidió que esos fondos provenientes de la recaudación de aportes que se desviaban a las reinversiones privadas de las AFJP, podrían ser reinvertidos de un modo más solidario y redistribuido más equitativamente en la sociedad, en vez de ir a capitalizaciones privadas que no respondían a la finalidad propia que el legislador tuvo en miras al establecerlas. Es así, como el Estado viendo esta

⁷ Fuente: página web de Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa Jefatura de Gabinete de Ministros Presidencia de la Nación. Anses-SGP. Recuperado de http://www.sgp.gob.ar/contenidos/onig/carta_compromiso/paginas/organismos/anses1.htm

necesidad, reabsorbió las AFJP y sus fondos. En 2008, mediante ley 26.425 se produjo el traspaso de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) al ámbito del Estado. De esta forma, el organismo ha pasado a ser el encargado de administrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad soporte del financiamiento de las prestaciones de la Seguridad Social. Encontrándose entre los principios rectores de la organización la Sustentabilidad, Universalidad y Solidaridad en el otorgamiento de prestaciones.

2. La Seguridad Social

En el “Digesto Normativo de la Seguridad Social” (2012), se define a la Seguridad Social como un derecho que le asiste a toda persona de acceder, por lo menos, a una prestación básica para satisfacer estados de necesidad. Cabe destacar que es un derecho humano fundamental reconocido en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales incorporados a la Carta Magna a partir de la reforma del año 1994. Una de sus principales fuentes es el artículo 14 bis de la CN:

(...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

El mencionado artículo hace referencia a una cobertura integral e irrenunciable, la misma debe entenderse como una amplia cobertura a las necesidades de los trabajadores y a ser incorporado al sistema sin posibilidad de renunciar a este.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en un documento publicado en 2012 denominado “Combatiendo la desigualdad desde lo básico”, definió a la seguridad social como:

(...) El conjunto de instrumentos destinados a la prevención y el manejo de los riesgos que conlleva la vida de las personas en una sociedad. Permite la

cobertura de las necesidades sociales básicas, y el acceso a los servicios indispensables para el bienestar y la seguridad en los ingresos. La seguridad social se expresa a través de mecanismos informales, a través de la familia, la comunidad y la sociedad en general, y de mecanismos formales, mediante la política pública. (p. 9)

Por su parte el Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social la define como:

(...) El sistema de protección que una sociedad construye a fin de brindar amparo frente a los riesgos que atraviesan todos los seres humanos a lo largo de la vida. Es un derecho humano fundamental que garantiza el bienestar inherente a la dignidad de las personas. Es responsabilidad primaria del Estado garantizar su ejercicio efectivo⁸.

Dentro de los principios que caracterizan a la Seguridad Social, Grisolia (2007) los enumera de la siguiente manera:

- Solidaridad: la seguridad social es una obligación que debe asumir toda la sociedad, ya que la misma es responsable de las contingencias que pueda sufrir cualquiera de las personas que conforman dicha sociedad.
- Subsidiariedad: el Estado es el responsable de cubrir las posibles contingencias, y de auxiliar a los sectores de la sociedad que se encuentren afectados por dichas contingencias. Esta tarea es indelegable y la debe otorgar por medio de los organismos que lo componen.
- Universalidad: la cobertura de la seguridad social se brinda a todos los individuos sin ninguna excepción.
- Integralidad: la cobertura debe ser amplia y total.
- Igualdad: igual cobertura a todos los individuos que estén en iguales circunstancias.
- Unidad de gestión: debe estar regulada, organizada y ejecutada por una legislación, estructura financiera y administrativa única.

⁸ Fuente: página web de Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. “Seguridad Social: un derecho humano fundamental”. Recuperado de <http://www.trabajo.gov.ar/seguridadsocial/>

-Inmediación: el bien jurídico protegido es el hombre, por esto el objetivo es protegerlos contra el desamparo.

3. Prestaciones que otorga:

Dentro de las prestaciones que otorga la ANSES, según lo investigado y recolectado en el trabajo de campo, se puede destacar que existen beneficios que se perciben en forma mensual, los pagos únicos que se perciben por única vez y los diferentes servicios que son brindados en las oficinas de ANSES de todo el país.

Con respecto a los servicios que brinda entre los más importantes se encuentran:

- La obtención de CUIL; Historia Laboral; Certificación Negativa; consulta de Obra Social (CODEM); la Clave de la Seguridad Social; Certificación de Servicios; la activación de un beneficio suspendido; Poderes a entidad bancaria y a persona física; Cambio de apoderado; Cambio de domicilio; Cambio de Banco; Acreditación de datos y actualmente se agregó la entrega y activación de la Tarjeta Argenta entre otros.

Dentro de los beneficios que son abonados en forma mensual por la ANSES se encuentran:

-La Jubilación Ordinaria (la cual pueden acceder los trabajadores que cumplan con 30 años de antigüedad laboral y además 60 años de edad la mujeres y 65 los varones)

-Retiro por Invalidez (la cual pueden acceder los trabajadores cualquiera sea su edad y antigüedad laboral que se incapacite física e intelectualmente en forma total para realizar la actividad laboral, sea que haya sufrido algún accidente o enfermedad)

- La prestación por Edad Avanzada, la cual pueden acceder las personas de 70 años que no cumplan con la antigüedad laboral requerida para la jubilación,

- Pensión (abonada a esposa, conviviente, hijos menores de 18 años o con discapacidad sin distinción de edad),

- El seguro de desempleo, prestación que se abona al trabajador que se encuentra desocupado, la cantidad de cuotas puede variar entre 2 y 12 cuotas,

-Las Asignaciones Familiares son prestaciones de carácter no remunerativo, contemplada por el sistema de la seguridad social, las mismas son abonadas por la carga de familia.

Se pueden dividir en:

- Asignaciones de pago mensual: Asignación Familiar que se abona a los trabajadores que se encuentren en relación de dependencia por cada hijo menor de 18 años y por hijo discapacitado sin distinción de edad. La Asignación Familiar por Prenatal, la misma es abonada desde el tercer mes de gestación hasta el nacimiento o interrupción del embarazo. La Asignación Familiar por Maternidad, consiste en el pago de la remuneración bruta que le hubiera correspondido a la trabajadora durante el período de licencia por maternidad (3 meses). En todos los casos siempre y cuando el trabajador no supere los topes establecidos. La Asignación Universal por Hijo para Protección Social, se abona a los Padres que se encuentran desocupados, en la economía informal o trabajadores de servicio domésticos siempre que perciban ingresos iguales o menores al Salario Mínimo Vital y Móvil, por cada hijo menor de 18 años y por hijo con discapacidad sin distinción de edad, el pago de dicha prestación se encuentra supeditada al cumplimiento de la escolaridad de dicho menor, y el control médico y vacunación. La Asignación por Embarazo para Protección Social, es una prestación destinada a las mujeres embarazadas que se encuentren desocupadas, en la economía informal o sean trabajadoras del servicio doméstico siempre que perciban ingresos iguales o menores al Salario Mínimo Vital y Móvil, se abona desde el tercer mes hasta el nacimiento o interrupción del embarazo, el pago de dicha prestación se encuentra supeditada a la inscripción del Plan Nacer y a los controles requeridos por el Ministerio de Salud para cada embarazo.
- Asignaciones de pago anual: son las que se abonan una vez al año, entre ellas se encuentran la Escolaridad, la misma es abonada al inicio del ciclo lectivo, por cada hijo que concurre regularmente a un establecimiento escolar, diferencial o de rehabilitación, y que los padres acrediten dicha concurrencia y tengan derecho a percibir la Asignación Familiar. Dentro de

la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, una vez al año se abona el veinte por ciento restantes del beneficio siempre y cuando acrediten la asistencia a escuelas de enseñanza pública y la vacunación y control de salud, dichos requisitos son presentados por medio de la Libreta de Seguridad Social. Al igual que la Asignación por Embarazo que también requiere la acreditación del nacimiento, a través de la presentación de la partida de nacimientos del menor, y de esta manera se abona el veinte por ciento que se retiene como concepto de nacimiento.

- Asignaciones de pago único: son las que se abonan por única vez por causa de nacimiento y adopción de hijo y casamiento durante la relación laboral, siempre cuando acrediten los requisitos exigidos por ANSES y no superen el tope establecido.

Entre las prestaciones más recientes que ha incorporado la ANSES con la gestión del gobierno anterior, se destacan el Progresar que consiste en un pago mensual por cada joven entre los 18 a 24 años que no trabajen, o lo realicen en la economía informal o perciban un salario mínimo vital y móvil, que se encuentren estudiando, sea a nivel primario, secundario, terciario o universitario en un sitio oficial. Entre otras se destaca la Tarjeta Argenta para todos los jubilados, el Programa Hogar para acceder a la garrafa los que no poseen gas natural, el PRO.CREAR. El programa para la creación de viviendas y la Nueva Moratoria para acceder a la jubilación las personas que cuenten con la edad requerida pero no tengan los años de aportes.

4. Financiamiento de las prestaciones que otorga:

Es importante señalar primeramente el origen de los fondos de las prestaciones de ANSES: el Régimen General de recaudación del SIPA (Sistema Integrado Previsional Argentino), denominación adquirida luego de la reabsorción de las AFJP, por parte del Estado (ANSES).

En un primer momento la Dirección Nacional de Recaudación Previsional era la encargada de recaudar y otorgar las prestaciones, pero luego de la creación de la que fuere la Dirección General Impositiva (DGI) y actualmente Administración

Federal de Ingresos Públicos (AFIP), ANSES solo se ocupa del otorgamiento de prestaciones y de gerenciar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad, dejando el rol de recaudador a AFIP.

De este modo ANSES, luego de la recepción de los fondos recaudados los administra y re direcciona en forma de prestaciones de la Seguridad Social, tanto en la faceta de activos, con prestaciones de desempleo, las asignaciones familiares, y demás prestaciones ya referidas, y a los pasivos, en forma de jubilaciones, pensiones, prestaciones por invalidez y asignaciones familiares del grupo familiar del pasivo.

Así mismo, si bien la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales ente estatal también encargado de prestaciones pasivas, se ocupa de la órbita no contributiva. La ANSES también se ocupa de esta faceta no contributiva, aunque principalmente sus prestaciones sean de origen recaudatorio y de carácter contributivo.

Cabe la aclaración y distingo de las mismas conforme la forma de implementación, requisitos de procedencia y financiación no es igual en ambos casos. Pero sí en ANSES, se da la coincidencia que los fondos que la financian son de origen contributivo, lo cual reafirma el carácter de solidario del Fondo de Garantía de Sustentabilidad de ANSES, que no solo brinda apoyo económico a quienes han contribuido a la financiación del fondo, sino que también protege a quienes por innumerables motivos no han podido insertarse en las actividades laborales y económicas para poder contribuir al mismo.

Dicho de otro modo, las prestaciones contributivas son las que se financian por los aportes de los activos independientes, como los aportes patronales y personales de los empleados en relación de dependencia. En lo que respecta a prestaciones de los empleados dependientes, se encuentran las prestaciones que están a cargo del SUAF (Sistema Único de Asignaciones Familiares) regido por la Ley N°24.714, que como se mencionó anteriormente es el salario familiar de aquellos trabajadores del empleo formal. En cuanto a las prestaciones de carácter no contributivo, caso de la AUH (Asignación Universal por Hijo para Protección Social), los fondos de las mismas provienen de rentas generales.

Entre las prestaciones que otorga la Seguridad Social, las mismas son financiadas de la siguiente manera:

-Jubilaciones y Pensiones:

Hoy en día estamos en presencia de un sistema previsional de reparto denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), regido por la Ley 26.425 la cual en su artículo 1 dispone: "...financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público...".

Hasta el año 2008 regía el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, normado por la Ley 24.241, el cual ha sido modificado por la Ley 26.425 con la extinción de las AFJP, para así unificar todo en un único sistema de reparto.

El financiamiento del SIPA proviene principalmente de 3 fuentes:

Los aportes de los trabajadores y contribuciones de los empleadores. El porcentaje de aportes es del 17 % del salario imponible por parte del empleado (de los cuales el 11% se destina al SIPA, el 3 % al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados "INSSJP" y el 3 % al seguro de salud "obras sociales"), y las contribuciones a cargo del empleador son del 23 % (de los cuales el 10.17 % se destina a los beneficiarios otorgados por el SIPA. El restante 12.83% se reparte entre el Subsistema de Asignaciones Familiares 4.44%, el Fondo Nacional de Empleo 0.89%, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados 1.5% y la obra social 6 %). (ANSES, 2010. P. 6)

Recursos tributarios de afectación específica: tales como el IVA, Ganancias, Impuestos Internos. (ANSES. 2010. P. 6)

Transferencias del Tesoro Nacional (que se componen principalmente de una afectación específica del 15 % de la masa coparticipable bruta). (ANSES, 2010. p. 6)

Otras de las prestaciones que otorga la Seguridad Social es el Seguro de desempleo, creado en el año 1991 por la Ley 24.013, dicha prestación financiada por aportes contributivos:

El mismo proviene de cotizaciones de los empleadores (del 23 % del salario imponible que aporta el empleador, el 0.89 se destina al Fondo Nacional de Empleo. En el caso de los empleadores cuya actividad principal sea la locación o prestación de servicios, con excepción de las asociaciones sindicales, sociedades

de garantía recíproca obras sociales y demás entidades comprendidas en la Ley 23.660 y en la Ley 23.661, la contribución destinada al Fondo de Empleo es del 1.11% del salario imponible) y de los beneficiarios de haberes previsionales que están en actividad y de recursos fiscales extraordinarios provenientes del Estado. (ANSES, 2010. p. 10)

Las Prestaciones Familiares:

Las erogaciones correspondientes al Sistema de Asignaciones Familiares constituyen un gasto contributivo ya que se financia a partir de contribuciones vinculadas al trabajo (del 23 % del salario imponible que aporta el empleador, el 4,4 % se destina al subsistema de Asignaciones Familiares. En el caso de los empleadores cuya actividad principal sea la locación o prestación de servicios, con excepción de las asociaciones sindicales, sociedades de garantía recíproca obras sociales y demás entidades comprendidas en la Ley 23.660 y en la Ley 23.661, la contribución destinada al Subsistema de Asignaciones Familiares es del 5.56 % del salario imponible. (ANSES, 2010. p. 11)

Con respecto a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, la misma de carácter no contributivo, dichas asignaciones son financiadas con recursos de ANSES:

Aportes y contribuciones, "...recaudación del impuesto sobre Bienes Personales no incorporados al proceso económico, los recursos adicionales que anualmente fije el Congreso de la Nación en la Ley de Presupuestos; intereses, multas y recargos; rentas provenientes de inversiones..." (Artículo 18 de la Ley 24.241) y la rentabilidad de los Fondos que constituyen el Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) del SIPA, creado por el Decreto 897/07. (ANSES, 2010. p. 14)

El Decreto 1602/09 prevé como se mencionó anteriormente que la AUH será financiada al igual que los demás beneficios del Régimen de Asignaciones, por los recursos previstos en el artículo 18 de la Ley 24.241, del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones que anteriormente se mencionó.

El Decreto destaca en sus considerando que el Poder Ejecutivo entiende que:

Estos recursos se han visto favorecidos por las inversiones que se han efectuado en los fondos que constituyen el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino creado por el Decreto 897/07⁹ y de la rentabilidad anual obtenida, resultando posible dar sustento al financiamiento de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social Instituida.

De este modo se incorpora a la Ley 24.714 y sus modificatorios, el siguiente texto:

c) Las Asignaciones que corresponden al inciso c) del artículo 1° de esta ley serán financiados con los siguientes recursos: 1- Los establecidos en el artículo 18 de la Ley 24.241 y sus modificatorios. 2- Los rendimientos anuales del FGS del Sistema Previsional Argentino. Creado por el Decreto n° 897/07 y modificatorios.

Se entiende por rendimientos anuales, según el artículo 27 de la resolución ANSES 393/09:

(...) los intereses y dividendos efectivamente realizados y percibidos de la totalidad de las inversiones del FGS, sin que se puedan considerar las diferencias de precios producto del cambio en las cotizaciones o ajustes de capital. La determinación o intereses y dividendos en efectivo realizados y percibidos se establecerán en el mes calendario siguiente al de su efectiva percepción.

Siempre el Estado de uno u otro modo ha otorgado protecciones de la seguridad social, en especial los mal llamados “planes” de la antigüedad. La diferencia que se ve hoy en el otorgamiento de este tipo de resguardo son dos: en primer lugar un “blanqueo” de los beneficiarios, reorganización, y una debida identificación de los mismos y del agente pagador e inmediatez. En segundo lugar, una identificación del origen del fondo que financia dichas prestaciones y destino de las mismas.

Los antiguos planes también los financiaba el Estado, pero se hacía en forma general y no específica en cuanto al origen de los fondos, y la gran diferencia es que se organizó el destino, ya que por aquel entonces posiblemente los fondos destinados a esas prestaciones eran de mayor cuantía, pero como eran asignados a

⁹ Decreto 897/07 del 12 de julio de 2007 crea el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto.

través de “caciques” o “punteros barriales” los fondos quedaban a medio camino. Con lo cual, no se puede asegurar si los fondos o ayudas actuales son mayores que las previas a este sistema, ya que la informalidad de los mismos imposibilita poder evaluar este aspecto, lo que sí se puede asegurar es que el recurso económico en la actualidad llega a destino en mayor porcentaje, que el previo a este sistema. Independientemente de la cuantía del monto destinado a tales fines.

Cuando se habla del FGS se está hablando de una especie de muro de contención del fondo con puertas de acceso y de egreso bien identificadas, y con custodios perimetrales que han de resguardarlo de las vicisitudes a las que todo fondo económico se encuentra expuesto.

