

**SESIONES ORDINARIAS**  
**2007**  
**ORDEN DEL DIA N° 3218**

**COMISION BICAMERAL PERMANENTE  
DE TRAMITE LEGISLATIVO (LEY 26.122)**

**Impreso el día 26 de noviembre de 2007**

Término del artículo 113: 5 de diciembre de 2007

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 1.067 de fecha 7 de agosto de 2007. (5.179-D.-2007.)

- I. **Dictamen de mayoría.**
- II. **Dictamen de minoría.**
- III. **Dictamen de minoría.**

**I**

**Dictamen de mayoría**

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.067 de fecha 7 de agosto de 2007 mediante el cual se establece el suplemento por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de la autoridad aeronáutica, determinando los requisitos, exigencias, niveles y montos para su percepción.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto, y por las que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

**Proyecto de resolución**

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto 1.067 de fecha 7 de agosto de 2007.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 7 de noviembre de 2007.

*Jorge M. Capitanich. – Diana B. Conti. –  
Luis F. J. Cigogna. – Gustavo E. Ferri.*

*– Jorge A. Landau. – Agustín O. Rossi.  
– Patricia Vaca Narvaja. – Nicolás  
Fernández. – María C. Perceval.*

**INFORME**

*Honorable Cámara:*

**I. Antecedentes**

La Constitución Nacional, antes de la reforma en 1994, establecía en forma clara y terminante la doctrina de la separación de las funciones del gobierno, precisando uno de los contenidos básicos asignados a la forma republicana prevista en su artículo 1°.

La clásica doctrina de la división de los poderes, concebida por el movimiento constitucionalista como una de las técnicas más eficaces para la defensa de las libertades frente a los abusos gestados por la concentración del poder, y que fue complementada con la teoría de los controles formulada por Karl Loewenstein, revestía jerarquía constitucional y era uno de los pilares elementales sobre los cuales se estructuraba la organización gubernamental de la Nación.

Gregorio Badeni<sup>1</sup> señala: “...Las funciones del órgano ejecutivo han aumentado en los sistemas democrático-constitucionales como consecuencia de la ampliación de la actividad estatal. Y si bien esa tendencia se refleja en todos los órganos gubernamentales, su proyección resulta mucho más significativa en el Poder Ejecutivo debido a que su función no se limita a la simple ejecución de las leyes, sino que se extiende, en forma global, a la gestión y administración de los asuntos públicos, y a la determinación del plan de gobierno...”.

<sup>1</sup> Badeni, Gregorio, *Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente*, “La Ley”, 2006-D, 1229.

En este orden de ideas, el citado constitucionalista destaca: "...La expansión de las funciones ejecutivas no configura, necesariamente, una corruptela constitucional por cuanto ella puede ser convalidada mediante una interpretación dinámica y razonable de la Ley Fundamental..."<sup>2</sup>

"En el ámbito de la vida social, política o económica de una nación –agrega Badeni– pueden presentarse situaciones graves de emergencia generadoras de un estado de necesidad cuya solución impone que se adopten medidas urgentes para neutralizar sus efectos perjudiciales o reducirlos a su mínima expresión posible. Cuando esas medidas, constitucionalmente, deben revestir carácter legislativo, las demoras que a veces se producen en el trámite parlamentario pueden privarlas de eficacia temporal, y ello justificaría su sanción inmediata por el órgano ejecutivo, ya sea en forma directa o como consecuencia de una delegación congresual..."<sup>3</sup>

La reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los constituyentes de 1.853/60 se planteaba.<sup>4</sup>

A partir de la reforma, la facultad que la Constitución Nacional le atribuye excepcionalmente al Poder Ejecutivo, más allá de las posturas doctrinarias, ha adquirido "carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche, o bien, en la superación de las fuentes constitucionales. En tal sentido, su validez constitucional encuentra apoyo expreso en el artículo 99, inciso 3 de la Constitución reformada."<sup>5</sup>

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación se establecieron mecanismos tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificadas en nuestra Constitución Nacional: a) los decretos de necesidad y urgencia, b) los dictados en virtud de delegación legislativa, y c) los de promulgación parcial de las leyes.

Estos decretos han sido consagrados expresamente en los artículos 99, inciso 3, 76, 80 y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional.

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

<sup>2</sup> Badeni, Gregorio, ob. cit.

<sup>3</sup> Badeni, Gregorio, ob. cit.

<sup>4</sup> Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos fueran sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución Argentina*, 1890.

En una postura distinta se ubica Linares Quintana, siguiendo el criterio ortodoxo de que lo que no está previsto en la ley no se puede hacer.

<sup>5</sup> Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, "La ley" 2004-A, 1144.

