



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
ABOGACÍA

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

La Ley reglamentaria de los Decretos de Necesidad y Urgencia y la determinación de las condiciones excepcionales

ENCINA MATEO, Diego Omar

Universidad Siglo XXI

Abogacía

2018

Agradecimiento

A Maxi, mi pequeño valiente.-

Resumen

Los Decretos de Necesidad y Urgencia han sido receptados por la Constitución Nacional a los fines de permitir que, dados ciertos requisitos y exigencias, el Poder Ejecutivo pueda legislar determinadas cuestiones en atención a una razón de urgencia, principalmente. Así, se sancionó la Ley N° 26.122, reglamentaria de los decretos de necesidad y urgencia; sin embargo la mencionada norma no es contundente al momento de establecer qué debe entenderse por “necesidad y urgencia”.

En este sentido, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente en materia de decretos de necesidad y urgencia, sus requisitos y los límites impuestos al Poder Ejecutivo, lo establecido por la doctrina, así como lo estipulado en el Derecho Comparado.

Palabras claves: decretos de necesidad y urgencia – facultad legislativa – Poder Ejecutivo – división de poderes – sistema republicano de gobierno

Asbtract

The Decrees of Need and Urgency have been stipulated by the National Constitution, in order to allow certain requirements and requirements, the Executive Power to legislate certain issues in response to a reason of urgency, mainly. Thus, Law No. 26.122, which regulates decrees of necessity and urgency, was sanctioned, however, the aforementioned norm has not been understood as "necessity and urgency".

In this sense, the present research work will analyze the current legislation regarding decrees of necessity and urgency, its requirements and the limits imposed on the Executive Power, as established by the doctrine, as well as what is stipulated in Comparative Law.

Keywords: decrees of need and urgency – legislative faculty – executive power – division of powers – republican system of government

Índice

| | |
|--|----|
| Introducción..... | 7 |
| Capítulo 1 Aspectos generales del sistema republicano | 10 |
| Introducción | 11 |
| 1.1. El sistema republicano de gobierno..... | 11 |
| 1.2. La división de poderes en la República Argentina..... | 12 |
| 1.2.1. Poder Legislativo | 13 |
| 1.2.2. Poder Ejecutivo..... | 15 |
| 1.2.3. Poder Judicial | 16 |
| Conclusión | 17 |
| Capítulo 2 La evolución normativa de los decretos de necesidad y urgencia | 19 |
| Introducción | 20 |
| 2.1. Evolución constitucional de 1853-1860 a 1994..... | 21 |
| 2.1.1. Reforma constitucional de 1994 | 25 |
| 2.2. El Poder Ejecutivo y las funciones legislativas. Controversias | 32 |
| Conclusión | 36 |
| Capítulo 3 Decretos de Necesidad y Urgencia, su recepción normativa y la ley reglamentaria | 38 |
| Introducción | 39 |
| 3.1. Condiciones habilitantes para el dictado del decreto de necesidad y urgencia..... | 39 |
| 3.1.1. La necesidad | 42 |
| 3.1.2. La urgencia | 44 |
| 3.1.3. Materias prohibidas..... | 45 |
| 3.2. Procedimiento de elevación al Poder Legislativo | 46 |
| 3.3. Control jurisdiccional | 50 |
| 3.4. Ley Nacional 26.122 | 52 |
| Conclusión | 56 |
| Capítulo 4 Análisis de Derecho Comparado | 58 |
| Introducción | 59 |
| 4.1. España..... | 59 |
| 4.2. Estados Unidos..... | 64 |
| 4.3. Colombia..... | 66 |
| 4.4. Perú..... | 69 |
| 4.5. Chile | 72 |

| | |
|----------------------------|----|
| Conclusión | 73 |
| Conclusiones finales | 75 |
| Bibliografía..... | 79 |
| Doctrina | 79 |
| Jurisprudencia | 82 |
| Legislación..... | 83 |

Introducción

El art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional establece que ante condiciones excepcionales el Poder Ejecutivo podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. El Poder Legislativo, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo constitucional mencionado previamente sancionó la Ley N° 26.122, que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de este tipo de decretos pero no determina en dicha normativa qué se entiende por “necesidad y urgencia”, otorgando al Poder Ejecutivo Nacional un amplio margen discrecional.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico-legal y sin incurrir en el plano político-ideológico, parece preocupante la posibilidad de que con esta escasa regulación se atente contra la seguridad jurídica nacional, ya que un Decreto de necesidad y urgencia, una vez entrado en vigencia, genera irrevocables derechos adquiridos.

Así, la pregunta de investigación apuntará a responder si resulta vaga la Ley N° 26.122 a los fines de determinar con precisión qué se entiende por “condiciones excepcionales de Necesidad y Urgencia”.

En los últimos años el creciente uso de los Decretos por razones de necesidad y urgencia resulta, al menos, llamativo. Una de las principales cuestiones debatidas sobre la última reforma de nuestra Constitución Nacional es la amplia atribución conferida al Poder Ejecutivo Nacional para dictar disposiciones de carácter legislativo por cuanto su abuso implica atentar contra la división de poderes del Estado. Amplia, porque la ley encargada de establecer límites claros parece pecar de vaguedad y silencio. Resulta fundamental, a los efectos de conservar la seguridad jurídica nacional, el dictado de una ley clara y precisa que indique dónde comienzan y terminan las facultades delegadas, incluso en situaciones de extrema necesidad y urgencia.

El objetivo general del presente trabajo consiste en determinar si la Ley N° 26.122 posee claridad jurídica para establecer límites constitucionales de atribución al Poder Ejecutivo Nacional en el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia. Por su parte, los objetivos específicos consistirán en analizar la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria nacional en materia de DNU; identificar si en algún momento de la historia se intentaron establecer límites a la facultad constitucional atribuida al PEN en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y determinar si el abuso del dictado de DNU atenta contra la seguridad jurídica.

La hipótesis por confirmar o, en su caso, descartar, es que la Ley reglamentaria de los decretos de necesidad y urgencia N° 26.122 no cumple íntegramente con su finalidad.

Respecto del tipo de investigación, se utilizará el descriptivo, ya que con él se intenta describir las características de un fenómeno a partir de la determinación de variables o categorías ya

conocidas. También se apunta a hacer un retrato del fenómeno bajo estudio mediante la caracterización de sus rasgos generales.

Por ello, la cuestión de la escasa determinación de las condiciones excepcionales de la Ley reglamentaria de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como también las cuestiones políticas no revisables, resulta un tema enormemente expuesto y son cuantiosos los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que la mencionan y encuadran en esta variante. A su vez, el método seleccionado es el cualitativo, ya que mediante el mismo y tal como requiere el problema constitucional planteado, se analizarán aspectos que requieren un mayor conocimiento de la temática. Se utilizará el análisis documental como estrategia metodológica de obtención de información, que supone por parte del investigador el instruirse acerca de la realidad objeto de estudio a través de documentos de diferente materialidad.

El trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará los aspectos generales del sistema republicano y la división de poderes, las nociones generales y las principales facultades y competencias de cada poder. El Capítulo II abordará la evolución normativa de los Decretos de Necesidad y Urgencia en nuestro ordenamiento jurídico.

El Capítulo III examinará particularmente el Artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional, tal es cada uno de los requisitos exigidos por la Carta Magna a los fines de dictar un decreto de necesidad y urgencia. El Capítulo IV abordará lo estipulado sobre este tipo de decretos en el Derecho Comparado. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: Aspectos generales del sistema republicano

Introducción

Al analizar la historia, se ha registrado un precedente sumamente trascendente, a los efectos del estudio de las disciplinas jurídicas, como ha sido la conquista del principio de división de poderes labrado por el insigne jurista francés Montesquieu (Anselmino, 2016). Inicialmente, pues, corresponde determinar el alcance y la material dimensión de algunos conceptos o nociones básicas ligadas al estudio del principio de división de poderes: fuente institucional e histórica de dicho principio; conceptualización del principio; aspectos ligados a su presencia, entre otros. Una vez que se genere la plataforma conceptual indicada, corresponderá analizar y ponderar valorativamente el caso de la división de poderes prevista por el ordenamiento jurídico argentino.

Con ello, pues, se atenderá al análisis del sistema de gobierno republicano que ha caracterizado la tradición jurídica de derecho público y administrativo, para luego dirigir los esfuerzos académicos a la comprensión y análisis de cada una de las ramas de la función pública resultantes de la efectiva aplicación del principio de división de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Sobre la base de cada uno de ellos, se analizarán sus funciones, sus correspondientes organizaciones instituciones y algunas situaciones puntuales que han generado polémica en el foro doctrinal y jurisprudencial.

1.1. El sistema republicano de gobierno

En el sistema republicano, entendido como aquél en donde la república es la comunidad políticamente organizada, sobre un pie de igualdad de todos los ciudadanos que habitan en ella, por el cual estos eligen a su gobierno para que actúe en su nombre, esta idea viene a complementarse con la división de poderes en tres departamentos, cada uno de ellos dotado de funciones que les son propias establecidas en la Constitución de manera expresa, así, queda establecida la zona de reserva de cada uno de estos poderes: el Judicial será un órgano imparcial e independiente, encontrándose librado a actuar con total libertad con respecto a los demás poderes, hallando establecidas sus funciones en los art. 116 a 118. El legislativo es establecido en el art. 75 su campo de acción y el administrativo será un órgano dependiente y sus funciones quedan establecidas en el art 99 al 107. Tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, serán departamentos políticos y quienes ejercer su poder lo hacen por un plazo de tiempo establecido y a merced de la opinión popular que se manifiesta en el sufragio, a diferencia del Poder Judicial, exento de la temática política y que se encuentra abocado a resguardar con exclusividad el sostenimiento de la Constitución Nacional, como así también los derechos y garantías de cada ciudadano que habita en su territorio.

La zona de reserva será aquel conjunto de facultades con el que cada uno de los poderes cuenta por estar expresamente establecido en la Constitución y que, en principio, pertenecen a dicho

poder. Cada poder, tiene su campo de aplicación en el que los demás poderes en principio no pueden actuar por carecer de competencia, pero los tres poderes realizan funciones administrativas. A su vez, el Poder Ejecutivo puede actuar en la esfera legislativa, incidiendo en el dictado de decretos de necesidad y urgencia, mediante la delegación parcial de leyes por parte del legislativo, con la sanción parcial de leyes o presentando un proyecto de ley. El legislativo tendrá funciones judiciales cuando procede el juicio político o administrativas en lo concerniente a la contratación de personal y materiales para desarrollar la labor en el Congreso. Por su parte, el Poder Jurisdiccional tendrá funciones legislativas en sentido amplio, cuando por ejemplo establece reglamentos internos, aunque estos sean jerárquicamente inferiores a las leyes que dicta el legislativo.

1.2. La división de poderes en la República Argentina

Una de las principales fuentes de interpretación y análisis en lo concerniente al estudio de la tradición republicana de la nación argentina está contenida en la revisión reflexiva e histórico-sistemática devenida de la sustituida Constitución de la Confederación argentina, promovida el 1 de Mayo de 1853. Dicho instrumento, en su parte primera ha establecido un capítulo único denominado “Declaraciones, derechos y garantías”, donde ha realizado, por primera vez en la historia constitucional argentina, una declaración de adopción republicana del sistema gubernamental.

Concretamente, en el artículo 1 presente en el antes mencionado capítulo, el Congreso General Constituyente estableció que: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente constitución”¹. Se ha tratado, pues, desde la entrada en vigor del instrumento estudiado, de implementar un sistema gubernamental caracterizado por: a) adoptar las fórmulas de gobernabilidad representativa, ello quiere decir, que el sufragio y la representación política son polos cruciales e instrumentos a favor del pueblo argentino mediante el cual determinarían -como efectivamente ha sucedido- el rumbo de su cauce democrático; y, b) que se trata de un sistema republicano federal, lo que supone la presencia de los valores que han sido tratados previamente, es decir, la división de la función pública en ramas vinculadas, y a su vez, interdependientes y autónomas, que deben concebir contrapesos institucionales que funjan como garantías concretas de la democracia regional.

En la prosecución del análisis histórico-sistemático correspondiente a la Constitución de la Confederación argentina de 1853, se observan ciertas normas consagradas con la inminente finalidad de blindar el principio de la separación de poderes, lo que representa uno de los aspectos más trascendentes que devienen de su estudio, puesto que indica el arraigo de los valores

¹ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

republicanos de forma congruente y desde los propios inicios de la conformación estatal de la aludida nación suramericana.

Un claro ejemplo de lo sostenido en el apartado anterior, se encuentra en la disposición del artículo 29 *ejusdem*, donde se ha establecido un franco límite al ejercicio del poder legislativo pues, considera el Congreso Constituyente que el principal órgano legislativo de la nación, no puede realizar concesiones desmedidas ni desmesuradas para legislar o reglar en asuntos que atenten contra las fórmulas democráticas previstas en el aludido texto constitucional. Además de ello, considera que irrumpe en el desenvolvimiento del hilo democrático, todo acto legislativo nacional o provincial, donde se realice una permisiva entrega del poder a corrientes autocráticas. En términos más exactos, ha establecido la reemplazada carta magna, que:

El congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernantes de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones ni supremacías, por las que la vida, honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria².

La comentada norma resulta ser uno de los primigenios esfuerzos constitucionalmente asentados con el propósito de proteger y resguardar la fórmula democrática y republicana como un valor esencial para la convivencia de los argentinos. No obstante lo aducido, corresponde analizar los aportes realizados, tanto por el *supra* indicado texto constitucional, como por la doctrina y la jurisprudencia, a fin de deslindar la participación de las tres ramas de la función pública en la mencionada nación: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.

1.2.1. Poder Legislativo

A juicio de la doctrina, el poder legislativo se erige a manera de una de las aristas de la función pública con mayor importancia dentro de los regímenes republicanos presidencialistas, como es el caso de la nación argentina, por representar el principal contrapeso político de toda iniciativa manifestada por el presidente y los diferentes órganos de la administración pública. Por ende, Sola, (2010), ha expuesto que:

Una de las características propias de los sistemas presidenciales es la clara “división de poderes” y el establecimiento de los “frenos y contrapesos” entre aquellos, conforme la versión que Madison y Hamilton hicieron de la visión de Montesquieu. En el esquema presidencialista existen dos poderes, el Congreso y el Ejecutivo, que están –tanto en la selección de sus titulares cuanto en la orientación de sus acciones- con relacionados el voto popular (p. 156).

De ese modo, se observa que la representación por excelencia del poder legislativo, esto es, el Congreso, es un órgano supeditado a la aprobación popular mediante el sufragio universal. Ahora

² Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

bien, existen parcialidades doctrinales que, con sustentos argumentativos legítimos y fidedignos, señalan preocupadamente un fenómeno que se encuentra *crescendo* dentro de las sociedades latinoamericanas (inclusive, la sociedad argentina), como lo es la progresiva desaparición del principio de división de poderes, consecuencia de la delegación de facultades legislativas al ejecutivo.

En relación al nacimiento de las circunstancias que han propiciado el desnaturalizante fenómeno, Onaindia, (2009), ha elaborado una teoría de reconstrucción contemporánea de las fuentes de la aludida situación, considerando a tales efectos, que:

El reconocimiento de potestades legislativas al Presidente fue una de las cuestiones que más dividió la opinión frente al proceso de reforma constitucional en 1994. La constitución histórica no contemplaba ninguno de los institutos que allí se incorporaron (delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia, promulgación parcial de leyes). Su génesis se produjo por decisión del Ejecutivo en el transcurso de la accidentada vida institucional del siglo XX, legitimada luego por la jurisprudencia (p. 43).

Claramente, se puede apreciar que las principales fuentes que han contribuido al surgimiento de las aberrantes políticas legislativas de delegación de facultades parlamentaria, han sido situadas en un particular binomio reglamentario, este es: la conjunción entre decretos devenidos del propio ejecutivo, así como sentencias y precedentes judiciales que han asentado criterios jurisprudenciales que convalidaron dicha situación.

Ahora bien, no obstante la mayor parte de la doctrina está francamente en contra de la delegación legislativa en el órgano/persona del ejecutivo nacional o provincial, existen posturas que aducen justificaciones para implementar su reiteración en contextos específicos y puntuales, no obstante atenten contra los principales valores republicanos constitucionalmente arraigados en la nación. Ha sido el caso del jurista argentino Díaz Cafferata, (2011), quien interpretando un conjunto de sentencias que han decantado la necesidad de promover la continuación de la delegación legislativa en detrimento del principio de separación de poderes, ha considerado que:

La interpretación del reparto de competencias que establece la Constitución debe involucrar en función de la dinámica de los tiempos históricos, signados a menudo por fases o episodios críticos, que demandan remedios excepcionales, carácter que no resulta necesariamente incompatible con el marco normativo general y perdurable previsto por nuestros constituyentes (p. 1).

Sobre la base de dicha opinión, se justifica, no sólo la delegación de competencias parlamentarias en el ejecutivo nacional o provincial, sino -además- la verificación de instituciones que distorsionan transitoriamente los márgenes de competencias y atribuciones resultantes de la división de la función pública, como es el caso que sólo será referido a título de ilustración de los decretos de necesidad y urgencia. Sin embargo, a pesar del fenómeno desnaturalizante de la

delegación de competencias parlamentarias, en el marco del “deber ser” el poder legislativo está constituido por un órgano bicameral como lo es el Congreso Nacional, así como representaciones provinciales, conformado por una cámara baja (integrada por Diputados) y una cámara alta (compuesta por Senadores).

En síntesis, cabe hacer mención a la definición técnico-jurídica del Congreso presentada por Sola, (2010), quien ha aducido que: “Es un órgano colegiado y complejo que refleja los diversos intereses y opiniones existentes en la sociedad, y puede ser un ámbito adecuado para la deliberación y la búsqueda de consensos. Tiene además la función legislativa” (p. 156). Evidentemente, y según la precedente posición, la función legislativa puede ser circunscrita a la incidencia de tres (3) verbos nucleares, siendo estos: deliberar, legislar y controlar.

1.2.2. Poder Ejecutivo

El poder ejecutivo de la nación, tal y como es sostenido por la doctrina constitucionalista, está representado -en los términos de la propia carta magna- por el gobierno federal. Según Cagnoli *et al*, (2014), las principales competencias y atribuciones que devienen de la función ejecutiva, pueden ser sintetizadas a través de las siguientes cinco (5) enunciaciones personales a cargo del Presidente de la nación:

Es Jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, responsable político de la administración general del país y encargado de las relaciones exteriores (...) Es Comandante en Jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación y de las fuerzas de seguridad nacionales. Declara el estado de sitio y la guerra con autorización del Congreso (...) Participa en la formación de las leyes, las promulga o rechaza, y expide las instrucciones y reglamentos necesarios para la aplicación de las mismas (...) Nombra los magistrados de la Corte Suprema y demás jueces de los tribunales federales inferiores con acuerdo del Senado (...) Recauda las rentas de la Nación, ejecuta el presupuesto nacional y provee a los gastos de la nación (p. 27).

El presidente de la nación, que es el órgano/persona encargado de encabezar el ejercicio de la función ejecutiva, es considerado el principal responsable por el desenvolvimiento de la administración pública, por lo que se aduce que es el “jefe de la administración pública *strictu sensu*”. Además de ello, tiene innegables vínculos obligacionales y de dirección sobre el control de las fuerzas armadas de la nación y demás grupos de seguridad. No obstante lo afirmado, también tiene una gran responsabilidad en lo atinente a la contribución de criterios en torno a la selección de miembros indispensables para la materialización de la función judicial como los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sin olvidar su participación en la confección y decantación del rumbo presupuestario y financiero de la república.

Es importante hacer hincapié en una de las facultades enunciadas por Cagnoli *et al*, (2014), que también ha sido referida polémicamente en segmentos anteriores, como es la correspondiente a

la facultad legislativa del ejecutivo por concesión del poder legislativo. En dicho punto, además de las consideraciones que han sido expuestas en líneas anteriores, corresponde hacer mención a la posición expuesta por Serrafero (2010), quien consideró que existen dos (2) fundamentos que han permitido la subsistencia de la política de delegación legislativa: en primer lugar, aduce dicho autor a las situaciones que profesan la presencia de circunstancias de suma excepcionalidad, donde la conjunción de esfuerzos entre la administración pública *strictu sensu* y el poder legislativo, suponen medidas igual de excepcionales, como es el caso de la delegación de legislar en la persona del Presidente de la Nación; y en segundo lugar, se tiene una postura de complemento técnico en los procesos constitucionales de promoción y promulgación legislativa. Es decir, a juicio de dicho autor, la excusa de intervención en el proceso de legislar del Presidente con la intención de realizar aportes de sapiencia y técnica, ha sido un móvil que ha facilitado la proliferación de las circunstancias tendentes a la delegación de la facultad legislativa.

En definitiva, y obviando la polémica generada sobre la base de análisis de la situación considerada, se tiene que la conformación del poder ejecutivo, tal y como es analizado por Cagnoli *et al*, (2014), supone la presencia de: el Presidente de la Nación, como ya ha sido previamente expuesto; el Vicepresidente de la Nación; el Jefe de Gabinete de Ministros, que es un órgano encargado de administrar el desenvolvimiento de los diferentes ministerios que integran la administración pública; y por último, los Ministros Secretarios, quienes fungen como directivos de los diversos ministerios especializados en ámbitos y tópicos conveniente y estratégicamente concebidos a fin de gobernar con un amplio espectro de incidencia.