Lo novedoso respecto el FGS es que se identifica el origen de los fondos que lo financian, delimitando para bien y para mal el dinero que lo compone. Eso permite por un lado garantizarle su sobrevivencia, por decirlo de algún modo, pero como todo, lo limita también si es que acaso los fondos que lo financian comienzan a disminuir, cosa que no ocurriría si estos fueran de diverso origen, ya que podría una fuente de ingreso suplir el déficit momentáneo que otra fuente de ingreso podría generar y así sucesivamente. Pero como todo, algunos resguardos tienen su contracara en desprotección y no se puede tener el 100% de seguridad. Y así como los derechos también conllevan obligaciones, en este caso, la exclusividad del fondo puede conllevar sus riesgos si es que no se ve resguardo debidamente el flujo que lo financia.

Por otro lado, cuando se hace referencia a la utilización de la rentabilidad generada por el FGS, es necesario hacer aclaraciones al respecto. No se debe perder de vista que el fondo es básicamente un fondo económico que no debe ser utilizado en sí mismo sino su renta, a fin de resguardar su integridad y garantizar su permanencia en el tiempo y que no se agote el recurso financiero. Por otro lado se debe propiciar que ese fondo genere rentabilidad de un modo seguro, es decir, tomando los recaudos necesarios para evitar una descapitalización del mismo. Ya que si sumamos un precario sistema de reinversión de fondos a un precario sistema de recaudación, nos encontraremos pronto sin financiación del sistema previsional.

También es cierto que las mismas prestaciones provocan el reingreso de las rentas del fondo a la sociedad por vía indirecta. Al reactivar las economías

minoristas y el empleo. Generando un marco propicio para que el fondo se siga reinvertiendo y creciendo y redistribuyendo. Caso contrario la no inversión y estaticidad del fondo haría que peligre su integridad y ante una sociedad que demande recursos para financiar prestaciones estaría la posibilidad que haya que utilizar los capitales del mismo y eso comprometería las prestaciones de los futuros beneficiarios.

Asimismo, es necesario reevaluar la cuantía, modalidad y numero de las prestaciones y beneficiarios que son financiadas por el referido fondo y el mismo ANSES ya que propiciar la pasividad social general si paralizaría la economía formal que es la que de uno u otro modo hacen que el fondo sea sustentable y siga creciendo con los aportes y contribuciones de los activos productivos. De este modo, prestaciones controladas influirían de modo positivo, no así una sociedad dependiente de las mismas.

Si bien el financiamiento de las prestaciones de la seguridad social hoy tienen nombre y apellido Fondo de Garantía de Sustentabilidad, la realidad es que siempre el estado de uno u otro modo ha destinado presupuesto a sufragar las prestaciones de esta naturaleza. Ahora es más sencillo hablar de donde sale el dinero para financiar las prestaciones, la realidad es que siempre provino del mismo origen, mayoritariamente la recaudación del SIPA. Es decir, son reconversiones, cambios de nombre y de marco normativo de fondos que tienen un origen y destino histórico de idéntica naturaleza, el esfuerzo de toda una sociedad para resguardo y protección de toda la sociedad.

De allí que, lo que originariamente fue financiado con una recaudación determinada, hoy lo siga siendo en idéntica medida y modalidad aunque posea denominaciones legales y técnicas diferentes y modernas.

Quizás el problema del esquema de prestaciones sea básicamente el número de las mismas y lo que pondría en riesgo el financiamiento del sistema. Sería necesario una reevaluación del número de beneficiarios más que el de prestaciones y una estimación del impacto social y su composición a nivel regulatorio del origen y destino de los fondos para estimar si verdaderamente es que los fondos se han distribuido de forma diferente a lo largo de este periodo de eclosión de prestaciones de la seguridad social o si por el contrario, los números redistribuidos terminan

siendo en promedio los mismos con el mismo impacto en escala a nivel social, prestacional y en las mismas arcas del estado.

5. Fondo de Garantía de Sustentabilidad:

El Fondo de Garantía de Sustentabilidad creado por el Decreto 897/07 el 12 de junio de 2007 y modificatorias posteriores mediante Decreto N° 2103/08 es hoy sustento del Sistema Previsional Argentino. Y es el encargado de que cada día haya más prestaciones sustentables en el área de Asignaciones Familiares, Asignación Universal por Hijo, y Asignación por Embarazo.

5.1. Historia del Fondo de Garantía de Sustentabilidad:

Según conforme la propia información que brinda el estado en la página oficial de la ANSES, la Historia del FGS es la siguiente:

Con el objeto de proteger los ahorros de los trabajadores y que en el futuro todos tengan acceso a una jubilación digna y segura, el 4 de diciembre de 2008 se promulgó Ley N° 26.425 que en su artículo primero dispone la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones que es un único régimen previsional público denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto¹⁰.

Las disposiciones reglamentarias terminaron de configurar el nuevo sistema, en particular se definió que el total de los fondos administrados por las AFJP se traspasaría en especie al FGS, el cual redefine su denominación: Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Previsional Argentino¹¹.

El artículo 14 de la Constitución Argentina establece que el Estado debe garantizar beneficios de la seguridad social completos y no transferibles. Con la reforma de diciembre de 2008, Argentina cumplió este precepto constitucional¹².

¹⁰ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subdireccion/historia-del-fgs-9>

¹¹ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subdireccion/historia-del-fgs-9>

¹² Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subdireccion/historia-del-fgs-9>

El actual sistema de pensiones es intergeneracional, esto es, los trabajadores activos sostienen a los actuales beneficiarios del sistema de seguridad social (trabajadores retirados). A diferencia de las campañas administradoras de pensiones privadas, la administración pública del sistema no cobra ninguna comisión por la administración de los fondos. Las campañas privadas cobraban una comisión de casi el 40 % sobre la contribución, aun en casos de rendimiento negativo¹³.

El FGS es una poderosa herramienta para el desarrollo económico. Dado que la inversión en Argentina es considerada vital para incrementar la cantidad de bienes y empleo, las inversiones del FGS en proyectos productivos fomentan y promueven el

Círculo virtuoso entre crecimiento económico y un incremento sostenible en los recursos de la seguridad social¹⁴.

Conforme la reseña previa podemos resumir que el Fondo de Garantía de Sustentabilidad es, como su nombre lo indica, el fondo que garantiza la sustentabilidad del Sistema Previsional Argentino, presente y futuro. De allí la importancia de su resguardo y la necesidad de implementar medidas que tiendan a su protección y custodia, reafirmando su independencia e impidiendo la manipulación del mismo de forma tendenciosa que desvirtúen la finalidad que le dio origen, el resguardo de la Seguridad Social Argentina.

5.2. Definición

Se trata de un Fondo que fue creado a través del Decreto 897/07 del 13/07/2007, asimismo la Ley 26.425 del 20/11/2008 dispuso el traspaso en especie de los fondos de las AFJP al actual Sistema de Reparto. Está compuesto por diversos tipos de herramientas financieras, entre ellas títulos públicos (Título de deuda emitido por el Estado, en todas sus jurisdicciones, ya sea nacional, provincial o municipal), obligaciones negociables (Títulos de deuda privada que incorporan

¹³ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subdireccion/historia-del-fgs-9>

¹⁴ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subdireccion/historia-del-fgs-9>

un derecho de crédito que posee su titular respecto de la empresa emisora. El inversor que adquiere este título se constituye como obligacionista o acreedor de la empresa con derecho a que le restituyan el capital más los intereses convenidos en un período de tiempo determinado), fondos comunes de inversión (Instrumento de inversión colectiva mediante el cual un grupo de personas participantes suma su dinero para invertir en un único instrumento o tipo de colocación. Cada inversor posee un determinado número de cuotas, dependiendo del dinero invertido al ingresar al fondo. Este instrumento permite a las personas con objetivos de inversión similares, disponer de una administración profesional que se ocupa de analizar la mejor forma de alcanzar esos objetivos y llevar a la práctica las estrategias necesarias para lograrlo, custodiando a la vez los activos en los que se invierte), valores representativos de deuda emitidos en el marco de fideicomisos (Es un negocio jurídico por medio del cual una persona llamada fideicomitente transmite a otra fiduciario bienes determinados en propiedad y ésta última se obliga a ejercer esa propiedad, en beneficio de quien se designe en el contrato beneficiario y a transmitirlos, al cumplimiento de un plazo o condición, al fiduciante, al beneficiario o a un tercero) y cédulas hipotecarias (Títulos de deuda respaldados por garantías de hipotecas sobre inmuebles, que ofrecen mecanismos predeterminados de devolución e interés por el capital aportado). En el momento del traspaso, 05 de diciembre de 2008, estaba valuado en 98.224 millones de pesos; a marzo de 2011 se valuaba en 182.600 millones de pesos y a diciembre de 2013 su valuación asciende a 329.472 millones de pesos¹⁵.

El Decreto 897/07 establece en su artículo 3 que el mismo estará integrado por:

- a) Los recursos propios percibidos por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) que al cierre de cada ejercicio anual resulten de libre disponibilidad una vez deducida la deuda exigible del organismo y que se hallen registrados como disponibilidades o como activos financieros.
- b) Los bienes que reciba el Régimen Previsional Público como consecuencia de la transferencia de los saldos de las cuentas de capitalización en cumplimiento del artículo 3° del Decreto 313/07 reglamentario de la Ley 26.222.
- c) Las rentas provenientes de las inversiones que realice.

¹⁵ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: www.fgs.anses.gob.ar

d) Cualquier otro aporte que establezca el Estado Nacional mediante su previsión en la Ley de Presupuestos correspondiente al período que se trate.

5.3. Objetivos

El Fondo de Garantía de Sustentabilidad, fue creado en el año 2007, con el objeto de proteger la seguridad y rentabilidad financiera de sus inversiones. De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1° y 2° de los Decretos 897/09 y 2103/08 respectivamente, los objetivos fundamentales del FGS quedaron especificados de la siguiente manera:

1. Atenuar el impacto financiero que pudiera ejercer la evolución negativa de variables económicas y sociales sobre el régimen previsional público,
2. Constituirse como fondo de reserva a fin de instrumentar una adecuada inversión de los excedentes financieros del régimen previsional público garantizando el carácter previsional de los mismos,
3. Contribuir a la preservación del valor y/o rentabilidad de los recursos del Fondo,
4. Atender eventuales insuficiencias en el financiamiento del régimen previsional público a efectos de preservar la cuantía de las prestaciones previsionales,
5. Procurar contribuir, con la aplicación de sus recursos, de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, al desarrollo sustentable de la economía nacional, a los efectos de garantizar el círculo virtuoso entre el crecimiento económico sostenible, el incremento de los recursos destinados al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y la preservación de los activos de dicho Fondo.

En definitiva el FGS se constituyó como un fondo de reserva para cubrir las eventuales insuficiencias del financiamiento del Régimen Previsional Público para poder preservar de este modo las prestaciones de la seguridad social argentina a través de su órgano ejecutor, la Administración Nacional de la Seguridad Social.

5.4. Características

Para poder comprender las características del Fondo de Garantía de Sustentabilidad hay que comenzar por conocer cuáles son sus principios o criterios rectores que son los encargados de moldearlo y darle vida.

Debemos reseñar entonces los siguientes criterios:

-Criterio de Seguridad. Alude a la naturaleza de los fondos que administra, de carácter previsional. Cabe destacar que una alta proporción de los activos que integran el fondo (como las obligaciones negociables o la mayoría de valores de deuda emitidos en el marco de los fideicomisos) están calificados por las principales agencias de calificación con la categoría “Grado de inversión”. (Digesto Normativo de la Seguridad Social, 2012. P. 401)

-Criterio de Rentabilidad. La preservación de los activos que integran el FGS debe tener como objeto indelegable la rentabilidad, dado que este criterio constituye la base para la sustentabilidad a futuro del fondo. Rentabilidad entendida no solo desde el punto de vista financiero, sino también social, dado que mucho de los proyectos que estimula y financia el FGS son multiplicadores de mano de obra, a la vez que generan externalidades positivas para la sociedad en su conjunto. (Digesto Normativo de la Seguridad Social. 2012. P. 401)

-Criterio de transparencia. Alude a la obligación y el compromiso de ser eficiente y transparente en el manejo de los activos que integran el fondo. (Digesto Normativo de la Seguridad Social. 2012. p. 401)

Respecto la mecánica del mismo y a fin de comprenderlo en forma dinámica es importante señalar lo que establece el decreto 2103/08 respecto el movimiento de esos recursos involucrados en el fondo:

Los recursos del FGS deberán ser invertidos en activos financieros nacionales que incluyan, entre otros instrumentos, cuentas remuneradas del país y la adquisición de títulos públicos o valores locales de reconocida solvencia”. Al momento de invertir priorizamos las inversiones en infraestructura nacional que incentiven nuestra economía y generen empleo formal, además de producir rentabilidad. Así, habiendo mayor cantidad de empleos formales, crecen los aportes a la ANSES y se produce un círculo virtuoso que fortalece el sistema¹⁶.

¹⁶ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: www.fgs.anses.gob.ar

El efecto que persigue el Fondo de Garantía de Sustentabilidad en la economía real es el siguiente:

Existe un círculo virtuoso entre el accionar del FGS, los recursos del sistema previsional y el nivel de actividad de la economía (y en particular del empleo). Las inversiones del FGS, al estimular el mercado de capitales y los proyectos vinculados a la economía real, estimulan el retorno de mayores recursos hacia el sistema previsional, dado que incrementa los ingresos de la seguridad social al fomentar el trabajo registrado y el pago de impuestos (que también son girados parcialmente al presupuesto de ANSES). Es decir, que los recursos que integran el FGS son invertidos en distintas operaciones que permiten el desarrollo del mercado de capitales doméstico y el financiamiento a proyectos productivos y de infraestructura. Existe, claramente, un CIRCULO VIRTUOSO generado por el accionar del FGS-ANSES¹⁷.

Dentro del círculo virtuoso del FGS:

Los recursos que integran el FGS son invertidos en distintas operaciones que permiten el desarrollo del mercado de capitales doméstico y el financiamiento a proyectos productivos¹⁸.

Las inversiones del FGS en proyectos productivos fomentan y promueven el círculo virtuoso entre crecimiento económico y un incremento sostenible en los recursos de la seguridad social¹⁹.

La administración del FGS busca preservar e intensificar los “rendimientos directos” tanto como los “rendimientos indirectos” generados por los proyectos. La consecuencia natural de esto es un incremento en el empleo formal (que se traduce en mayores contribuciones al sistema) y un efecto multiplicador en ingresos impositivos, los que, a través de varios impuestos (IVA, Impuesto a las Ganancias, Impuesto a los Combustibles, etc.) alimentarán parcialmente el presupuesto de ANSES²⁰.

De este modo, las operaciones del FGS no solamente buscan promover el desarrollo del mercado de capitales local, sino también contribuir al incremento

¹⁷ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: www.fgs.anses.gob.ar

¹⁸ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subsección/el-circulo-virtuoso-del-fgs-10>

¹⁹ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subsección/el-circulo-virtuoso-del-fgs-10>

²⁰ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subsección/el-circulo-virtuoso-del-fgs-10>

de los recursos del sistema de pensiones a través de la asistencia a la actividad económica y al empleo²¹.

El encargado de administrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad es el Director Ejecutivo de ANSES con la asistencia del Comité Ejecutivo, que está integrado por los Secretarios de Finanzas, Hacienda y Política Económica del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Adicionalmente, el Subdirector de Operación del FGS de ANSES es el Secretario Ejecutivo del Comité (*Digesto Normativo de la Seguridad Social, 2012*).

El FGS está sujeto a organismos encargados de realizar la auditoría y el monitoreo del manejo de los fondos que integran su cartera. Entre ellos se encuentran el Consejo del FGS (representantes de trabajadores, jubilados, empresarios, legisladores, Jefatura de Gabinete y la ANSES), además la Comisión Bicameral de Control de los Fondos de la Seguridad Social del Congreso de la Nación, la Gerencia de Control del FGS, la Unidad de Auditoría Interna de la ANSES, la Sindicatura General de la Nación, la Auditoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la Nación (*Digesto Normativo de la Seguridad Social, 2012*).

6. Conclusión

Anses y sus previas denominaciones nacieron como respuesta a la necesidad social de una especificidad de trato del área de seguridad social y la necesidad de otorgarle cierta independencia económica y fondos propios a la cobertura de las contingencias de la Seguridad Social Argentina.

Transcurriendo su historia a través de diversos ensayos en cuanto a su financiamiento, pasando por la administración pura por parte del estado para luego dar intervención a administradores privados a fin de garantizar un sistema sustentable, se retomó la estatización de los fondos, excluyendo las intervenciones privadas y día a día se siguen ideando formas superadoras de administración de los

²¹ Fuente: Página web de Anses. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subsección/el-circulo-virtuoso-del-fgs-10>

fondos a fin de que el sustento de la seguridad social en la Argentina no dependan de una mera partida presupuestaria o ingresos de recaudación fiscal.

Así es como nace el fondo de garantía de sustentabilidad, núcleo de financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, indispensables a fin de que el sistema pueda seguir brindando el resguardo de los derechos de la seguridad social. Derechos que fortalecen los núcleos familiares activos y pasivos en cuanto a brindarle beneficios que por si no podrían alcanzar ya sea por la escasez de sus ingresos o por no poder ya proporcionárselos. Y cuyos principios rectores aseguran a la población el acceso igualitario a derechos básicos de raigambre constitucional. Y a su vez tendiendo cada vez más a realizarlo de forma organizada y pormenorizada a fin de que el resguardo de las prestaciones y su acceso a las mismas no dependan de voluntades políticas si no que sean un derecho reconocido y no una arbitrariedad de turno.

CAPITULO III: “Régimen normativo de la Asignación Universal por hijo” ¿Por qué mediante un decreto de necesidad y urgencia?