Capítulo tercero. *Atribuciones del Poder Ejecutivo*. Artículo 99: "El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

.....

"3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

"El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso."

Capítulo cuarto. *Atribuciones del Congreso*. Artículo 76: "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 Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa."

Capítulo quinto. *De la formación y sanción de las leyes*. Artículo 80: "Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Capítulo cuarto. *Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo*. Artículo 100:

.....

"12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente."

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

La introducción de los institutos denominados “decretos de necesidad y urgencia” y “facultades delegadas” en el nuevo texto constitucional de 1994 implica poner reglas a una situación de excepción, y por lo tanto, al estricto control que la Constitución Nacional le atribuye al Congreso Nacional.

Sin embargo, ella no ha previsto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, sino que lo ha dejado subordinado a una ley especial.

La ley 26.122, sancionada el 20 de julio de 2006, regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo nacional: *a)* de necesidad y urgencia, *b)* por delegación legislativa, y *c)* de promulgación parcial de leyes.

El título II de la ley 26.122 establece el régimen jurídico y la competencia de la Comisión Bicameral Permanente, y en su artículo 5° precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y ocho (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

La resolución del presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación 1.130, de fecha 12 de octubre de 2006, ha designado a los señores diputados de la Nación miembros de dicha comisión.

En igual sentido, el presidente de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación ha emitido los decretos 54 de fecha 13 de octubre de 2006 y 57 de fecha 25 de octubre de 2006.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un criterio amplio al analizar las circunstancias de carácter excepcional que operan como supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

De Vega García afirma con acierto que la función del supuesto fáctico es doble, porque por una parte se constituye en la situación de hecho —la necesidad urgente— habilitante para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las facultades legislativas indispensables e inevitables para la solución de la crisis, y, por otro lado, esta situación de hecho se convierte también en condición de contenido de la norma de necesidad y urgencia, “porque parece lógico que sus preceptos contengan la respuesta más adecuada al supuesto que el gobierno alega al dictar este tipo de instrumentos”.<sup>6</sup>

Es de vital importancia esta definición, ya que se-

rán luego los órganos de control quienes deberán valorar si se han reunido los requisitos en el supuesto de hecho que autoriza al Poder Ejecutivo a hacer uso de dicha facultad.

La doctrina en general se refiere al supuesto fáctico como aquel acontecimiento o situación que determina la emergencia que ocasiona la crisis institucional que impide al Poder Ejecutivo ejercer sus facultades constitucionales de un modo más adecuado, llevando al estado de necesidad política que desemboca en la asunción de dichas facultades por parte del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, Pérez Hualde, Lagaz y Lacambara entienden que existe aún un supuesto previo que es el de la vigencia de un sistema republicano que contemple en especial uno de los requisitos básicos, como lo es el principio de división de poderes.

En conclusión, al supuesto fáctico lo precede un supuesto institucional complejo que se compone de la existencia de un sistema con división de poderes o de funciones de distintos órganos y con un procedimiento de elaboración de leyes. Si no existen estos antecedentes, no se dará la posibilidad de existencia del decreto de necesidad y urgencia.

Superado este debate doctrinario, el dictado del Poder Ejecutivo de normas de rango legislativo so pretexto de la existencia de una situación de hecho que impide el pronunciamiento por parte del órgano al cual, según la Constitución, le corresponde actuar, no es un fenómeno novedoso para el derecho político.

Entre sus antecedentes más antiguos, se detecta la presencia de estos instrumentos en la Carta de Restauración Francesa y en la Ley Fundamental de Prusia de 1850.

Asimismo, son numerosas las Constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia, estableciéndolas en sus textos en forma expresa, tales como la Constitución de la República Española y, en Sudamérica, las Constituciones de Brasil, Colombia y Perú, entre otras.

En este sentido, éste es el marco fáctico en el cual la Convención Constituyente de 1994 introdujo los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional Argentina, receptados en el artículo 99, inciso 3.

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.<sup>7</sup>

Conforme a la postura desarrollada por Germán Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia; en este caso, parece ser sinónimo de

<sup>6</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

<sup>7</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

imprescindible. Se agrega “urgencia”, y lo urgente es lo que no puede esperar. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.<sup>8</sup>

Por su parte, la convalidación del dictado de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Peralta”, ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

En el caso precitado, los actores iniciaron una acción de amparo ante el dictado del decreto 36/90, que convertía los contratos bancarios a plazo fijo en bonos de deuda pública (Plan Bonex).

Sin embargo, a pesar de su reconocimiento jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia impuso una serie de reglas que debe contener el dictado de este tipo de decretos por parte del órgano administrador para su procedencia.