1.2.3. Poder Judicial

El poder judicial, tal y como ha sido plasmado en el seno del texto constitucional, representa una vertiente del poder federal, toda vez que su funcionamiento y organización está sujeta a las disposiciones “del Poder Judicial”, contenidas en el título primero denominado “del Gobierno Federal”³. La máxima representación institucional del poder judicial, a diferencia de lo sucedido en el caso del poder legislativo y ejecutivo, obedece a la aglomeración de instituciones concebidas para prestarse apoyo mutuo y llevar a cabo una función judicial que arroje como resultado una efectiva y tangible justicia. La conjunción de cada una de ellas, es denominada como el “Sistema de Administración de Justicia”. Según Cagnoli *et al*, (2014), dicho sistema:

(...) está compuesto por el Poder Judicial de la Nación, los Poderes Judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación como así también la representación de los asuntos del área judicial, en el ámbito de los Poderes Ejecutivos provinciales (p. 80).

³ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Además de lo planteado, se tiene que la propia Constitución Nacional ha dispuesto la organización de las competencias de las diversas representaciones jurisdiccionales del poder judicial, estableciendo en su artículo 116, que: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...)”⁴.

Claramente, la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales (federales, provinciales y de instancias de revisión), tienen una obligación que está fundamentalmente integrada por dos (2) verbos nucleares: por un lado, es preciso que todo órgano jurisdiccional esté en conocimiento de toda causa o controversia cuyo abordaje sea competencia de tales representaciones del poder judicial, lo que es conocido doctrinalmente como la actividad de cognición judicial; y, por otra parte, la actividad judicial se concreta a través de la decisión de causa, esto es, utilizar los diversos medios de coacción estatal (de ser necesario), para garantizar el cumplimiento de los dispositivos expresados en cada una de las sentencias emanadas de instancias jurisdiccionales, con el firme propósito de promover una justicia real o material, y no una declaración ilusoria de derechos.

Es el poder judicial, de tal suerte, la arista del poder público federal dispuesto para dirimir todos aquellos conflictos o controversias en los que se disputen intereses legítimos y tutelados a la luz de las previsiones constitucionales consagradas con la finalidad de generar estímulos acordes a la división de poderes como garantía, en sí misma, de democracia.

Conclusión

A lo largo del desarrollo correspondiente al presente capítulo, han sido constatados diversos postulados y afirmaciones que resultan de sumo valor para la comprensión de los extremos que integran el sistema de gobernabilidad republicana que rige las relaciones democráticas en la nación argentina. Inicialmente fueron ponderadas diversas categorías, nociones o definiciones que guardaron estrecho margen de proximidad con el tópico *in comento*.

Acertadamente, con la incorporación del mencionado principio a la principal fuente de derecho de todo ordenamiento jurídico (la constitución), se han registrado importantes avances que han convalidado las ideas que tuvieron sus precursores durante la revolución francesa del siglo XIX, como lo sería, a título de ejemplo, la generación de contrapesos políticos e institucionales que redujeran a su mínima expresión la posibilidad de proliferar gobiernos déspotas, autocráticos, dictatoriales y en el peor de los casos, tiránicos.

Por ende, uno de los principales instrumentos a ponderar en tal rumbo, fue la Constitución de la Confederación Argentina promovida por el Honorable Congreso General Constituyente el 1 de

⁴ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Mayo de 1853. Con fundamento en su estudio e interpretación, se evidencia que desde su incorporación al plexo del ordenamiento jurídico argentino, se ha determinado que dicha nación se corresponde con un sistema republicano de gobierno, que además es de corte presidencialista y federalista. Claramente, dichos valores fueron suficientemente arraigados, si se toma en cuenta que los mismos prevalecen contemporáneamente.

Una vez analizados los preceptos y criterios más importantes de dicho instrumento de reconstrucción histórico-sistemática se ponderó la actual situación de división de poderes en la Argentina. Y para ello, se inició con el estudio del poder legislativo, donde se han evidenciado dos (2) situaciones de incontenible reflexión: en primer lugar, la valoración de las funciones legislativas concretas, esto es, la de deliberar, legislar y controlar (funcionando como el contrapeso democrático por excelencia); y con mayor grado de preocupación, la incidencia de un fenómeno que atentó contra el principio de división de poderes, como ha sido la delegación de competencias legislativas en la figura del Presidente de la Nación.

Así las cosas, puede sostenerse que en nuestro ordenamiento jurídico ha resultado indispensable la división de poderes. Esto, dado que ha permitido mantener el equilibrio entre las facultades de cada poder y evitar injerencias arbitrarias entre ellos. Si bien existen excepciones, tales como los decretos de necesidad y urgencia, los mismos representan justamente eso: la excepción, más no la regla.

A propósito de tal investidura, fue eventualmente analizada la organización y funcionamiento del poder ejecutivo nacional, donde se observó que el Presidente encabeza el funcionamiento de la administración pública *strictu sensu*, y es apoyado por el Vicepresidente de la Nación, el Jefe de Ministerios y los Ministros Secretarios. En dicha oportunidad, fue reiterada la premisa preocupante de la delegación de facultades legislativas al presidente, toda vez que supone una contundente regresión en materia de evolución democrática.

Capítulo 2: La evolución normativa de los decretos de necesidad y urgencia

Introducción

Los decretos de necesidad y urgencia a lo largo de todo el proceso político del país han sido una herramienta para los gobiernos por medio de la cual se hace uso de facultades extraordinarias para emitir decretos de carácter legal que en principio le corresponden al poder legislativo. En efecto, en el presente capítulo se desarrollará todo el proceso político que ha tenido este tipo de decretos desde la Constitución de 1853⁵ hasta su inclusión constitucional con la reforma de 1994⁶. Aunado a ello también se realizará un estudio pormenorizado de los decretos delegados y la promulgación parcial de leyes como instrumentos que son competencia de la ley 26.122⁷.

Por otro lado se hará mención de cada uno de los decretos de necesidad y urgencia dictados por los diferentes gobiernos transitorios que han hecho uso de este mecanismo, deteniéndose en el análisis general de cada uno de estos instrumentos normativos hasta la actualidad, demostrando el control que el Congreso ejerce para aprobar este tipo de preceptos. También se enfatizará sobre aquellos decretos que infructuosamente el poder ejecutivo ha intentado dictar, resultando declarados como inconstitucionales por parte de la Corte Suprema de Justicia al considerar en muchas ocasiones que se trataba de un uso abusivo de las facultades que el decreto ley le confiere al poder ejecutivo.

Finalmente, se hará mención de la Ley 26.122⁸ y un estudio de la regulación de los decretos de necesidad y urgencia que van desde la determinación de la competencia hasta el tratamiento de la Comisión Bicameral Permanente. Cabe destacar que la mencionada comisión está encargada del tratamiento de este tipo de decretos y que de alguna manera sirve como un órgano consultor que emite un dictamen sobre el que Congreso debe basarse para aprobar o no el decreto de necesidad y urgencia en cuestión. Por lo tanto, con este capítulo se tratará de determinar cronológicamente el tratamiento que se le ha dado a los decretos de necesidad y urgencia, desde el año 1853 hasta la actualidad, teniendo en cuenta que con su inclusión luego de la reforma de 1994, este aspecto fue regulado desde otra perspectiva. La razón de lo afirmado anteriormente es que los poderes que fueron concebidos al Poder Ejecutivo resultaron más limitados con la referida reforma, y más aun con la sanción de la Ley 26.122⁹.

⁵ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁶ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁷ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁸ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁹ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

2.1. Evolución constitucional de 1853-1860 a 1994

La trama de los decretos de necesidad y urgencia ha sido harto cambiante y compleja en la legislación argentina, a tal efecto el estudio de los mismos corresponde, al menos sectorialmente, al derecho administrativo. Cabe destacar que se trata de un decreto que es dictado por el Poder Ejecutivo, partiendo de lo dispuesto en el artículo 99 inc.3 de la Constitución¹⁰. Por lo tanto es importante resaltar que el poder ejecutivo no tiene la potestad de dictar leyes, a menos que la situación de necesidad o urgencia así lo requiera.

A tal efecto expone el artículo 99 inciso 3 de la Constitución¹¹ lo siguiente:

El Poder Ejecutivo, no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad, absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo... Solamente cuando las circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta constitución para la sanción de leyes, y no se trate de normas que regulen la materia penal, tributaria, electoral, y no regule 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.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la Constitución es clara al establecer que el poder ejecutivo, en principio, no tiene la potestad de dictar instrumentos de carácter legislativo, ya que esta facultad le corresponde únicamente a dicho poder. Sin embargo, por vía de excepción puede dictar los denominados decretos de necesidad y urgencia cuando la situación “de urgencia o necesidad” así lo determine; exceptuando expresamente aquellas materias de carácter penal, tributario, electoral o del régimen de los partidos políticos, que la Carta Magna Nacional¹² menciona.

En este sentido Stella Monti (2007) define los decretos de necesidad y urgencia de la siguiente manera:

Los decretos de necesidad y urgencia son aquellos actos que dicta el Poder Ejecutivo, referidos a materias que deben ser reguladas por ley formal haciendo uso de una prerrogativa derivada de poderes inherentes de que goza, para enfrentar situaciones cuya gravedad no permite remitir la solución al procedimiento ordinario previsto por la Constitución Nacional¹³.

Por lo tanto los decretos de necesidad y urgencia, como su nombre indica únicamente pueden ser dictados cuando la situación de extrema urgencia así lo determine. En este sentido esta potestad le corresponde al Poder Ejecutivo, en virtud de que el decreto que se quiere dictar por las

¹⁰ Artículo 99 inc 3 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

¹¹ Artículo 99 inc 3 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

¹² Artículo 99 inc 3 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

¹³ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

circunstancias del caso, no pueden ser dictados siguiendo el procedimiento ordinario que prevé la Constitución¹⁴ y cuya facultad le corresponde al Poder Ejecutivo. Por la razón antes expuesta, se trata de un decreto que tiene el carácter propio de una ley, pero que en términos generales no se ha desarrollado o nacido como otras leyes, sino que ha sido dictado por vía de excepción.

Asimismo, la cuestión del tema de los decretos de necesidad y urgencia ha sido desde hace mucho tiempo criticada por diversos doctrinarios. En este sentido considera Félix Roberto Loñ (1992), que la potestad de dictar decretos por parte del Poder Ejecutivo, es una realidad en la cual de manera muy consecuente el referido poder hace uso de la facultad legislativa, para regular áreas que no le competen.

Aunado a ello a y pesar que la Constitución¹⁵ es clara al establecer las materias sobre las cuales no se puede legislar por medio de un decreto de necesidad y urgencia, en muchas ocasiones se dictan los referidos decretos para regular áreas que no le competen al Poder Ejecutivo, basados siempre en la situación de emergencia. Por lo tanto ello consecuentemente hace pensar que es una actitud expansiva del poder por parte del Poder Ejecutivo (Loñ, 1992).

Por otra parte, un punto importante a recordar es aquel relacionado con los decretos delegados, que si bien resultan materia inherente a las atribuciones del Congreso, también son dictados en situaciones de emergencia. A tal efecto se puede inferir que tanto los decretos de necesidad y urgencia como aquellos delegados, aunque en principio no pueden ser dictados por el Poder Ejecutivo, tienen ciertas semejanzas. Por lo tanto, cabe destacar que los decretos de necesidad y urgencia se dictan en situaciones en las que existe, lo que la Corte Suprema de Justicia ha denominado “de riesgo social”, y los decretos delegados se dictan en situaciones de “emergencia pública” o en “determinadas materias de administración especificadas” por diversas leyes como la Ley 25.918¹⁶.

Aunado a ello, estos decretos no exigen el previo agotamiento de la vía administrativa por ser leyes que se dictan sin seguir el respectivo procedimiento ordinario debido a la situación que se presenta (Avalos, 2012). También es importante resaltar que los decretos de necesidad y urgencia han sido regulados desde 1853, en dicho sentido y en forma cronológica se expondrá la evolución de la reglamentación de este tipo de leyes hasta la actualidad, para demostrar la manera en que este instrumento normativo ha ido cambiando.

En este sentido, Avalos (2012) expresa que en la Argentina en innumerables ocasiones estos decretos han sido dictados de manera consecuente, así entre 1853 y 1983 se dictaron

¹⁴ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

¹⁵ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

¹⁶ Ley 25.918. Boletín Oficial de la República Argentina, 24 de agosto de 2004.

aproximadamente 25 decretos de necesidad y urgencia, los cuales fueron proclamados basándose en situaciones que eran de carácter público o económico. Asimismo, se destaca que para ese entonces no se contaba con regulación constitucional que previera la facultad del Poder Ejecutivo de dictar este tipo de decretos, sin embargo seguían siendo dictados, fundamentándose únicamente en la situación excepcional que hacía válido su carácter de ley y sobre la cual se omitía el procedimiento ordinario.

Es dable destacar también que entre los decretos que fueron dictados en esa época se encuentra aquél del 8 de Junio de 1854¹⁷ por medio del cual se creó un organismo de mensajerías nacionales para que se corrieran las postas en el servicio de correos. Por lo tanto, por medio de este decreto se sustituyeron las postas del servicio de correo mediante la creación de un servicio de mensajerías, que de alguna manera eran implementadas en esa época.

También cabe resaltar otro de los decretos de necesidad y urgencia dictados en esa época, haciendo mención al del 30 de Septiembre de 1856¹⁸ a través del cual se prorrogó un convenio perteneciente a una entidad bancaria, específicamente al Banco de Confederación. El mencionado decreto tuvo grandes repercusiones puesto que en términos generales no estaba dada la autorización para que por medio de un decreto de necesidad y urgencia se prorrogue el respectivo convenio de la concesión a la entidad bancaria. Sin embargo, así sucedió, lo que da un indicio de cómo esta facultad ha sido mal usada por el Poder Ejecutivo, y no sólo durante aquel período sino también hasta la actualidad y en forma sistemática.

Seguidamente, el 25 de enero de 1858¹⁹ también se dictó un decreto basado en la situación de urgencia por medio del cual se rebajó la comisión que debía ser pagada respecto al derecho de importación de productos como el aguardiente de caña, siempre y cuando el grado de alcohol no excediera del 25% (Avalos, 2012). Asimismo, continuando con el recuento legislativo de los decretos que fueron dictados en esa época, en 1861, específicamente el 31 de mayo, fue dictado otro decreto²⁰ de necesidad y urgencia por medio del cual se impuso la prohibición de no recibir el pago de aduanas, libramientos, bonos o billetes de tesorería que consecuentemente estaban siendo para fines del Estado. Sin embargo, cabe resaltar que con este decreto el pago no fue más recibido. Posteriormente en 1892 se dictó un nuevo instrumento²¹ haciendo uso de esta facultad excepcional por medio del cual se suspendió el requisito obligatorio exigido para el registro de la numeración de billetes que eran quemados por las correspondientes entidades encargadas de hacerlo. Por lo tanto el

¹⁷ Decreto del 8 de Junio de 1854. Presidente de la Nación.

¹⁸ Decreto del 30 de Septiembre de 1856. Presidente de la Nación.

¹⁹ Decreto del 25 de enero de 1858. Presidente de la Nación.

²⁰ Decreto del 31 de mayo de 1861. Presidente de la Nación.

²¹ Decreto de 1862. Presidente de la Nación.

régimen de la moneda y su tipo de cambio también fue modificado por este tipo de decretos, específicamente el 28 de noviembre 1933.

Resulta al menos llamativo que los decretos de necesidad y urgencia anteriormente fueron dictados con mucho menos frecuencia que hoy en día. Resultaban poco usados por el poder ejecutivo en ese entonces, ya que, por así decirlo se respetaba la división de poderes y se legislaba conforme a lo que el poder legislativo considerara necesario. Asimismo, se destaca que en la actualidad ello no se ve reflejado ya que en muchas ocasiones el poder ejecutivo utiliza este mecanismo de creación de leyes para dictar decretos en temáticas que no reúnen el consenso, al menos implícito, del poder legislativo.

De igual modo, entre los años 1946 y 1955, durante el Gobierno de Arturo Frondizi se dictaron también decretos de emergencia por medio de los cuales, entre muchas otras cosas, se dispuso el estado de sitio. Durante su mandato, se crearon diversas empresas que estaban a cargo del Estado y cuyo objetivo principal estaba basado en la explotación del carbón y la energía eléctrica. Aunado a ello también fue implementado un plan de seguridad interior restrictivo de los derechos individuales que fue denominado “Plan Conintes” y por medio de él, se ordenó una intervención provincial sin que hubiera necesidad de la intervención del Congreso. Finalmente en el año 1963, época en la cual todavía gobernaba el referido Presidente, se decretó la nulidad de los contratos petroleros que habían sido firmados por parte del Estado y en los cuales había participación de empresas extranjeras.

Por otra parte, en 1974 durante el gobierno de Isabel Martínez de Perón, mediante el decreto 897/75 se reglamentó que los ciudadanos argentinos tenían el derecho a salir del país. Sin embargo, también se dictó un nefasto decreto, específicamente 261/75 ordenando a las Fuerzas Armadas del país a atacar a quien se manifestara en contra del Gobierno, que intentara iniciar una revuelta o simplemente no compartiera los ideales de su mandato.

Luego de la oscuridad reinante durante la última dictadura militar y con el regreso de la democracia en el año 1983, durante el Gobierno de Raúl Alfonsín, se dictaron al menos diez (10) decretos de necesidad y urgencia, entre los cuales se destacó la implementación de un régimen previsional para las universidades. También fue desarrollado mediante estos decretos el Plan Austral, que básicamente tuvo como objetivo modificar el signo monetario vigente, y entre otras cosas la igualdad cambiaria y el pago anticipado de las obligaciones monetarias. Asimismo, durante su gobierno se dictó un decreto de emergencia previsional y se dispuso que se trasladara el día feriado del 2 de abril al 10 de abril. Luego, con el cambio de gobierno y la asunción de Carlos Saúl Menem, se emitió una gran cantidad decretos de necesidad y urgencia, 545 para ser exactos, de los cuales se puede denotar:

- Decreto 2192/86²², mediante este instrumento normativo fue derogado el fondo de estímulo que era percibido por un grato sector de agentes públicos. Esta derogación se debió a que en el caso Levy Horacio²³ la Corte rechazó un planteo que se realizó en su contra en el cual se impugnaba la inconstitucionalidad, en virtud de que las leyes de presupuestos que consecuentemente habían sido dictadas, se omitía el carácter de referirse al fondo como fuente de ingresos. Por lo tanto, debido a la razón antes mencionada tácitamente se presumió la referida supresión.

- Decreto 560/89²⁴, por medio de este decreto se fijó un gravamen contra los activos financieros. Se trató de un gravamen de emergencia, en el cual se declaró su inconstitucionalidad por ir en contra de las bases del principio de legalidad tributaria. Este pronunciamiento dio origen en el marco de la causa Spak de Kupchik²⁵.

- Decreto 36/90²⁶, mediante este instrumento normativo se dispuso que fueran devueltos los depósitos que habían sido convertidos a plazo fijo en dólares, en bonex serie. Fue un decreto dictado en el año 1989 y el único en el que la Corte Suprema de Justicia Nacional declaró la constitucionalidad mediante el caso Peralta²⁷. Asimismo, se expone mediante este decreto el pronunciamiento por primera vez del máximo tribunal acerca de la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia, sin que tal mecanismo estuviese contemplado aún en la Constitución²⁸.

- Decreto 435/90²⁹, mediante este decreto se aumentó la alícuota que debía pagarse sobre el impuesto de capitales que anteriormente estaba en 1.5% y que ascendió a 3%; sin embargo el referido decreto fue declarado inconstitucional mediante el caso la Bellaca S.A.A.C³⁰.

2.1.1. Reforma constitucional de 1994

Durante la transición del Gobierno de Carlos Saul Menen, específicamente en el año 1994, se produce la reforma constitucional en la que, entre otros puntos importantes se incorporaron valiosos derechos y se reestructuró el Senado. Ello, en virtud de que el mismo con la nueva reforma estaría constituido por tres senadores de la provincia al igual que la Ciudad de Buenos Aires.

²² Decreto 2192/86. Boletín Oficial de la República Argentina, 02 de diciembre de 1982.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Levy, Daniel Horacio”, sentencia del 8 de octubre de 1976. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

²⁴ Decreto 560/89. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de agosto de 1989.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso: “Kupchik, Luisa Spak de y otro c/ Banco Central de la República Argentina y otros”, sentencia del 17 marzo de 1998. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

²⁶ Decreto 36/90. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de enero de 1990.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Peralta, Luis y otros c/ Estado Nacional s/ amparo”, del 27 de diciembre de 1990.

²⁸ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

²⁹ Decreto 435/90. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de marzo de 1990.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Bellaca S.A.A.C. y M. c/Estado Nacional”, sentencia del 27 de diciembre de 1996. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Asimismo, con la nueva reforma de la Constitución también se le dio entrada a diversos tratados de carácter internacional y se incorporó la figura de Jefe de Gabinete.