Sumario: 1. Introducción- 2. Los Decretos de Necesidad y Urgencia- 2.1. Concepto- 3.Los decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional- 3.1. Análisis del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional-4. El control de los Decretos de Necesidad y Urgencia- 5. Jurisprudencia en el marco de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- 6. Análisis de la Ley 26122 “Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de delegación legislativa y promulgación parcial de leyes”- 7. Conclusión.

1. Introducción:

En el capítulo III, se va a comenzar con el estudio de los llamados “Decretos de Necesidad y Urgencia”, su concepto, requisitos, elaboración, pasos a seguir, limitaciones, formalidades, usos, la legitimación de los mismos, y quien es el encargado de realizar el control de dichos decretos.

Como se puede observar, la finalidad de los decretos de necesidad y urgencia, es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad, pero con la limitación de que lo sean para proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos, los que se podrán implementar en los ámbitos sociales, políticos, económicos, entre otros.

Sabido esto es posible resaltar un punto de especial atención: estos decretos son excepcionales y decididos por un acuerdo general de Ministros en una Comisión Bicameral Permanente y sancionados solamente por el Poder Ejecutivo, Art 99 inciso 3 de nuestra Carta Magna.

Y no perder de vista que más allá de su forma tienen validez de Ley.

A continuación también se examinará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos más relevantes para la doctrina, cual es la postura de la misma en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia que fueron dictados por el Poder Ejecutivo.

Por último, se realizará un análisis de la Ley 26.122, que reglamenta el trámite y el alcance del dictado de los decretos de necesidad y urgencia, donde se observará si el legislador estableció los límites pertinentes a la hora de ejercer el control de dichos decretos.

2. Los Decretos de Necesidad y Urgencia.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 los reglamentos de necesidad y urgencia habían sido admitidos como refiere la sentencia de la Corte de 1990 en el caso “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de

Economía Banco Central)²² del 27 de diciembre de 1990, en este caso la Corte decide reconocer la validez constitucional del decreto 36/90 dictada por el Poder Ejecutivo Nacional, siempre que haya interpuesto una situación de grave riesgo social y que el Congreso de la Nación no tome decisiones diferentes.

Con la reforma de nuestra Carta Magna estos decretos fueron receptados en forma expresa en el artículo 99 inciso 3 de la CN, otorgándole al Presidente de la Nación una facultad excepcional de carácter legislativo. Y si bien el artículo 76 de nuestra Carta Magna, prohíbe la delegación legislativa al Poder Ejecutivo, el artículo 99 inciso 3 establece ciertas circunstancias excepcionales y requisitos que deben cumplirse para que opere dicha delegación; artículo que será analizado más adelante. El artículo 76 establece: "...Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca...".

Nuestra Ley Suprema es precisa y enfática al establecer que le está prohibida al Poder Ejecutivo la facultad legislativa debido a que es facultad propia y esencial del Parlamento, otorgándole una facultad de carácter EXCEPCIONAL al Poder Ejecutivo.

Ana María Bestard (2008) realiza un análisis del artículo 76 señalando que existen dos preceptos claros, por un lado la prohibición de la delegación legislativa al Poder Ejecutivo, siendo esta la regla; y por otro lado la delegación de la competencia legislativa al Poder ejecutivo, solo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, siendo esta la excepción a la regla, introducida con el termino salvo, ratificando el carácter de excepción.

2.1. Concepto.

Para definir a los DNU, primero hay que definir a los reglamentos como una de las fuentes del Derecho Administrativo.

²² C.S.J.N., "Peralta Luis a. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central)", Fallos 313:1513, (1991).

Según Cassagne: “El acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales recibe la denominación de reglamento” (2006, p. 173).

Al decir de Cassagne, esta fuente del derecho administrativo emanan del propio poder administrador, cuando se refieren a la creación de normas jurídicas está diciendo a la creación de una ley en sentido material, de alcance general y obligatoria para con los administrados, por lo tanto no es ley formal por no emanar del procedimiento legislativo del Congreso.

Según Ildarraz, Zarza, Mensaque, Viale (1999) y Cassagne (2006), clasifican a los reglamentos en a) Reglamento ejecutivo o de ejecución; b) Reglamentos autónomos o independientes; c) Reglamentos delegados; d) Reglamentos de Necesidad y Urgencia.

Ahora sí, cabe definir a los decretos o reglamentos de necesidad y urgencia como:

(...) Aquellas normas jurídicas que, correspondiendo al área y el procedimiento previstos por la CN para las leyes, razones extraordinarias hacen impostergable o imperioso su dictado, de manera que se justifique que no sea por medio del órgano y procedimientos comunes. La situación o la necesidad a satisfacer impiden que sea el Congreso el que dicte la norma observando los trámites y procedimientos comunes previstos para la sanción de las leyes.

(...) esta posibilidad de excepción que habilita al PE para el ejercicio de la potestad normativa es, cuando concurren circunstancias de hecho que se caracterizan por lo extraordinario, por la urgencia, por lo súbito, por las consecuencias dañosas y su irreparabilidad, por lo imprevisible. Se trata de estándares jurídicos laxos y genéricos que son de difícil delimitación en la práctica, lo que en buen romance importa la posibilidad de que sean acomodados a situaciones que van más allá de la finalidad querida por el constituyente, y por lo tanto se corre el riesgo de que se utilice la excepción para resolver situaciones políticas que merecen un tratamiento con el procedimiento y deliberación previstos para la sanción común de las leyes. Es decir que puede tratarse de situaciones a las que se le da visos de legalidad cuando en realidad carecen de ella. (Ildarraz, Zarza Mensaque y Viale, 1999, p. 305)

Como se advierte en la definición, la misma establece una situación o una necesidad que lleva que sea el Poder Ejecutivo el encargado de dictar dicha norma, en vez de ser el Congreso observando los tramites y procedimientos comunes previstos para la sanción de las leyes. Pero además es necesario agregar a esta definición que la necesidad y la urgencia son las razones que justifican que no sea el Congreso el encargado de dictar dichas normas y por ende se margine de cierto modo el principio de división de poderes, y que el ejecutivo ejerza una función que es propia del Congreso (Bidart Campos, 1999).

Habría que averiguar si tal como lo establecen los autores citados, el decreto (1602/09) analizado en el presente trabajo, cumplió con el hecho habilitante requerido por la Constitución Nacional, si se reunieron las circunstancias extraordinarias, la necesidad y la urgencia imperiosa que imposibilitaron el debido tratamiento en el Congreso sobre dicha cuestión, aun existiendo en ese momento un debate parlamentario sobre el tema, o si en realidad se le ha dado a esta herramienta de excepción un empleo indebido para resolver una situación política que atravesaba el gobierno en ese momento, haciendo un uso arbitrario de la misma.

3. Los decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional.

Ya hemos hecho mención a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, convalidando el uso de los mismos en el año 1990 con el citado fallo Peralta, en el contexto de la crisis económica hiperinflacionaria, pero estableciendo ciertos requisitos para la validez de los mismos.

Hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía, especialmente en el campo doctrinario, sobre la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia. Mientras un sector encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional (Marienhoff 1965; Villegas Basavilbaso 1949; Bielsa 1964; Diez 1963; Linares 1986; Dromi 1973; Gordillo 1974 y Comadira 1996) y los constitucionalistas (Joaquín V. González 1983; Quiroga Lavie 1987; Vanossi 1987; Sagúes 1985 y Bianchi 1991) y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial, aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la

Constitución de 1853/1860 (Linares Quintana 1988; González Calderón 1960; Bidart Campos 1986; Badeni 1991; Segovia 1991; Vítolo 1991; Ruiz Moreno 1990; Ekmekdjian 1989 y Fiorini 1976), por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de poderes. (Cassagne, 2006, p. 192 y 193)

Finalmente con la reforma constitucional del año 1994 se incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando claras limitaciones para delimitar su uso, dicha facultad se encuentra receptada en los artículos 99, inciso 3 y 100, inciso 13²³ de la Constitución Nacional.

Debido a esto es necesario analizar que la competencia legisferante delegada por excepción al Poder Ejecutivo si bien tiene propias limitaciones tal como se detecta en el texto de la Ley Suprema, tiene claras limitaciones imposibles de traspasar en la propia

Constitución Nacional que condicionan su validez, entre las que se pueden mencionar:

1) La supremacía de la Constitución, lo que importa el respeto y sujeción a sus preceptos, en particular a los derechos y garantías que consagra y los que se hayan reconocidos a través de los tratados internacionales, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 31, 75 inciso 22 y 24 de la CN; 2) La razonabilidad de las restricciones a los derechos y garantías que se impongan a través de estas sanciones, en un todo de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 de la CN; 3) El artículo 29 de la CN prohíbe al Congreso y a las legislaciones provinciales concederle al ejecutivo de facultades extraordinarias o la suma del poder público como así también otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. (Luna, 2007, p. 194)

²³ Artículo 100 de la CN: El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrá a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carece de eficacia.

Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde-

Inciso 13: Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia t los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

3.1. Análisis del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional

El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

Inciso 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara.

Esa Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

En primer lugar, cuando la constitución le confiere al Presidente de la Nación la facultad de participar en la formación de las leyes, notoriamente se trata de una participación ordinaria o simple.

Seguidamente hace referencia al principio general que establece, que le está prohibido emitir disposiciones de carácter legislativo al Poder Ejecutivo. Pero a continuación lo faculta a emitir las, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales”, estas consisten en razones de necesidad y urgencia. Aquí claramente se trata de una competencia extraordinaria o especial que le confiere al Poder Ejecutivo, la de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Como lo formula Cassagne (2006) las razones que justifican que proceda el dictado de DNU tienen que estar determinados por:

a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado; o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto debe ser inevitable e imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior; b) una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; c) la premura con que deben dictarse las normas para evitar y prevenir graves consecuencias comunitarias. (p. 195)

Cabe analizar si en cada decreto que emite el Poder Ejecutivo verdaderamente las situaciones excepcionales son objetivas y reales, con esto evitaríamos el voluntarismo del presidente, su urgencia personal, intereses políticos, o cualquier otra índole que se tenga al respecto, las situaciones de necesidad y urgencia, deben ser realmente objetivas.

Se debe advertir que en todo caso el Estado de Derecho exige que se restrinja el dictado de los DNU a situaciones excepcionales y que el origen de dicha situación sea ajeno de los intereses de quienes ostentan el poder, además de someterlos posteriormente a un estricto control parlamentario y en casos concretos al judicial.

Después de mencionar las circunstancias excepcionales el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional, el mismo en su tercer párrafo dice:“(...)que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (...)”. En este párrafo debe hacerse especial hincapié en el hecho de que al analizar el dictado del DNU debe haberse dado las características de imposibilidad en el dictado de la norma y no una mera dificultad de la prosecución del trámite de sanción de las leyes. Cuando se está frente a estas circunstancias excepcionales que equivalen a una situación de emergencia, que requiere de una solución inmediata, y esta inmediatez de la medida, que hace imposible que el congreso legisle debido a que el trámite ordinario de sanción de leyes por más acelerado que sea su procedimiento lleva a no proporcionar una solución urgente (Bidart Campos, 2005).

Reglón seguido el artículo impide su dictado en cuatro materias: penal, tributaria, electoral y sobre partidos políticos, en los dos primeros casos que menciona el artículo penal y tributaria, el fundamento de esta decisión se basa en el

principio de legalidad previamente establecidos en la Constitución Nacional en los artículos 17 y 18 de la misma, y sobre materia electoral y partidos políticos surge de la desconfianza que existía entre Alfonsín y Menem precursores de la reforma constitucional de 1994, ambos querían proteger las reglas del proceso democrático y la competencia electoral, tal como lo afirman los nuevos artículos 37 y 38 de nuestra Constitución Nacional (Gelli, 2008).

En cuanto a los requisitos formales que se exigen para el dictado de los DNU, la decisión de dictarlos surge de un debate en el seno del Gabinete, lo decide el presidente de la Nación en acuerdo general de ministros, conjuntamente con el jefe de gabinete. El artículo citado no requiere un quórum necesario para esta reunión, pero se sostiene que el acuerdo debe incluir a todos los ministros quienes además deberán firmar el decreto, luego de la firma es el Poder Legislativo el encargado de realizar el control de los mismos, es por eso que el Jefe de Gabinete personalmente y dentro de los diez días de dictado el decreto lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente quien elevará su despacho en un plazo de diez días a cada Cámara para su expreso tratamiento, como dice en el último párrafo del artículo la encargada de reglar el trámite y los alcances de la intervención del Congreso es la Ley 26122 que se dictó 12 años después de reformada la Constitución Nacional (Gelli, 2008).

4. El control de los Decretos de Necesidad y Urgencia

Ya se han definido y analizado los requisitos y fundamentos que planteo el constituyente para que se dictarán los decretos de necesidad y urgencia, ahora cabe estudiar e investigar el control político que se realiza de los mismos, delegado por mandato constitucional al Congreso.

Si bien en un primer momento no se ha ejercido en forma completa el control de los DNU, debido a que la norma constitucional estableció la sanción de una ley especial que sería la encargada de regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, se verá más adelante cuando se realice el análisis de la Ley 26122, que fue sancionada con 12 años de demora por la mayoría absoluta de

la totalidad de los miembros de cada Cámara, si cumple con las expectativas de control republicano y con lo que establece nuestra Constitución Nacional.

Analizando el control político de los Decretos de Necesidad y Urgencia Fernández Barone (2005) establece que en un primer momento quien decide y considera si se cumplen las circunstancias de excepción y el impedimento de legislar para que proceda el dictado del DNU es el presidente de la Nación. Luego se continúa con la etapa de control interórganos, aquí la CN le exige al presidente de la nación que la decisión de dictar decretos de necesidad y urgencia “(...) serán decidido en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlo, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros (...)” artículo 99 inciso 3, señala que se trata de un acto complejo pero necesario para que opere la validez del decreto. En este punto la autora se cuestiona sobre la existencia de control por parte del jefe de gabinete y los ministros, sosteniendo que no existe un verdadero control, debido a que no hay independencia entre controladores y controlados. Pues es el presidente quien nombra y remueve a sus ministros, tal como lo establece el texto constitucional art 99 inciso 7: “(...) por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho (...)”, es por esto que en caso de negativa de parte de los ministros a refrendar el decreto emitido por el presidente supondría a que deje su puesto en forma inminente, sea a través de la destitución o dimisión.

Una vez que se cumple con el refrendo ministerial la constitución exige que el jefe de gabinete dentro de los diez días remita el DNU a la Comisión Bicameral Permanente (Órgano con jerarquía constitucional) donde deberá describir cuales fueron las razones excepcionales que justifican el dictado del decreto. Estamos aquí en lo que se llama control “extraorgano” del decreto. Tal como lo expresa el art 99 inciso 3 de la CN cuarto párrafo: “(...) Esta comisión elevara su despacho en un plazo de 10 días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras (...)” (Fernández Barone, 2005).

Es decir, que para que el decreto obtenga validez constitucional es necesario que concurren la voluntad del Poder Ejecutivo de dictarlos y la del Poder Legislativo de controlar la existencia de ciertos requisitos que habilitan al Presidente de la Nación al ejercicio de la esta facultad excepcional, a su vez el

Poder Legislativo debe manifestarse sobre el mérito, oportunidad y conveniencia de su contenido (Fernández Barone 2005).

Se puede hacer un doble análisis de este control que por cierto es necesario. Por un lado, la necesidad de que un poder diferente al que dicta la norma que pondere la real necesidad de sustraer la normatización de una materia del circuito ordinario. Pero por otro lado, un Poder Legislativo adverso podría también desvirtuar la finalidad misma del instituto si no fuera objetivo.

De la misma manera, Gelli (2008) establece que la Comisión Bicameral Permanente deberá evaluar:

- a) si el decreto de necesidad y urgencia fue dictado en ejercicio de las atribuciones excepcionales conferidas por la Constitución.
- b) El control del Congreso no debería limitarse a un control de constitucionalidad, si no que debería examinar la oportunidad, el mérito y la conveniencia de la medida adoptadas, aprobando o reprobando la actuación del Poder Ejecutivo. (p. 369)

Ahora bien, es necesario advertir que:

Cuando el Congreso convierte en ley un decreto que, a su origen, fue inconstitucionalmente amado por el presidente de la república (sea por no existir circunstancias excepcionales, por resultar imposible seguir el trámite legislativo) el vicio no se purga, porque solamente puede lograr el rango de ley constitucionalmente válida un decreto de necesidad y urgencia que “ab initio” se ha ajustado a todos los requisitos imperativamente impuestos por la constitución. (Bidart Campos, 2005, p. 310)

Además de los controles que deben existir entre órganos de tipo político, Ildarraz, Zarza Mensaque y Viale (1999) establece un control referido al proceso formal o adjetivo y proceso material o de fondo:

-control adjetivo: mediante el control adjetivo se verificará si se han observado las formas previstas por el orden jurídico para el ejercicio de la potestad normativa. (...)La primera acción de control será verificar si el órgano que dicto el reglamento tiene competencia para ello (...). Después se verificará si se da el presupuesto de hecho que determina y legitima el ejercicio de la potestad. Se trata de determinar si existe una necesidad que aparece no solo en forma

excepcional sino extraordinariamente, y que no permite que sea afrontada por el mecanismo normal de producción de normas (...).

-control de razonabilidad: este control consistirá en verificar si hay adecuación entre la respuesta normativa y la situación de necesidad, lo que permitirá determinar si hay o no proporción entre la solución buscada y la circunstancia de necesidad. (...) Se verificará si subsisten las circunstancias de origen, y si las mismas se mantienen, y también si perdura la adecuación y congruencia, porque puede ocurrir una falta de adecuación sobrevenida (...).