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran:

“...una situación de grave riesgo social que pudiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado —ésta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto— [...] razonabilidad de las medidas dispuestas [...] relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta [...] examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas [...] inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados [...] convalidación del Congreso, expresa o tácita...”

Asimismo, sostuvo que “no necesariamente el dictado por parte del Poder Ejecutivo de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen”.

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundada en dos razones fundamentales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; b) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados (considerando 24).

La Corte ha caracterizado el supuesto fáctico habilitante para el dictado de un decreto de necesi-

dad y urgencia como “una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas” (considerando 24).

En este sentido, la Corte Suprema definió la emergencia económico-social como aquella “situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad que hay que ponerle fin” (considerando 43).

Asimismo, el alto tribunal consideró la razonabilidad de la medida atendiendo a “la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen” (considerando 48).

El Poder Judicial tiene la potestad de examinar la existencia o no del estado de necesidad y razonabilidad, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la materia regulada, en un caso que sea sometido a su juicio y donde se haya afectado algún derecho constitucional.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional<sup>10</sup> controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretende lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretende superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la CSJN respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado en el caso “Rodríguez”<sup>11</sup>, la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

Asimismo, consideró que los legisladores que habían interpuesto la acción de amparo carecían de legitimación activa; lo mismo sostuvo respecto del Defensor del Pueblo, pero consideró que el jefe de Gabinete tenía legitimación para actuar.

En esta oportunidad, la CSJN defendió la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y de su control político en cabeza del Poder Legislativo. Sostuvo que la jueza de grado carecía de ju-

<sup>8</sup> Bidart Campos, Germán: *Los decretos de necesidad y urgencia*. Columna de opinión, “La Ley”, 27/2/01.

<sup>9</sup> “La Ley”, 1991-C:158.

<sup>10</sup> Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

<sup>11</sup> “La Ley” 1997-E:884.

risdicción para intervenir en el caso por ausencia de gravamen, caso, causa o controversia, pues decidió sobre un conflicto que, por su naturaleza, es ajeno a la resolución judicial, mediando –en consecuencia– una invasión de la zona de reserva de otro poder (considerando 6°).

Sin embargo, a pesar de lo dicho precedentemente, consideró que ello no implica una convalidación del decreto (de necesidad y urgencia) 842/97 “en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales –antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite–, siempre que, ante un “caso concreto” –inexistente en la especie–, conforme a las exigencias del artículo 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (considerando 23).

Es decir, que limita la facultad de control del Poder Judicial ante la presencia de agravio concreto (examina si se cumplieron los requisitos formales de procedencia y el límite material), siendo el Congreso –depositario de la voluntad popular– a quien la Constitución Nacional le atribuye la excluyente intervención en el contralor de los DNU (considerando 17).

En este caso, la CSJN renunció expresamente a ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, con base en la falta de caso y carencia de agravio concreto.

En cambio, en el caso “Verrocchi”<sup>12</sup> cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobrasen más de mil pesos.

En el caso precitado, la CSJN ejerce un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida, al avocarse a examinar si se cumplieron las exigencias formales y materiales en el dictado de este tipo de normas, admitiendo el ejercicio de facultades legislativas parte del Poder Ejecutivo nacional.

En este sentido, la CSJN considera que “se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país...” (considerando 8°).

El considerando 9° analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y sostiene que “corresponde al Po-

der Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia...”.

En el considerando 11, la CSJN sostuvo que la carencia de ley que regule el trámite y alcances de la intervención del Congreso exigía una mayor responsabilidad por parte del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo cual confirma la sentencia del *a quo* que declaraba inconstitucionales los decretos 770/96 y 771/96. En el presente caso ejerció un control amplio de las circunstancias fácticas y jurídicas del dictado del decreto en cuestión.

En el caso “Risolia de Ocampo”<sup>13</sup>, se declararon inconstitucionales varios artículos del DNU 260/97, que disponía el pago en cuotas de las indemnizaciones por accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público de pasajeros, con invocación de la emergencia económica de esas empresas y de las aseguradoras.

El fundamento central para descalificar esta normativa fue que protegían intereses de individuos o grupos, no intereses generales de la sociedad.

De esta forma, la CSJN en el caso precitado agregaba un requisito más a la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia: la protección de intereses generales de la sociedad.

En el caso “Guida”<sup>14</sup>, la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95 que había dispuesto la reducción de los salarios de los agentes de la administración pública.

Uno de los principales argumentos de la Corte para declarar la constitucionalidad del decreto precitado, fue su ratificación mediante la sanción de la ley 24.624.

A juicio de la CSJN, dicha ratificación importaba la intervención del Congreso en los términos que señala la Constitución y un reconocimiento de la emergencia invocada por el Poder Ejecutivo nacional.