También se destaca que en la última reforma constitucional se incluyó al amparo como una figura a través de la cual se podría interponer una acción rápida contra aquellos actos que afectaran los derechos consagrados en la Constitución³¹. Además surgió una de las incorporaciones más importantes para el tema, objeto del presente estudio, que fue la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, como un instrumento que podría ser dictado por el Poder Ejecutivo, con aprobación del Congreso. Por lo tanto por medio de estos decretos se podía legislar omitiendo el procedimiento ordinario de creación de leyes a cargo del poder legislativo, basados en una situación de determinada urgencia o riesgo (Barbier, 2011).

Con todas estas innovadoras incorporaciones al ordenamiento jurídico, se lograron resolver numerosos casos como el Fallo Rodríguez³², en el cual la Corte Suprema de Justicia reconoció la facultad privativa del Poder Legislativo hacia los decretos de necesidad y urgencia. En este sentido válidamente podría inferirse que expresamente el Poder Judicial le reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, siempre y cuando se determinen las circunstancias expresamente mencionadas por la Constitución³³. Por lo tanto es competencia del Congreso de la Nación, aprobar o rechazar este tipo de decretos que consecuentemente quiera dictar el Poder Ejecutivo.

Hacia allí se dirige Barbier (2011), manifestando que la Corte también incluyó un nuevo parámetro en el que el Poder Ejecutivo puede dictar este tipo de decretos y que, expresamente no se encuentran plasmados en la Constitución³⁴, esto es cuando las Cámaras no puedan reunirse por razones de fuerza mayor que lo impidan o cuando la solución legislativa revista carácter de urgencia. Cabe destacar que lo antes mencionado adquirió validez constitucional mediante el fallo³⁵ dictado con ocasión al caso de la Asociación de Consumidores Argentinos.

Por otra parte, con esta reforma constitucional, se modificó la estructura del poder comparando con lo establecido en la Constitución de 1853³⁶. En este sentido el poder estaría distribuido por un Congreso Bicameral, que tiene la característica de ser un órgano complejo y colegiado. Cabe destacar que es complejo porque que en términos generales estaría compuesto por dos cámaras, de las cuales cada una de ellas tendría el carácter de órgano, y es un órgano colegiado

³¹ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, Jorge, Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 17 de diciembre de 1997. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

³³ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³⁴ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto.558/02-SS-Ley 20.091”, sentencia del 19 de mayo de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

³⁶ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1853.

debido a la diversidad de personas físicas que lo compondrían divididas en cada cámara de manera separada.

También estaría conformado por diversos poderes cumpliendo con la separación que en todo gobierno republicano debe existir:

- Poder Ejecutivo, que tiene la característica de ser un órgano unipersonal en virtud de que lo forma una sola persona que es el Presidente de la República.
- Poder Judicial compuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores.

La reforma introdujo también nuevos órganos extra-poder, aparte de los ya existentes, y fueron el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación y el Jefe de Gabinete de Ministros, que es un órgano extra poder en relación al Poder Ejecutivo (Bidart, 2003).

En este sentido Carlos Balbín (2015) establece que la división del gobierno luego de la reforma de 1994 estaría repartida en tres grandes departamentos, a saber: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, los cuales son independientes entre sí y encargados de desarrollar cada una de las funciones que le competen. Asimismo, esta división de poderes es independiente entre sí porque de otra manera se estaría violentando la forma de gobierno a la cual está sujeta la legislación argentina, cuyo principio fundamental es la separación de poderes, razón por la cual cada uno de estos órganos debe desempeñar las funciones que le han sido conferidas en base a la Constitución³⁷.

Bidart Campos (2003) ofrece un panorama en el que básicamente se contemplan cada una de las innovaciones que la reforma de 1994 otorgó a estos poderes. En este sentido, en cuanto al poder Ejecutivo, básicamente se establecieron dos prohibiciones de las cuales una de ellas estaba referida a impedirle la elaboración o promulgación de leyes por tratarse de materias que le corresponden al Poder Legislativo, salvo que se trate de la promulgación de decretos de necesidad y urgencia, y la otra, la que prohíbe al congreso la delegación legislativa en el ejecutivo salvo la excepción prevista en el artículo 76.³⁸ También se prohibió que la ley de convocatoria a consulta popular fuera vetada y se incluyó que el Presidente asumía la facultad de ser el titular de la administración del país. Empero es el jefe de gabinete a quien le corresponde ejercer esa administración, por otro lado, el nombramiento de los jueces federales también quedó modificado y entre otras innovaciones o modificaciones el Congreso tiene la potestad de remover al Jefe de Gabinete.

En cuanto al Poder Judicial, además de las modificaciones que fueron dispuestas relativas a la designación y remoción de los jueces federales, se encomiendan con la nueva reforma una serie

³⁷ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³⁸ Artículo 76 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

de facultades que no tienen el carácter de ser judiciales pero que se desglosan de lo que antes de la reforma estaba disperso y que necesitaba ser regulado. Sumado a ello, a los partidos políticos se les dio un especial protagonismo en algunos de los órganos que conforman el Estado, tales como el Senado y la Comisión Bicameral Permanente. Asimismo, se erigió el derecho a iniciativa popular y a la consulta popular, además de la creación de organismos para el control de las provincias y de los usuarios consumidores, entre muchas otras innovaciones que tenían ese carácter de urgencia de ser regulados y que anteriormente no estaban plasmados en la constitución de 1853 y sus respectivas modificatorias.

Ahora bien, respecto del Poder Legislativo, con la reforma de 1994 también se incluyeron ciertas innovaciones sobre todo en lo que atañe a la conformación de ambas cámaras. En este sentido el artículo 54 de la referida Constitución³⁹ modificó el número y la elección de senadores, la Constitución añadió diputados representativos de la Ciudad de Buenos Aires, debido a su régimen autónomo, y se mantuvieron los diputados que representaban la capital federal. Por lo tanto debido a la razón antes mencionada la integración quedó conformada de manera tripartita:

- En primer lugar por los diputados de cada Provincia.
- En segundo lugar por los diputados de la Ciudad de Buenos Aires. y,
- En tercer lugar por los diputados de la capital federal en caso de que necesitara realizar un traslado fuera de la Ciudad de Buenos Aires.

Otra de las modificaciones previstas en el artículo 54⁴⁰ fue la de añadir senadores que representarían la Ciudad de Buenos Aires, pero a estos no se sumarían otros que representen a la capital federal en caso de que se necesitara traslado fuera de la ciudad. En este sentido la composición del Senado con la nueva reforma estuvo conformada de manera bipartita: en primer lugar por los senadores de cada provincia y en segundo lugar por los senadores de la Ciudad de Buenos Aires. Incorporado a ello se eleva el número de senadores que anteriormente era de dos y ahora es de tres.

A su vez, en la reforma constitucional de 1994, se incorporó a nuestro máximo plexo normativo el instituto de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, en su art. 76. Lo mismo sucederá con el art. 99 inc. 3 con respecto a los decretos de necesidad y urgencia, pero en ambos casos el legislador contraría a renglón seguido el espíritu prohibitivo con las excepciones establecidas. Por su parte, el art. 80 de la Carta Magna trata sobre la promulgación parcial de leyes, atento a que por este medio puede llegar a ser un mecanismo para legislar por parte del

³⁹ Artículo 54 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁴⁰ Artículo 54 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

administrador, aludiendo que la técnica legislativa seguirá la misma fórmula que en los anteriores artículos citados ut supra.

En dicha reforma el legislador buscó atenuar el desequilibrio entre un Poder Ejecutivo, con facultades laxas y los demás poderes, realidad que se presentaba en el sistema vigente del fuerte y vigoroso presidencialismo. Unas de las formas de atenuarlo fue, por ejemplo, la incorporación de la figura del Jefe de Gabinete, sin suerte alguna. En cuanto a la facultad de legislar en el afán de limitarlo, por el contrario, se generó un reforzamiento del desequilibrio de poderes, al sincerar una situación de hecho incorporándola en la Constitución de manera expresa en su artículo 76 sin lograr su objetivo que era el de contener en forma efectiva su utilización (Bianchi, 2002).

La delegación comienza a ser tratada doctrinariamente en la época de la primera guerra mundial y se intensifica su utilización con la crisis del 30. Las razones del creciente uso de este instituto pueden ser la complejidad de los diversos asuntos, una cuestión de tiempo y oportunidad, urgencias económicas o financieras tanto como el pragmatismo político.

Estas cuestiones de urgencia, de oportunidad, de celeridad, en el actuar del administrador en fin, ha llevado a poner en riesgo la armonía en la división de poderes pregonada por Montesquieu, generando peligro en el normal desenvolvimiento de sus funciones o el no funcionamiento por parte de los demás poderes, lo que conlleva a poner en riesgo las libertades personales y a generar la posibilidad que se atente contra la seguridad jurídica del estado de derecho (Bestard, 2010).

También, se destaca el uso cada vez más intensivo o regular de estas facultades con las crisis cíclicas a las que está acostumbrada la Argentina, pero que lejos de ser un remedio propio de nuestro ordenamiento jurídico, por el contrario, también se puede ver su uso en E.E.U.U. La diferencia reside, entre otras cosas, que en este país dicha atribución no se encuentra establecida de manera expresa (Colautti, 2001).

Cabe destacar que sobre los decretos de necesidad y urgencia la reforma de 1994, como anteriormente se mencionó, reguló en su artículo 76⁴¹ la aplicación de estos decretos incluyendo la posibilidad de que el Poder Ejecutivo los dictara cuando la situación de extrema necesidad o urgencia lo determinara necesario. Sin embargo se mantuvo la ratificación de que el Poder Ejecutivo de ninguna manera puede dictar decretos de carácter legislativo (Mecle y Neri, 2010).

En este sentido, el artículo 76 de la referida Constitución⁴² establece que se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el

⁴¹ Artículo 76 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁴² Artículo 76 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Congreso establezca. De esta manera la Constitución de 1994⁴³, vigente en nuestros días, en definitiva ratifica que manteniendo la vigencia del principio de separación de poderes, la delegación de la competencia acerca de la promulgación de decretos de carácter legislativo le corresponde en principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo. Por lo tanto, la facultad que la Constitución⁴⁴ le otorga al Poder Ejecutivo para dictar este tipo de leyes, basadas en la necesidad y la urgencia debe entenderse de una manera reservada y es por ello que se considera una delegación de poder excepcional.

En este sentido expresa Daniel Fernández (2010) que la Constitución de 1994⁴⁵ intenta limitar estas facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, imponiendo dos tipos de decretos excepcionales, los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia, y el autor supone que la prohibición plasmada para los decretos de necesidad y urgencia que expresamente contempla la Constitución también es igual en lo que respecta a los decretos delegados. Así, se prohíbe dictar decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, de partidos políticos, etc. Sin embargo, hoy en día no se ha evidenciado la disminución de la implementación de este tipo de decretos.

Entre otros de los decretos de necesidad y urgencia que fueron dictados durante la vigencia de esta Constitución, especialmente en el año 1997, se encuentran:

- Decreto 290/95⁴⁶, que fue considerado un decreto transcendental debido a que por medio del mismo se intentó reducir el salario de los empleados públicos que percibieran haberes superiores al mínimo, todo ello basado en razones de emergencia económica. Sin embargo, también fue un decreto declarado inconstitucional debido a que la relación de empleo no podía ser alterada en virtud de que el Estado posee potestades superiores con relación al derecho privado, y como tal era inconsistente que fuera desnaturalizado el concepto de salario al ordenar la referida reducción.

- Decreto 275/97⁴⁷, que es muy importante en virtud de que por medio de él se privatizó el transporte aéreo al otorgar la concesión de los aeropuertos argentinos a una empresa privada. En este sentido la Corte Suprema de Justicia a través de una petición hecha por el jefe de Gabinete de Ministros, dejó sin validez una medida cautelar emitida por un Juez de Primera Instancia que frenaba este proceso de privatización. Sin embargo, la Corte consideró que el Poder Judicial no tenía potestad para decidir sobre los decretos de necesidad y urgencia que fueran promulgados ya que esta era una potestad que únicamente le correspondía al Congreso. Por lo tanto

⁴³ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁴⁴ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁴⁵ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁴⁶ Decreto 290/95. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de marzo de 1995.

⁴⁷ Decreto 275/97. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de abril de 1997.

fue considerada una conflictiva posición, en virtud de que en Estado de Derecho la actividad administrativa siempre va a estar bajo el control judicial.

Luego de la culminación del Gobierno de Carlos Menem, asumió la presidencia Fernando de la Rúa, que gobernó desde el año 1999 hasta fines del 2001. Durante su Gobierno fueron dictados 73 decretos de necesidad y urgencia que básicamente estuvieron relacionados con la disminución del salario a cargo del sector público nacional, así entonces mediante el decreto 430/00⁴⁸ se ordenó que fueran reducidos los haberes de los agentes estatales en un 13%. Por medio del decreto 846/01 el salario de los empleados públicos también fue cercenado y además calculado en base a las recaudaciones que se hubieren alcanzado en el mes anterior. La razón de lo antes mencionado fue justificada bajo la existencia de una emergencia económica por la que el país estaba atravesando en ese entonces. Lógicamente, este decreto fue declarado inconstitucional por considerar que se trataba de una situación que generaba incertidumbre en los trabajadores, además de que el concepto salarial se vería desnaturalizado, basándose en este tipo de mecanismos (Avalos, 2012).

Seguidamente, durante el Gobierno de Eduardo Duhalde, específicamente desde el año 2002 hasta mayo de 2003 se dictaron 154 decretos de necesidad y urgencia, pero sobre todo se dictó un decreto⁴⁹ que fue caracterizado como emblemático debido a que instrumentó la pesificación de los depósitos bancarios. Con esta nueva regulación, la masa popular considero que el referido decreto fue un golpe de gracia a los ahorristas que tenían su dinero “acorrulado” desde hacía meses en virtud de un decreto que anteriormente había sido dictado por de la Rúa. Sin embargo, esta norma también fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, ya que el máximo órgano jurisdiccional de la Nación consideró que el Poder Ejecutivo se había excedido en las facultades que le habían sido conferidas en la aplicación del respectivo decreto de necesidad y urgencia.

Posteriormente, el 25 de mayo de 2003 tomó la presidencia Néstor Kirchner hasta el cumplimiento de su mandato en 2007. Durante su gobierno se dictaron 270 decretos de necesidad y urgencia. Asimismo, Cristina Fernandez, quien le sucedió en el cargo también dictó numerosos decretos de necesidad y urgencia entre los cuales, y a modo de mención, se dispuso el pago de una parte de la deuda que el país tenía con BCRA. También mediante el decreto 615/10⁵⁰ se consideró feriado el día 24 de marzo, se creó el Ministerio de Seguridad y se otorgó al Estado una mayor representación de las empresas donde la ANSES posee participación accionaria (Cesar, 2013).

⁴⁸ Decreto 430/00. Boletín Oficial de la República Argentina, 31 de mayo de 2000.

⁴⁹ Decreto 494/02. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de marzo de 2002.

⁵⁰ Decreto 615/10. Presidente de la Nación. 04 de mayo de 2010.

En definitiva, estamos en condiciones de asegurar que en la historia legislativa argentina se han dictado aproximadamente 553 decretos de necesidad y urgencia de los cuales solo 57 han sido declarados avalados por ambas cámaras del Congreso. Este número permite afirmar que en Argentina el uso de este instrumento es abusivo, y que fue Carlos Menem quien, durante su decenio al mando del país, utilizó esta herramienta al dictar 545 decretos. En razón de lo antes expuesto la cifra de decretos dictados entre 1853 hasta 1983 es sensiblemente grande, lo que lleva a considerar que el uso de este instrumento y su incorporación al campo legislativo de Argentina, con los actuales límites legales, más que considerarse una innovación, debe ser considerado como un error. En otras palabras es sólo un intento de copiar el sistema parlamentario que se ha implementado por muchos años en los países europeos. En virtud de ello la recurrencia de estos decretos de necesidad y urgencia a lo largo de los años por parte de los gobiernos transitorios ha superado ampliamente al esperado por el constituyente al momento de su incorporación en la Carta Magna. Empero a la vez es considerado como una herramienta para evadir el procedimiento complejo de creación de una ley cuando se necesita la aprobación del Congreso que se requiere para materias de extrema urgencia y necesidad (Cesar, 2013).

2.2. El Poder Ejecutivo y las funciones legislativas. Controversias

Cuando entró en vigencia la reforma constitucional del año 1994, se dio inicio a una serie de cambios fundamentales en lo que es la base jurídica de nuestra nación, sin duda alguna las consideraciones cambiaron y algunas de ellas fueron para mejor mientras que otras, según la opinión de diversos juristas, representaron un verdadero retroceso para el derecho y la colectividad argentina en general.

Una de estas cuestiones que fue muy debatida, y que de hecho todavía hoy en día lo es, refiere al tema de las facultades presidenciales que se consagraron en el inciso 3, artículo 99 del texto constitucional, que como bien sabemos se trata de las potestades legislativas que la República otorga al Poder Ejecutivo en determinados momentos y bajo determinadas circunstancias, competencia que además se encuentra regulada por la 26.122, texto legal que también ha traído controversias dentro de la comunidad de juristas y que a su vez acarrea un buen número de críticas y aseveraciones dignas de replicar y analizar para lograr obtener un estudio certero de la figura bajo la visión y análisis doctrinario de nuestra Nación.

La realidad es que esas funciones legislativas del Poder Ejecutivo tuvieron sus posiciones contrarias desde el momento que se discutía el texto de la Constitución de 1994, como muestra de ello tenemos la posición de Rodríguez (2007):

Además, los reglamentos de necesidad y urgencia eran improcedentes por las siguientes razones, a saber: la violación del artículo 29 de la Constitución nacional que establecía

la separación de poderes entre el Ejecutivo y el legislativo en resguardo de las libertades individuales y el artículo 24 de la Carta Magna que disponía que el Congreso promovería la reforma de la actual legislación en todos sus ramos; y por último, cabe agregar que, en un sistema presidencialista, no son de aplicación los principios e institutos de los sistemas parlamentarios, entre ellos, la delegación de facultades legislativas (pág. 49)

La consideración de estas competencias a mano del Poder Ejecutivo representaba un choque serio con las concepciones propias que argumentaban los doctrinarios, era claro que el sistema presidencialista tenía un peso importante dentro de las ideas de los juristas y mantenerlo era también parte de la concepción propia de la división de poderes y lo que esto significaba para la democracia de nuestro país.

Además de ello, entendiendo el principio de representatividad que ostenta el Poder Legislativo al tener representantes de todas las regiones del país y de las distintas características políticas y pudiendo esto representar un percance contra la voluntad popular de la ciudadanía que ha encomendado la labor legislativa al poder respectivo y que además es un poder que abarca mayor representatividad que el poder ejecutivo, así también lo ha recalado Onaindia (2009) cuando aclara en que:

Pero el peligro excede lo meramente funcional, porque el ejercicio de estas facultades supone el reemplazo de la voluntad plural del órgano de representación popular por la voluntad única de quien ejerce la Presidencia de la Nación y puede acrecentar sus potestades mediante el uso ordinario de facultades de excepción (pág. 2).

Sin embargo, la utilización de la delegación de estas facultades se encuadró bajo una idea de necesidad que solo podía manejar el Poder Ejecutivo, es decir que este puede de una manera más expedita manejar los conflictos, es por ello que el Dr. Quiroga (1996) dice que “Entonces queda claro que el decreto de necesidad y urgencia es un instrumento de gobernabilidad”. Al ser un mecanismo para lograr la gobernabilidad se entiende que a través de esta delegación se busca eliminar burocracia para que el poder se ejecute de una manera más directa ante la resolución de conflictos.

Esa gobernabilidad a la que refiere el Dr. Quiroga y que se busca a través de la delegación de la facultad legislativa al Poder Ejecutivo en realidad está fundamentada en que se necesita preservar al Estado en sí, que hay que tomar decisiones del más alto nivel y que deben de tomarse de manera oportuna, no pudiendo ser posible el cumplimiento de todos los pasos burocráticos que exige la división de poderes, resultando el nacimiento del conflicto entre el bien del propio Estado y el poder Legislativo y su función propia. Sobre esto Rodríguez (2007) opina que:

Es evidente que ante dos valores contrapuestos, el respeto a la competencia legislativa y la propia existencia del Estado, debía ceder el más débil, en este caso, la conservación del orden jurídico. Esto es lo que se conoce como estado de excepción (pág. 58).

Al entender entonces que se trata de una excepción reservada para los momentos de mayor crisis que pudiera vivir la Nación nos damos cuenta entonces que no se trata de un poder ilimitado que se le brinda al Poder Ejecutivo para que este abuse sin ningún tipo de control, la realidad es que al denominar esta delegación así se pretende que su uso sea para casos puntuales y bien detallados, tal cual también lo explica Onaindia (2009) cuando nos dice que “la decisión de concebir la delegación como una facultad de excepción tiene dos consecuencias fundamentales: que no puede ejercerse en forma ordinaria y que debe interpretarse con carácter restrictivo” (pág. 5).