-control sustantivo: mediante el control sustantivo se verificará si se han respetado las materias en relación a las cuales el ejercicio de la potestad está habilitada. En otro sentido, habrá que ver si mediante el ejercicio de ella no se invaden zonas o materias que se encuentran vedadas (...). (p. 307 y 308)

Como ya hemos visto además del control por parte del Poder Legislativo, habrá un control por parte del Poder Judicial, pero sólo en el caso concreto sucederá cuando un sujeto legitimado haga llegar un caso en particular a la justicia y el Poder Judicial tenga que resolver sobre la nulidad de la norma generada a través del decreto de necesidad y urgencia (Ildarraz, Zarza Mensaque y Viale, 1999).

5. Jurisprudencia en el marco de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como hace mención Ramos (2010) con respecto a la facultad excepcional que tiene el Poder Ejecutivo de ejercer la función legislativa mediante el dictado de los DNU, cuando esta se torna abusiva existe un sistema de “frenos y contrapesos” para evitar la violación al principio de división de poderes, a través del control que realizan el Poder Legislativo y Judicial. Pero cuando el Poder Legislativo prevé que se han extralimitado estas funciones comienza una controversia entre ambos poderes, y es ahí donde va a intervenir el Poder Judicial, analizando el sentido y alcance de las herramientas que utiliza el Poder Ejecutivo para ejercer la facultad legislativa, en este caso los DNU, examinando si concurren los requisitos que establece el artículo 99 inciso 3 de la CN, sin introducirse en la conveniencia y oportunidad del acto administrativo, siendo este tema propio del Poder Legislativo.

Por esto es que se estudiará como es la postura del Máximo Tribunal de la Nación, siendo este el último intérprete de la constitución Nacional y quien tendrá el dictamen final sobre los asuntos que lleguen a su conocimiento.

Aquí cabe hacer un recorrido de los fallos más importantes para la doctrina en materia de DNU. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 la CSJN se expide por primera vez en el año 1990 en el ya citado caso “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central)” sentencia del 27 de diciembre de 1990²⁴. Los hechos:

Los actores dedujeron demanda de amparo contra Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina y solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 36/90 en cuanto dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excediesen de determinada cantidad, fuesen abonados con títulos de la deuda pública. El juez de primera instancia rechazó la acción. La Cámara revocó lo decidido. Interpuesto recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia apelada.

Este fallo sienta un precedente en nuestra historia, con él la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido otorgarle validez constitucional al decreto 36/90 y dicho fundamento se encuentra en sus considerandos:

(...) reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. (...) condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso de la Nación (...) no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y 2) (...) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto (...)²⁵

(...) debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente puedan ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales. La confrontación de interés que dilatan (...) coadyuva a que el presidente, cuyas funciones le impone el concreto aseguramiento de la paz y el orden social, seriamente amenazados en el caso,

²⁴ C.S.J.N., “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central)”, Fallo 313:1513 (1991).

²⁵ C.S.J.N., “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central)”, Fallos 313:1513 (1991), consid. 24.

deba adoptar la decisión de elegir las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergable²⁶.

La Corte por medio de un recurso extraordinario federal, reconoció la validez del decreto llamado de necesidad y urgencia siempre que se cumplan ciertas pautas, a saber: a) que las leyes de emergencia pongan fin a las situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial; b) que exista una situación de emergencia que obligue al estado el deber de resguardar los intereses esenciales de toda la comunidad; c) que la duración sea limitada hasta que se restablezca la situación que llevo a cabo dicha situación y; d) que él envié del decreto al congreso y el silencio de este se entiendan como una aceptación tácita²⁷.

Cabe aclarar que luego de la reforma constitucional de 1994, en lo que respecta a la aprobación ficta o tácita de leyes, queda totalmente excluida desde el momento que la CN recepta en su artículo 82 que: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

Haciendo un recorrido, a partir de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre el fallo “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía²⁸” del 06/06/1995, en los antecedentes del fallo:

Un video club inició acción de amparo contra el Instituto Nacional de Cinematografía a fin de regularizar su situación ante el tributo establecido por los decretos de necesidad y urgencia 2736/91 y 949/92 a los que cuestionó por inconstitucionales. El Poder Ejecutivo por medio de estos decretos de emergencia, alegó la crisis terminal del cine nacional, y ante la necesidad de preservar esta fuente cultural, extendió la aplicación de la ley 17741, a la venta o locación de todo tipo de película exhibida a través de canales de televisión abierta o por cable, en video, bares, y en todo otro local en los que la misma se realice por cualquier medio. (CSJN, 2010, p. 52)

²⁶ C.S.J.N., “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central)”, Fallos 313:1513 (1991), consid. 29.

²⁷ C.S.J.N., “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central)”, Fallos 313:1513 (1991).

²⁸ C.S.J.N., “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos 318:1154 (1995).

En el informe realizado por la CSJN (2010) el máximo tribunal decide:

Declarar la inconstitucionalidad de los decretos 2736/91 y 949/92 (...) donde se viola el principio constitucional de legalidad del tributo y surge con claridad que el Poder Ejecutivo, mediante un decreto ha extendido el hecho imponible creado por una ley a otro hecho imponible nuevo.

(...) ni el hecho de que el decreto sea de los llamados de necesidad y urgencia, impiden llegar a tal conclusión, pues el principio de legalidad en materia tributaria impone una limitación constitucional infranqueable para los decretos mencionados.

Los motivos que impulsaron al dictado de los decretos 2736/91 y 949/92 no se exhiben como respuesta a una situación de grave riesgo social que hicieran necesario el dictado de las medidas impuestas, y no se ha evidenciado que las mismas obedezcan a factores que comprometan el desarrollo económico del Estado, siendo la materia en debate de exclusivo resorte del Congreso (...). (p. 54)

En el caso en cuestión, Néstor Sagües (1996) sostiene que en comparación con el caso “Peralta” se pasó de un verdadero estado de necesidad a un falso estado de necesidad, afirma que el fundamento de la Corte en decretar la inconstitucionalidad de los decretos 2736/91 y 949/92 se debe a que lo que se establece en dichos decretos estaba relacionado con la creación de un impuesto que favoreciera al fomento de la cinematografía, y no está relacionado con circunstancias que ponen en juego el desarrollo económico del país, como si sucedió en el comentado caso Peralta.

En el caso “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional²⁹” del 17/12/1997, los antecedentes del fallo:

Un grupo de legisladores planteo un recurso de amparo contra los decretos 375/97 y 500/97, que establecían la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales. La acción tuvo favorable acogida en ambas instancias.

Quedando pendiente de resolución el recurso extraordinario interpuesto por el Poder Ejecutivo, este resolvió ratificar los decretos en discusión mediante el decreto de necesidad y urgencia 827/97, y lo envió al Congreso para que sea

²⁹ C.S.J.N., “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851 (1997).

tratado. Los legisladores atacaron el decreto. El juez de primera instancia hizo lugar a la medida peticionada y ordenó al Poder Ejecutivo la suspensión cautelar de los efectos del decreto de necesidad y urgencia. Disconforme con la medida dictada, el Estado Nacional dedujo recurso de apelación.

En la misma causa se presentó el Jefe de Gabinete de Ministros directamente ante la Corte Suprema solicitando se declare la incompetencia y carencia de jurisdicción de la magistrada que suspendió cautelarmente los efectos del decreto 827/97.

La Corte, por mayoría, resolvió dejar sin efecto la medida cautelar dictada. (CSJN, 2010, p. 115)

Los jueces Belluscio y Bossert por su parte cuestionaron que la Corte no estaba acreditada para negarle jurisdicción a un tribunal federal, y además que los decretos de necesidad y urgencia no deberían ser controlados solo por el Poder Legislativo. Fayt en su voto disidente, explico que en el caso en cuestión no existió un problema que requiera participación inmediata de la Corte “per saltum”, y juzgó la legitimidad del decreto 827/97 debido que aún no se había sancionado la ley especial que establece el artículo 99 inciso 3 de la CN en el último párrafo, y por no cumplir con las circunstancias excepcionales que hacen imposible que sea el Congreso quien regule dicha situación. Por último el voto del juez Petracchi estableció que la intervención de la Corte en lo que respecta a ejercicio normal de la jurisdicción de los tribunales nacionales implica el derribo del control difuso de constitucionalidad (CSJN, 2010).

Entre los considerando que estableció la Corte³⁰:

En el caso en cuestión la Corte establece que cuando un poder invade la zona de reserva en la que puede actuar el otro poder, esta debe intervenir para resolver dicho conflicto (Considerando 6). Y que es la Corte quien debe establecer los límites para el ejercicio de las potestades que presenta cada poder (Considerando 7).

Establece que tal como lo describe el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional corresponde realizar el control de los decretos de necesidad y urgencia al

³⁰ C.S.J.N., “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851 (1997), consid. 6 a 17.

parlamento, además establece que dicho contralor no se encuentra supeditado a la sanción de la ley especial, ni a la creación de la Comisión Bicameral Permanente, debido que si así fuera, la no sanción aún de dicha ley, no le permitiría a Poder Ejecutivo la facultad excepcional de dictar decretos de necesidad y urgencia (Considerando 13).

Que el decreto 842/97 cumple con los requisitos formales y fue dictado conforme a lo que establece la norma, es por eso que deberá someterse a contralor del Poder Legislativo para que se pronuncie sobre si cumple con los requisitos habilitantes para el dictado de los mismos y para que realice una valoración de oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido (Considerando 15).

Que no se justifica la intervención del Poder Judicial en dicha cuestión, ya que la Constitución le confirió al Congreso de la Nación una excluyente participación en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, y dicha participación no puede ser obstaculizada por el Poder Judicial (Considerando 17).

Pero no descartó que el Máximo Tribunal ante un caso concreto pueda intervenir realizando algún tipo de control, tal como lo establece el decreto 842/97:

(...)Como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales- antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese en ese trámite- siempre que ante un “caso” concreto- inexistente en la especie-, conforme las exigencias del artículo 116 de la CN, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental (...) ³¹.

Por todo lo dicho la CSJN resuelve³²: No hacer lugar a lo decidido por la jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia y determinar inoficioso el proceso del recurso extraordinario que se intervino con posterioridad, en complemento de lo interpuesto. Y estableció la falta de legitimación activa para interponer recurso de amparo por parte de los legisladores, al igual que el defensor del pueblo, y enfatizo sobre la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y el control político realizado por el Poder Legislativo, tal como lo establece nuestra Carta Magna.

³¹ C.S.J.N., “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851 (1997), consid. 23.

³² C.S.J.N., “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851 (1997), resuelve, de la CSJN.

En este caso la Corte dejó de ejercer voluntariamente el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia fundamentando que no existía un verdadero perjuicio concreto.

Dos años más tarde el Tribunal Supremo se expide en el caso “Verrocchi, Ezio D. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Administración Nacional de Aduanas” sentencia del 19/08/1999, entre sus antecedentes³³:

El actor solicitó, a través de un recurso de amparo, que se declare la inconstitucionalidad de los decretos 770/96 y 771/96 que excluían la percepción de las asignaciones familiares a partir de un monto de retribución determinado.

Tanto primera instancia como la Cámara declararon la inconstitucionalidad de los decretos y su inaplicabilidad al actor; contra ese pronunciamiento, el demandado interpuso recurso extraordinario y le fue concedido.

La Corte, por mayoría, declaró admisible el recurso y confirmó la sentencia apelada.

Los jueces Nazareno, Moliné O’ Connor y López en disidencia, consideraron que correspondía reconocer al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia a pesar de que aún no se había sancionado la ley especial ni se encontraba en funciones la Comisión Bicameral Permanente, buscando preservar con mayor vigor la atribución conferida al Poder Legislativo de ejercer el control sobre aquellos actos en los términos del mandato que la Constitución le confiere.

En el presente fallo a diferencia del caso “Rodríguez”, la Corte decide declarar la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia 770 y 771 emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 1996, dichos decretos prohibían el cobro de las asignaciones familiares a los trabajadores que percibieran una remuneración superior a mil pesos, por más que ya se encontraban receptados en nuestra Carta Magna la facultad excepcional del poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo, la Corte estableció en sus considerandos del fallo Verrocchi³⁴ lo siguiente:

³³ C.S.J.N., “Verrocchi, Ezio D. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Administración Nacional de aduanas”, Fallos 322:1726 (1999).

³⁴C.S.J.N., “Verrocchi, Ezio D. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Administración Nacional de aduanas”, Fallos 322:1726 (1999), consid. 8 a 11.

Considera que “(...) el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (...)” (Considerando 8).

En el Considerando 9 establece que debe existir un verdadero estado de necesidad que admita la excepción a la regla general, y el dictado de este tipo de decretos corresponda a: “(...) circunstancias excepcionales que hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (...)” artículo 99 inciso 3.

Además agrega que corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. (...) corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto³⁵.

Por último la Corte asegura que la ausencia de la ley especial que debe regular el alcance e intervención del Congreso, compromete al Poder Judicial a que sea el encargado de realizar el control de constitucionalidad (Considerando 11).

Así, el tribunal está dispuesto a examinar si se cumplieron las exigencias materiales y formales en el dictado de aquellas normas que: a) se enmarcan dentro del principio republicano; b) mantienen intangible el sistema de mutuos controles entre los poderes; c) requieren la existencia de un estado de necesidad en términos de c´) imposibilidad del Congreso para dictar normas, por ejemplo en caso de una contienda bélica o desastres naturales que impidan a los legisladores llegar a la Capital o, c´´) que la situación que necesite solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente; d) desestiman razones de mera conveniencia para dictar los decretos; e) exige suficiente motivación fáctica en los mismos considerandos de la norma cuestionada para poder efectuar el pertinente control de razonabilidad y f)

³⁵ C.S.J.N., “Verrocchi, Ezio D. c/ Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de aduanas”, Fallos 322:1726 (1999), consid. 9.

reclama el no aniquilamiento- ni aun en emergencia- del derecho limitado mediante la norma. (Gelli, 2000, p. 4)

Tal como establece la autora citada supra, se habla de un control amplio e intenso, y reconoce que se observe por un lado el debido proceso sustantivo y adjetivo, y por otro lado la razonabilidad de la medida, reclamando cuales fueron los hechos habilitantes y las circunstancias que fomentaron el dictado de dichos decretos.

Balbin (2003) analiza como la Corte en el caso "Rodríguez" renunciaba al control judicial de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, en cambio en el fallo "Verrocchi" la Corte decide retomar y darle entidad a un pleno control judicial en materia de decretos de necesidad y urgencia, y conforme al criterio establecido anteriormente por la Corte en el caso "Video Club Dreams".

Seguidamente, en igual sentido se pronuncia sobre el caso "Guida"³⁶, y años más tarde le toca expedirse sobre el fallo "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional"³⁷ en el año 2003, entre sus antecedentes:

La provincia de San Luis promovió un recurso de amparo ante la Corte Suprema contra el Estado Nacional, el Banco Central y el Banco Nación con el fin de obtener la restitución de los fondos públicos establecidos en plazos fijos pactados en dólares; para esto, planteó la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 214/02 que estableció la pesificación de los depósitos.

La Corte por mayoría hizo lugar a lo peticionado.

Dentro del estándar aplicado por la CSJN (2010), esta establece que el Congreso podrá delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo, siempre que exista una situación de emergencia, tal como lo establece el artículo 99 inciso 3 de nuestra Carta Magna, pero lo que no está permitido es que frente delegación que realizo el Congreso en la Ley 2556, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales que debían ser ejercidas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no de manera concurrente con él.

³⁶ C.S.J.N., "Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional". Fallos, 323:1566 (2000).

³⁷ C.S.J.N., "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional". Fallos, 326:417 (2003).

El Congreso habilitó al Poder Ejecutivo a intervenir para enfrentar la crisis, pero con la restricción de:

(...) disponer las medidas tendientes a 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, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esta protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras (...)³⁸.

De uno de sus considerados se deduce que:

(...) en exceso de las facultades delegadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional transformó, compulsiva y unilateralmente, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al disponer su conversión a pesos, con apartamiento de lo dispuesto por la ley 25561 y con una relación entre la moneda nacional y las divisas que no reflejan el valor del capital originalmente depositado (...)³⁹.

Por último:

(...)Queda claro, pues que no es el Poder Judicial quien está facultado para delinear el derrotero de la legislación. Tampoco es el responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que puedan incurrir los poderes a quien si les incumbe tal tarea. Pero no puede permanecer inmutable ni convalidar tales desaciertos, so pena de transgredir el mandato constitucional que le ha sido conferido, cuando, como ha ocurrido en el caso, bajo la faz de la emergencia se ha transgredido el orden constitucional (...)⁴⁰.

Cabe destacar que eran tiempos en donde la Argentina atravesaba una de las crisis más grandes de su historia, pero a pesar de esto, la crisis debía ser atravesada y tomar las decisiones y emplear remedios acorde lo establece nuestra Constitución Nacional, y sin sobrepasar los límites que esta estipula.

³⁸ Artículo 6 de la ley 25561, Ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario.

³⁹ C.S.J.N., "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional", Fallos, 326:417(2003), consid. 35.

⁴⁰ C.S.J.N., "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional", Fallos, 326:417(2003), consid. 55.

Años más tarde se dictaba el fallo “Consumidores Argentinos”⁴¹ donde nuevamente el tribunal decide acentuarse en la postura de que es deber del Poder Judicial realizar el control de los presupuestos de hecho que habilitan al Poder Ejecutivo a dictar decretos de necesidad y urgencia como facultad excepcional.

Entre los antecedentes del fallo, según la CSJN (2010):

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 558/02, el Poder Ejecutivo introdujo modificaciones a las previsiones de la ley 20091- de entidades de seguro y su control-y, en concreto incorporó un último párrafo al artículo 29 de esa ley, por el cual se faculta a la Superintendencia de Seguros de la Nación a examinar a las aseguradoras de la prohibición del inciso g) de ese mismo precepto legal ante situaciones de iliquidez transitoria (artículo 1°); sustituyó los textos de los artículos 31 y 86 inciso “a” de la ley (artículos 2° y 3°); e incorporo su último párrafo al artículo 33 de aquella (artículo 4°).