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que im-

<sup>12</sup> “Verrocchi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/08/19, “Fallos”, 322:1726, “La Ley”, 1999-E, 590.

<sup>13</sup> “Risolia de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César s/ ejecución de sentencia”, CS, “Fallos”, 323:1934.

<sup>14</sup> “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo s/ empleo público”, CS, “Fallos”, 323:1566.

porta un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis...” (considerando 6°).

En el caso precitado, el voto del ministro Carlos Fayt señaló que “tal como lo recordó el tribunal en la causa ‘Verrocchi’ (“Fallo”: 322:1726), para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1°) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2°) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Esta última es la situación que debe entenderse presente en el caso...” (considerando 6°).

“Que la doctrina elaborada por esta Corte en torno a la nueva previsión constitucional, no difiere en lo sustancial del recordado precedente de “Fallo”: 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello, en cambio, sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (artículo 82 de la Constitución Nacional). No obstante, de esta regulación minuciosa de una facultad que por definición se considera existente, no podría derivarse como conclusión que la ausencia de reglamentación legal del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional deje inerte a la sociedad frente a las situaciones que el propio texto constitucional ahora prevé como excepcionales y, por tanto, merecedoras de remedios del mismo carácter” (considerando 7°).

Fayt agregó que “en el caso concreto que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención en cuestiones de hondo y sensible contenido social –más allá de las implicancias presupuestarias que obviamente ostenta y que en última instancia son la razón misma de la medida–, ha asumido esa intervención legítima, con lo que puede darse por satisfecho el recaudo constitucional antes indicado. Ello, claro está, no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de

la Nación, conforme fue recordado por el Tribunal en la causa ‘Verrocchi’ ya citada” (considerando 9°).

En este mismo orden de ideas, el citado ministro de la CSJN destacó que “en cuanto al contenido mismo de la medida cuestionada, deben entenderse reunidos los requisitos que condicionan su validez, de acuerdo a la ya conocida doctrina de la emergencia” (considerando 10).

Por todo lo expuesto, se revoca el fallo de la instancia anterior y se declara la constitucionalidad del decreto.

Entre los administrativistas, Juan Carlos Cassagne define los reglamentos como “todo acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales”.<sup>15</sup>

Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la administración pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del derecho administrativo, habida cuenta de que no sólo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

En lo que concierne a la naturaleza de la actividad reglamentaria la doctrina clásica, consideraba que constituía una actividad administrativa, mientras que para Cassagne “la actividad reglamentaria traduce una actividad materialmente legislativa o normativa, ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia, traduciendo una actividad jurídica de la administración que se diferencia de la administrativa por cuanto ésta es una actividad inmediata, práctica y concreta tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, encuadrada en el ordenamiento jurídico”.<sup>16</sup>

Conforme a la terminología utilizada por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general.

Para la LNPA el reglamento es un acto de alcance general, expresión que comprende los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico.

“Sin embargo –señala Cassagne– la figura del reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales

<sup>15</sup> Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A, 1144.

<sup>16</sup> Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A, 1144.

que sólo tienen eficacia interna en la administración o que están dirigidas a los agentes públicos -instrucciones de servicio, circulares- no producen efectos jurídicos respecto a los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior”.<sup>17</sup>

Tal y como expresa Cassagne, la caracterización jurídica de los reglamentos surge de la circunstancia de encontrarse sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio, circulares y demás reglamentos internos.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la administración.

La sustancia de un acto de alcance general de contenido normativo, que integra el ordenamiento jurídico, es la del “reglamento”, con independencia del órgano o ente estatal que lo produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos.

Conforme a la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes, los primeros se clasifican según la doctrina en ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.<sup>18</sup>

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución son los que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

Por su parte, el dictado de reglamentos autónomos o independientes corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1°, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración en la cual el Poder Legis-

lativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.<sup>19</sup>

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados<sup>20</sup>, al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración, y b) de emergencia pública.

Tal y como se ha expuesto ut supra, hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>21</sup>

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.<sup>22</sup>

Y tal como lo ha expresado Cassagne<sup>23</sup> “...La concepción de la denominada doctrina de la separación

<sup>19</sup> Definición señalada en Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

<sup>20</sup> Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

<sup>21</sup> Miguel A. Ekmekdjian (en su obra *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que no es correcto llamar a estas normas reglamentos, puesto que son normas de sustancia legislativa y no obstante ello, son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional, y adopta la denominación de “decretos leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

<sup>22</sup> En este orden de ideas, Ekmekdjian se encuentra entre quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborado por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica 1853/60. En este sentido, y compartiendo la exposición de Cassagne “...la atribución de la potestad reglamentaria al Ejecutivo responde a los principios de equilibrio, que están en la base de la teoría de Montesquieu, permitiendo su ejercicio no sólo para reglamentar las leyes del Congreso, sino también para dictar normas generales en determinadas situaciones que derivan tanto de sus propias facultades como órgano jerárquico superior de la administración pública (ex art. 86 inc. 1°, Constitución Nacional) como de las atribuciones vinculadas al estado de necesidad y a la eficacia de la realización de los fines constitucionales (esto último, a través de la figura de la delegación), facultades que deberá ejercer, en cualquier caso, bajo el control permanente del Congreso...” (Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A, 1144).