Con la intención de que la delegación sea una cuestión restrictiva nace la discusión entonces de que las situaciones se deben delimitar previamente y que además ello debe enmarcarse en situaciones que realmente lo ameriten, que sea indispensable recluir el poder en las funciones del Poder ejecutivo para que este actúe en función de la preservación del Estado. Sin embargo en el caso de la aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico eso no está plasmado de manera tal puesto que la terminación utilizada para ello resulta según la opinión de muchos doctrinarios un planteamiento ambiguo en cuanto a los supuestos de aplicación. El propio Onaindia (2009) explica que:

Tanto los conceptos de “administración” como de “emergencia pública” carecen de un significado concreto e indiscutible y pueden ser alegados con aparente razonabilidad para justificar la concesión de esta potestad. Tal decisión conduce a derivar al intérprete el análisis en cada caso del ejercicio razonable de la delegación, situación que implica un severo condicionamiento para el intérprete que deberá juzgar la constitucionalidad de la norma, bajo la presión del “hecho consumado” (pág. 5).

Y la cuestión con estos conceptos difusos y poco claros es que a partir de ellos se está permitiendo que la excepción a la regla general de que las facultades del Poder Legislativo sean ejecutadas sólo por este puedan ser trastocadas y sea posible la transmisión al Poder Ejecutivo. Sobre estos conceptos y su importancia también nos replica Rodríguez (2007) cuando dice que:

Necesidad y urgencia, entonces, son una simbiosis jurídica, a pesar de que sea distinta su significación por separado y es lo que va a justificar el dictado del decreto porque no olvidemos que estamos ante una excepción del principio de legalidad, tal cual lo han expresado los convencionales constituyentes en 1994 (pág. 64)

Inclusive existen algunos autores que ven la facultad del Poder Ejecutivo como innecesaria aún en las situaciones de caos que el propio texto constitucional resalta como supuesto para que pueda entrar la posibilidad de que se le otorguen las facultades legislativas, entendiendo que no es suficiente razón el hecho de que la figura del Poder Ejecutivo está para la solución de los conflictos y para administración del país en general, es por ello que el profesor Loñ (1992) explica que:

Este desborde en sus facultades, no puede justificarse en el hecho de que el ejecutivo es el poder encargado de la administración del país, lo que supone que aquél es el encargado de evitar que éste entre en un caos, lo que ocurriría si el Poder Legislativo permaneciera inactivo. Pero no es así, puesto que cuando el ejecutivo dicta un decreto

de necesidad y urgencia, le corresponde al legislativo, tomar intervención para aprobar, rechazar o sancionar otra medida sustituyendo la dictada por el Presidente (pág. 1)

En realidad, Loñ no es el único que se posiciona así ante la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, ese entendimiento totalmente contrario es también llevado a cabo por Hernández (1992) cuando aclara que todo acto que sea pertinente al Poder Legislativo y que sea ejecutado por el Poder Ejecutivo, es nulo, y va más allá manifestando:

Así, son actos nulos, de nulidad absoluta, los llevados a cabo por el Ejecutivo al invadir funciones propias del Legislativo.

Cabe significar, igualmente, que el Congreso no está obligado a sancionar las iniciativas enviadas por el Ejecutivo.

Ni siquiera el pretexto de la lentitud del Congreso justifica tales actos (pág. 1)

Al establecer la competencia exclusiva por parte del Poder Legislativo para que solo este pueda tener la facultad para la emisión de cuerpos legales, estamos volviendo precisamente al punto que argumenta la necesidad de defender el principio constitucional de la división de poderes, tal como también expresa Badeni (2003):

Si la Constitución consagra la doctrina de la división de los poderes, no es razonable aceptar la vigencia de una técnica tan compleja, si luego se pueden reunir esos poderes por la voluntad de uno de ellos. Carecería de sentido jurídico establecer la división de poderes para luego facultar a los órganos constituidos a dejarla sin efecto (pág. 6)

Esa voluntad férrea de defender que sólo es el Poder Legislativo el que está capacitado para producir leyes nos lleva a entender que se rechaza cualquier producto legal que el Ejecutivo genere, así sea en situaciones de emergencia o de urgencia que podrían llegar ameritar su oportuna actuación y la necesidad de emitir decretos legales sin trauma burocrática alguna, eso sencillamente no está en las facultades del Presidente y bajo ningún pretexto puede llevar a cabo actuaciones similares que, se insiste, únicamente están reservadas para el Poder Legislativo.

Otro punto controversial en que la doctrina ha hecho hincapié y que también se ha rozado anteriormente en este trabajo es el de la falta de control legal para una situación tan delicada y tan compleja como resulta ser la delegación del poder de realizar leyes, la cuestión está en que se hace necesario que si se otorga un poder así habría un importante riesgo de abuso que podría comprometer la integridad de la Nación. Sobre esto habla Spota (1989) que dice que:

Esta delegación es riesgosa por implicar una concentración de poder en el Ejecutivo lo que obliga a instrumentar mecanismos de control para no arriesgar las libertades individuales, tales como el control de constitucionalidad.

A medida que crece la delegación legislativa, crecen también los institutos de control para impedir o detener los excesos del Poder Ejecutivo (pág. 1)

Entendiendo entonces la importancia que recae en la necesidad de tener un control firme y estricto sobre la delegación de semejante poder al Poder Ejecutivo, el cuerpo doctrinario ve con

preocupación que dentro de nuestro cuerpo legal ni siquiera existe una regulación eficiente sobre el tema. La realidad es que ni se hicieron los arreglos legales para tener un órgano que supervisará el actuar legislativo del Poder Ejecutivo ni tampoco se creó un texto legal lo suficientemente eficiente para delimitar las actuaciones, argumento que fundamenta el presente trabajo y que es recogido Onaindia (2009):

La omisión en legislar la organización de la Comisión Bicameral Permanente afectó seriamente las bases fijadas por el constituyente para el ejercicio de las facultades en estudio y la demorada sanción de esa ley no implicó un funcionamiento efectivo el Congreso no ha ejercido los controles que el texto constitucional prevé y ha permitido, explícita o implícitamente, que lo extraordinario se convierta en ordinario (pág. 15)

La ausencia de control por parte del Órgano Legislativo, el cuerpo llamado a supervisar y a estar atento de la situación, es visiblemente muy grave. De no haber un control entre los poderes de la Nación estaríamos cayendo nuevamente en la idea de que el principio de la división de poderes no está siendo respetado y ello implica que nuestra democracia está mutando paulatina e imperceptiblemente a una autocracia. Sobre ello explica también Rodríguez (2007) cuando dice:

Para ello, pensamos que la idea del control legislativo es de suma importancia, rol que se debe ejercer con suma precisión constitucional, tanto desde lo político como de la naturaleza jurídica para garantizar la seguridad jurídica. Si esto no ocurre así el Poder Ejecutivo con su potestad reglamentaria estaría avanzando sobre la zona de reserva de la ley del Poder Legislativo y de esa manera se estaría convalidando una autocracia sin límites y por ende, sin seguridad jurídica en lo que concierne a los deberes, derechos y garantías de los habitantes de la Nación (pág. 29)

El asunto está en que el Poder Ejecutivo ya de por sí tiene un poder considerable y que podría tender a ser abusivo con sus facultades primigenias, es por ello que los demás poderes de la Nación deben vigilar sus actuaciones haciendo uso de sus propias facultades. Sin embargo, el otorgamiento de la facultad legislativo a ese Poder Ejecutivo haría de aún más difícil cumplimiento cualquier control que se le pretenda poner, sobre esto también nos explica Rodríguez (2007) con preocupación al decir:

Y si a ello se le agrega la falta de control severo sobre el Poder Administrador y las teorías que dificultan el control de la actividad del mismo como la teoría de los actos políticos no sujetos a control judicial, la extensión de la zona de reserva de la administración, etc. ha hecho que se haya ejercido abusivamente e inconstitucionalmente de la potestad reglamentaria, fundamentando el sistema hiperpresidencialista (pág. 48)

Conclusión

Como es sabido los decretos de necesidad y urgencia a lo largo del tiempo han sido dictados por los diferentes Gobiernos encargados de regular diversas materias, poseyendo esa facultad por tratarse de situaciones de carácter extraordinario o excepcional.

Cabe destacar que la regulación de este tipo de decretos fue un poco compleja en el entendido uso de esta facultad por mucho tiempo sin que hubiese ni siquiera un pronunciamiento por parte de ninguna ley, ni muchos menos de la Constitución⁵¹.

Asimismo, el uso de estos instrumentos por parte del ejecutivo fue aumentando con el pasar de los años a medida que los Gobiernos iban transitando por el poder y de manera crítica se piensa que aunque hoy en día se encuentran regulados, su uso no ha disminuido e incluso se continúan sobrepasando los límites para los cuales fueron creados.

Es dable hacer notar que la utilización de este mecanismo por parte del Poder Ejecutivo es considerada una de las herramientas principales de todo Gobierno ya que de manera justificada se puede hacer uso de las facultades legislativas eludiendo el proceso de creación de leyes ordinarias a cargo del Congreso, sin embargo su uso ha sido exagerado por parte de los gobiernos transitorios.

No obstante, corresponde indicar que las modificaciones efectuadas en nuestro ordenamiento jurídico a los fines de delimitar la injerencia de cada poder entre sí responden a nuestra historia como país y a la evolución normativa realizada como consecuencia de ello. Sin perjuicio de tales avances, se han dado intensos debates respecto de la intrusión del Poder Ejecutivo en la órbita del Legislativo, lo cual ha de evitarse en miras de mantener la estabilidad del sistema democrático de gobierno.

Así, no puede concebirse el hecho de que solamente uno de los poderes ostente tantas facultades porque a las claras resulta importar un peligro para la estabilidad de las instituciones. Es por ello que es el Poder Legislativo sobre quien debe recaer el deber de crear normas adaptadas a la realidad social, económica y política del país, por cuanto son los representantes del pueblo y de su voluntad.

⁵¹ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1853.

**Capítulo 3: Decretos de Necesidad y Urgencia, su recepción normativa y la ley
reglamentaria**

Introducción

Mediante los decretos de necesidad y urgencia, se delegan en el Poder Ejecutivo ciertas facultades a través de las que puede legislar acerca de determinadas materias basadas en situaciones de necesidad o urgencia. En este sentido cabe destacar que, en principio, esta facultad le corresponde únicamente al Poder Legislativo como órgano creador de leyes, el cual debe seguir un procedimiento de creación previamente establecido en el plexo normativo.

Sin embargo, para que tales facultades sean conferidas al Poder Ejecutivo es necesario que se cumplan ciertos parámetros o condiciones habilitantes. En el presente capítulo se detallará cuál es el alcance de esas condiciones habilitantes para que los decretos de necesidad y urgencia puedan ser dictados y posteriormente continuar en plena vigencia.

Además, se hará mención detallada de aquellas materias consideradas como prohibidas expresamente por la Constitución en el artículo 99⁵² inciso 3, y sobre las cuales el Poder Ejecutivo no puede dictar el correspondiente decreto de necesidad y urgencia.

También se evocará el procedimiento en que un decreto de necesidad y urgencia es dictado, desde el momento en que es presentado por el Jefe de Gabinete de Ministros hasta que es aprobado o rechazado por parte del órgano competente, haciendo énfasis en la elevación legislativa a la que el decreto es sometido, todo ello acorde a la trascendental función de la Comisión Bicameral Permanente, órgano encargado del trámite del correspondiente decreto, de someter a consideración de las dos Cámaras que comprenden la respectiva comisión el referido decreto.

Finalmente se detallarán los criterios de la Corte Suprema de Justicia acerca del control jurisdiccional, tomando esta premisa como un mecanismo por medio del cual las facultades delegadas al Poder Ejecutivo, mediante un decreto de necesidad y urgencia no son libres. Cabe destacar que lo anterior expuesto se debe a que la misma está sometida al control de la Constitución⁵³, mediante la exigencia de ciertos requisitos y la limitación de legislar sobre ciertas materias.

3.1. Condiciones habilitantes para el dictado del decreto de necesidad y urgencia

En este punto cabe destacar que a lo largo de la historia en materia constitucional se han suscitado numerosas situaciones en las que el Poder Ejecutivo hace uso de las facultades que le corresponden únicamente al Congreso, siempre sometiendo a este su ratificación a posteriori. Uno de los claros ejemplos en los que se puede ver plasmada esta situación son los decretos de necesidad y urgencia.

⁵² Artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁵³ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Desde muchos años atrás el uso de esta facultad legislativa por parte del Poder Ejecutivo se venía plasmando en la realidad, sin embargo no fue hasta 1994 que esa potestad fue expresamente receptada en la Constitución Nacional⁵⁴, para que años más tarde fuera reglamentada por la actual ley 26.122⁵⁵. En este sentido, el Poder Ejecutivo en principio no puede legislar por ser una facultad que únicamente le compete al Congreso. Sin embargo, cabe destacar que por vía de excepción puede dictar decretos de necesidad y urgencia, en los que evidentemente está haciendo uso de la actividad legislativa, cuando la situación de extrema emergencia así lo determine, siempre y cuando se presenten una serie de condiciones para que tales facultades puedan ser cristalizadas por el Poder Ejecutivo (Cianciardo, 2004).

Consecuentemente, y como ya se ha dicho, la reforma de 1994⁵⁶ contempló la figura del decreto de necesidad y urgencia que, lógicamente, podría ser dictado por el Poder Ejecutivo en su artículo 93. El mencionado artículo determinaba que el Poder Ejecutivo se encuentra privado de dictar disposiciones legislativas. Sin embargo, se establecía una excepción a esta regla, que se presentaba cuando resultara imposible seguir el procedimiento para la sanción de leyes establecido en la Constitución y que no se traten materias penales, tributarias, electorales y relacionadas con el régimen de los partidos políticos. En consonancia con lo antes mencionado se podía dictar decretos por razón de necesidad y urgencia, los cuales tenían que ser decididos en conjunto con los Ministros y con el Jefe de Gabinete de Ministros. Asimismo, al Jefe de Gabinete de Ministros dentro de 10 días le correspondía someter a consideración de la Comisión Bicameral Permanente la medida adoptada. En relación a esta Comisión, debe decirse que era requerida su integración en proporción a los representantes políticos de cada cámara. Aunado a ello, a la Comisión le correspondía elevar el despacho en 10 días a la sala plena de cada una de las Cámaras para su tratamiento. Este tratamiento debe ser considerado de manera inmediata por las Cámaras. Asimismo, en el mencionado artículo se hacía referencia a que la ley especial que fuera sancionada con la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara se encargará de lo referente al procedimiento y alcance del Congreso (Herraiz, 1987).

Por lo tanto, la Constitución⁵⁷ expresamente le dio potestad al Poder Ejecutivo de Dictar este tipo de instrumentos normativos pero fue muy clara al establecer que tales debían ser rápidamente sometidos a consideración a la Comisión Bicameral Permanente para su análisis y posterior determinación de validez, es decir, si se debía ratificar o no. En este sentido, sobre las condiciones habilitantes que la Constitución plasmó para la promulgación de estos decretos, se encuentra que en primer lugar debe verificarse que exista una situación de extrema necesidad o urgencia para que el

⁵⁴ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1853.

⁵⁵ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁵⁶ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁵⁷ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Poder Ejecutivo pueda hacer uso de esta facultad. Cabe destacar que lo anteriormente expuesto se debe a que por las razones vastamente expresadas no pudo seguirse el procedimiento ordinario de creación de leyes.

El decreto de necesidad y urgencia no debe versar sobre materia penal, tributaria, electoral, o sobre cuestiones relativas a los partidos políticos ya que expresamente la Constitución⁵⁸ prohíbe que los mismos se dicten sobre estas materias. También constituye presupuesto necesario que el decreto de necesidad y urgencia pase por un proceso de revisión por parte de los órganos competentes. Que en su caso sería la Comisión Bicameral Permanente y a su vez deja previsto que la manera en que debe realizarse el trámite para la elaboración y aprobación de estos decretos sean regulados por una ley especial (Colombo, 2014).

Resulta importante destacar que la norma que actualmente regula los decretos de necesidad y urgencia es la Ley 26.122⁵⁹ la cual en términos generales establece cada una de las funciones de la Comisión Bicameral Permanente para que el proceso de determinación del decreto de necesidad y urgencia sea cumplido a cabalidad, para su posterior aprobación por parte del Congreso. Asimismo, se resalta que en términos generales las condiciones que debe cumplir este decreto están basadas en dos posiciones: que exista una situación de emergencia que justifique el uso de la facultad de dictar leyes por parte del Poder Ejecutivo y que el decreto no verse sobre las materias que expresamente están prohibidas por la Constitución (Herraiz, 1987), como se abordará a continuación.

Herraiz (1987) considera que al dictar un decreto de necesidad y urgencia se le confiere una especie de Poder de policía reguladora al Poder Ejecutivo sobre derechos subjetivos, fundamentados en fines de bien común. En este sentido es importante destacar que esta facultad reguladora le corresponde únicamente al poder Legislativo, sin embargo por vía de excepción esta facultad puede ser delegada al Ejecutivo, y el mismo puede hacer uso de ella basado en las situaciones de emergencia antes previstas. Por lo tanto la delegación de estas facultades debe estar justificada, es decir debe existir la situación de emergencia para que el Poder Ejecutivo pueda hacer uso de ella.

Asimismo, Herraiz (1987) expone una serie de caracteres justificadores en los cuales se podría delegar la competencia del poder legislativo hacia el Poder Ejecutivo, y que no están únicamente abocados a una situación de extrema necesidad o urgencia sino que también comporta otros factores en los cuales también puede darse dicha delegación bajo los parámetros constitucionales. En este sentido entre las situaciones en las cuales se puede delegar competencia se encuentra:

⁵⁸ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁵⁹ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

- La falta de tiempo por parte del legislador para legislar, en efecto si el Poder Legislativo está abarrotado de materias sobre las cuales se necesite una regulación especial, la competencia puede ser delegada al Ejecutivo.

- La competencia puede ser delegada cuando se requiera legislar en materias técnicamente complejas o en situaciones de secreto, justificando al Poder Ejecutivo a intervenir en la creación de normas, y como ya se ha mencionado en situaciones de emergencia, en las cuales la facultad está expresamente plasmada en la constitución.

Finalmente Herraiz (1987), considera que el verdadero problema de la delegación de competencia es que tal delegación solo puede hacerse sobre cuestiones menores, pero no sobre cuestiones sustanciales y que esto se debe a que estas materias regulan derechos esenciales de las personas, que expresamente están plasmados en la constitución y si el Poder Ejecutivo pretende regular estos derechos debe hacerlo únicamente en la medida que los mismos no queden desnaturalizados y con intervención del Poder Legislativo, puesto que se trata de una materia que es indelegable.

Por otra parte es importante acotar que los decretos de necesidad y urgencia fueron muy controvertidos antes de que los mismos fueran regulados. En este sentido, en diversas opiniones de doctrinarios y constituyentes se discutía si los mismos debían ser considerados como una práctica para-constitucional, que estuviera fundamentada en la doctrina y la jurisprudencia o si definitivamente debían ser regulados por la norma constitucional. Por lo tanto y como puede vislumbrarse en la práctica, se apostó a que se le diera un tratamiento constitucional, entendiendo que se trata de una materia que, debido a los conflictos que se podían generar, era necesario que expresamente la norma lo determinara, y fue así como posteriormente se le dio inclusión a la Constitución con la reforma de 1994⁶⁰. Asimismo, finalmente se reglamentó mediante la ley 26.122⁶¹.

En definitiva, los decretos de necesidad y urgencia más que las condiciones antes expuestas sobre la delegación de competencia y las facultades que se le confieren al Poder Ejecutivo requieren que se cumplan dos condiciones simples: la necesidad y la urgencia.

3.1.1. La necesidad

La necesidad es uno de los presupuestos necesarios para que un decreto de necesidad y urgencia pueda ser dictado. En este sentido, puede ser considerada como una de las condiciones

⁶⁰ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁶¹ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

habilitantes en las que debe basarse el Poder Ejecutivo para que pueda hacer uso de la delegación de competencia o la facultad a la que se refiere el artículo 93 inciso 3 de la Constitución⁶².

Liliana Rodríguez (2007), expone que el término necesidad es un tanto amplio entendiendo que la situación debe determinar si la misma es verdaderamente urgente o por el contrario no lo es. En virtud de ello la referida autora expone que en la legislación argentina el término necesidad llevó al tribunal constitucional a distinguir el mismo entre varias hipótesis y a tal efecto establecieron que la necesidad podría ser:

- Absoluta; cuando se verifique la existencia de un peligro verdaderamente inminente en el que pueda resultar afectado el orden constitucional o por consiguiente el orden público. Las situaciones que pueden verificarse en esta premisa son aquellas en las cuales haya crisis en el sistema político, razón por la cual el uso de esta herramienta legislativa pueda significar un paso adelante para restaurar la situación de peligro en el referido país.

- Relativa; en este tipo de situaciones la peligrosidad a la que se refiere el término “necesidad” no es tan elevada ya que únicamente será cuando se requiera legislar sobre materias cambiantes de la vida actual, a las que, por consiguiente, se le quiera dar una pronta respuesta, debido a que el procedimiento ordinario de creación de leyes no resultaría el más favorable. Entre estas situaciones se encuentran aquellas materias en las que existe riesgo de estabilidad del sistema financiero o la preservación de otros intereses sociales. También se encuentran aquellas situaciones en las que existe persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial o la necesidad de actuar sobre decisiones gubernamentales por la creación de una nueva mayoría (Rodríguez, 2007).