La actora promovió acción de amparo, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto e cuestión. En primera y segunda instancia, se hizo lugar a la demanda. El demandado interpuso recurso extraordinario.

La Corte Suprema confirmó la sentencia (...). (p. 387)

De sus considerandos más relevantes destacamos⁴²:

Para que se cumpla con la constitucionalidad de este tipo de decretos, se deben determinar cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que sean legítimos. Además cabe recordar que fue lo que motivo a los constitucionalistas del año 94 a incorporarlos en nuestra Carta Magna: 1) atenuar el presidencialismo; 2) modernizar y fortalecer el Congreso y 3) fortalecer el mecanismo de control; con la única intención de fortalecer el equilibrio entre los tres poderes (considerando 5).

Establece que la comprensión de la Constitución Nacional debe adaptarse a los principios del Estado Constitucional, por consiguientes los constituyentes decidieron remitirse a los principios fundamentales para coexistir en sociedad, sin ser modificados frente a los posibles cambios de opinión, de algún modo siendo estos permanentes e inviolables (Considerando 6).

⁴¹ C.S.J.N., “Consumidores Argentinos” c/ EN- PEN- Decreto 558/02- SS- ley 20091 s/ amparo ley 16986”, 19/05/2010.

⁴² C.S.J.N., “Consumidores Argentinos” c/ EN- PEN- Decreto 558/02- SS- ley 20091 s/ amparo ley 16986”, 19/05/201, consid. 5 a 14.

Que nos rige el principio de división de poderes y el control recíproco entre estos, el Congreso de la Nación tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo administra los reglamentos y el Poder Judicial el encargado de dictar sentencias, además de ejercer el control que las normas jurídicas se dicten conforme nuestra Constitución (Considerando 7).

No olvidar que la potestad del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo se realiza bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y ciertos límites. Por esto es que el constituyente establece una apreciación por parte del Poder Legislativo y a su vez que el dictado de los decretos de necesidad y urgencia no sea en materias penal, tributaria, electoral o de partidos políticos, y que exista un verdadero estado de necesidad y urgencia (considerando 10).

Que el tribunal será el encargado de valorar los supuestos de hecho que acreditan el dictado de dicha medida, en lo que refiere al estado de necesidad y urgencia. En lo que respecta a las situaciones que deben asistir y que justifican la adopción de los decretos de necesidad y urgencia, es el Poder Judicial el encargado de determinar si dichas circunstancias presentan el carácter de excepcionales o si de lo contrario son irreales o ilógicas (considerando 11).

Y una vez que el tribunal estime que se cumplieron los presupuestos de hecho que llevaron al dictado por parte del Poder Ejecutivo de dichos decretos, se deberá desechar que hubo conveniencia por parte del Poder Ejecutivo para la adopción de esta medida. Debido a que la Constitución no faculta a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la de un decreto (considerando 13).

“(...) En estas condiciones, cabe concluir con la invalidez del decreto cuestionado en el sub lite, por cuanto no han existido las circunstancias fácticas que el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (...)”. (Considerando 14)

Se puede observar que la Corte es contundente con los límites que establece a la hora de dictar un decreto de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo, ya que a diferencia de nuestro texto constitucional actual, establece que solo podrá dictar un decreto de necesidad y urgencia en condiciones de “rigurosa excepcionalidad”.

A lo largo del recorrido de los distintos fallos, se ha observado también como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tomado diferentes posturas frente al control de los Decretos de Necesidad y Urgencia. En cierto modo se puede observar que dicho control se fue fortaleciendo con un papel más activo, con límites claros a la atribución presidencial y con un criterio taxativo a la hora de analizar la aptitud del Poder Ejecutivo de emitir este tipo de decretos.

Es importante destacar que a pesar de los controles y los límites que se imponen al dictado de esta normativa, hoy en día se siguen dictando decretos de necesidad y urgencia sin cumplir con las circunstancias habilitantes que establece la Constitución Nacional, y que de alguna manera se ha tornado una atribución discrecional y una conveniencia de parte del Presidente, siendo que la emergencia para él se convierte en una cuestión netamente política del gobierno de turno.

Por último acentuar y recordar, que por más que en el texto de nuestra Carta Magna no se agrega la palabra “rigurosa”, la excepcionalidad existe y por lo tanto no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida sobre ciertas cuestiones a través de un decreto, además de establecer que debe existir una necesidad y urgencia que hicieran imposible y no dificultoso recorrer el trámite legislativo.

Como palabras finales, cabe hacer mención a lo que manifiesta Pizzolo (2010) en cuanto al control del Poder que es propio del estado constitucional de derecho, y es facultad de los jueces ejercer dicho control. Ellos son- en palabras de Kelsen- los guardianes de la constitución, son los encargados de vigilar que la estructura jurídica que abarca al poder no se fragmente. El poder desde un punto de vista jurídico, administrado por el orden constitucional, es un poder ajeno a circunstancias eventuales. Por el contrario, es un poder que se circunscribe a un ámbito de competencias previamente establecidas por el constituyente. Los poderes constituidos, no pueden apropiarse de sus funciones constituyentes, por lo que si lo hicieran estaríamos ante el quiebre del ordenamiento jurídico vigentes.

6. Análisis de la Ley 26122: “Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de la delegación legislativa y la promulgación parcial de leyes”

En el último párrafo del artículo 99 inciso 3 de la CN, prescribe que: "...Una Ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso". Dicha Ley N° 26.122⁴³ fue sancionada 12 años más tarde, luego de numerosos proyectos y debates el día 20 de julio de 2006, promulgándose el 27 de julio de 2006. La finalidad de la norma surge del artículo 1 al establecer: "Esta ley tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; c) promulgación parcial de leyes".

Néstor Sagües (2006) realiza un análisis a partir de la sanción de la ley reglamentaria y establece que el Parlamento va ejercer tareas naturalmente constituyentes, por pedido del propio poder constituyente. A decir que la propia ley que regula los DNU, más que una ley de tratamiento constitucional, se trata de una normativa de integración constitucional que cubre un vacío, propio de la imposibilidad política de la asamblea constituyente.

El artículo 99 inciso 3 de la Constitución además establece: "El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara (...)", cabe aclarar que la encargada de establecer la integración o competencia de dicha comisión es la ley 26122.

De acuerdo con el artículo 3 de la ley 26122: "La Comisión Bicameral Permanente está integrada por ocho (8) diputados y ocho (8) senadores, designados por el presidente de respectivas Cámaras a propuestas de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas". Además establece que "Los integrantes de la Comisión Bicameral Permanente duraran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos" artículo 4 de dicha ley; en el artículo 5 establece que "(...) elige anualmente un presidente, vicepresidente y un secretario, los que

⁴³ Ley 26122: "Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes", Promulgada en B. O. el 27/07/2006.

pueden ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponderá un año a cada Cámara”.

Es de considerar en cuanto a la composición de la CBP, si se ajusta a nuestra Constitución, debido a que lo lógico sería que el Senado este compuesto por un Senador por cada provincia, además de la Ciudad de Buenos Aires, y en cuanto a la Cámara de Diputados, esta debería contener el mismo número que la del Senado, para que la votación sea equitativa, y de esta manera respetar el principio de representatividad y de división de poderes (Godoy, 2008).

Por último “La Comisión Bicameral Permanente cumple funciones aún durante el receso del Congreso Nacional”, por esto es que se desprende su carácter de permanente.

En cuanto al quórum que necesita la CBP para sesionar es de la mayoría absoluta de sus miembros (artículo 7), en referencia a los dictámenes emitidos por esta Comisión deben contener la firma de la mayoría absoluta de sus miembros (artículo 8), y en lo que respecta a su reglamento, la CBP dicta su reglamento interno de acuerdo con las disposiciones de esta ley (artículo 9), de la ley 26122.

El artículo 10 establece:

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

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

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

En este caso la CBP eleva un dictamen estableciendo si el decreto cumple con los requisitos formales y sustanciales que establece la CN. Badeni (2006) sostiene que la exclusión sobre que la Comisión Bicameral Permanente deba expedirse con relación a la conveniencia del acto legislativo presidencial es incomprensible. No obstante ello, el dictamen no podrá ser invalidado si se pronuncia sobre este contenido porque no es vinculante para las cámaras. La razón de esto es que el Congreso como titular de la labor legisferante, no solo debe controlar los recaudos

formales de un decreto de necesidad y urgencia o de legislación delegada sino también el contenido del documento.

Según Gelli (2008), la Comisión Bicameral Permanente debería evaluar:

- a) si el decreto de necesidad y urgencia, fu dictado en ejercicio de las atribuciones excepcionales conferidas por la Constitución. Es decir, debería examinar la constitucionalidad del decreto, verificando si se han cumplido cada uno de los requisitos formales y materiales establecidos constitucionalmente; b) El control del Congreso no debería limitarse a un control de constitucionalidad, si no que debería examinar la oportunidad, mérito y la conveniencia de las medidas adoptadas, aprobando o reprobando la actuación del Poder Ejecutivo. (p. 369)

Con relación al trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia, el artículo 17 establece: “Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil”. Para el supuesto de incumplimiento que:

(...) El Jefe de Gabinete, no remita en el plazo establecido a la CBP los decretos que reglamenta la ley, se habilita a la CBP para que se aboque de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del plazo establecido para la presentación del Jefe de Gabinete⁴⁴.

El plazo que tiene la Comisión para expedirse, también es de diez (10) días desde que este fue presentado por el Jefe de Gabinete⁴⁵, pero si se ha transcurrido ese plazo temporal la Comisión no se expide, las Cámaras deben abocarse al

⁴⁴ Artículo 18 de la Ley 26122.

⁴⁵ Artículo 19, Ley 26122: “La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II, III del presente título”.

expreso e inmediato tratamiento del decreto del que se trate⁴⁶, a decir de Serrano (2008) establece que:

(...) tal afirmación no es nada más que simbólica, al no establece un plazo dentro del cual las Cámaras deberían expedirse ni afirmarse que en el supuesto de que las Cámaras no se expidieran dentro de ese plazo, ese silencio implicaría el rechazo del decreto por el Congreso. (p. 562)

En cambio si la comisión se expide, eleva su dictamen al plenario de ambas Cámaras y estas deben darle inmediato y expreso tratamiento⁴⁷.

El artículo 22 dispone que: “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata”, volviendo a la anteriormente autora citada y compartiendo su crítica a la ley 26.122 se observa como no se fija un plazo para que el plenario de cada una de las Cámaras considere los dictámenes de esta comisión, y de esta manera el silencio del Congreso estaría amparando la validez de los decretos. En síntesis estamos en presencia de la sanción ficta, aunque no esté determinado, debido a que como ya se comentó dicha sanción está vedada por la constitución nacional, se observa que se produce la sanción tacita desde el momento que se deja transcurrir un tiempo sin que el Congreso tome alguna determinación, rechazando o aprobando los decretos en cuestión (Serrano, 2008).

Bestard (2008), también advierte la dudosa constitucionalidad del artículo 22 de la citada ley, la autora establece que el artículo 82 de la CN expresa: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”, esto significa que si el Congreso no se declara expresamente no hay ley, además agrega que el silencio del Estado siempre

⁴⁶ Artículo 20, Ley 26122: “ Vencido el plazo al que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocaran al expreso e inmediato tratamiento del decreto del que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional”.

⁴⁷ Artículo 21, Ley 26122: “Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento”.

significa una negativa. Por lo tanto el artículo de la ley 26122 requiere que la aprobación y el rechazo sean expresos, y a su vez el artículo 17 de la citada ley expresa que los decretos “(...) tendrán plena vigencia, de conformidad con el artículo 2 del código civil”, esto lleva a pensar que parece apropiado para el Poder Ejecutivo, porque en el caso que no obtenga la mayoría en el Congreso, el decreto sigue vigente. Así es como se llega al principio incorporado en el artículo 82 de la CN que si el Congreso no se expide en forma expresa no quedan aprobadas las disposiciones de carácter general. A su vez, para rechazar la medida adoptada por el Ejecutivo se necesita la mayoría absoluta de los presentes de cada Cámara.

Cabe destacar que ya antes que se sancionara la Ley 26122, al analizar la problemática de los decretos de necesidad y urgencia, Bidart Campos (2005) sostenía que la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención del Poder Legislativo en la etapa legislativa de dichas normas, nunca puede instaurar que el silencio del Congreso significa la aprobación tácita del decreto, ya que el mencionado artículo 82 establece una norma general para todos los casos, conforme a la cual la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente.

Está vedado a las Cámaras introducir enmiendas o supresiones al texto dictado por el Poder Ejecutivo, debiendo limitarse a la aceptación o rechazo del decreto, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes⁴⁸. El rechazo por ambas cámaras del decreto, significa su derogación de acuerdo a lo establecido por el artículo 2 del cc y quedando en pie los derechos adquiridos durante su vigencia⁴⁹.

El artículo 24 de la citada ley es el que conlleva otro comentario que está relacionado con el procedimiento elegido para llevar a cabo el control de parte del órgano legislativo.

⁴⁸ Artículo 23 de la Ley 26122: “Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes”.

⁴⁹ Artículo 24 de la Ley 26122: “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”.

La norma en cuestión expresa que el rechazo por ambas cámaras implica la derogación del decreto, por lo que tácitamente el artículo establece que de no haber coincidencia el decreto mantendrá su vigencia por la sola voluntad de una de las Cámaras. En este caso se estaría en contra del sistema constitucional, debido a que la voluntad debe ser concurrente de ambas cámaras por ser el decreto de necesidad y urgencia un instituto de excepción (Cayuso, 2006).

Serrano (2008) sostiene que si el rechazo por ambas cámaras significa la derogación del decreto, en este sentido la aprobación por una de las cámaras alcanzaría para darle validez al decreto, por lo que se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 81 de la CN: “Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las cámaras podrán repetirse en las sesiones de aquel año (...)”.

Por otra parte Godoy (2008) declara la nulidad absoluta e insanable de la trascendencia de la última parte del artículo 24 cuando reconoce en caso de rechazo de los decretos efectos derogatorios solo para el futuro, sea cual fuere el rechazo, resguardando los derechos adquiridos durante su vigencia. Sabiendo que no se puede sustentar la validez de los derechos adquiridos sobre normas que nunca han sido dictadas de acuerdo al procedimiento que fija la constitución.

Por todo lo expresado cabe concluir, que se ha observado una inconstitucionalidad en artículos muy importantes de la ley que reglamenta los DNU, una ley que desde el comienzo los constituyentes de 1994 ya la habían expresado en los artículos 99 inciso 3 y 100 inciso 12 y 13; y que tenía como único propósito establecer el control sobre las potestades legislativas del Poder Ejecutivo, por esto es que la misma debería haber contemplado en forma expresa, establecer un plazo para que las cámaras emitan su voluntad, el valor del silencio de las Cámaras como derogación ficta y la aprobación de ambas cámaras para la ratificación del decreto.

7. Conclusión

Los Decretos de Necesidad y Urgencia a lo largo de la historia han sido objeto de amplia discusión doctrinaria en virtud de su particular naturaleza jurídica,

invasiva en cierto modo de las facultades legislativas que son atribución natural y privativa del Congreso y no del Poder Ejecutivo.

A partir de su expresa incorporación en Nuestra Carta Magna con la reforma de 1994, los constituyentes tuvieron como objetivo introducir los decretos de necesidad y urgencia como potestad excepcional del Poder Ejecutivo, delimitando dicha facultad y supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones.

A su vez, consagraron a los decretos de necesidad y urgencia la naturaleza jurídica de acto complejo, lo que significa que la validez constitucional de los mismo este supeditada a la concurrencia de dos voluntades: la del Poder Ejecutivo que los dicta y la del Poder Legislativo como órgano de contralor, el cual será el encargado de controlar la existencia de los presupuestos facticos que acreditan al Presidente de la Nación al ejercicio de esta facultad extraordinaria.

Cabe concluir que a pesar de los límites que se pretendieron fijar al introducirlos en la Constitución Nacional, no se ha disminuido la práctica y utilización de dicha herramienta, si bien el intento fue introducirlos en el terreno de la legalidad y constitucionalidad, se puede determinar que en realidad se siguen dictando decretos que no se encuentran suficientemente fundados y motivados por una verdadera necesidad y urgencia que hacen a la legitimidad y legalidad de los mismos, y además de ser utilizados muchas veces por conveniencia política.

También se observa como la Ley 26122, ley especial que reglamenta el control de los decretos de parte del Congreso, no ha podido limitar la facultad legisferante del Poder Ejecutivo al no dejar plasmado como ya vimos, un efectivo control sobre los decretos de necesidad y urgencia.

Por mucho tiempo se sostuvo la discusión sobre la facultad del Poder Judicial para sostener el control de constitucionalidad sobre los presupuestos habilitantes para el dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

Sin embargo se puede manifestar que a partir del fallo “Consumidores Argentinos” la Corte estableció el carácter excepcionalísimo que tiene este instituto de emergencia, contribuyendo a limitar el ejercicio abusivo de la utilización de dicha herramienta y a ejercer control judicial sobre los presupuestos facticos que faculta el ejercicio de determinadas atribuciones del Poder Ejecutivo.

CAPITULO IV: Propuesta de intervención y recomendaciones

Sumario: 1. Introducción- 2. Análisis sobre la legitimidad del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1602/09- 3. ¿Porque el DNU 1602/09 debería transformarse en una Ley emanada del Congreso?- 4. Definición de Ley- 4.1. Modelo Argentino que rige en la formación de la ley- 4.2 Procedimiento de sanción y promulgación de leyes- 5. Conclusión

1. Introducción

El último capítulo versará sobre el análisis de la legitimidad del medio normativo empleado para dar origen a la “Asignación Universal por Hijo para Protección Social”, que fuera instaurada mediante Decreto N° 1602/09 y su resolución reglamentaria Anses N° 393/09.