<sup>23</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia*, “La Ley”, 1991-E, 1179.

<sup>17</sup> Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

<sup>18</sup> Clasificación desarrollada en Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A, 1144.

ración de los poderes o, según prefieren algunos, de la división de los poderes, elaborada por Montesquieu (bajo la innegable influencia de Locke), ha dado lugar a numerosas y diferentes interpretaciones jurídicas que olvidan la naturaleza eminentemente política y hasta sociológica de esta teoría. Precisamente, al abordar el estudio del poder reglamentario, en cualquier ordenamiento constitucional positivo, hay que analizar primero el sistema, su realidad y los antecedentes que le han servido de fuente, pues recién después de esa labor el intérprete estará en condiciones para determinar el modo en que la Constitución ha recepcionado el principio divisorio en lo que atañe a la articulación entre la ley y el reglamento.

La teoría expuesta por Montesquieu en el espíritu de las leyes reposa, como es sabido, en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, por lo cual considera imprescindible la institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante, permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.<sup>24</sup>

Lejos de predicar la primacía del Poder Legislativo o el acantonamiento de las funciones típicas de cada poder (en sentido orgánico la concepción de Montesquieu –antes que transferir el monopolio de la actividad legislativa al Parlamento (como pretendió Rousseau)– se ocupó de la división del poder legislativo, asignando al Poder Ejecutivo funciones colegislativas (vgr. veto, iniciativa y convocatoria) y estableciendo un sistema bicameral, con el objeto de impedir el predominio y el abuso del órgano parlamentario. El centro de la concepción, aun cuando el principio no tuvo acogida en las constituciones que se dictaron durante la Revolución Francesa, lo constituye, sin duda, la ubicación del Poder Judicial en el esquema divisorio, concebido como órgano imparcial para juzgar y resolver las controversias, con independencia de los otros dos poderes...”.<sup>25</sup>

Conforme al análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales” que “...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal,

tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.<sup>26</sup>

Por todo lo expuesto, es criterio de esta Comisión analizar en lo pertinente la existencia del supuesto fáctico-jurídico-político que habilita el dictado de los instrumentos precitados por parte del Poder Ejecutivo, conforme a los requisitos establecidos expresamente por la Constitución Nacional en el artículo 99, inciso 3 –la existencia de circunstancias excepcionales que imposibiliten seguir el procedimiento legislativo ordinario y la necesidad y urgencia de suplir dicho trámite mediante un decreto–, sumado esto, a los principios sentados por la jurisprudencia elaborada a través de los diferentes fallos de la Corte Suprema de la Nación, tales como la existencia de un grave riesgo social, asegurar la continuidad y vigencia de la unidad nacional y la protección de los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos.

#### I. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.067 de fecha 7 de agosto de 2007 mediante el cual se establece el “Suplemento por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica”, determinando los requisitos, exigencias, niveles y montos para su percepción.

#### II. a) Análisis del decreto

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último de los considerandos del citado decreto que él se dicta en uso de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo nacional por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

La ley 26.122, en el capítulo I de título III se refiere a los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente respecto de los decretos de necesidad y urgencia estableciendo en su artículo 10 que esta comisión debe expedirse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

La lectura del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: a) La firma del señor presidente de la Nación, b) La firma de los señores ministros y del señor jefe de Gabinete de Ministros –dictado en Acuerdo General de Ministros y refrendado juntamente con el señor jefe de Gabinete de Ministros y c) La remisión del señor jefe de Gabinete de Minis-

<sup>24</sup> Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

<sup>25</sup> Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

<sup>26</sup> Cabe destacar que en Estados Unidos los citados decretos reciben la denominación de *executive orders*, las cuales son órdenes ejecutivas, una facultad propia por la ley segunda fundamental de la Constitución de los Estados Unidos que establece la capacidad del presidente para legislar sobre facultades e instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

tros a la Comisión Bicameral Permanente, y como requisitos sustanciales: *a)* Razones de necesidad y urgencia, y *b)* En orden a la materia, puede dictar normas de contenido típicamente legislativo, siempre que no trate materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

El decreto 1.067/07 en consideración ha sido decidido en Acuerdo General de Ministros y refrendado por el señor presidente de la Nación, doctor Néstor Kirchner, el señor jefe de Gabinete de Ministros, doctor Alberto A. Fernández y los señores ministros, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, párrafo 3.