Como se puede denotar, el término necesidad para la promulgación de decretos nunca debe ser entendido en sentido estricto, sino que también debe tenerse en cuenta la necesidad relativa. La razón de lo antes expuesto es que no siempre que se dicta un decreto de necesidad y urgencia la situación sobre el que se fundamenta está referida a una crisis en la que exista alto peligro para el Gobierno y sus ciudadanos o ruptura del hilo constitucional y afecte el orden público o el buen funcionamiento de los servicios públicos sino que también debe ser entendido de manera amplia o relativa, en la cual se quiera regular sobre materias cuyos objetivos gubernamentales quieran ser tratados y que por razones externas se necesite de un tratamiento más breve que el plazo que contempla el sistema de creación de leyes que actualmente tenemos. Por lo tanto, se debe reconocer que es mucho más complejo que la elaboración de un decreto de necesidad y urgencia no sólo porque los lapsos son más cortos sino que efectivamente se trata de un procedimiento celeré y raudo que no requiere mayor formalidad que la prevista en la propia Constitución y en la Ley 26.122⁶³.

⁶² Artículo 93 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁶³ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

3.1.2. La urgencia

El término urgencia, aunque muy parecido a la necesidad constituye una cuestión diferente, en el entendido que básicamente es aquella situación en la que se requiere ser dictado el decreto obviando el procedimiento ordinario de elaboración de leyes. En virtud de ello la urgencia está referida a aquella rapidez con que se cuenta al momento de hacer el contenido normativo del respectivo decreto ley.

El termino urgencia puede ser definido como aquella situación que requiere ser solucionada lo antes posible. En materia legislativa los decretos en los que se faculta al Poder Ejecutivo a intervenir deben tener este carácter, ya que excepcionalmente se otorga ese imperio porque la situación así lo amerita. En virtud de ello la urgencia de los decretos de necesidad y urgencia como su nombre lo indica está orientada en dos sentidos: el primero es la justificación de que la situación de necesidad justifica que se haga uso de esta facultad y el segundo deviene de que el procedimiento de creación es mucho más acucioso que el de una ley ordinaria. En otras palabras, el carácter de urgencia en que debe basarse todo decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo debe estar siempre orientado a una situación que quiera y deba ser solucionada con la mayor rapidez posible y en la que la vía ordinaria no resultaría el camino más idóneo para darle tratamiento al caso (Rodríguez, 2007).

Por otra parte, el carácter de urgencia de este tipo de decretos no debe estar orientado únicamente a situaciones en las que exista un extremo peligro para el orden público o constitucional del país, sino que puede tratarse de situaciones en las que se quiera tratar asuntos que requieran ser solucionados con mayor rapidez. Todo ello en base y con plena concordancia a lo afirmado anteriormente en el caso de la premisa relativa a la necesidad.

En virtud de ello, expone la autora Liliana Rodríguez (2007) que los decretos de necesidad y urgencia sobre los cuales tiene potestad el Poder Ejecutivo fueron contemplados en la Constitución como un medio para brindar solución a las políticas de Estado y no a las Políticas de Gobierno. Sin embargo, hoy en día ha quedado demostrado que los términos necesidad y urgencia fueron íntimamente desvirtuados en vista de su utilización en circunstancias que sólo afectan al Gobierno mismo. En otras palabras se ha hecho uso de esta facultad legislativa no para tratar asuntos en los que puedan resultar lesionados el Estado o la sociedad sino el propio Gobierno (Rodríguez, 2007).

Por otra parte, el término urgencia está estrechamente relacionado con el de emergencia para referirse al carácter urgente que estos decretos tienen, ya que se considera que las emergencias son situaciones en las cuales se suscitan casos críticos o anormales, que infieren situaciones extraordinarias, que previsibles o no, se reputan como peligrosas. Por ello, las situaciones de emergencia siempre van a justificar el mecanismo que ofrece la Constitución para la emisión de

decretos de necesidad y urgencia, ya que evidentemente se trata de situaciones que perturban el orden constitucional de un país (Hernández, 1992).

3.1.3 Materias prohibidas

Tal como lo prevé el texto Constitucional y posteriormente lo contempló la Ley 26.122⁶⁴, las materias prohibidas para dictar los decretos leyes son las del ámbito Penal, Tributario, Electoral y el régimen de los partidos políticos. A tal efecto, constituyen excepciones en las que aún cuando exista una emergencia o una necesidad el Poder Ejecutivo no puede legislar. Señala Rodríguez (2007), que los límites que la Constitución ha establecido, sobre los cuales los decretos de necesidad y urgencia no pueden ser dictados, son mucho más complejos que los que contempla el sistema español. Lo afirmado se debe a que el sistema español se aboca a mantener esta prohibición sobre materias relativas a las instituciones básicas del Estado así como también a los derechos y libertades de los ciudadanos, lo que expresamente no está prohibido en la legislación argentina.

Por lo tanto, puede considerarse que actualmente en Argentina el tratamiento que se le da a los decretos sobre los cuales el Poder Ejecutivo tiene facultad; cabe decir, para evitar malos entendidos, los decretos de necesidad y urgencia, son mucho más flexibles que en el sistema europeo aludido porque no prohíbe al Poder Ejecutivo que legisle sobre materias tan importantes como la conservación de las instituciones del Estado y sus ciudadanos.

La Constitución Nacional y su correspondiente ley reglamentaria resultan ampliamente flexibles en cuanto a límites se refiere, ya que optan por mencionar expresamente aquellas materias prohibidas al Poder Ejecutivo para hacer uso de la herramienta que diera origen al presente estudio, evitando hacer alusión de aquellas temáticas permitidas. Dicho en otras palabras, la Carta Magna Nacional adopta un sistema *numerus clausus* en sentido negativo y se dirige al Presidente diciéndole “Usted no puede dictar decretos de necesidad y urgencia sobre estos temas”, evadiendo la posibilidad de utilizar el mismo régimen pero en sentido contrario y limitar al Poder Ejecutivo describiendo aquellas áreas sobre las que sí puede decretar en el marco de la necesidad y la urgencia. Debido a ello, bajo cualquier situación justificada el Poder Ejecutivo puede hacer uso de este instrumento normativo, salvo que se quiera legislar sobre materias que expresamente están prohibidas por la Carta Magna⁶⁵.

Bidart Campos (2003) pareciera no seguir esta línea porque expone que los decretos de necesidad y urgencia son de rigidísima y rigurosa excepcionalidad y se rige para su dictado de la concurrencia de condiciones muy severas. Pero en un análisis minucioso cuando el referido autor se refiere a que los decretos de necesidad y urgencia son de rígida excepcionalidad, está abocado a

⁶⁴ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁶⁵ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

demostrar que la Constitución previamente contempla las materias sobre las cuales el Poder Ejecutivo no puede dictar decretos, por lo que el panorama para este órgano que forma parte del Estado se ve limitado a la hora de legislar. Todo ello justificadamente se basa en que en un Estado cuyo modelo de Gobierno esté basado en la separación de poderes, no se le pueden conferir facultades que son propias de un poder a otro, salvo por vía de excepción como textualmente nuestra Constitución establece.

La concurrencia de estas condiciones también debe ir unida la voluntad del Presidente, en virtud de que es él quien en principio toma la iniciativa en la mayoría de los casos de dictar un decreto de necesidad y urgencia, pero también de los Ministros, del jefe de Gabinete y de la Comisión Bicameral Permanente. Esto es debido a que se trata de órganos que están abocados a vigilar el proceso de creación y aprobación de este tipo de instrumento normativo. La razón de ello radica en que al otorgar una facultad que es propia del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, se debe pasar por un proceso de determinación, validación y posteriormente de aprobación por parte del órgano que es titular de tal facultad, cabe decir de la facultad de legislar.

Sobre esta temática señala Antonio Hernández (1992) que los decretos de necesidad y urgencia deberían declararse nulos en el entendido de que los mismos han concluido por modificar leyes e incluso hasta derogarlas. Asimismo, cabe destacar que esta herramienta dada por el Poder Legislativo no es totalmente compartida o aceptada ya que en un Estado de Derecho en el que cada poder es independiente del otro, las facultades deben pertenecer a cada uno de ellos y las mismas no pueden ser sobrepasadas de un poder hacia otro en virtud de que no tendría sentido la correspondiente separación de poderes y su sistema de pesos y contrapesos.

Sin embargo, hoy en día esta facultad dada al Poder Ejecutivo está plasmada en la Constitución⁶⁶ por lo que su uso es, no solamente legal, sino constitucional, ya que desde otro punto de vista el uso que durante muchos años se le estaba dando resultaba muy de sustento abstracto con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia. Empero, es limitativo y las materias prohibidas sobre las cuales no se pueden dictar los referidos decretos es totalmente clara (Hernández, 1992).

3.2. Procedimiento de elevación al Poder Legislativo

El procedimiento de creación de los decretos leyes fue puntualizado y desarrollado por la Ley 26.122⁶⁷ por mandato expreso de la Constitución, que en su artículo 99⁶⁸ inciso 3 expresó de manera clara que una ley especial regularía lo referente al trámite de estos decretos y por consiguiente la intervención del Congreso. En este sentido, todo decreto de necesidad y urgencia

⁶⁶ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁶⁷ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁶⁸ Artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

dictado por el Poder Ejecutivo haciendo uso de las facultades que expresamente le confirió la Constitución, debe cumplir no sólo con los requisitos antes mencionados inherentes a la necesidad y la urgencia, sino también con el procedimiento de creación, revisión y aprobación del Congreso (Campos, 1995).

En tal sentido, la ley 26.122⁶⁹ contempla el perfeccionamiento de este tipo de instrumentos específicamente a partir de su artículo 10⁷⁰. Una vez que se encuentre elaborado el correspondiente decreto de necesidad y urgencia será sometido a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. Resulta importante destacar que tal Comisión es el órgano encargado de tramitar lo referente a este tipo de decretos y que como su nombre lo indica está compuesto por integrantes de las dos cámaras, para que la misma se pronuncie acerca de su validez o invalidez.

Deriva factible acentuar que el artículo 10 de la Ley 26.122⁷¹ establece que le corresponde a la Comisión Bicameral Permanente pronunciarse sobre si es válido o no el decreto, así como también le corresponde dar a conocer la decisión a cada Cámara para que procedan a su tratamiento. La mencionada decisión debe tratar de manera expresa lo referente a la adaptación del decreto a los requisitos de carácter formal y sustancial requeridos en la Constitución para su dictamen. Asimismo, se destaca que para otorgar una decisión a la Comisión de referencia se le otorga la posibilidad de consultar a las comisiones permanentes que son competentes en esta materia.

Tal como consagra el artículo en cuestión, la Comisión Bicameral Permanente es la primera que conoce el contenido del decreto de necesidad y urgencia dejando a salvo el Poder Ejecutivo, ya que es este órgano quien posee la facultad de expedirse acerca de su validez. Sin embargo, como se ha dicho, esta Comisión Bicameral está compuesta por dos representantes de las dos Cámaras, la del Senado y la de Diputados, y es por ello que la ley contempla que el respectivo decreto debe elevarse hacia cada una de las cámaras, para que las mismas emitan la correspondiente decisión. Lo anterior expuesto se razona en que por tratarse de órganos que aunque trabajen concurrentemente, cada una tiene facultades expresamente diferentes y debe verificarse la opinión de ambas para luego emitir una sola por la mayoría de los miembros de la Comisión (Balbín, 2015).

Asimismo, el dictamen a cargo de la Comisión Bicameral, debe estar orientado únicamente a determinar si tal decreto cumple con los requisitos formales previamente establecidos por la Constitución, ello es que el mismo no esté regulando materias prohibidas y que se verifique la situación de necesidad y urgencia, todo con la finalidad de que el dictamen que se pretende emitir esté perfectamente adecuado a lo peticionado por el Poder Ejecutivo en el referido texto normativo (Campos, 1995).

⁶⁹ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁷⁰ Artículo 10 de la Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁷¹ Artículo 10 de la Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

Por otro lado, realizando una rápida comparación cabe destacar que la legislación española establece que los decretos deberán ser sometidos a consideración dentro de los 30 días siguientes a su promulgación. A tal efecto un miembro del Gobierno deberá exponer ante la correspondiente Cámara las razones por las cuales se está promulgando el referido instrumento.

Luego de concluido el debate, el correspondiente decreto será sometido a votación para convalidar su validez. Los miembros presentes votarán y los que voten afirmativo referirán la aprobación del mismo, mientras que los que voten de forma negativa referirán su derogación y su intención de dejarlo sin efecto. En el debate también debe estar presente el Presidente de la República, quien preguntará a los miembros de la Cámara si están de acuerdo en que el referido decreto se tramite como proyecto de ley. En caso de que sea afirmativo, la decisión será sometida a consulta de la Cámara. Cabe destacar que la mencionada Cámara es quien deberá decidir si se someterá el correspondiente decreto como proyecto de ley o no, sometiéndolo al trámite de ley por urgencia y no conforme al procedimiento ordinario.

De igual modo, expresa Liliana Rodríguez (2007) que lamentablemente la ley 26.122⁷², que como se manifestó anteriormente regula todo lo referente al trámite de los decretos de necesidad y urgencia, no establece el plazo sobre el cual debe emitirse el correspondiente dictamen para la convalidación del referido decreto de necesidad y urgencia. En razón de ello existe el mismo vacío legal que la Constitución al regular expresamente estos decretos dejó y por ello se manifiesta la necesidad de recurrir únicamente a dos interpretaciones que Rodríguez (2007) denomina sanción ficta o derogación ficta. Lo expuesto en el presente párrafo por la autora, sin embargo, encuentra solución en la misma Ley reglamentaria como se verá próximamente.

Otra de las cuestiones diferenciales de la legislación española es que en el texto anteriormente redactado se requiere para la aprobación la presencia de un miembro del Gobierno pero no establece la jerarquía o cargo que este debe tener. Por otro lado en la legislación argentina la ley 26.122⁷³ requiere la presencia del Jefe de Gabinete de Ministros para que sea él personalmente quien presente el correspondiente decreto ante la Comisión Bicameral Permanente y que el mismo sea sometido a su consideración.

Sin embargo y como se ha dicho supra, el artículo 19⁷⁴ resuelve este vacío legal que la autora refiere al establecer un plazo de 10 días para que se emita el correspondiente pronunciamiento por parte de la Comisión Bicameral Permanente. A tal efecto y siguiendo con las pautas del procedimiento y trámite de los decretos de necesidad y urgencia, una vez que el texto normativo es presentado ante la Comisión Bicameral Permanente, este será sometido al

⁷² Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁷³ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁷⁴ Artículo 19 de la Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

correspondiente tratamiento, caso en el cual se perfeccionará la elevación legislativa. Por lo tanto, una vez recibido el decreto, la Comisión debe elevarlo a cada una de las Cámaras para que las mismas se pronuncien acerca de la validez o invalidez del referido texto normativo.

Dato no menor surge si el Jefe de Gabinete no remite en el plazo establecido el decreto a la Comisión Bicameral. En ese caso, ésta tiene la potestad de iniciar de oficio el tratamiento del mismo y contará también con un plazo de 10 días para emitir su dictamen. El mencionado plazo será contado a partir del vencimiento del término establecido en que el Jefe de Gabinete deberá presentar el correspondiente decreto de necesidad y urgencia. Seguidamente, la Comisión Bicameral deberá remitir el texto íntegro del decreto a ambas Cámaras para su posterior tratamiento y en caso de no cumplir con esta obligación, situación análoga a la descripta previamente ocurrirá debiendo las Cámaras realizarlo de oficio para cumplir con lo previsto en el artículo 99 inciso 3 del plexo constitucional⁷⁵.

Una vez elevado el texto o hecho el correspondiente tratamiento, las Cámaras deberán pronunciarse acerca de la aprobación o el rechazo mediante la emisión de una resolución, comunicando cada Cámara a la otra la decisión tomada. Una vez determinada la elección final será comunicada al Presidente de la República para que sea publicada en el Boletín Oficial. Cabe destacar que las decisiones a cargo de ambas Cámaras terminarán infiriendo en la aprobación o la derogación del texto normativo considerado: si la decisión implica el rechazo por ambas Cámaras el decreto queda expresamente derogado. Sin embargo, quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Asimismo si por el contrario el decreto de necesidad y urgencia luego de su examen legislativo resulta aprobado, la decisión al igual que en el supuesto anterior será publicada en el Boletín Oficial y el mismo adquirirá validez en todos sus ámbitos.

La elevación al Poder Legislativo del respectivo decreto de necesidad y urgencia que pretende adquirir irrevocable vigencia por parte del Poder Ejecutivo constituye un punto muy importante en lo que al trámite de estos decretos se refiere. En este sentido es presupuesto necesario la intervención del Poder Legislativo en esta facultad delegada puesto que no tendría sentido delegar un poder perteneciente a otro órgano del Estado sin su correspondiente supervisión (López, 1996).

En base a lo argumentado, es preciso exponer en este momento nuevamente la opinión de Rodríguez (2007), quien viene a reforzar la idea de la importancia del control el control legislativo. Nos dice que es un rol que debe ejercerse desde todos sus ámbitos para garantizar el bien común. Se debe tener en cuenta que la intervención del Poder Legislativo constituye una de las bases para que, de alguna manera, se siga garantizando la separación de poderes sobre la cual se asienta el sistema

⁷⁵ Artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

republicano. El control legislativo permite que el Poder Ejecutivo no sobre pase las materias sobre las cuales tiene que legislar. Esta zona antes ampliamente mencionada es la de reserva de la ley, que como es sabido le corresponde únicamente al Poder Legislativo. Así y sólo así se garantizaría la seguridad jurídica a la que todo ciudadano tiene derecho y, por ende, las bases del Estado de Derecho se garantizarían de manera eficaz.

3.3. Control jurisdiccional

El Control Jurisdiccional ha sido objeto de grandes discusiones y cuestionamientos. Cuando nos referimos a él, hablamos del que ejerce la Constitución sobre determinado poder y en esta oportunidad ese poder “controlado” es el ejecutivo. Elena Highton (2014) considera que el control constitucional, está contenido por tres supuestos: un instrumento de control que ejerce el Estado, un presupuesto básico que implica el equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional.

El control jurisdiccional está orientado a lograr que la Constitución supervise el ejercicio realizado por el Poder Ejecutivo (en este caso) cuando por diversas cuestiones se requiere, entre otras, garantizar la división de poderes y los intereses de orden público. En este sentido, el control constitucional puede verse materializado, bien sea cuando la Constitución establece ciertas disposiciones que limitan el ejercicio del Poder Ejecutivo o cuando le dan la potestad de desarrollar alguna actividad pero bajo el cumplimiento previo de ciertos requisitos. Es por ello que mientras el Poder Ejecutivo respete los postulados establecidos por la Constitución, el ejercicio de sus facultades siempre se realizará controladamente por la norma constitucional. Sin embargo, cuando el Ejecutivo no está de acuerdo con los parámetros previstos en la Constitución se puede originar un conflicto constitucional, provocando un descontrol del poder (Silvero, 2013), que en la actualidad se plasma en las tendenciosas interpretaciones que el Gobierno de turno realiza a la hora de ejercer los poderes delegados.

Un ejemplo claro del descontrol descrito en el párrafo que antecede ocurrió cuando aún no se había llevado a cabo la última enmienda constitucional, ya que nuestra Carta Magna establecía que el Presidente no podía ser reelecto sino con un intervalo de tiempo, por lo que el entonces Presidente Juan Domingo Perón tomó la decisión de modificar dicha limitación y establecer la reelección presidencial, interpretando que el amplio e innegable consenso con el que contaba el creador del Movimiento Nacional Justicialista le otorgaba imperio para torcer una manda constitucional. A modo de revisionismo histórico, se culmina el ejemplo informando que la reforma efectuada cayó en la invalidez luego del golpe militar del año 1956.

En su método de acción, el maestro Bidart Campos nos enseña que el Control de Constitucionalidad puede ser ejercicio mediante dos sistemas, a saber, el control difuso y el concentrado:

- El control difuso permite a los jueces que sean ellos los que interpreten y apliquen la ley, siempre y cuando se respete la supremacía constitucional.
- El control concentrado, tal como lo establece el modelo europeo, representa un único órgano que para ellos es denominado Tribunal Constitucional y que solo por medio de él puede interpretarse la Constitución.

En América Latina se ha presentado un modelo mixto, que refiere que dentro del Poder Judicial se instale un órgano que interprete la norma y ejerza el control constitucional, que funcionará como sala dentro del tribunal y que en términos generales tiene la palabra final acerca de la interpretación de la ley. Por lo tanto se resalta que cada uno de estos controles constitucionales, ya sea el difuso, el concentrado o el mixto, depende de cada Gobierno y la validez y efecto de las decisiones también varía dependiendo del sistema que se adopte (Highton, 2014).

Cabe destacar que en Argentina el sistema de control de constitucionalidad según López, (1996) es difuso, en virtud de que permite o faculta a los jueces de cualquier jurisdicción llevar a cabo el referido control y la interpretación de normas. En tal sentido, las decisiones que puedan emitirse provenientes de sentencias a cargo de los jueces solo surten efectos para el caso concreto, pero tal decisión puede influir o tomarse como referencia para la aplicación de futuros casos similares a través de un proceso de generalización que es utilizado en la práctica por los distintos tribunales. Por lo tanto, es importante resaltar que la decisión del juez en la legislación argentina sólo se sigue por la fuerza moral para evitar de alguna manera recursos innecesarios al no poseer un efecto vinculante para situaciones análogas, sin perjuicio de la adopción del proceso de generalización tendiente a evitar fallos disímiles ante circunstancias controversiales semejantes.