Se comenzará con el estudio del referido decreto, para luego determinar cuáles fueron los fundamentos del gobierno de turno que los llevo a declarar el estado de necesidad y urgencia y así implementar esta herramienta de excepción. A su vez dicho análisis se abordará desde el enfoque de derechos, tema ya tratado en el capítulo I, detectando si es correcta la utilización de decretos de necesidad y urgencia para regular en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional, como es el caso de los derechos que pretende amparar y otorgar la Asignación Universal por Hijo.

Por último se sustentará el hecho de que el medio normativo idóneo que debería haber reglamentado la Asignación Universal por Hijo es una ley en sentido formal, por ser esta, una norma que brinda una cierta estabilidad jurídica, y ser el Parlamento el único lugar en el que se debió debatir este tema de gran envergadura, de modo que sin lugar a dudas el decreto 1602/09 debería transformarse en ley en sentido formal, de la misma forma que se encuentra reglamentada las Asignaciones Familiares, una Ley emanada del Congreso, como único órgano encargado y conecedor de sancionar y promulgar leyes, por lo que se profundizará sobre esta cuestión.

2. Análisis sobre la legitimidad del decreto de necesidad y urgencia n° 1602/02

Después de realizar un recorrido sobre los decretos de necesidad y urgencia, norma elegida por el Poder Ejecutivo para dar origen a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, es el momento de realizar el análisis específico del DNU N° 1602/09 y su legitimidad.

Es necesario destacar en un primer momento, que de la lectura de los considerandos del decreto en el cual se profundiza sobre la motivación o el fundamento que llevo al Poder Ejecutivo a tomar esta medida de excepción, con características basada en la emergencia, se puede resaltar que no hay signos ni fundamentos de que en ese momento el país se encontraba en una situación de necesidad y urgencia que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de la leyes. Prueba de ello se debe a que al momento de dictarse la medida, ya existían varios proyectos de ley presentado ante ambas cámaras legislativas, esto resulta notable en dicho decreto 1602/09, en sus considerandos cuando comienza diciendo: “Que los más diversos sectores políticos y sociales han expresado su predisposición favorable a la adopción de políticas públicas que permitan mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social”.

También se debe enfatizar que si bien de los considerandos del decreto 1602/09 surge: “Que a través de la Ley n° 24714 se instituyó con alcance nacional y obligatorio un Régimen de Asignaciones Familiares”. A su vez hace mención a quien va dirigida dicha ley, y establece: “Que en el mencionado Régimen de Asignaciones Familiares no se incluye a los grupos familiares que se encuentren desocupados o que se desempeñen en la economía informal” por lo que se decide amparar a aquellos menores que no se encuentran protegidos por la Ley 24714, y así crear la Asignación Universal por decreto de necesidad y urgencia, lo cual significó la pérdida de una gran oportunidad para que se debatiera en profundidad la transformación del sistema de asignaciones familiares a través de un proyecto de ley.

Volviendo a las circunstancias excepcionales y urgentes que habilitan al Poder Ejecutivo al dictado de esta medida, dicho decreto en análisis, no justifica las circunstancias excepcionales que darían lugar a esta vía. En sus considerandos del decreto 1602/09 solo se limita a señalar:

Que la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución, dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la CONSTITUCIÓN NACIONAL para la sanción de las leyes, por lo que el PODER EJECUTIVO NACIONAL adopta la presente medida con carácter excepcional.

Es evidente que no se verifican en el caso los requisitos y circunstancias extraordinarias y urgentes que habilitan al Poder Ejecutivo a emitir esta disposición. La CSJN ha establecido que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas, que en principio son propias del Poder Legislativo, tiene que presentarse la imposibilidad de reunión del Congreso por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como es el caso de acciones bélicas o desastres naturales, o que la situación presente una urgencia tal, que requiera de una solución inmediata. Además rechaza criterios de mera conveniencia que sean ajenos a circunstancias de extrema necesidad y exige una suficiente motivación fáctica en sus considerandos⁵⁰.

Cabe agregar que no cualquier circunstancia inesperada, o una situación que presente un impedimento para obtener la aprobación por parte del parlamento se presume urgente, aquí no se trata de una atribución ordinaria ejercida por el propio Presidente de la Nación, como legislador que actúa de forma circunstancial, sino que es una facultad de naturaleza excepcional, por lo que la utilización del mismo en cualquier circunstancia y de manera ordinaria implicaría un riesgo a las instituciones que quiere proteger (Egües, 2001).

De este modo, se sostiene que el instrumento utilizado para dar origen a dicha institución presenta un defecto inicial de forma, por no cumplir con lo que prevé nuestra Carta Magna para habilitar al Poder Ejecutivo al uso de competencias que son estrictamente propias del Congreso. A su vez, como se menciona anteriormente, pero es significativo recordar, que cuando un decreto que posteriormente es ratificado por el Congreso, pero que desde el inicio no se ajusta a derecho, como es el caso en cuestión, por no existir las circunstancias excepcionales y la emergencia que imposibilitan el debate parlamentario, no es legítimo, debido a que solamente obtendrá rango de ley constitucionalmente válido un decreto de necesidad y urgencia que al inicio se ha adecuó a todos los requisitos establecidos por la Constitución Nacional (Bidart Campos, 2005) .

Por otra parte, dentro de los considerandos del decreto 1602/09, se establece que la medida se dicta para cumplir con lo que dispone la ley 26061:

⁵⁰ C.S.J.N., “Verrocchi, Ezio D. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Administración Nacional de aduanas”, Fallos 322:1726, (1999), consid. 9.

Que la Ley 26061 tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentre en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte.

Que por el artículo 3° de dicha norma se entiende por interés superior de aquellos a quienes protege la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que a ellos se les reconoce, entre los que se encuentran el derechos a la obtención a una buena calidad de vida, a la educación y a obtener los beneficios de la Seguridad Social.

Se interpreta que el decreto de necesidad y urgencia N° 1602/09 estaría efectivizando y ejecutando lo que establece la Ley 26061, que en realidad no es la finalidad que persigue un DNU, sino que es propio del decreto reglamentario o de ejecución, el cual también es facultad de Poder Ejecutivo y que cuya finalidad se encuentra receptada en el artículo 99 inciso 2 de la CN, y el mismo expresa: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Por último analizar la importancia de la medida en contraposición con la precariedad de la norma, estableciendo por un lado que se trata de una medida que reconoce derechos humanos con jerarquía constitucional, que busca proteger a los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social brindando una cobertura, que si bien se trata de una suma de dinero, tiene por finalidad asegurar la educación y el control de salud de las niñas, niños y adolescentes de la República Argentina, y como establece en sus considerandos del decreto 1602/09, esta medida intenta: “(...) combatir la pobreza, así como brindar apoyo y asistencia a las familias como núcleo de contención natural y bienestar de la sociedad, mediante la adopción de medidas de alcance universal”, por lo que en realidad, por su importancia y por su carácter permanente debió haber sido sancionada por una Ley del Congreso de la Nación.

El considerando establece “adopción de medidas de alcance universal”, ¿se puede hablar de universalidad, es legítimo el uso de este concepto?, ya se ha hecho

mención en el capítulo I sobre la universalidad de la asignación universal, pero se distingue que por ser una medida tan importante, que intenta incluir a todos los menores que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que estaban excluido por el régimen de asignaciones familiares, es evidente como se producen dentro del propio diseño de la Asignación Universal algunas exclusiones, por lo que se estarían vulnerando los principios de universalidad e igualdad, estableciendo así una discriminación que resulta inconstitucional y contraria a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En cuanto a la norma, el mismo decreto en sus considerandos establece que será ANSES, el encargado de dictar las normas complementarias en lo que hace a la implementación operativa, supervisión, control y pago de las prestaciones, tema que de ser reglamentado por una Ley podría haberse discutido en el Congreso y quedar ya plasmado en la norma, y delegar el control a otros organismos como el Ministerio de Salud y Educación, y así descomprimir el organismo en cuestión, sumado a que como ya se observó en el capítulo II sobre el financiamiento de dicha prestación con los propios fondos de ANSES. Lo Vuolo (2009) hace referencia sobre esta cuestión y establece lo cuestionable que resulta la utilización de los recursos de la previsión social y los rendimientos anuales del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del régimen previsional público de reparto, sabiendo que los aportes y contribuciones de la seguridad social se constituyen de materia tributaria y en este caso se estaría subvencionando prestaciones de carácter no contributivo a beneficiarios que no ha realizado ningún tipo de aportes, además que se trataría de recursos que están destinados para las jubilaciones pese a que la cobertura de la previsión social no alcanza ni para las personas con edad jubilatoria.

Además de regularse a través de resoluciones internas de ANSES, el cómo se realizara la implementación y control de la institución, otra muestra más de la precariedad de la implementación y su norma.

Lo expuesto anteriormente lleva a cuestionar y criticar dicho decreto, por lo que deberían replantearse en el seno del Poder Ejecutivo, para evitar que todas las medidas que intentan implementar pierdan legitimidad.

Por todo lo dicho, la posición que se adopta con respecto al medio normativo elegido para implementar esta medida, resulta no ajustada a lo que establece

nuestra Ley Suprema, pues la Constitución Nacional solo reserva la utilización de esta herramienta para casos excepcionalísimos, y la admite siempre y cuando se cumpla con los requisitos formales y sustanciales, que constituyen una limitación y no una práctica habitual como se viene utilizando en nuestro país.

3. ¿Por qué el DNU N° 1602/09 debería transformarse en una Ley emanada del Congreso?

Para responder este interrogante, es necesario ampliar y puntualizar lo que se viene investigando a lo largo del presente trabajo de investigación.

Debería transformarse en ley, debido a que, como se dijo anteriormente el medio utilizado un Decreto de Necesidad y Urgencia para dar origen a la Asignación Universal por Hijo, no resulta legítimo.

No resulta legítimo, por no cumplir con las circunstancias que habilitan al Poder Ejecutivo para el dictado del mismo, y porque se sostiene que el Presidente de la Nación eligió discrecionalmente entre la sanción de una ley y el dictado de un decreto. Sumado al ineficaz control posterior que ejerció el Congreso de la Nación, quien tiene la potestad de aprobar o rechazar dicho decreto para dotarlo de validez legal, pero que en el caso en cuestión parece no haber sido un control real y efectivo. Siendo que este órgano se encuentra compuesto en su mayoría por legisladores del mismo partido político que el presidente, lo que hace que se pierda la objetividad a la hora de controlar, y lo que constituye una verdadera concentración de poder, violentando de esta manera el principio de división de poderes.

Así es que se observa como se ha perdido la elaboración y el control de parte del Poder Legislativo de la política legislativa y su posterior convalidación por parte del Poder Judicial, lo que ha significado la destrucción del sistema republicano regido en nuestra Constitución Nacional.

En este sentido, Godoy (2008) establece que es posible dar cuenta de la cantidad de decretos por razones de necesidad y urgencia que se dictan sin cumplir con los requisitos constitucionales, dando lugar a estas vías de excepción, y así observar

como el Poder Ejecutivo va vaciando de contenido al sistema republicano y volviendo ordinario lo que en realidad es excepcional. Además de que el Poder Legislativo no se compromete por completo en su función de legislar y controlar la gestión administrativa, más la ineficacia de la oposición, falta de control de las cuentas de inversión y de ejecución presupuestaria, todo esto posibilita a que el Poder Ejecutivo realice su función ejecutiva y normativa de esencia legislativa con absoluta discrecionalidad, regularse y controlarse por sí mismo, convirtiéndose de esta manera en un todopoderoso, que conlleva a que se pierda el principio de división de poderes y no se cumplan de esta manera los controles intraorganicos produciéndose un desequilibrio entre los poderes.

Resulta muy controvertido el surgimiento de esta medida por medio de un decreto de necesidad y urgencia, más aun sabiendo que, con anterioridad a dicha implementación existían diversos proyectos de ley en el Congreso de la Nación, pero sin llegar a ser tratados en comisiones, perdiendo así su estado parlamentario, lo que refuerza lo expuesto en el párrafo anterior, acerca de la inexistencia de circunstancias excepcionales o de necesidad y urgencia para tratar esta medida. Claramente una medida tan importante como ésta, que hubiese sido aprobado en el seno del Poder Legislativo le daría una considerable legitimidad institucional y política, además le otorgaría acuerdos básicos en lo que hace a temas referidos a políticas sociales (Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS], 2010).

Según el CELS (2010), entre los numerosos proyectos de ley existentes en el Congreso de la Nación, sobre la Asignación para la niñez se pueden mencionar:

-El proyecto de Elisa Carca (Coalición Cívica) “Fondo para el ingreso ciudadano de la niñez”, Expediente 2467-D-2008.

-Héctor Recalde (Frente para la Victoria) “Régimen de asignaciones familiares por hijo y por ayuda escolar para trabajadores en relación de dependencia no registrados”, Expediente 3755-D-2008.

-Francisco de Narváez (Unión Celeste y Blanco) “Ingreso básico familiar”, Expediente 3892-D-2009.

-Elena Mercedes Corregido (Frente para la Victoria) “Asignación universal por hijo”, Expediente 0440-S-2009.

-Silvia Augsburger (Frente Progresista Cívico y Social-PS-) “Programa ingreso universal para la niñez y la adolescencia”, Expediente 1914-D-2009.

-Claudio Lozano (Buenos Aires para Todos, en Proyecto Sur) “Asignación Universal por Hijo”, Expediente 3644-D-2009.

-Ernesto Sanz y Gerardo Morales (UCR) “Programa de asignación familiar para la atención prenatal, natal, la niñez y la adolescencia”, Expediente 1230-S-2009.

-Paula Cecilia Merchán (Partido Frente Grande) “Sistema Solidario de Redistribución Social (SISORS)”, Expediente 6029-D-2008.

Estas iniciativas legislativas son prueba de la importancia que tiene la cuestión social, y que hoy en día sigue siendo por lo que debería abrirse un nuevo debate parlamentario a 7 años de la implementación de esta medida, para mejorar desde su medio normativo, implementación, universalidad, control y condicionalidades y así fortalecer tanto los derechos individuales como los sociales de la población argentina.

Debería transformarse en ley, dado que es una medida que reconoce derechos, por lo que la Constitución Nacional en este caso establece que en materia de reglamentación de derechos y garantías, solo podrán llevarse a cabo a través de una Ley en sentido formal, y así lo establece el artículo 14 de la CN que los derechos por ella reconocidos se ejercen conforme a las leyes que reglamente su ejercicio, el artículo 19 que establece el principio de legalidad. A su vez la particularidad de estos derechos es que por tratarse de derechos humanos, poseen jerarquía constitucional, tal como lo establece nuestra Carta Magna en su artículo 75 inciso 22, a través de la jerarquización constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, por lo que no resulta idóneo, que sea un decreto de necesidad y urgencia el que regule derechos de esta jerarquía.

Además, es necesario hacer hincapié sobre lo que establece nuestra Carta Magna en el inciso 23 del artículo 75:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Es evidente que el propio texto de la Constitución le encomienda políticas de derechos humanos al Congreso de la Nación. Bidart Campos (1999) resalta como competencia del Congreso lo que establece la norma citada “legislar y promover” medidas que favorezcan a acceder y disponer de los derechos en beneficio de todos. Al Congreso se le atribuyen obligaciones de hacer: legislar y promover medidas de acción positiva.

Por otro lado, la Opinión Consultiva N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹ en el punto 22, establece que:

(...) la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución (...)

Y en el punto 24 agrega:

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

Cuando hace referencia a que debe ser regulada por una ley, hace referencia a ley en sentido formal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado

⁵¹ Opinión Consultiva 6/86 del 9 de mayo de 1986 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

el concepto de ley utilizado en el artículo 30⁵² de la Convención Americana sobre derechos humanos que expresa:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Por último en dicha opinión consultiva N° 6 de la CIDH por unanimidad ha establecido que cuando el artículo 30 de la Convención hace referencia a la palabra ley, se está refiriendo a norma jurídica de alcance general, que proviene del propio Poder Legislativo, democráticamente elegido, que se ocupa de la elaboración de las leyes según las Constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

Por último, cabe destacar la opinión de Sola (2008) que establece que el sistema que rige en la República Argentina sobre la división de poderes, esta instaurado que le corresponde al Poder Legislativo la regulación de los derechos constitucionales.

De lo analizado hasta el momento lleva a pensar, que como se trata de una medida de una verdadera magnitud y alcance, que lo que busca es otorgar derechos, como es el caso de los derechos sociales, económicos, culturales, salud y educación a todos los niños, niñas y adolescentes se considera que el decreto 1602/09 debería transformarse en ley por el valor que presenta dicha norma dentro del ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica que esta brinda, además de otorgarle la presunción de legitimidad, a diferencia del decreto de necesidad y urgencia que se dicta para resolver esta supuesta situación de emergencia, teniendo la particularidad de ser una norma que se utiliza temporalmente y que cualquier gobierno de turno puede derogar.

En cuanto a la seguridad jurídica, Dalla Via (2008) afirma que es elemental e imprescindible la seguridad jurídica para establecer una sociedad organizada, para que el derecho exista y pueda ser aplicado, y cuando esta no se encuentre presente

⁵² Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (B-32). Pacto de San José del 7 al 22 de noviembre de 1969.

para alcanzar el cumplimiento de una obligación normativa, se atenta contra la estabilidad.