Asimismo, se encuentra cumplido el último requisito formal referido a la obligación del jefe de Gabinete de Ministros de someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente dentro de los 10 días.

Conforme al artículo 99, inciso 3, párrafo 4, se eleva el presente despacho en cumplimiento del plazo establecido.

La posición adoptada por la comisión tiene fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional que establece: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta” y en el principio de seguridad jurídica que exige que se mantenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso.<sup>27</sup>

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 1.067/07.

Es preciso destacar que mediante el decreto 239 del 15 de marzo de 2007 el Poder Ejecutivo nacional dispuso la creación de la Administración Nacional de Aviación Civil (A.N.A.C.) la que ejercerá las atribuciones y competencias que regulan la aviación civil en la República Argentina, actualmente competencia del Comando de Regiones Aéreas dependiente de la Fuerza Aérea Argentina.

En este sentido, el personal de los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS), Información Aeronáutica (AIS), Comunicaciones Aeronáuticas (COM), Búsqueda y Salvamento Aeronáutico (SAR); Extinción de Incendios en Aeródromos (SEI), personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y, en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, suministran un servicio público esencial para la actividad aérea.

Dicho servicio demanda del personal una dedicación exclusiva, debido a su trascendencia en la

seguridad y eficiencia en el control de las operaciones aeronáuticas.

En este orden de ideas, el Poder Ejecutivo nacional destaca que, el personal mencionado necesita perfeccionamiento y actualización constantes para dar una respuesta adecuada a los nuevos requerimientos derivados de la evolución permanente de la actividad aérea y de las crecientes exigencias de seguridad, regularidad y eficiencia de la aviación conforme a las normas y métodos recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

Asimismo, el normal desarrollo de las operaciones aéreas exige máxima especialización y una absoluta concentración en la tarea, debido a la complejidad de la misma.

De este modo, el Poder Ejecutivo nacional deja constancia en los considerandos del precitado decreto que, para lograr la aplicación plena y efectiva de todos los factores humanos en la optimización de las operaciones aéreas, la conciencia situacional en el personal es un elemento determinante.

Por todo ello, la mayor exigencia, dedicación y responsabilidad en el cumplimiento de las tareas laborales diarias debe ser compensada con remuneraciones acordes a la importancia y trascendencia pública de las mismas.

Es dable destacar que, el inciso 4 del artículo 57 de la ley 19.101 para el personal militar, faculta al Poder Ejecutivo nacional a establecer suplementos particulares en razón de las exigencias a que se ve sometido el personal como consecuencia de la evolución técnica de los medios que equipan a las fuerzas armadas, o por otros conceptos.

Por lo expuesto, el Poder Ejecutivo nacional deja constancia en los considerandos del precitado decreto que, cabe hacer hacer una excepción a lo dispuesto por el artículo 62 de la ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2005), y sus modificatorias, el cual en su parte pertinente establece lo siguiente:

Ley 11.672, artículo 62. – “Los incrementos en las retribuciones incluyendo las promociones y las asignaciones del personal del sector público nacional, ya sean en forma individual o colectiva, cualquiera sea su régimen laboral aplicable, inclusive los correspondientes a sobreasignaciones, compensaciones, reintegros de gastos u otros beneficios análogos a su favor, cualquiera fuese el motivo, causa o la autoridad competente que lo disponga, no podrán tener efectos retroactivos y regirán invariablemente a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha en que hubieran sido dispuestos. Las previsiones del presente artículo resultan de aplicación para el personal extraescalafonario y las autoridades superiores”.

“Esta norma no será de aplicación para los casos en que las promociones o aumentos “respondan a

<sup>27</sup> Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos, Pérez Hualde, Cassagne, entre otros quienes han señalado que ni siquiera una ley que reglamente el trámite y alcance de la intervención del Congreso podrá prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia.

movimientos automáticos de los agentes, establecidos por regímenes escalafonarios en vigor”.

Las razones de necesidad y urgencia requeridas para habilitar la competencia del Poder Ejecutivo en materia legislativa han sido descritas ut supra y en los considerandos del decreto 1.067/07.