De esta manera se presencia la diferencia con el sistema concentrado adoptado por Europa e incluso por algunas provincias argentinas en las que la opinión del tribunal constitucional, como único órgano facultado para la interpretación de la Constitución, tiene la facultad de emitir decisiones que impliquen incluso la derogación de normas de carácter constitucional por lo que la aplicación del precedente es obligatoria. (López, 1996)

El control constitucional en la legislación argentina se ha visto reflejado sobre diversos razonamientos de la Corte, en los cuales mediante la promulgación de decretos de necesidad y urgencia se han emitido decisiones que violan el referido control de constitucionalidad. En tal sentido se tomará en cuenta el criterio de la Corte Suprema de Justicia en una demanda iniciada en contra del Poder Ejecutivo mediante la interposición de un amparo constitucional. Se destaca que el

objeto de esta demanda era que fuera declarada la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia emitido por el Poder Ejecutivo que modificaba en forma sustancial la ley 20.091⁷⁶.

Asimismo, en la decisión correspondiente a este proceso la Corte Suprema de Justicia ratificó la inconstitucionalidad del referido decreto, basando su decisión el instrumento atacado modificaba la ley aludida *ut supra*. En este sentido la Corte argumentó que el principio sobre el cual se organiza el poder y la división de funciones de cada uno de los órganos que integran el Estado no ha sido modificado en la reforma constitucional realizada en 1994, razón por la cual el Poder Ejecutivo dispone de un reglamento mientras que el Poder Judicial, está a cargo de dictar sentencias (Reuters, 2016).

En este sentido cabe destacar que fue en el año 2010, en el caso “Consumidores Argentinos⁷⁷”, en que la Corte se pronunció acerca de los decretos de necesidad y urgencia y el Control Jurisdiccional que derivan del uso de estos decretos. Además de las consideraciones ya mencionadas, la Corte consideró que el artículo 99 inciso 3⁷⁸ describe de manera detallada las situaciones en que debe dictarse un decreto de necesidad y urgencia. En tal sentido, la modificación que se pretendía realizar a la ley 20.091⁷⁹ no contemplaba una situación excepcional como establece la Constitución, sino que por el contrario tales normas revisten un carácter modificador de las leyes que son propias del Congreso. Por lo tanto y en razón de ello la interpretación de la Constitución en cuanto a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia debe estar siempre ajustada a los principios constitucionales, en virtud de que solo en base a estos se puede lograr vivir en sociedad (Ramos, 2010).

En definitiva, el control jurisdiccional ha sido una premisa que implica que el Poder Ejecutivo, aunque previamente se le confieran las facultades de legislar propias del Poder Legislativo, no puede dictar decretos violando el control constitucional. Lo que se quiere decir es que los decretos de necesidad y urgencia que quieran ser dictados por el Poder Ejecutivo deben estar siempre encaminados a cumplir con los lineamientos que establece la Constitución, ya que de lo contrario se estaría violando el control constitucional al que ella alude (Jiménez, 2008).

3.4. Ley Nacional 26.122

Con la promulgación de la Ley 26.122⁸⁰, los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo debían recibir regulación en todos sus ámbitos. En este sentido la referida ley

⁷⁶ Ley 20.091. Boletín Oficial de la República Argentina, 07 de febrero de 1973.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN Dto. 558/02-SS- Ley 20.021”, sentencia del 19 de mayo de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁷⁸ Artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁷⁹ Ley 20.091. Boletín Oficial de la República Argentina, 07 de febrero de 1973.

⁸⁰ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

tenía por objeto regular lo referente al trámite y los alcances que debe tener la intervención del Congreso cuando se pretende dictar un decreto de necesidad y urgencia o por delegación legislativa por parte del Poder Ejecutivo. Aunado a ello también regula la materia referida a la promulgación de leyes. En este sentido precisa Alejandro Cesar (2013) que con la promulgación de la referida ley, Argentina dio un paso relevante, en virtud de que en términos generales dispuso que se regularan constitucionalmente las funciones de carácter extraordinario que ya venían siendo desarrolladas por el Presidente de la Nación.

De igual modo, puede decirse que con la reforma de la Constitución de 1994⁸¹ los constituyentes dejaron en manos del Poder Legislativo la tarea de encargarse del trámite de los decretos de necesidad y urgencia, y por consiguiente, de la promulgación de leyes en virtud de que consecuentemente ya desde mucho tiempo antes el uso de este instrumento había ido en aumento por los Gobiernos precedentes, y esta regulación solo estaba plasmada de manera general sin contar con una ley expresa que detalladamente regulara estas situaciones. La Constitución de 1994⁸² contempló la creación también de una Comisión Bicameral Permanente que estaba encargada de asistir al cuerpo legislativo.

La referida Comisión Bicameral se creó específicamente para regular los decretos de necesidad y urgencia y en términos generales, se dispone que es bicameral porque está compuesta por senadores y diputados y es permanente porque generalmente completa la nómina de comisiones que pertenecen al Congreso y la función que se adjudicó a su cargo no se agota de manera tan fácil. La palabra permanente que el legislador decidió imponer a esta referida Comisión hace referencia a sus funciones no cesan cuando el Congreso está de receso, fuera del período ordinario de sesiones. Como se ha dicho, la Comisión Bicameral fue creada desde que se reformó la Constitución en el año 1994⁸³ y la misma fue regulada expresamente por la Ley 26.122⁸⁴ en el año 2006. Sobre su ubicación institucional, se puede afirmar sin temor a caer en la equivocación que la Comisión Bicameral Permanente se trata de un órgano que a primeras y definitivas luces es considerado como parte del Congreso, receptando integrantes de ambas Cámaras sin embargo. De allí la característica de la bicameralidad. (Posdeley, 2016).

La Ley 26.122⁸⁵ establece claramente que la respectiva Comisión Permanente estará conformada por 8 diputados y 8 senadores, los cuales serán designados por el Presidente de las respectivas Cámaras, siempre y cuando exista propuesta por cada uno de los bloques parlamentarios y respetando la proporción de las representaciones políticas. Asimismo, los miembros que integren

⁸¹ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁸² Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁸³ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁸⁴ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁸⁵ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

la Comisión también tienen la potestad de ser reelectos y las autoridades que la integran están representadas por un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario, los cuales son electos anualmente con la posibilidad real de reelección.

Por otra parte, el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente, como anteriormente se indicó, es permanente, debido a que la misma no entra en receso junto con el plenario del Congreso, y la Presidencia es siempre alternativa correspondiendo en forma rotativa y anual a cada cámara. Para que la Comisión que se viene analizando en estos últimos párrafos entre en sesión, la Ley 26.122⁸⁶ establece que deben estar presentes todos los miembros que la conforman. Sin embargo, su reglamento interno expresa que para sesionar se requiere únicamente la presencia de la mitad más uno de la totalidad de los miembros que conforman la comisión. También debe aclararse que el respectivo reglamento establece que una vez que haya transcurrido media hora desde la convocatoria se podrán discutir los puntos sobre los cuales la reunión fue convocada. Sin embargo, es de carácter obligatorio que se requiera la presencia de la mitad más uno de los miembros para decidir cualquier cuestión relativa a estos decretos (Posdeley, 2016).

La Constitución es clara al establecer en su artículo 99 inciso 3⁸⁷ 100⁸⁸ incisos 12 y 13, que la competencia de la Comisión Bicameral Permanente será sobre lo atinente a los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados y sobre la promulgación parcial de leyes, que también está plasmada en el artículo 2 de la Ley 26.122⁸⁹ objeto de estudio. Sobre esta argumentación expone Posdeley que ni la Constitución⁹⁰ ni la referida ley⁹¹ ofrecen un panorama claro acerca de la función que le corresponde a la Comisión, por lo que hoy en día sólo se cuenta con que su ámbito de competencia únicamente está abocado a lo que actualmente se expresó.

De la Riva (2007) considera que la Ley 26.122⁹² incluye algunas disposiciones adicionales referidas a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia. En este sentido hace responsable al propio Presidente de poner en conocimiento a la Comisión de los decretos que dictados por él. Esto se dispuso en el marco de un carácter omitido por el legislador, razón por la cual se resolvió la referida cuestión con la promulgación de la referida ley.

Como segunda disposición innovadora, la Ley 26.122⁹³ intentó regular la morosidad del Jefe de Gabinete, al establecer un término de 10 días para que el Decreto fuera remitido a la Comisión para su posterior revisión y determinación. También es dable destacar que la estudiada ley establece

⁸⁶ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁸⁷ Artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁸⁸ Artículo 100 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁸⁹ Artículo 2 de la Ley 26.122. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁹⁰ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁹¹ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁹² Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

⁹³ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

que la Comisión Bicameral debe pronunciarse acerca de la validez de los decretos que pretendan ser dictados, sin embargo el juicio de validez que debe ser emitido tiene distinto contenido dependiendo del decreto de que se trate.

Otro punto importante de tener en consideración es que los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados deben ser sometidos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente mientras que los decretos de promulgación parcial de ley deben ser sometidos al control de la referida Comisión. En efecto, una vez que el decreto sea remitido por el Jefe de Gabinete será sometido a consideración de la Comisión Bicameral para lo cual se tendrá un plazo de 10 días. La ley ni su reglamento son claros al establecer un plazo sobre el cual la Comisión cuenta para la convocatoria de sus miembros, tema no menor teniendo presente que la rápida resolución resulta indispensable.

La decisión de la Comisión debe ser exteriorizada mediante un dictamen, es decir, que será considerada como una suerte de opinión o consejo dirigido hacia las Cámaras del Honorable Congreso de la Nación. No puede interpretarse que la Comisión Bicameral tiene la potestad de emitir una decisión en la que se establezca que el Ejecutivo puede o no dictar un decreto, o dicho de otro modo, la decisión de la Comisión no influye en el decreto directamente, ya que esta decisión le corresponde únicamente y en forma definitiva al Congreso. Con la promulgación de la Ley 26.122⁹⁴ se le dio un tratamiento especial a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia puesto que de manera detallada se desarrollaron los parámetros sobre los cuales los decretos de emergencia debían ser dictados tratados y aprobados, o al menos existió la intención de hacerlo.

Estas capacidades no fueron atribuidas al Ejecutivo sin restricción alguna. Por el contrario, cada una de las facultades está sometida a condiciones particulares establecidas en cada artículo de la Constitución que las regule con la finalidad de que este no tome posesión de alguna atribución competente al Poder Legislativo. Sobre esto se pronunció el autor Forastiero (1988) manifestando que todo poder debe ser controlado dentro de sus funciones y delimitado dentro de sus capacidades y que ningún poder puede sobre pasar las facultades de otro.

Por su parte, se estableció la prohibición de poder reglamentar las bases delegadas por parte del Poder Ejecutivo y el deber de este tener que presentar los decretos de delegación a la Comisión Bicameral Permanente y en los casos de promulgación parcial de leyes, es el mismo organismo el encargado de velar si dicha aprobación no distorsiona el espíritu o la unidad del proyecto original.

La ley 26.122 ha sido también defectuosa en su finalidad de contralor, más bien la labor de los legisladores con respecto a la elaboración de esta ley lleva a pensar que lo han hecho en miras al

⁹⁴ Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

interés en que el PEN pueda hacer un uso cómodo de los decretos, sin mayores oposiciones, como expresa Bianchi (1990), argumentando enfáticamente que dicha ley exige que el rechazo sea realizado por ambas Cámaras, cuando podría alcanzarse con que una no se manifieste a favor como sucede en la sanción de leyes. Aquí se ve claramente como a través de esta ley, se busca nivelar entre leyes y decretos y por otro lado se fija por parte de las Cámaras un rechazo expreso, cuando también podría ser tácito. Tampoco se fija un plazo para que ambas Cámaras se manifiesten con lo cual se produce la pérdida de chances en miras de acotar las facultades de legislar por parte del Ejecutivo.

Conclusión

Los decretos de necesidad y urgencia han sido una premisa que desde 1853 se ha visto reflejada a lo largo de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Sólo a través de ellos el Poder Ejecutivo puede hacer uso de la facultad de legislar que de acuerdo a la Constitución, salvo la excepción mencionada innumerables veces, le corresponde únicamente al Poder Legislativo.

Asimismo, se resalta que este poder de legislar que la Constitución reformada en 1994⁹⁵ le otorgó al Poder Ejecutivo, en gran medida ha ocasionado que dicha potestad se vea sobrepasada, mediante la promulgación de decretos basados en supuestas situaciones de emergencia que nada tienen que ver con la materia sobre la cual se quiere legislar.

Sin perjuicio de este principio de descentralización de poderes, los mismos intervienen entre sí a los fines de evitar autoritarismos, arbitrariedades y usurpación de funciones. Al contrario, a través de este mecanismo se busca garantizar la legalidad y delimitación de sus funciones.

La Constitución en su artículo 99 inciso 3⁹⁶ es muy clara al expresar las pautas sobre las cuales el Poder Ejecutivo debe basarse para dictar decretos de necesidad y urgencia, sin embargo esta norma ha sido desvirtuada en muchas ocasiones cuando mediante la promulgación de diversos decretos de necesidad y urgencia se han querido, incluso hasta modificar leyes propias del Congreso.

Y debe considerarse que el principio constitucional es tildar de nulidad absoluta e insanable cualquier disposición legislativa, el principio cede de igual forma que el artículo 76 de la Constitución, con las excepciones, en este caso, se establece como un requisito ineludible, que se ameriten circunstancias excepcionales, luego que éstas circunstancias imposibiliten seguir con los trámites ordinarios para la sanción de leyes.

⁹⁵ Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁹⁶ Artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Ahora bien, se puede criticar la vaguedad de conceptos, la falta de delimitación al carecer de un significado claro de “circunstancias excepcionales”. Por ende, se ve claramente de la disposición constitucional, una prohibición, en primer lugar para hacer uso de esta herramienta por el Poder Ejecutivo, impedimento que se levanta cuando se dan circunstancias excepcionales, las cuales debe hacer imposible o al menos irrazonable seguir el trámite ordinario para la sanción de una ley, a pesar de que la Constitución no establece cuáles son esas circunstancias, se entiende que su naturaleza debe ser tal, que afecte totalmente el funcionamiento legislativo, económico, social o político de la Nación.

Por ende constituye un presupuesto fundamental que los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la Constitución, es decir, el control constitucional, ejerzan sus funciones al máximo para que la Carta Magna no sea desvirtuada.

Capítulo 4: Análisis de Derecho Comparado

Introducción

Las medidas extraordinarias derivan de los decretos de urgencia como una norma distinta a los decretos supremos ordinarios que poseen rango legal. Esta norma especial emana de circunstancias súbitas, imprevisibles y urgentes que, entre otras, puedan afectar la seguridad y el patrimonio de las personas en un país. Entendida además, y completando lo dicho previamente, como una decisión que se toma para sobrellevar o resolver en forma definitiva una situación de grave emergencia.

Esta urgencia se considera como una unidad de solución justa en la aplicación del término a una circunstancia concreta frente a lo que pudiera ser propio de las facultades discrecionales, la pluralidad de soluciones justas posibles, siendo una interpretación del mismo; además del factor temporal, la necesidad propia de obrar rápidamente.

Estas condiciones que resultan detonantes o disparadores habilitantes para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia se vislumbran cotidianamente a lo largo y ancho del planeta. En consecuencia, se considera es importante realizar un análisis de Derecho Comparado sobre los decretos de necesidad y urgencia haciendo referencia a su existencia, características legislativas, creación y desarrollo.

4.1. España

A modo preliminar, se destaca que todo decreto que, relacionado con el tratamiento de una materia reservada a ley, será ley por su contenido, en sentido material. Por tanto, es necesario que en el marco del dictado de un decreto de necesidad y urgencia, el sistema jurídico haya establecido un procedimiento especial, que eluda el aspecto formal, validando la norma, para que se dé este tratamiento excepcional.

De esta manera, autores como Cantuarias y Oquendo (1991, p. 384), señalan sobre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español “la extraordinaria y urgente necesidad no debe entenderse en el sentido extremo de una amenaza para la Nación o para el sistema constitucional, pues para estos supuestos existe el régimen de excepción”.

En este orden de ideas, aunque no es dependencia exclusiva de la discrecionalidad del Presidente la determinación de la urgencia, no implica que su valoración admita criterios políticos. Mas, sí es de considerar que las condiciones de extraordinaria y de urgencia son más que postulados políticos y que supuestos de apreciación gubernativa discrecional, pues se consideran conceptos jurídicos indeterminados, que parten de la construcción dogmática derivada de la doctrina para determinar caso por caso por medios jurídicos.

Es así como los autores mencionados señalan que la valoración del presupuesto habilitante

no puede ceñirse a la apreciación de las circunstancias de hecho. Esto exige constatar que las medidas adoptadas estén adecuadas, en concreto y de forma estricta, a las necesidades afrontadas. Indican así que en España se ha comentado sobre la conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el decreto se adoptan.

Lo dicho en el párrafo que antecede significa que en caso de no mediar esta conexión, podría presentarse una insuficiencia originaria de habilitación; atacando el decreto en su constitucionalidad, en el caso de que el Congreso lo ratificare o negare su ratificación. En consecuencia, es potestad exclusiva y discrecional del Presidente en su adopción, la cual se encuentra sujeta a que se den los presupuestos habilitantes; por tanto, el Presidente tendrá la discrecionalidad de tomar la medida o no tomarla.

Señalan Cantuarias y Oquendo (1991) que las características mencionadas se corresponden a la naturaleza del instituto, más no implica, en la práctica, que “se haya prostituido la observancia al requisito de la urgencia; lo que se ha traducido en una utilización abusiva de las leyes de gobierno. Pero aceptar lo dicho permite que, probado el exceso presidencial, la medida pueda ser impugnada”, correspondiendo la carga de la prueba al recurrente.

Se observa también, de acuerdo con los mencionados autores, la falta de motivación hacia la necesidad y la urgencia al dictar un decreto excepcional, encontrada en contadas excepciones; más la motivación como tal, supone el cumplimiento del requisito.

De esta manera, continúan exponiendo los autores, que los “decretos de urgencia requieren de un presupuesto de hecho habilitante que es la urgente y excepcional necesidad que debe ser solucionada. La presencia de tal condición está sujeta a la discrecionalidad del Gobierno” (Cantuarias y Oquendo, 1991, p. 384). Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español señala que las medidas dictadas al amparo de esta facultad no podrían constituir una amenaza para la Nación o para el sistema constitucional, porque para estos supuestos se establecieron los regímenes de excepción y los mecanismos de reforma constitucional.

Se hace referencia a que la jerarquía de la legislación de emergencia ha sido controversial, particularmente en el ámbito tributario, a lo cual el profesor Humberto Medrano, citado Cantuarias y Oquendo (1991), considera que los decretos de urgencia no pueden regir supuestos tributarios, precisando sobre un principio de legalidad ortodoxo, como base de su afirmación. Mas, Alegre Ávila, también citado por los mencionados autores, señala los argumentos que a favor de su procedencia se han esgrimido, contrarios a la tesis que permite el uso de los decretos-leyes en materia tributaria.

Por su parte, Opazo (2014), indica que los decretos leyes, en España, son llamados Real

Decreto Ley, “porque es el Rey quien se encarga de su elaboración y promulgación. Y aquellos en que el Parlamento delega la facultad para legislar se denominan decretos legislativos (lo que para nuestra legislación serían los decretos con fuerza de ley” (p. 231). En la Constitución vigente, de 1978, se incorpora en el artículo 86 la regulación de los decretos leyes.

Continúa explicando que el Gobierno, podría dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, las cuales no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, tampoco a los derechos, deberes, ni a las libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas como tampoco al derecho electoral general.

Se observa en este punto, que los decretos-leyes deberán ser sometidos, de manera inmediata, a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación.

El mencionado autor señala que el Congreso deberá pronunciarse expresamente, en el plazo establecido, sobre su convalidación o derogación, estableciendo un procedimiento especial y sumario en un reglamento. En este sentido, durante el plazo establecido se podrán tramitar como proyectos de Ley por el procedimiento de urgencia. De allí que los requisitos que hacen procedentes la promulgación de un decreto ley sólo pueden ser dictados en casos de extraordinaria y urgente necesidad, sin regular determinadas materias, más su duración es provisional y para convertirse en una norma jurídica definitiva, deberá someterse a la aprobación del Congreso de Diputados.

Si existe o no extraordinaria y urgente necesidad, corresponde a una valoración más bien política del Gobierno de turno, debiendo este considerar el apoyo del Congreso de Diputados. Por ello es importante la reserva que hace el artículo 86, relacionada con que no se podrán afectar los derechos constitucionales garantizados por la Constitución.

De igual modo, el autor hace mención a la provisionalidad del decreto ley, el que deberá ser convalidado por el Congreso de Diputados en el plazo de 30 días. Estos, los Diputados, podrán decidir acerca de la calificación de urgente y extraordinaria necesidad, así como convalidar el decreto ley para darle tramitación como proyecto de ley con suma urgencia, permitiéndose discutir e intervenir acerca de las normas se pretende dar fuerza legal.

El paso siguiente es la convalidación de los efectos del decreto ley, siendo certificados para su vigencia en el futuro; en caso de que no sea revalidado, que pocas veces ocurre (no sólo en España, sino en Europa toda, pues es suficiente con la aprobación de la mayoría de los diputados para regular los posibles efectos jurídicos que pudieron haber tenido lugar promulgado), una ley

vendrá a regular las consecuencias generadas por la aplicación del decreto ley en el tiempo que estuviere pendiente de convalidación.