Existen razones suficientes para retomar la cuestión en análisis y debatir sobre la esencia del derecho que se pretende otorgar, en cabeza del Poder Legislativo, siendo este el único idóneo y encargado, a quien le corresponde en el Estado de derecho la función de hacer la ley, único órgano representativo de la voluntad popular y así reglamentar una Asignación que llegue a todos los niños, niñas y adolescentes de la república Argentina, ampliando en cierto modo el régimen de asignaciones familiares, y realizando una correcta implementación de la medida, brindando de esta manera la estabilidad que exige la cobertura de estos derechos.

4. Definición de Ley

Se puede definir a la ley como “Aquella norma superior dictada según un procedimiento fijado por la Constitución” (Díaz Ricci, 2008, p. 702). El autor referenciado resalta dos características fundamentales de esta norma, por un lado tiene supremacía con respecto a las otras normas del ordenamiento jurídico y nace en un órgano dotado de representación política en un estado democrático.

Cassagne (2006) define a la ley:

En sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que de acuerdo con el criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del órgano Legislativo, conforme a un procedimiento establecido. (p. 161)

Para Bidart Campos (1999), ley formal es el acto que el parlamento le atribuye el carácter y denominación de ley, en cambio cuando habla de ley en sentido material describe dos teorías que entran en disputa. La primera concuerda con el precedente autor citado, cuando dice que es toda norma de carácter general y obligatorio, y en esa clase de normas incorpora a los reglamentos del poder ejecutivo y los fallos plenarios. La segunda teoría establece que ley material, implica crear una norma que origine un derecho nuevo y originario. En este sentido

se puede decir que la función legislativa es ejercida por el Congreso de la Nación que tiene a su cargo la invención de normas que sean de naturaleza novedosos y originarios.

A partir de la definición de la ley, es importante resaltar que también es una de las fuentes del derecho administrativo y que jerárquicamente se encuentra por debajo de la Constitución Nacional y de los tratados, pero por encima de los reglamentos, circulares, costumbre, jurisprudencia, principios generales del derecho, equidad y la doctrina.

La supremacía de la ley con respecto al resto de las normas del ordenamiento jurídico se encuentra receptado en el artículo 31 de la CN cuando establece: “(...), las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso (...) son la ley suprema de la Nación (...)”.

4.1. Modelo Argentino que rige en la formación de la ley

Antes de desarrollar el procedimiento de sanción y promulgación de leyes es necesario describir el modelo de formación de ley que se encuentra vigente en nuestro país, con la reforma constitucional de 1994 se instauró un dualismo atenuado como sistema de fuentes de ley, determinado por la dinámica participación del Poder Ejecutivo en el dictado de normas con fuerza de ley las que se encuentran receptados en los artículos 76 y 99 inciso 3 de la CN con la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia (Díaz Ricci, 2008).

Este dualismo atenuado, según Díaz Ricci (2008) está conformado por:

-El Congreso siendo el único lugar de formación de las leyes teniendo las siguientes particularidades: mantiene la facultad legislativa originaria, basándose en los artículos 44 cuando expresa: “Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación”, cuando dice que: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo (...)” y 99 inciso 3 de la CN “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente (...)”; las leyes tienen un origen democrático partiendo del principio de que la ley es

expresión de la voluntad popular representada en el Congreso, basándose en los artículos 1, 33,37 y 38 de la CN; se trata de una fuente representativa como ya se expresó en el artículo 1 y 22 de la CN; por el principio de la libertad establecidos en los artículos 19 y 28 de la CN; la supremacía de la ley emanada del Congreso tal como lo describe el ya citado artículo 31 de la CN; la posibilidad de transformación que presenta la ley receptados en los artículos 24, 75 incisos 12-18-19-23 y 32 de la CN; y por último las materias reservadas a exclusividad del Congreso que no pueden ser propósito de reglamentación del Ejecutivo descriptas en los artículos 3,4, 7, 9, 75 inciso 1, 13, 15, 17, 18, 21, 30,36, 39, 40, 41, 42, 45, 49, 74, 75 inciso 2, 3, 8, 12, 18, 18, 19, 22, 23, 24 y 30, 85, 86, 88, 99 inciso 2, 100, 107, 108, 110, 114, 115, 118, 119, 120 y 129 de la CN.

-El Poder Ejecutivo, en este caso el presidente de Nación no tiene la potestad legislativa exclusiva, originaria u ordinaria sino que es excepcional, por eso es que se lo clasifica como dualismo atenuado, por lo que se le permite el dictado de normas cuando fuera imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la formación de las leyes y siempre que no se trate de materias penal, tributaria, electoral y de partidos políticos y agregar que no podrá tal como se expresó anteriormente regular sobre materias que son de exclusividad del Congreso; también participa de la creación de la leyes, a través de la presentación de proyectos de ley en la etapa iniciativa artículo 77 y del veto artículo 78, 80 y 83 de la CN y tiene exclusividad para presentar proyectos de ley referidos al ministerio y presupuesto anual, a través del Jefe de Gabinete artículo, 100 inciso 6 de la CN; se le concede la potestad de dictar decretos reglamentarios expresado en el artículo 99 inciso 2 de la CN, reglamentos autónomos artículo 99 inciso 1 y 100 inciso 1 y 2 con relación al Jefe de Gabinete, dictar como facultad legislativa de excepción, DNU en situaciones de emergencia expresado en el artículo 99 inciso 3 de la CN como ya se ha desarrollado en el capítulo anterior, la intervención federal establecido en el artículo 99 inciso 20 y estado de sitio expresado en el artículo 99 inciso 16 in fine (Díaz Ricci, 2008).

En definitiva, se admite la facultad ordinaria ejercida por el Congreso y la facultad excepcional ejercida por el Poder Ejecutivo para el dictado de las leyes, y cuando este último poder ejerce dicha prerrogativa excepcional, la misma se

tornaría legítima desde el momento que se observen las circunstancias excepcionales que habilitan al dictado de la norma, sin embargo para este caso en cuestión, como prueba de todo lo anteriormente investigado se advierte que no se han cumplido con los requisitos habilitantes y que se ha hecho abuso del uso de esta prerrogativa excepcional, a pesar de existir un posterior control del Poder Legislativo como órgano de contralor tal como lo establece la ley 26122.

4.2. Procedimiento de sanción y promulgación de leyes

Bidart Campos (1999) establece que el proceso legislativo de formación de la ley consta de tres etapas:

- a) la iniciativa o formulación del proyecto: la iniciativa puede venir del Congreso, del Poder Ejecutivo, y luego de la reforma de la CN de 1994 el artículo 39 de la misma establece: “Los ciudadanos tienen iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses (...)”;
- b) la constitutiva o de sanción del proyecto: radica en la sanción del proyecto, a cargo del Congreso y se encuentra reglamentado entre los artículos 78 a 84.
- c) la de eficacia, o de promulgación y publicación de la ley: esta última etapa está a cargo del Poder Ejecutivo.

Siguiendo con la estructura que plantea el citado autor, como se mencionó en la etapa consultiva que está a cargo del Congreso, agrega que el proyecto recorre ambas cámaras, donde comienza el tratamiento del proyecto se llama “cámara de origen” y la que continúa se llama “cámara revisora” (Bidart Campos, 1999).

Cada cámara aprueba por sí el proyecto, siguiendo con el procedimiento establecido en los artículos 78 a 84 de la CN. El artículo 78 establece:

Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.

Cabe aclarar y sin entrar en detalle en la redacción específica de cada artículo se puede destacar de cada uno lo siguiente, con respecto al artículo 79 establece que

cada cámara podrá encomendar la aprobación del proyecto a sus comisiones con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros; el artículo 80 establece que quedará aprobado aquel proyecto que no sea devuelto dentro de los diez días útiles y cuando un proyecto de desecho en forma parcial no podrá ser aprobado por la parte restante, en cuanto al artículo 82 se prohíbe la sanción tácita por lo que las cámaras deben manifestarse expresamente. El artículo 83 prescribe que cuando un proyecto es desechado en todo o en parte por el Poder Ejecutivo volverá a la cámara de origen para ser revisado nuevamente y de conseguir los dos tercios de los votos por mayoría pasará a la cámara revisora, de ser aprobado por ambas cámaras en su mayoría el proyecto se convierte en ley pasando al Poder Ejecutivo para que este lo promulgue. Por último el artículo 84 establece: “En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso...decretan o sancionan con fuerza de ley”.

Bidart Campos (1999) establece que la sanción del proyecto de ley es un acto complejo interno o intraorganicos, advierte la concurrencia de ambas cámaras. Y en la etapa de eficacia que promulga la ley, se requiere también la voluntad del Poder Ejecutivo con refrendo ministerial, por lo que también lo denomina acto complejo externo o interórganos, debido a que se reúne la voluntad del congreso y la del Poder Ejecutivo.

Por último es importante mencionar que para otorgarle validez a las leyes luego de ser sancionadas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Poder Ejecutivo, es facultad del Poder Judicial realizar el control de constitucionalidad para casos concretos, introducidos a conocimiento de este, y para respetar por sobre todas las cosas el principio de división de poderes receptado en el artículo 1 de nuestra Constitución Nacional que expresa: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente constitución” (Dalla Via, 2008).

5. Conclusión

Por todo lo expuesto anteriormente indica que la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, instaurada mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia

como medio normativo para llevar a cabo la implementación de esta medida adolece de legitimidad normativa en cuanto no cumple con los requisitos excepcionalísimos que habilitan al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad legislativa excepcional que le confiere la Constitución Nacional.

Estas consideraciones que se han señalado a lo largo de este capítulo son suficientes como para señalar y determinar porque la Asignación Universal por Hijo debería reglamentarse mediante una ley formal, retomando el debate en el seno del Congreso que como se ha analizado y lo establece nuestra Carta Magna es el único órgano que posee capacidades legisferante originarias, y al cual se le confiere la exclusividad de ciertas materias lo que se conoce como reserva legal del Poder Legislativo, y que por tratarse de derechos que se intentan reconocer a través de esta medida, por el significado de dicha implementación para los grupos vulnerables que busca proteger, justificaría reabrir un debate parlamentario y sancionarse y promulgarse la Ley de Asignación Universal por Hijo para Protección Social.

CONCLUSIÓN GENERAL

En el año 1994, con la reforma constitucional, luego de haber sido reconocido por la jurisprudencia desde tiempos antiguos e inmediatos, en el conocido fallo Peralta, sumado a otros agregados políticos se incorporaron en nuestra Carta Magna los Decretos de Necesidad y Urgencia receptados en el artículo 99 inciso 3 de la misma.

A partir de su expresa incorporación se fijaron los límites que debe respetar el Poder Ejecutivo para ejercer dicha facultad legislativa, si bien el artículo 76 de la CN en su primera parte expresa: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública (...)” y el artículo 99 inciso 3 de la CN : “(...) El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente (...)”, en ambos casos existe una prohibición expresa, pero posteriormente establece en forma específica y limitada como y cuando el presidente de la Nación podrá hacer uso de esta prerrogativa extraordinaria.

A su vez se consagro a los DNU la naturaleza de acto complejo, por lo que significó que para obtener la validez constitucional de los mismos debían contar con la voluntad del Poder Ejecutivo que los dicta y la del Poder Legislativo que los aprueba, como órgano de contralor que será el encargado de controlar la existencia de los requisitos habilitantes para el dictado de dicha herramienta.

Por lo que finalmente se crea la ley 26122 a 12 años de la reforma constitucional que será la encargada de reglamentar la intervención del Congreso para ratificar y otorgarle validez a los Decretos de Necesidad y Urgencia, pero a pesar de tomarse un tiempo considerable para la sanción de dicha ley, y para cumplir con lo que los constituyentes en aquel momento pretendían con la incorporación de esta herramienta a la CN, esta ley no ha podido operar como

contrapeso a la facultad presidencial de legislar, además de detectar cierta inconstitucionalidad en algunos de sus artículos.

También en el presente trabajo se ha tratado de esbozar dentro de los fallos más importantes y reconocidos por la doctrina como la CSJN se ha pronunciado en los diferentes DNU que han sido dictados por el Poder Ejecutivo, entrando en disputa sobre el control judicial de estas facultades excepcionales, pero a partir de la sentencia del fallo de “consumidores argentinos” la Corte da a conocer el carácter excepcionalísimo que presenta este instituto de emergencia. Contribuyendo claramente a limitar el ejercicio abusivo del empleo de Decretos de Necesidad y Urgencia.

Por todo lo expuesto y analizado en el presente trabajo, cabe concluir que a pesar de los límites que se pretendieron fijar al introducirlos en nuestra Carta Suprema, y del control posterior que realiza el Congreso de la Nación como órgano contralor, no ha podido disminuirse el empleo de esta herramienta, prueba de ello es el decreto que implementa la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, que si bien intenta dar respuesta y otorgar una prestación a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran desprotegidos por el régimen de asignaciones familiares, y que están en una extrema vulnerabilidad social, no era este el medio normativo adecuado para reglamentar esta cuestión. Además de no cumplir con los requisitos habilitantes que exige Nuestra CN para hacer uso de esta prerrogativa, se torna una medida que no se ajusta a derecho, que adolece de legitimidad normativa, y lleva a pensar que por no tratarse de una verdadera necesidad y urgencia y una situación que hace imposible recorrer el trámite legislativo para la sanción de las leyes, fue utilizada por el gobierno de turno para resolver una cuestión netamente política que el mismo atravesaba.

Además se debe resaltar, que derechos pretende resguardar la Asignación Universal por Hijo, y sin lugar a dudas, ampara y otorga derechos importantísimos para nuestros niños, se trata de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional, que según la propia CN, la Opinión consultiva N° 6, y la

Convención Americana de Derechos Humanos deben ser regulados por una ley en sentido formal, emanada del órgano Legislativo.

Es por lo antedicho que se sostiene que la Asignación Universal requiere y amerita un tratamiento normativo más profundo, en el seno del Congreso, que es el único órgano idóneo y encargado, a quien le corresponde en el Estado de derecho la función de hacer la ley, como órgano representativo de la voluntad popular, que puede retomar esta discusión en el Parlamento y dotar a la AUH de mayor jerarquía normativa, estabilidad jurídica, y legitimidad normativa.

Por último establecer con el cambio de la norma, una política universal, donde incluya a todo el grupo de la población que queda fuera del régimen de Asignaciones Familiares, para proclamar lo que establece nuestra CN, los principios de igualdad y universalidad.

La propuesta de intervención jurídica que se aspira realizar en la referida institución, es por un lado mejorar el encuadre normativo de la AUH, transformando el DNU en una Ley emanada del Congreso, a través del procedimiento ordinario de sanción y promulgación de leyes, que pueda normar las falencias que hoy en día presenta dicha implementación, y principalmente por la importancia de los derechos tutelados, y de esta manera unificar e igualar el Régimen de Asignaciones Familiares, ya sea a través de la ampliación de la Ley 24714 o la creación de una nueva Ley, que asegure la obtención de estos derechos, y la inclusión de todos los niños, niñas y adolescentes que quedan fuera del salario familiar .

Además, realizar un control y seguimiento diferente del que existe hoy en día, el mismo realizado por ANSES, anualmente, a través de la presentación de la Libreta de la Seguridad Social Salud y Educación, donde se encuentran los datos del establecimiento al cual asisten los niños, niñas y adolescentes, controles de vacunas y salud. Logrando disminuir la atención de las unidades de ANSES, beneficiar a la organización y obtener una información periódica, real y genuina de la

conurrencia y continuidad de los menores a los establecimientos de educación, concreción de los controles de salud y vacunación obligatoria. A través de un convenio entre Nación (ANSES) y Provincia (Ministerio de Salud y Educación), realizando un cruce informático de dicho seguimiento y control que asegure la concreción de dicha condicionalidad.

Todas estas consideraciones desarrolladas a lo largo del trabajo de investigación son suficientes para determinar y establecer un cambio normativo de la AUH, transformándose esta medida de gran alcance y magnitud, en una LEY de Asignación Universal por Hijo.

ANEXO

ASIGNACIONES FAMILIARES

Decreto 1602/2009

Incorpórase el Subsistema no Contributivo de Asignación Universal por hijo para Protección Social.

Bs. As., 29/10/2009

VISTO las Leyes Nros. 24.714 y 26.061 y el Decreto N° 897 del 12 de julio de 2007, y

CONSIDERANDO:

Que los más diversos sectores políticos y sociales han expresado su predisposición favorable a la adopción de políticas públicas que permitan mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social.

Que a través de la Ley N° 24.714 se instituyó con alcance nacional y obligatorio un Régimen de Asignaciones Familiares.

Que dicha norma abarca a los trabajadores que presten servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada, cualquiera sea la modalidad de contratación laboral y a los beneficiarios tanto del Sistema Integrado Previsional Argentino como de regímenes de pensiones no contributivas por invalidez.

Que, en el régimen establecido por la ley citada se encuentran previstas, entre otras, la asignación por hijo consistente en el pago de una suma mensual por cada hijo menor de 18 años que estuviere a cargo del beneficiario, así como la asignación por hijo con discapacidad.

Que en el mencionado Régimen de Asignaciones Familiares no se incluye a los grupos familiares que se encuentren desocupados o que se desempeñen en la economía informal.

Que la Ley N° 26.061 tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquéllos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte.

Que por el artículo 3° de dicha norma se entiende por interés superior de aquéllos a quienes protege la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que a ellos se les reconoce, entre los que se encuentran el derecho a la obtención a una buena calidad de vida, a la educación y a obtener los beneficios de la Seguridad Social.

Que cabe agregar que el artículo 26 de la Ley N° 26.061 dispone que los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas para la inclusión de las niñas, niños y adolescentes, que consideren la situación de los mismos, así como de las personas que sean responsables de su mantenimiento.

Que, si bien las políticas de estado llevadas a cabo han producido una mejora en la situación económica y financiera del país reduciendo los niveles de pobreza y de marginalidad alcanzándose, asimismo, un importante incremento del nivel ocupacional, subsisten situaciones de exclusión de diversos sectores de la población que resulta necesario atender.