Atento a la urgencia en resolver las situaciones expuestas resulta imperioso adoptar las medidas proyectadas, configurando una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

El espíritu legislativo no ha variado atento a que, en definitiva, el Congreso en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias no ha adoptado decisiones diferentes en los puntos de política involucrados.<sup>28</sup>

En razón a la materia regulada en el presente decreto conforme se indicara ut supra, dichas medidas no incursionan en las materias expresamente prohibidas por la Constitución Nacional para tales actos –por no tratarse de materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos–, verificándose el cumplimiento de los recaudos formales que la Carta Magna impone para ellos, encontrándose asimismo suficientemente acreditadas las razones de urgencia y excepcionalidad invocadas para su dictado.

### III. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 1.067/07, los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional y de conformidad con los términos del artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo nacional 1.067/07.

*Jorge M. Capitanich.*

## II

### Dictamen de minoría

#### RECHAZO

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente de trámite legislativo (ley 26.122) ha considerado el mensaje 327 del jefe de Gabinete de Ministros por medio del cual se comunica el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 1.067/2007, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3

<sup>28</sup> Ambos presupuestos han sido delineados como básicos para la validez de los DNU en el voto de la mayoría en el caso “Peralta”. Corte Suprema de Justicia (“Fallos”, 313:1513) (“La Ley”, 1990-D, 131).

de la Constitución Nacional y por los artículos 2°, 10 y 19 de la ley 26.122.

Por los fundamentos que se exponen en el informe acompañado, y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

### Proyecto de resolución

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Rechazar el decreto de necesidad y urgencia 1.067/2007 por falta de adecuación a los requisitos sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional y los artículos 10, 22 y 24 de la ley 26.122.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo (artículo 26 de la ley 26.122), juntamente con sus fundamentos.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 7 de noviembre de 2007.

*Oscar R. Aguad. – Luis P. Naidenoff. – Ernesto R. Sanz.*

## INFORME

*Honorable Cámara*

### 1. Intervención legal

#### 1.1. La Comisión Bicameral y las Cámaras

El Congreso Nacional, luego de doce años de producida la última reforma constitucional, ha dado cumplimiento formal a la previsión del artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional (C.N.) sobre los decretos de necesidad y urgencia (DNU), al sancionar la “ley especial” que rige el trámite y el alcance de la intervención del Congreso y conformar la Comisión Bicameral Permanente, recaudos ambos exigidos por dicha enmienda para dar validez a este tipo de normas.

La parte final de la norma dice: “...Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

No es frecuente que la Constitución califique de especial a una ley. Alejandro Pérez Hualde<sup>1</sup> señala que: “Cuando la Constitución califica de “especial” a una ley dicho adjetivo no es intrascendente. La noción de ley especial denota...la existencia de normas que representan una excepción con respecto a otras de alcance más general. La característica últi-

<sup>1</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia: su ley especial*. Derecho Constitucional de la Reforma de 1994 –II–. Ed. Depalma Buenos Aires, 1995; págs. 226 y ss.

ma de la ley especial consiste, pues, en que, si ésta no existiera, su supuesto de hecho quedaría automáticamente comprendido en el más amplio de la ley de alcance general...”

“Por ello entonces la especialidad otorga a la ley un relevante papel en cuanto a que su contenido es específico del instituto que regula y, en caso de antinomias con otras normas, se convierte en criterio para resolver dándole preferencia tal como ocurre con otros criterios como el jerárquico normativo o el cronológico.”

“Este análisis hace que consideremos de real importancia la calificación que la Carta magna ha otorgado a esta ley especial ya que será ella la que rija el trámite y el alcance de la intervención del Congreso sin que quepan análisis analógicos de otras normas generales que regulan el procedimiento parlamentario o de sanción de las leyes. La ley a dictarse, en razón de su especialidad, en su contenido estará sujeta únicamente a la Constitución y no a otras leyes de trámites parlamentarios fueran éstas anteriores o posteriores a ella.”

Respecto de la intervención de las Cámaras y la Comisión Bicameral Permanente el artículo 99, inciso 3°, en lo pertinente, dispone: “... El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras...”

El artículo 100, incisos 12 y 13, C.N., lo siguiente: “...Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: [...] 12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.” “13. Refrendar conjuntamente con los demás Ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.”

Respecto de la intervención de la Comisión Bicameral Permanente el artículo 2 de la ley 26.122 establece: “La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno; y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3; 76; 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional.”

El artículo 10 de la ley citada dispone además que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar

el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.”

Los siguientes artículos de la ley también refieren a las Cámaras y la Comisión Bicameral Permanente, en lo pertinente, de la siguiente manera:

*Incumplimiento.* “Artículo 18. – En caso de que el jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de Gabinete.”

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

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

*Plenario.* “Artículo 21. – Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento.”

*Pronunciamiento.* “Artículo 22. – Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.” “Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.”