Explica el autor citado, que en cualquiera de los casos, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse en relación con la constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley, establecidas en el artículo 161 de la Constitución española ,pudiendo declarar inconstitucional un decreto ley en cuyo caso se considerará que nunca pudo producir, ni produjo, efectos. Dable resulta no dejar pasar y tener presente que ordenamiento jurídico español no contempla la posibilidad de la reiteración de los decretos leyes.

Por su parte, Arana (2013), señala que el decreto-ley es considera como “una fuente del derecho de naturaleza y utilización excepcional. La potestad que tiene el Poder Ejecutivo para dictar este tipo de normas con rango de ley sólo debería ejercerse en casos de verdadera y auténtica, extraordinaria y urgente necesidad” (p. 337).

Enseña Aranda que la situación de crisis económica por la cual atraviesa el país, no está amparando, por parte del ejecutivo central y los autonómicos, al uso desproporcionado y en consecuencia contrario, de estos instrumentos contrariando los principios constitucionales propios del Estado de Derecho y el sistema parlamentario occidental, convirtiéndose, como ya se ha dicho, en una situación excepcional de abuso.

Considera el autor, que este fenómeno está provocando una revitalización negativa de la institución que debería tener una presencia mínima, como ley singular, por medio de la cual el decreto-ley pudiera poner en peligro, además, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

“Si todo es urgente, puede que nada lo sea. La emergencia o excepción constitucional no puede convertirse en regla de gobierno” (Arana, 2013, p. 365). De allí que los decretos-leyes, son parte de un sistema alternativo de legislar, siendo un sistema ordinario de legislar, que ocasiona inseguridad jurídica, favoreciendo la creación de un cuerpo normativo contradictorio, anómalo.

Sigue comentando el autor que el legislador se comporta como simple espectador que convalida lo hecho por el Gobierno, anulando la posibilidad de un debate democrático. La discusión de las decisiones y medidas que afectan a los ciudadanos, hechas de manera pública en el Parlamento, es la esencia del sistema parlamentario y del Estado de Derecho.

Se indica en el trabajo expuesto por el citado autor, que este principio de discusión se está diluyendo entre otros factores por el abusivo y por ende inconstitucional uso del decreto-ley. El decreto-ley se utiliza como blindaje normativo frente al control contencioso de las disposiciones del gobierno, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, además, siendo usado como una suerte de mecanismo de huida de los procedimientos de elaboración de los reglamentos.

En consecuencia, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, señala el autor, resulta en estos casos flagrante. De allí que, más que la necesidad de respetar el orden de producción de las normas no es un tema menor en un Estado de Derecho, es trasunto del principio esencial de separación de poderes y reflejo de la calidad democrática de un país.

Por ello debe quedar claro que disponer de una mayoría parlamentaria no garantiza la aprobación de cualquier tipo de fuente del Derecho, por tanto, no se considera razón suficiente para gobernar con base a decretos-leyes, pues el debate del contenido de una norma, sobre la trascendencia de una ley es una garantía fundamental de la democracia, independientemente de que el partido político que ejerce gobierno sea mayoría, la que podría considerarse suficiente para aprobar sin dificultad, no sólo las leyes ordinarias, sino también las orgánicas e institucionales de base.

Se hace mención a De Vega (1990), quien indica que la provisionalidad del decreto-ley, relacionada con su validez, se origina en la doctrina del Tribunal Constitucional, referida al contenido de sus disposiciones derivando de la “teoría de la inadecuación sobrevenida. Porque (...), el Tribunal se declara competente para constatar la «*jaita* de adecuación sobrevenida» entre el presupuesto habilitante y las medidas del decreto-ley” (p. 29).

De allí que se hace referencia a un carácter provisional de esta disposición legislativa, incluso tras la homologación del Congreso, pues en la medida en que la situación es de extraordinaria y urgente necesidad, opera como presupuesto permanente de legitimidad del decreto-ley, lo que corresponde al carácter provisional se vincula con la validez de sus disposiciones en el ordenamiento.

Se indica de esta manera que el constituyente ha admitido la posibilidad de que las Cortes acuerden tramitar como proyecto de ley por procedimiento de urgencia, partiendo de tres vías de actuación.

La primera de estas vías es la de la convalidación del decreto-ley, que implica una eficacia estable en el ordenamiento como norma con fuerza de ley. De esta manera, señala De Vega (1990), que la convalidación no es sino «el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución» (p. 256). Más esto no implica la transformación al decreto-ley en ley formal, tampoco permite subsanar los vicios de que pueda estar afectado.

La segunda es convalidación y conversión del decreto-ley en ley formal, dentro de la cual es posible que las Cortes, donde sólo después de convalidar por parte del Congreso, acuerden la

tramitación del decreto-ley por el procedimiento legislativo de urgencia.

Y la tercera vía es derogación del decreto-ley, que en consonancia con el citado autor, el acuerdo es de no convalidación, por lo que la doctrina entiende que de la propia expresión del texto constitucional «derogación», se puede deducir su eficacia *ex nunc*.

Cada una de estas vías que implican el decreto-ley, son entendidas como una norma, cuya estabilidad en el ordenamiento va a depender de la intervención de las mayorías políticas, más esto no cambia su naturaleza jurídica, más sí la condiciona en la jurisprudencia constitucional, cuya interpretación y el control de la cláusula derivan la extraordinaria y urgente necesidad.

4.2. Estados Unidos

De acuerdo con Cámpora y Dolabjian (2005), el Congreso de los Estados Unidos reconoce la facultad de ampliar los márgenes de la delegación legislativa operada en la jurisprudencia del máximo tribunal jurisdiccional federal; concediendo escasa orientación a la Administración para realizar las tareas, encomendando a las agencias que dependen del Poder Ejecutivo que sean competentes en este orden la tarea de regular los riesgos irrazonables que pudieran afectar a la ciudadanía.

Pero se encuentran otros casos, de acuerdo a lo expuesto por los mencionados autores, como el de Hampton, en 1925, donde la Corte establecera que no podra delegarse de las funciones de legislar cuando el Congreso estableciera por ley un principio manifiesto en que la agencia a quien se le pretende delegar está obligada a conformarse.

Esto dio origen a la no delegación, revisada esta posición jurisprudencial en los primeros meses del período de gobierno de Franklin Roosevelt por la Corte Suprema del momento. De all que la recuperación de la industria The National Industrial Recovery Act, NIRA, en ello, se permitira a los representantes sindicales y de la patronal de diversos sectores productivos negociar y llevar a la práctica los Códigos de competencia leal.

Señalan los citados autores que en los fundamentos del Congreso se encontraban los objetivos de esta ley, fundamentado en promover la cooperación entre actores económicos, eliminar la competencia desleal, aumentar el poder de compra de los trabajadores, así como el consumo de productos industriales y agrícolas, prohibiendo, además, las restricciones indebidas a la producción.

Otro caso comentado por los maestros es el de Schechter Poultry, en 1929, en el marco de una demanda por incumplimiento del Código de Competencia en la Comercialización de Aves. De acuerdo con Cámpora y Dolabjian (2005, p. 6), en esta ocasión, la Corte Suprema indicó que:

...la Constitución nunca fue interpretada como negando al Congreso los recursos necesarios de flexibilidad y practicidad que le permitan delinear políticas y establecer parámetros, y que también le permitieran ceder a distintas reparticiones la confección de regulaciones respetando los límites explícitos y referentes a las situaciones que la política legislativa del caso alcanza.

Todo esto implica que la doctrina de la no delegación no es un impedimento para delegar facultades legislativas en Agencias Administrativas del Poder Ejecutivo, más existen, según los mencionados autores, precedentes jurisprudenciales que convalidan leyes que autorizan la actuación del al administración, fundado en el interés público y la existencia de parámetros implícitos de justicia, con la finalidad de evitar la desigualdad. En consecuencia, es propio del Presidente el carácter provisorio de la medida y el compromiso de limitarse en su poder discrecional sobre la constitucionalidad de la delegación.

En casos más recientes, se observa que el Congreso no delega por delegar una autoridad específica, sino que cede el mandato legislativo a una agencia administrativa en particular, de manera implícita; otorgando la facultad delegada de regular con fuerza de ley cuando se busca esclarecer una ambigüedad o llenar un vacío de ley.

Siguiendo la consideración planteada en el párrafo precedente, el Juez no podría invalidar el ejercicio delegado de esa Agencia Administrativa por criterios de mérito o conveniencia, más está obligada a aceptar regulación de la Dependencia, en caso de que el Congreso no se haya pronunciado previamente.

Otra controversia determinante a los fines de arrojar luz para contextualizar el panorama norteamericano es el caso Hamdi; aquí el Gobierno Federal alegó que el Presidente podía disponer la aprehensión de ciudadanos americanos y someterlos a autoridades militares e incluso mantenerlos detenidos indefinidamente, sin abogados ni jueces naturales.

En este sentido, la corroboración de que la legislación delegante emanada del Poder Judicial establezca las bases y que ésta cuando es emanada del Poder Ejecutivo indica que debe ceñirse a aquellas. De allí que la validación constitucional de la delegación legislativa depende de la observancia de los recaudos por parte del Poder Ejecutivo habilitado y del Congreso habilitante.

De esta manera, señalan Cámpora y Dolabjian (2005, p. 10), que “es la legislación delegada la que viene a integrar la legislación delegante en una o varias de las múltiples posibilidades que admiten las bases de la delegación establecidas por el Congreso”. Esto indica que la inconstitucionalidad de la delegación legislativa residirá en las disposiciones normativas emanadas del Poder Ejecutivo; siendo que la inconstitucionalidad de la delegación legislativa dispuesta por el Congreso, podría declararse con independencia de la legislación delegada del mencionado Poder.

4.3. Colombia

Los doctrinarios colombianos, de forma masiva y rozando la unanimidad, encarar sus escritos analizando lo que llaman la “combinación específica entre los poderes constitucionales de los Presidentes y de los Congresos o Parlamentos, y los poderes partidarios de los Presidentes (su capacidad para manejar y controlar las mayorías en los parlamentos o congresos a través del liderazgo presidencial)” (Duque, 2014, p. 79) sumando también la incidencia sobre la disciplina partidista y los líderes de su partido.

En este sentido, se acepta casi sin resistencia al igual que en el resto de los países latinoamericanos, que el poder presidencial es mayor cuando este cuenta con respaldo de mayorías en el Congreso, alcanzando los poderes partidarios y amplias atribuciones de competencia. Según la forma en cómo se establezcan estas competencias, entonces se encuentran tres aspectos, que a criterio de Duque, resultan determinantes.

El primero está referido a las facultades que permiten al Presidente controlar la agenda legislativa, en este caso los poderes de urgencia y los derechos especiales son propios del Poder Ejecutivo. Durante el proceso de enmienda, la iniciativa es exclusiva en ciertas materias de ley, ejerciendo control tanto sobre la elaboración como en el proceso de aprobación legislativa del presupuesto de la Nación.

El segundo se vincula a las facultades que permiten al Presidente modificar el *statu quo* unilateralmente. Aquí, según el citado autor, se trata de la facultad que tiene de dictar decretos con fuerza de ley, autorizado o no por el Congreso, además de la iniciativa para convocar a plebiscitos y ciertos tipos de poder de veto constructivo.

El tercer aspecto se relaciona con las facultades que le permiten al Presidente bloquear cambios al *statu quo* que han sido impulsados por el Congreso Nacional, además de la iniciativa exclusiva en ciertas materias que impide que el Congreso modifique el *statu quo* en estas materias.

Entre los elementos importantes, muchos de los estudios realizados, comenta Duque (2014), muestran el “cuestionamiento a la tesis según la cual en los sistemas presidencialistas los gobernantes terminan usurpando los poderes legislativos y desvirtuando así el esquema de separación y autonomía de poderes” (p. 80).

De esta manera, dentro de los argumentos se encuentra que los Presidentes ejercen potestades legislativas por delegación consciente y estratégica de parte de los parlamentos o debido a estipulaciones constitucionales que lo permiten esto, más no por usurpación.

En este orden de ideas, se considera inadecuado el peso asignado a la capacidad de manejo de la agenda por parte del Presidente, la cual es estimada de manera suficiente para que cambie el

statu quo unilateralmente; esta crítica deriva de la introducción de ponderaciones a los valores asignados a los indicadores (PNUD, 2005) “y en la revisión del planteamiento central, aunque se considera que el control de la agenda es una facultad importante del Presidente de la República, y como su aprobación requiere una mayoría parlamentaria favorable, se relativiza su influencia decisiva” (Duque, 2014, p. 81)

Se hace mención también en estos estudios, como se ha dicho, al poder del Presidente para convocar a plebiscitos o referendos, quien suele limitarse a contextos y situaciones excepcionales y especiales poco frecuentes; de allí que al parecer algunos autores prefieren no incluirlos en la construcción de índices de poder legislativo.

También se han incluido en algunos análisis la incidencia de los reglamentos internos de los Congresos o Parlamentos en la capacidad legislativa de los Presidentes diferenciándose las etapas de iniciativa y constitutivas y proponiendo índices como el de potencia institucional legislativa.

Continúa explicando Duque (2014), que “los poderes no son tan fuertes como tradicionalmente se ha afirmado y que hay errores en la apreciación que conduce a estas clasificaciones y a la inclusión de Colombia dentro del grupo de presidencialismo fuerte” (p. 82). Una nueva medición y ponderación de los indicadores permite ubicar a Colombia dentro del subgrupo de presidencialismos moderados.

En cuanto a los poderes legislativos de los Presidentes, el autor indica que los trabajos han matizado la tesis de un presidencialismo fuerte, donde se propone uno más moderado en sus atribuciones, manteniendo la caracterización de los jefes de Estado asediados por el Poder Legislativo, lo cual es producto de la debilidad de los poderes partidarios y del predominio de partidos clientelistas, sugiriendo la denominación de presidencialismo de transacción.

Continúa explicando el autor que en las últimas décadas los Presidentes colombianos, de acuerdo a las investigaciones mencionadas, poseen facultades legislativas relativamente amplias, aunque limitadas y en contrapeso con el Congreso. En este sentido, cuando cuentan con mayorías en el Congreso, situación ocurrida en cinco de los seis gobiernos posconstitucionales, y en uno durante la mitad del gobierno, el poder presidencial se potencia, convirtiéndolos en Presidentes muy poderosos, casi en aplanadoras legislativas.

Por otra parte, la coalición convierte en vencedores a los partidos instalados en el Gobierno. Por ello, los Presidentes cuentan con fuentes importantes de incentivos selectivos para los congresistas y hacen uso tendencioso de ellos mientras que los partidos y los congresistas obtienen ventajas de las transacciones, orientadas estas a mantener su poder e influencia, a su reproducción electoral y a mantenerse o ascender en sus carreras políticas, configurando de esta manera un

presidencialismo transaccional.

De esta manera, los resultados indican, de acuerdo a Duque (2014), que los “Presidentes colombianos son menos poderosos de lo que tradicionalmente se ha afirmado, aunque posean facultades constitucionales que les confieren poder legislativo: poder de decreto, mensaje de urgencia, iniciativa legislativa exclusiva, convocatoria a sesiones extraordinarias y poder de veto” (p. 116).

De acuerdo con el citado autor, estas facultades tienen claros condicionamientos y dependen de la delegación otorgada por el Congreso o de la interacción del Presidente con los partidos y los congresistas. En este sentido, sólo en los estados de excepción, pueden los Presidentes emitir decretos con carácter de ley.

Estos decretos tienen una vigencia temporal, más su posición hacia una legislación permanente va a depender de la acción del Congreso. Asimismo, los poderes partidarios de los Presidentes, considerado por el citado autor como “el otro factor que entra en juego en la determinación del grado de poder de los presidentes, son muy débiles” (Duque, 2014, p. 117)

Esta situación de debilidad se debe a la fragmentación del sistema de partidos, así como a la fragilidad de la institucionalización organizativa, como a las divisiones en el interior de los partidos, sumando la naturaleza clientelista de éstos y de los predominantes modos de obrar político.

Entre los hallazgos centrales de este artículo, señala el citado autor, se encuentra la tesis según la cual “el presidencialismo colombiano es mucho menos fuerte de lo que se suele plantear, al menos en sus atribuciones constitucionales: En Colombia, los Presidentes cuentan con poderes débiles de decreto y sin capacidad de convocatoria a referendos” (Duque, 2014, p. 118).

También se ubica una debilidad de los poderes partidarios, encontrando que en muchas ocasiones los Presidentes pasan a ser como reos del Poder Legislativo. En este orden, se generan frecuentes acciones como es el caso de las negociaciones e intercambios de incentivos, con la finalidad de obtener apoyo para sus iniciativas.

De esta forma, tanto la ponderación de los poderes, como la exclusión del plebiscito por su carácter excepcional, además de la inclusión del mensaje de urgencia, así como la convocatoria a sesiones extraordinarias, son aspectos que pueden incidir de manera parcial en la agenda y en el proceso legislativo, por lo que se considera que los Presidentes se ubican en la actualidad, de acuerdo con el citado autor, en la categoría de poderes medio alta, dejando atrás la de muy alta.

En el caso colombiano, que las dos facultades que usualmente se consideran como determinantes en los poderes legislativos de los Presidentes, tienen valores bajos. Ahora, en cuanto

a la posibilidad de establecer decretos, se encuentra el valor de muy moderado aunque existe la capacidad de emitir decretos, lo que debe analizarse en correspondencia con las normas que regulan la aprobación de los decretos y los poderes partidarios.

Se indica entonces que los Presidentes colombianos no pueden gobernar solos, tampoco pueden expedir decretos no condicionados, de allí que su poder legislativo está derivado de las dinámicas específicas del propio poder además de los intercambios de incentivos en cada legislatura, como poderes prefigurados, traducido en un intercambio clientelar.

Se indica además que los Presidentes del país cafetero se enfrentan a una constante dinámica de transacciones tanto con los partidos, independientemente de su tamaño, como con los congresistas en forma individual.

De allí que “el presidencialismo de transacción es una forma especial de presidencialismo en el cual se conforman coaliciones de partidos débiles internamente, ninguno de los cuales está en capacidad de gobernar solo” (Duque, 2014, p. 119). Siendo que las expectativas centrales se ubican en obtener recursos que permitan mantenerse en esa posición, o mejorar esa posición, en el caso partidista o individual, en las estructuras nacionales y regionales de poder.

4.4. Perú

La Constitución de Perú de 1979, no regula de manera expresa a los decretos supremos de necesidad y urgencia. En este orden, el inciso 20 del artículo 211 se refería a las medidas extraordinarias que serían dictadas ante urgente necesidad, o más, cuando así lo requiere el interés nacional, refiriéndose entonces a los decretos de urgencia.

Entre las características se encontraba que el Presidente de la República contiene facultades, que llegan a ser discrecionales, sin requerir de delegación previa del Congreso, pero siempre con sujeción a la existencia de los presupuestos habilitantes.

En este orden, señalan Cantuarias y Oquendo (1991), que la Constitución peruana deja vacíos y omisiones que afectan la determinación de la institución: “C.1 Nada se dice acerca de la oportunidad en que el Presidente está habilitado para legislar por esta vía, por lo que podrá hacerlo con prescindencia del funcionamiento del Congreso” (p. 378).

Expresan los citados autores que en esta Constitución no está contemplada la necesidad de una posterior ratificación de la medida, empero se hace referencia al cargo de dar cuenta al Congreso, donde el Ejecutivo ha interpretado como un mero requisito de informar sobre las medidas adoptadas, aplicándose a través de oficios donde se enumeran los decretos dictados durante un determinado período, al amparo del inciso 20, sin justificar la urgencia o la necesidad de las medidas, ni su carácter económico, social o financiero invocado, el interés nacional involucrado o la

naturaleza extraordinaria.

A esto se suma el problema que se presenta con la transitoriedad de las medidas extraordinarias, lo cual según María del Rosario Pacheco, citada por Cantuarias y Oquendo (1991, p. 378), “se colige de la concordancia del inciso 20 del artículo 211 con el artículo 132, que dispone que: En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario”. Pero los citados autores consideran esta interpretación poco apropiada, pues el artículo 132, está referido a un supuesto de hecho diferente que consiste en una emergencia económica.

Otra situación que se debió considerar fue el control jurisdiccional constitucional de las medidas de emergencia que de acuerdo a lo indicado por los mencionados autores se trata de la posibilidad o no de que sean impugnadas vía acción de inconstitucionalidad de las leyes.

Por su parte, Herrera (1996, p. 243) señala que “la Constitución de 1979 no previó expresamente un determinado nivel normativo para las medidas extraordinarias. En esa medida, se elaboraron dos posiciones doctrinales, con respaldo en nuestra jurisprudencia”.

Señala el autor que se trataba de normas de nivel secundario o que tenían rango de simples decretos supremos, las medidas extraordinarias; la segunda establecía que estas medidas tenían nivel primario o rango de ley.

En ese mismo orden, el autor señala que las medidas extraordinarias son distintas a los decretos de urgencia o decretos-leyes, no pueden tener rango de ley, más si el nivel secundario o reglamentario; marcaba también, expresa y taxativamente qué normas tenían rango o fuerza de ley, dentro de las cuales no figuraban las medidas extraordinarias.