Que, en virtud de ello, se torna necesario contemplar la situación de aquellos menores pertenecientes a grupos familiares que no se encuentren amparados por el actual Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la Ley N° 24.714 creándose, a tal fin, la Asignación Universal por Hijo para Protección Social.

Que la referida Asignación Universal por Hijo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado por cada menor de DIECIOCHO (18) años que se encuentre a su cargo o sin límite de edad cuando se trate de un hijo discapacitado.

Que, como el resto de los beneficios de la Ley N° 24.714, la asignación que se crea será financiada con los recursos previstos en el artículo 18 de la Ley N° 24.241.

Que estos recursos se han fortalecido a partir de las inversiones que se han efectuado de los fondos que constituyen el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino creado por el Decreto N° 897/07 y de la rentabilidad anual obtenida, resultando posible dar sustento al financiamiento de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, que por el presente se instituye.

Que el otorgamiento del beneficio se somete a requisitos que deberán acreditarse para garantizar la universalidad y a la vez preservar la transparencia, condicionándolo al cumplimiento de los controles sanitarios obligatorios para menores y a la concurrencia al sistema público de enseñanza.

Que la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), como organismo autónomo sujeto a la supervisión de la COMISION BICAMERAL DE CONTROL DE LOS FONDOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL creada por el artículo 11 de la Ley N° 26.425, deberá dictar las normas complementarias pertinentes para la implementación operativa, la supervisión, el control y el pago de las prestaciones.

Que, forzoso es decirlo, esta medida por sí no puede garantizar la salida de la pobreza de sus beneficiarios y no puede ubicarse allí toda la expectativa social, aunque resultará, confiamos, un paliativo importante. Queremos evitar entonces el riesgo de depositar la ilusión de que con una sola medida se puede terminar con la pobreza.

Que, como se ha destacado, una medida de tal naturaleza tiene sin embargo una indudable relevancia en cuanto significa más dinero en los bolsillos de los sectores más postergados. No implica necesariamente el fin de la pobreza, pero inocultablemente ofrece una respuesta reparadora a una población que ha sido castigada por políticas económicas de corte neoliberal.

Que la clave para una solución estructural del tema de la pobreza sigue afincada en el crecimiento económico y la creación constante de puestos de trabajo. El trabajo decente sigue siendo el elemento cohesionante de la familia y de la sociedad, que permite el desarrollo de la persona.

Que la mejor política social de promoción y articulación del tejido social es el trabajo que, sumado a la educación, la salud, la modernización o creación de

infraestructura, servicios básicos y viviendas, permitirá mejorar las condiciones de vida y avanzar sobre el núcleo más duro de la pobreza, consolidando progresivamente un desarrollo humano integral, sostenible e incluyente.

Que existe consenso entre la comunidad y las instituciones sobre la urgencia en implementar medidas que permitan combatir la pobreza así como brindar apoyo y asistencia a las familias como núcleo de contención natural y bienestar de la sociedad, mediante la adopción de medidas de alcance universal.

Que la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución, dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la CONSTITUCION NACIONAL para la sanción de las leyes, por lo que el PODER EJECUTIVO NACIONAL adopta la presente medida con carácter excepcional.

Que la Ley N° 26.122, regula el trámite y los alcances de la intervención del H. CONGRESO DE LA NACION respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99 inciso 3 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Que la citada ley determina, que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, así como elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.

Que el artículo 20 de la Ley N° 26.122 prevé incluso que, en el supuesto que la Comisión Bicameral Permanente no eleve el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Que, por su parte, el artículo 22 de la misma ley dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que ha tomado la intervención de su competencia el servicio jurídico permanente.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades que otorga el artículo 99, inciso 3, de la CONSTITUCION NACIONAL y de los artículos 2°, 19 y 20 de la Ley N° 26.122.

Por ello,

LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA EN ACUERDO GENERAL
DE MINISTROS DECRETA:

Artículo 1° — Incorpórase como inciso c) del artículo 1° de la Ley N° 24.714 y sus modificatorios, el siguiente texto:

"c) Un subsistema no contributivo de Asignación Universal por Hijo para Protección Social, destinado a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina, que no tengan otra asignación familiar prevista por la presente ley y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal."

Art. 2° — Incorpórase al artículo 3° de la Ley N° 24.714 y sus modificatorios el siguiente párrafo:

"Quedan excluidos del beneficio previsto en el artículo 1° inciso c) de la presente los trabajadores que se desempeñen en la economía informal, percibiendo una remuneración superior al salario mínimo, vital y móvil."

Art. 3° — Incorpórase como inciso c) del artículo 5° de la Ley N° 24.714 y sus modificatorios, el siguiente:

"c) Las que correspondan al inciso c) del artículo 1° de esta ley con los siguientes recursos:

1. Los establecidos en el artículo 18 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias;
2. Los rendimientos anuales del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino creado por el Decreto N° 897/07 y modificatorios."

Art. 4° — Incorpórase como inciso i) del Artículo 6° de la Ley N° 24.714 y sus modificatorios, el siguiente:

" i) Asignación Universal por Hijo para Protección Social."

Art. 5° — Incorpórase como artículo 14 bis de la Ley N° 24.714 y sus modificatorios, el siguiente:

"ARTICULO 14 bis.- La Asignación Universal por Hijo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de DIECIOCHO (18) años que se encuentre a su cargo o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.714, modificatorias y complementarias. Esta prestación se abonará por cada menor acreditado por el grupo familiar hasta un máximo acumulable al importe equivalente a CINCO (5) menores."

Art. 6° — Incorpórase como artículo 14 ter de la Ley N° 24.714 y modificatorios, el siguiente:

"ARTICULO 14 ter.- Para acceder a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, se requerirá:

- a) Que el menor sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país no inferior a TRES (3) años previos a la solicitud.
- b) Acreditar la identidad del titular del beneficio y del menor, mediante Documento Nacional de Identidad.
- c) Acreditar el vínculo entre la persona que percibirá el beneficio y el menor, mediante la presentación de las partidas correspondientes y en los casos de adopción, tutelas y curatelas los testimonios judiciales pertinentes.
- d) La acreditación de la condición de discapacidad será determinada en los términos del artículo 2° de la Ley N° 22.431, certificada por autoridad competente.
- e) Hasta los CUATRO (4) años de edad —inclusive—, deberá acreditarse el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio. Desde los CINCO (5) años de edad y hasta los DIECIOCHO (18) años, deberá acreditarse además la concurrencia de los menores obligatoriamente a establecimientos educativos públicos.

f) El titular del beneficio deberá presentar una declaración jurada relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos por la presente y a las calidades invocadas, de comprobarse la falsedad de algunos de estos datos, se producirá la pérdida del beneficio, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Art. 7° — Incorpórase como inciso k) del artículo 18 de la Ley N° 24.714 y sus modificatorios:

"inciso k) Asignación Universal por Hijo para Protección Social: la mayor suma fijada en los incisos a) o b), según corresponda.

El OCHENTA POR CIENTO (80%) del monto previsto en el primer párrafo se abonará mensualmente a los titulares de las mismas a través del sistema de pagos de la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES).

El restante VEINTE POR CIENTO (20%) será reservado en una Caja de Ahorro a nombre del titular en el BANCO DE LA NACION ARGENTINA percibido a través de tarjetas magnéticas emitidas por el banco, sin costo para los beneficiarios. Las sumas podrán cobrarse cuando el titular acredite, para los menores de CINCO (5) años, el cumplimiento de los controles sanitarios y el plan de vacunación y para los de edad escolar, la certificación que acredite además, el cumplimiento del ciclo escolar lectivo correspondiente.

La falta de acreditación producirá la pérdida del beneficio.

Art. 8° — Los monotributistas sociales se encuentran alcanzados por las previsiones de la presente medida.

Art. 9° — La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en Prestaciones Contributivas o No Contributivas Nacionales, Provinciales, Municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes Nros. 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias.

(Nota Infoleg: por art. 13 del Decreto N° 593/2016 B.O. 19/4/2016 se deroga el artículo 9° del Decreto N° 1.602 del 29 de octubre de 2009, a partir de la publicación de la Resolución reglamentaria que emita ANSES, definiendo el régimen de compatibilidades de las asignaciones universales del artículo 1° inciso c) de la Ley N° 24.714, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 11 del Decreto de referencia. Vigencia: regirá para las asignaciones familiares que se perciban en el mes de Mayo de 2016.)

Art. 10. — Facúltase a la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) a dictar las normas complementarias pertinentes para la implementación operativa, la supervisión, el control y el pago de las prestaciones.

Art. 11. — El presente decreto comenzará a regir a partir del 1° de noviembre de 2009.

Art. 12. — Dése cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del HONORABLE CONGRESO DE LA NACION.

Art. 13. — Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Aníbal D. Fernández. — Aníbal F. Randazzo. — Jorge E. Taiana. — Nilda C. Garré. — Amado Boudou. — Débora A. Giorgi. — Julián A. Domínguez. — Julio M. De Vido. — Julio C Alak. — Carlos A. Tomada. — Alicia M. Kirchner. — Juan L. Manzur. — Alberto E. Sileoni. — José L. S. Baraño.

LISTADO DE REFERENCIA

Doctrina

- Anses. (2010). Observatorio de la Seguridad Social. *Fuentes de Financiamiento de Los Sistemas de Seguridad Social en países de América del Sur*. 1-34. Recuperado de observatorio.anses.gov.ar/archivos/documentos/Fuentes%20Financiamiento%20de%20los%20Sistemas%20de%20Seguridad%20Social%20en%20Países%20de%20America%20del%20Sur.Pdf
- Anses. (2012). Digesto Normativo de la Seguridad Social. Recuperado de <http://intranetanses>
- Anses. (2012). Observatorio de la Seguridad Social. *La Asignación Universal por Hijo para Protección Social en Perspectiva: La Política Pública como restauradora de derechos*. 1-56. Recuperado de observatorio.anses.gob.ar/archivos/publicaciones/OBS-000255%20-%20AUH%20en%20Perspectiva.Pdf
- Badeni, G. (2006). “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”. L.L. 2006-D-1229.
- Balbín, C. F. (2003). “La causa “Verrocchi, Ezio D. c Administración Nacional de Aduanas”, L. L. 2003, 149.
- Bestard, A. M. (2008). Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo. En J. H. Gentile (Comp.) *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*. (Cap. 6, pp. 579-595). Berlín, Alemania: Konrad- Adenauer- Stiftung E. V.
- Bidart Campos, G. J. (1999). *Manual de la Constitución Reformada, T. III*. Buenos Aires: Ediar
- Bidart Campos, G.J. (2005). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T.II. (Nueva edición ampliada y actualizada 2002-2004). Buenos Aires: Ediar.
- Cassagne, J.C. (2006). *Derecho Administrativo T.I*. (8ª Ed. Actualizada). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Cayuso, S. G. (2006). “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial de leyes. Control político, real o aparente”, L.L. 2006-D, 1435.
- Centro de Estudio Legales y Sociales [CELS]. (2010). *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2010*. Recuperado de www.cels.org.ar/common/documentos/informe-cels-2010.pdf.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN]. (2010). *Año del Bicentenario. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaria de Jurisprudencia. “Decretos de Necesidad y Urgencia”*. Recuperado del sitio de internet de old.csjn.gov.ar/data/dnu.pdf.
- Dalla Via, A. R. (2008). El imperio de la ley como fundamento de la seguridad jurídica e institucional. En J. H. Gentile (Comp.). *El Poder Legislativo. Aporte para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*. (Cap. 7, pp. 723-750). Berlín, Alemania: Konrad- Adenauer- Stiftung E. V.
- Documento interno de ANSES. (2012). Digesto Normativo de la Seguridad Social. Sistema intranet. Recuperado el 11/05/2015 de <http://intranetanses>.
- Egües, A. J. (2001). *Los Decretos de Necesidad y Urgencia: (del “parlamentarismo” al “hiperpresidencialismo”)*. Buenos Aires: Villela.
- Fernández de Kirchner, C., Bossio, D. (2013). *Inclusión vs. Privilegios*. Recuperado de multimedia.anses.gob.ar/archivos/libro/inclusión_vs_privilegios.pdf
- Fernández Barone, M.X. (2005). Decretos de Necesidad y Urgencia: ¿Se cumplen los controles constitucionales? *UCES Revista Jurídica*, n° 9, 232-250.
- Gelli, M. A. (2000). “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’, ¿el regreso de ‘Peralta’?”, L.L. 2000-A, 86.
- Gelli, M.A. (2008) *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*. T.II. (4ª Ed. Ampliada y Actualizada). Buenos Aires: La Ley.
- Godoy, J. D. (2008). Comisiones parlamentarias. En J. H. Gentile (Comp.). *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*. (Cap. 2, pp. 165-195). Berlín, Alemania: Konrad-Adenauer- Stiftung E. V.

- Grisolia, J. (2007). *Laboral. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (6° Ed.). Buenos Aires: Estudio
- Ildarraz, B, Zarza Mensaque, A.R. y Viale, C.M. (1999). *Derecho Constitucional y Administrativo*. Córdoba, Argentina: Eudecor.
- Lo Vuolo, R. M. (2009). *Asignación por Hijo. Serie de análisis de coyuntura N° 21*. Recuperado de www.ciepp.gov.ar/index.php?page=shop.getfile&file_id=125&product_id=125&option=com_virtuemart&Itemid=1
- Luna, E. F. (2007). *Congreso y Control. Hacienda Pública, responsabilidad política, estándar de emergencia, relaciones internacionales y acuerdos*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. “Seguridad Social: un derecho humano fundamental”. Recuperado de <http://www.trabajo.gov.ar/seguridadesocial/>
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). Resumen Ejecutivo del documento “*Combatiendo la desigualdad desde lo básico: Piso de protección social e igualdad de género*”. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_192026.pdf
- Página web de ANSES. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: www.fgs.anses.gob.ar
- Página web de ANSES. Recuperado el 12 de enero de 2016 de: <http://fgs.anses.gob.ar/subseccion/el-circulo-virtuoso-del-fgs-10>
- Pizzolo, C. (2010). “La emergencia para la Constitución es excepcionalidad y al juez corresponde controlar la existencia”, L.L. 2010-C, 525.
- Ramos, S. (2010). “Lineamientos de la Corte Suprema en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia”, SAIJ 2010-DACF100064.
- Ricci Díaz, S. (2008). La Ley en la Constitución. En J. H. Gentile (Comp.). *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*. (Cap. 7, pp. 701-722). Berlín, Alemania: Konrad-Adenauer- Stiftung E. V.

- Sagües, N. P. (1996). “El derecho de necesidad espurio de “Peralta” a “Video Club Dreams”. SAIJ- DACA960233- 21/02/1996.
- Sagües, N. P. (2006). “La regulación Legislativa de los decretos de necesidad y urgencia” SJA 18/10/2006.
- Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa Jefatura de Gabinete de Ministros Presidencia de la Nación. Anses-SGP. Recuperado de http://www.sgp.gob.ar/contenidos/onig/carta_compromiso/paginas/organismos/anses1.htm
- Serrano, M. C. (2008). El Rol del Poder Legislativo. En J. H. Gentile (Comp.). *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*. (Cap. 6, pp. 551-564). Berlín, Alemania: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.
- Sola, J. V. (2008). El Poder Legislativo: de la división de poderes a la confusión de poderes. En J. H. Gentile (Comp.). *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*. (Cap. 2, pp. 125-138). Berlín, Alemania: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.

Legislación

- Constitución Nacional
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de los Derechos Humanos por Naciones Unidas 1948
- Decreto 2741/91
- Decreto 897/07
- Decreto 2103/08
- Decreto 1602/09
- Ley 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño
- Ley 24013. Ley de Empleo
- Ley 24.241. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones
- Ley 24.714. Asignaciones Familiares
- Ley 25.561. Ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario

- Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes
- Ley 26122. Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes
- Ley 26.378. Ley de Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad
- Ley 26425. Sistema Integrado Previsional Argentino
- Ley 26844. Ley de Servicio Doméstico
- Opinión Consultiva N° 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Resolución ANSES 393/09
- Resolución ANSES 132/10
- Tratados sobre “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”

Jurisprudencia

- C.S.J.N., “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central)”, Fallos 313:1513 (1991).
- C.S.J.N., “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos 318:1154 (1995).
- C.S.J.N., “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851 (1997).
- C.S.J.N., “Verrocchi, Ezio D. c/ Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de aduanas”, Fallos 322:1726 (1999).
- C.S.J.N., “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566 (2000).
- C.S.J.N., “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003).
- C.S.J.N., “Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-Decreto 558/02 SS-ley 20091 s/ amparo ley 16986”, 19/05/2010. Recuperado el 12/06/2016 de old.csjn.gov.ar/data/dnu.pdf
- Dictamen N° 51805. “Asignación Universal por Hijo para Protección Social (auh)” Rectificación Dict. GAJ N° 480559. Consulta N°459666. Nota Ex/GDNYP N° 919/11-ANSES-(17/02/12). Recuperado el 17/05/2015 de <http://intranetanses>

-Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata. “Inconstitucionalidad del artículo 9 del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1602/09 sobre Asignación Universal por Hijo” Expte G.G s/ medida cautelar (Fallo de 28/09/10). Recuperado el 15/05/2015 de <http://www.soloderecho.com/vuewtopic.php?f=20&t=17356>

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Fumale Romina Florencia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	29388177
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“Asignación Universal por Hijo para Protección Social dispuesta por un Decreto de Necesidad y Urgencia: su legitimidad y validez”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	romina_fumale@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba, 31 de agosto de 2016

Firma autor-tesista	Fumale, Romina Florencia
Firma autor-tesista	Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad	Aclaración Autoridad
-----------------	----------------------

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.