Bajo estas condiciones, sigue escribiendo Herrera, que la Constitución de 1993 prevé, en su artículo 118º, inciso 19, que es el Presidente de la República, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, quien debe dictar medidas extraordinarias en cuanto a la materia económica y financiera siempre y cuando lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. Señala el texto analizado que el Congreso, en este caso, podría modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Aunado a esto, en el artículo 74 se establece la prohibición expresa de que los decretos de urgencia puedan regular materia tributaria, más se incluye, en el artículo 200, inciso 4, como norma impugnable, vía la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Según Herrera (1996), la primera modificación “consiste en el cambio de instrumento normativo por el cual se deben canalizar las medidas extraordinarias: se pasa de los decretos supremos a los decretos de urgencia, los cuales tendrán fuerza de ley” (p. 252). Pero se observa que

se sigue haciendo referencia a medidas extraordinarias, siendo erróneo el hecho de que puedan plasmarse a través de decretos de urgencia.

Esto implica que se debe optar por las medidas extraordinarias o por decretos de urgencia, siendo esto necesario para distinguir, doctrinariamente, entre ambas instituciones; por lo que se encuentra ante una noción particular e imperfecta de medidas extraordinarias.

Continúa explicando el citado autor que de allí, los decretos de urgencia se caracterizan por emitirse durante el receso del Congreso, siendo transitorios, pudiendo regular cualquier materia y estando sujetos a convalidación posterior por el Parlamento. Pero esto no se ha contemplado en la Carta Magna peruana de 1993, y tampoco llegan a ser medidas extraordinarias comunes, que como temporales, pueden responder a una delegación de facultades legislativas y se emiten durante el receso parlamentario.

Aún bajo estas condiciones, la Constitución de 1993 contribuye con la discusión en torno a si la medida extraordinaria tiene o no tiene fuerza de ley, pues establece por medio de su vía judicial, de impugnación de manera explícita e indirecta que tiene fuerza de ley, con la facultad de suspender normas de nivel primario.

En cuanto al supuesto habilitante para la emisión de las nuevas medidas extraordinarias, Herrera (1996, p. 251) señala que “se reitera la frase «cuando así lo requiere el interés nacional», que proviene de la Carta Magna anterior”. Más esto no garantiza que sólo se dicten este tipo de medidas cuando, en términos nacionales lo demande una urgente necesidad, porque es muy genérica. Se observa además que no se regula su temporalidad, que indique que deben existir mientras dure la situación extraordinaria que las motivó.

Las medidas extraordinarias pueden normar las materias específicas, reiterando enunciados tanto económicos como financieros, sin precisar los aspectos que deben ser comprendidos en esta temática, más sí se dispone la exclusión de la materia tributaria. Señala el citado autor que con esto no se contribuye a combatir de manera eficaz el uso excesivo y abusivo de las medidas extraordinarias, haciendo parte una gran imprecisión; pues cuando se tratara de verdaderos decretos de urgencia no existiría alguna limitante, no obstante estén sujetos a un adecuado proceso de convalidación parlamentario ulterior.

Cabe mencionar que no se precisa en qué consiste el hecho de dar cuenta al Congreso, sin contemplar un proceso de convalidación parlamentaria ulterior de las disposiciones, dando pie a la imprecisión sobre el control de este poder normativo otorgado al Poder Ejecutivo; aunque en el inciso 19 del artículo 118 se menciona que el Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Pasando en limpio, la regla es que el Poder Ejecutivo se encuentra habilitado a dictar medidas extraordinarias particulares, siendo la excepción la facultad de disponer de auténticos decretos de urgencia sólo para el caso del interregno parlamentario antes descrito.

En fin, las medidas extraordinarias expuestas en la Carta Magna de 1979 regulaban, mediante leyes formales o decretos supremos ordinarios, los desequilibrios del sistema económico; mientras que los decretos de urgencia de la actual Constitución de 1993 pueden considerarse medidas extraordinarias peculiares, con fuerza de ley, pero no pueden regular materia tributaria, más si son decretos de urgencia, las normas del artículo 135°, que sólo pueden emitirse durante el período interface entre un Congreso nuevo y el disuelto.

4.5. Chile

Acudiendo a varias actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC), más conocida como “Comisión Ortúzar” en referencia al Presidente de la época, y más precisamente a la labrada sobre la sesión N° 22 del 12 de marzo de 1974, en Historia de la Ley Constitución Política (p. 10), de la que se extrae, en el marco de un debate sobre la pertinencia de los decretos de necesidad y urgencia que “el Señor Ortúzar (Presidente) hace presente sus dudas al respecto, pues cree que al cercenarlos se estaría restando una facultad presidencial que está vigente. Agrega que muchas leyes delegatorias se hacen necesarias en caso de situaciones graves que puede enfrentar el país”.

Sobre esto, señala que ante estas situaciones, puede resultar imposible para el Parlamento adoptar todas las medidas conducentes a solventar estas situaciones de emergencia, considerando que la Cámara por sí misma no pudiera solucionarlas por la necesidad de una actuación expedita, resultando menester otorgar al Presidente las atribuciones que requiere para enfrentar la situación que se presenta.

En consecuencia y al resguardo del equilibrio de poderes, el Parlamento contaría con la facultad de veto, herramienta de uso posterior al dictado del decreto que permitiría llenar una sentida necesidad en un momento determinado.

Se menciona en el citado documento, que la reforma constitucional de 1970 estableció la delegación de facultades legislativas en buenas condiciones, partiendo de lo constitucional, otorgando como excepción la posibilidad de delegar materias que implicarían el ejercicio de funciones de carácter político, también se entregó una enumeración completa posibles materias delegables, señalando algunas normas para que las materias delegadas estuvieran reglamentadas.

En este particular, en relación con la autoridad, la Contraloría General de la República, que velaría porque la norma delegatoria de atribuciones fuera respetada. Ahora bien, en caso de que el

Tribunal Constitucional subsista en el tiempo, se indica en el citado documento que esa podría ser una de las materias que debiera conocer.

En este orden, se plantea el Proyecto de Reforma Constitucional, en un único artículo, que establece la inclusión de modificaciones a la Constitución Política de la República, tales como:

32. Intercálase, en el artículo 61, el siguiente inciso quinto, nuevo, pasando los actuales incisos quinto y sexto, a ser incisos sexto y séptimo, respectivamente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance.” (Historia de la Ley Constitución Política, p. 30).

De este modo, si se establece la adecuación conceptual de la ley consagrando la norma de clausura, haciendo distinción entre leyes constitucionales, leyes normativas y leyes delegatorias de facultades legislativas, además de establecer el sistema de urgencia, aprovechando la reforma constitucional que otorga a las Comisiones parlamentarias la posibilidad de sancionar los proyectos aprobados por la Sala, se produciría una efectiva agilización del trabajo legislativo sin perjuicio de la calidad misma de éste.

Conclusión

Como parte del análisis final sobre el contenido de este trabajo, es importante comentar que en el Derecho Constitucional comparado sus institutos sobre los decretos de urgencia o decretos-leyes, son establecidos como una potestad normativa del Poder Ejecutivo.

Entre sus características se pudieron evidenciar que tienen fuerza de ley, pudiendo modificar o suspender de manera transitoria, justamente, a leyes sancionadas conforme el proceso ordinario de creación, respondiendo a una situación de emergencia que se presente a nivel nacional o la denominada urgente necesidad, en materia económica, social y/o financiera fundamentalmente, en cuyos casos deben estar convalidadas por el Congreso o Parlamento, dependiendo del término de tiempo posterior empleado en el país en cuestión.

Por otra parte, el uso indebido de esta facultad excepcional, ocasionará que las normas dictadas a su amparo puedan adolecer de vicios de ilegalidad, tomando en cuenta situaciones de dudosa calificación, como pudiera ser el caso de una emergencia cuando no se pueda promulgar las leyes siguiendo el trámite ordinario, sin generar una situación perniciosa.

Se precisa entonces de la necesidad de respetar el orden de producción de las normas como un tema imperioso en un Estado de Derecho, siendo parte del principio esencial de separación de poderes, así como reflejo de la calidad democrática de un país. En consecuencia, la emergencia o excepción constitucional no debe convertirse en una regla de gobierno, puesto que los decretos aquí

analizados forman parte de un sistema alternativo de legislar, y ante la existencia de un sistema ordinario de legislar, se puede generar una fuerte y peligrosa inseguridad jurídica, propiciando la creación de un cuerpo normativo anómalo.

Conclusiones finales

En principio, el presente trabajo de investigación ha hecho alusión al constitucionalismo y en concreto a los textos constitucionales como las primordiales fuentes de generación de márgenes y reglas a través de las cuales se ceñirían los cursos políticos y los cauces gubernamentales. En tal determinación, se verificó que las cartas magnas son el móvil idóneo a través del cual ha sido consagrado expresamente el principio de división de poderes, pilar de la idea republicana.

Considerando, pues, en su oportunidad, los aspectos más trascendentes acerca de la división de poderes como valor democrático (tripartición entre ejecutivo, legislativo y judicial; generación de contrapesos; asignación de funciones particulares e interdependientes a cada rama del sector público), se ha avanzado hacia el análisis y desarrollo de su estudio aplicado al caso de la Nación Argentina y de su tradición republicana federal.

En efecto, la materia referida a los decretos de necesidad y urgencia apenas fue receptada con la reforma de la Constitución en 1994 y hasta la actualidad se considera que no están completamente establecidas todas aquellas pautas que deben regularse en este tipo de decretos. La razón de lo antes expuesto es que muchas veces el legislador omite ciertos caracteres sobre los cuales cabe únicamente la elucidación por parte de quien tiene que interpretar la ley.

Por otra parte, con la sanción de la Ley N° 26.122 parecería que el ámbito de los decretos de necesidad y urgencia quedaría completamente cubierto. Sin embargo, en la práctica se observa claramente que no fue así debido a que en dicha norma abundan las situaciones que deben ser interpretadas por no estar aclaradas en el texto, abriendo la puerta al oportunismo político. Estas cuestiones no pueden ser dejadas sin regulación expresa, atento a que se trata de una facultad excepcional del Poder Ejecutivo, y que por lo tanto, no puede poseer vacíos en su implementación, o en el peor de los casos éstos deberían ser mínimos.

Vale la pena recordar que la última enmienda constitucional tenía, entre otros objetivos, atenuar el sistema presidencialista existente en la época, aunque en la realidad y con el paso del tiempo este intento “limitante”, por llamarlo de algún modo, fue un fracaso ya que en definitiva al Poder Ejecutivo se le atribuyeron más atribuciones legislativas de las que poseía aumentando sus facultades. En efecto, se incrementó la capacidad de este órgano de emitir actos y decretos constitucionales, por lo que, debe aplicarse aún más el control sobre sus funciones.

Las cuestiones a las que se hace referencia son aquellas relativas a los lapsos en los que la Comisión Permanente debe contar para la convocatoria de sus miembros con el objeto de revisar y emitir el dictamen favorable que servirá de orientación para el Congreso. Por otra parte, la Ley 26.122 no estableció tampoco en su articulado un plazo para que el Congreso se pronunciara acerca de la validez del decreto, razón por la cual resulta necesario que estos detalles sean aclarados bien sea con la reforma de la referida ley o con la promulgación de otra. Por lo tanto, con los gobiernos

instituidos en un Estado de Derecho con separación de poderes, los decretos de emergencia constituyen la vía para hacer uso de facultades que expresamente no están conferidas por la Constitución.

Por lo tanto, la pregunta es si la facultad delegada al Poder Ejecutivo constituye un error por parte de los constituyentes de 1994 o, si por el contrario, es totalmente válido que estas situaciones se presenten. En base a ello se colige que la facultad delegada de legislar al Poder Ejecutivo, puede estar presente en cualquier sistema de gobierno, siempre y cuando se cumplan con los parámetros que ofrece la Constitución para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Esta delegación es positiva, sana y necesaria, en tanto y en cuanto sean respetados los márgenes republicanos y deban ser instrumentadas, únicamente, ante casos de real emergencia y no en un contexto especulativo de oportunismo político.

Es por ello que se ha establecido un procedimiento determinado para la promulgación de este tipo de decreto, dentro del cual se establece el deber que le compete al Jefe de Gabinete de Ministros de someter los decretos de manera personal en el plazo de diez días ante la Comisión Bicameral Permanente. Esta parte del artículo correspondía a una norma de carácter programático, ya que no fue operativa desde el mismo momento en que se reformó la Constitución sino hasta varios años más adelante cuando se sancionó la ley 26.122 en donde se estableció el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente, pudiendo entender sobre los decretos dictados por delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y por último, ante la sanción parcial de leyes.

Es allí cuando el control constitucional debería hacer su función reguladora en el entendido que solo por medio del mismo se controlaría al ejecutivo para que tal poder delegado no vaya por encima de lo que expresamente establece la Constitución.

A razón de lo expuesto, corresponde confirmar la hipótesis planteada, toda vez que la trama inherente a los decretos de necesidad y urgencia debe ser estudiada con más amplitud entendiendo que el uso de estos textos normativos no se vea reflejado como un exceso por parte del Poder Ejecutivo. Es decir que la ley reglamentaria de estos decretos necesita urgentes ajustes limitantes, en principio, para establecer con mayor precisión a la actual las situaciones de emergencia detonantes que habilitarían su uso y luego para cerrar la laguna existente en relación a la necesidad (o no) de obtener el visto bueno de ambas cámaras legislativas que componen el Congreso de la Nación a fines de que el decreto de necesidad y urgencia sea finalmente ratificado.

Cabe destacar que los decretos de necesidad y urgencia pueden y deben estar presentes en cualquier modelo de Gobierno sin que ello implique una violación a la división de poderes, siempre

y cuando su uso se realice de manera consciente y los órganos encargados de su tratamiento cumplan las funciones para los que fueron creados a cabalidad a la hora de aprobar estos decretos.

Bibliografía

Doctrina

- Anselmino, V. (2016). “La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad)”. Revista Anual de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).
- Arana, E. (2013). “Uso y abuso del decreto de ley. Universidad de Granada”. Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 191.
- Avalos, E. (2012). “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina desde 1853 hasta nuestros días”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/312/2012>.
- Badeni, G. (2003). *La delegación legislativa*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Balbín, C. (2015) “Manual de derecho administrativo”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/5612/2015>.
- Balbín, C. (2015). “Manual de derecho administrativo”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/584/2015>.
- Barbier, N. (2011) “Los Nuevos DNU, ¿Una Herramienta de Gobierno o una Absorción de Poder?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1632/2011>.
- Bestard, A. (2010) “Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo”. Recuperado de: www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/bestard-delegacion_de_facultades.pdf
- Bianchi, A. B. (2002) “Los Modelos de Separación de Poderes y su influencia en el modelo de Administración Pública”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Bianchi, A. (1990) *La delegación legislativa*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco.
- Bidart, G. (2003) “Manual de la Constitución Reformada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2564/2003>.
- Bidart, G. (2003). “Manual de la Constitución Reformada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/263/2003>.
- Cagnoli *et al*, (2014). *Poderes, características, funciones, competencias, recursos*. Buenos Aires, Argentina: Asociación Argentina de Administración Pública.
- Cámpora, M y Dolabjian, D. (2005) “Delegación Legislativa”. Recuperado de <http://www.circulodoxa.org/documentos/Delegación%20legislativa.pdf>

- Campos, B. (1995). “Actualmente, los decretos de necesidad y urgencia están constitucionalmente prohibidos”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/129/1995>.
- Cantuarias, L. y Oquendo, S. (1991). “Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional”. Recuperado de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6167/6194>
- Cesar, A. (2013) “Dossier Legislativo: Decretos de Necesidad y Urgencia 1994-2014”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1426/2013>.
- Cianciardo, F. (2004). “Decretos de necesidad y urgencia, seguridad jurídica, igualdad y buena fe”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/173/2004>.
- Colautti, C. (2001) *La Delegación de Atribuciones legislativas*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Colombo, L. (2014). “La eficacia de los organismos de control en la democracia delegativa”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/426/2014>.
- De la Riva, I. (2012) Fuentes del Derecho Administrativo. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/312/2012>.
- De Vega, A. (1990). “La cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27066.pdf>
- Díaz Cafferata, S. (2011) “¿Qué entiende la Corte por división de poderes?” Recuperado de <http://www.microjuris.com/DACF110107>
- Duque, J. (2014). “¿Presidentes legislando? Las facultades legislativas en el presidencialismo colombiano 1991-2014”. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.12804/esj17.01.2014.03>
- Fernández, D. (2002) “Situación Actual de los Decretos de Necesidad y Urgencia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3256/2002>.
- Forastiero, A. (1988) “Hacia la reivindicación plena del Poder Legislativo”. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar/DACA880379>.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: IJ Editores.
- Graciela Rodríguez, L. (2007). *Los decretos de necesidad y urgencia y la ley 26122*. Rosario, Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

- Hernández, A. (1992). “Nulidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/108/1992>.
- Hernández, A. (1992). *Nulidad de los decretos de necesidad y urgencia*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Herraiz, H. (1987). “Algo más sobre la delegación legislativa en materia de "poder de policía"”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/186/1987>.
- Herrera, R. (1996). “Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085291>
- Highton, E. (2014). “Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/486/2014>.
- Jiménez, E. (2008). “Actualidad del control judicial de constitucionalidad "de oficio" en la República Argentina”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/192/2008>.
- Loñ, F. (1992) “Reglamentación de la Facultad de Dictar Decretos de Necesidad y Urgencia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/952/1992>.
- Loñ, F. (1992). *Reglamentación de la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- López, G. (1996). “Reflexiones sobre el control de Constitucionalidad en la República Argentina”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/171/1996>.
- Mecle, E. y Neri, D. (2010) “La (Des) Institucionalización del Congreso de la Nación en Argentina: Reglas y Excepciones en la Formación de las Leyes y Análisis e Interpretación Cuantitativa y Cualitativa de los Decretos de Necesidad y Urgencia, 2003-2007”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/365/2010>.
- Monti, E. (2007) “Los Decretos de Necesidad y Urgencia de la Ley 26.122”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- Onaindia, J. (2009). *Separación de poderes y facultades legislativas del presidente*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires (UBA).
- Onaindia, J. (2009). *Separación de poderes y facultades legislativas del presidente*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Opazo, M. (2014). *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*. Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile.

- Posdeley, C. (2016) “Apuntes Sobre el Rol y las Funciones de Control de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1364/2016>.
- Ramos, S. (2010). “Lineamientos de la Corte Suprema en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/271/2010>.
- Reuters, T. (2016). “Control de Constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/527/2016>.
- Rodríguez, L. (2007). “Los Decretos de Necesidad y Urgencia de la Ley 26.122”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/261/2007>.
- Rodríguez, L. (2007). *Competencia legislativa del Poder Ejecutivo en materia de Decreto de Necesidad y Urgencia*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni S.A.
- Serrafiero, M. (2010). *El poder ejecutivo y el incremento de sus facultades legislativas*. Buenos Aires, Argentina: Asociación Latinoamericana de Ciencia Política.
- Silvero, J. (2013). “Controles Constitucionales Sobre el Poder Ejecutivo”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/384/2013>.
- Sola, J. (2010). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Spota, A. (1989). *La delegación legislativa en el Ejecutivo y el cambio de rol de los Parlamentos y Congresos*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Levy, Daniel Horacio”, sentencia del 8 de octubre de 1976. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Peralta, Luis y otros c/ Estado Nacional s/ amparo”, del 27 de diciembre de 1990.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Bellaca S.A.A.C. y M. c/Estado Nacional”, sentencia del 27 de diciembre de 1996. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, Jorge, Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 17 de diciembre de 1997. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto.558/02-SS-Ley 20.091”, sentencia del 19 de mayo de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN Dto. 558/02-SS- Ley 20.021”, sentencia del 19 de mayo de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso: “Kupchik, Luisa Spak de y otro c/ Banco Central de la República Argentina y otros”, sentencia del 17 marzo de 1998. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1853.
- Decreto 2192/86. Boletín Oficial de la República Argentina, 02 de diciembre de 1982.
- Decreto 275/97. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de abril de 1997.
- Decreto 290/95. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de marzo de 1995.
- Decreto 36/90. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de enero de 1990.
- Decreto 430/00. Boletín Oficial de la República Argentina, 31 de mayo de 2000.
- Decreto 435/90. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de marzo de 1990.
- Decreto 494/02. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de marzo de 2002.
- Decreto 560/89. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de agosto de 1989.
- Decreto 615/10. Presidente de la Nación. 04 de mayo de 2010.
- Ley 20.091. Boletín Oficial de la República Argentina, 07 de febrero de 1973.
- Ley 25.918. Boletín Oficial de la República Argentina, 24 de agosto de 2004.
- Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de julio de 2006.

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> | ENCINA MATEO, Diego Omar |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 31.586.210 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA La Ley reglamentaria de los Decretos de Necesidad y Urgencia y la determinación de las condiciones excepcionales |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | diego.encina@gmail.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> | No corresponde |

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 toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^{[1]97}</i> | Si |
| Publicación parcial <i>(informar qué capítulos se publicarán)</i> | Autorizo publicación completa.- |

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

Lugar y fecha: Coronel Du Graty, Chaco, 29 de agosto de 2018.-

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

⁹⁷[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.