En función de lo expuesto esta Comisión Bicameral actúa en el marco de su competencia ejerciendo su control y elevando su despacho,<sup>2</sup> respecto de lo actuado por el Poder Ejecutivo nacional, para su expreso tratamiento por el plenario de las Cámaras de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Nacional y la ley 26.122.

<sup>2</sup> “La comisión se limita a elevar su despacho que –como señala Bidart Campos– no resulta vinculante para el Congreso”. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T VI. La reforma constitucional de 1994, Ediar, Buenos Aires. 1995, p. 444.

## 2. Análisis del DNU

El rechazo del DNU propuesto en el proyecto de resolución, y motivo del informe, se funda en las razones y consideraciones siguientes:

### 2.1. Consideraciones Generales

2.1.1. En primer lugar es preciso destacar que el decreto ha sido dictado invocando el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

Sentado ello, y de acuerdo a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional por nuestra Carta Magna, corresponde expedirse a esta comisión de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99 inciso 3 C N y los artículos 2°, 10 y 19 de la ley 26.122.

El citado artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional dispone que el Poder Ejecutivo nacional no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad.

Cabe mencionar que la teoría del espíritu de las leyes reposa en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, razón por la cual considera imprescindible la Institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante, permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.<sup>3</sup>

Textualmente el artículo 99 dice: “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

La norma, alude a circunstancias excepcionales; a la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de leyes, y al dictado de decretos

de necesidad y urgencia. Sólo en ese contexto cabe situar la habilitación del poder ejecutivo, y luego viene el seguimiento que queda a cargo del Jefe de Gabinete de ministros, de la Comisión Bicameral Permanente y del Congreso.

2.1.2. No caben dudas que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia ha de ser la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, con lo cual resulta forzoso concluir que la crisis política habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de repuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Por otra parte, será necesario que exista una “situación de grave riesgo social” que actúe como causa de justificación en sentido lato y que los “remedios” adoptados sean adecuados para atender a la misma, como que aquella situación haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas. Por lo que no bastará una situación de crisis legislativa, sino que es preciso que esa crisis impida subsanar o atender con la inmediatez necesaria la situación de grave riesgo social, ante las circunstancias excepcionales que deben ser palmarias.

Sostiene Bidart Campos<sup>4</sup> que “fundamentalmente, el “abecé” parece radicar en la exigencia inexorable de que resulte “imposible” seguir el trámite regular de las leyes. Por ende, ni el apuro presidencial en tomar una medida, ni la conveniencia o la necesidad de tal medida, ni la urgencia valorada por el ejecutivo, ni la lentitud de las cámaras, ni aun la hostilidad hacia un determinado proyecto de ley, configuran aquella imposibilidad que en circunstancias excepcionales (volvemos a leer los vocablos del texto) habilita a dictar un decreto de necesidad y urgencia.”

“Tampoco recomendaciones o presiones y muchos menos imposiciones- de sectores sociales u organismos internacionales sirven de pedestal para alzar normas presidenciales de naturaleza legislativa, so pretexto de necesidad, urgencia, o cosa semejante.”

“Hay que acostumbrarse a recluir cada competencia –sobre todo las ajenas a un órgano que solamente por excepción puede asumirlas– en su rígido casillero constitucional, porque salirse de él es descarrilar las instituciones republicanas, evadir la división de poderes, y erigir el voluntarismo del ejecutivo en un lema que no se diferencia demasiado de aquel otro monarquista y francés “El Estado soy yo”. Hemos de responder que, en la democracia, el estado “somos nosotros”, el pueblo, la sociedad. Y nosotros hemos aprendido y queremos que la Constitución se respete y se cumpla”.

<sup>3</sup> Cassagne, J. Carlos. *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A, 1144. pág. 3.

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán J., *Los decretos de necesidad y urgencia*, “La Ley”, 2001-A, pág. 1114.

Recién cuando los indicadores sociales y de la realidad denotan la imperiosa necesidad de contar con un instrumento idóneo para paliar la situación (de “emergencia”), y siempre que no se invada materias vedadas, se darán las circunstancias habilitantes o la permisón constitucional, restando –lógicamente– el mesurado análisis de cada previsión contenida en el “decreto” para observar si el mentado “instrumento” legal aprueba o no el llamado “test de razonabilidad”, como cualquier otro decreto ordinario del Poder Ejecutivo o ley sancionada por el Congreso.

2.1.3. Respecto del rol que debe cumplir el Congreso en el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia (DNU) que llegare a su seno, es de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

Midón<sup>5</sup> señala que “verificar si un decreto de Necesidad y Urgencia satisface el test de razonabilidad es una operación lógica que para el operador de la Constitución (Poder Judicial y/o Congreso) debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la Ley Fundamental. Esto es, la existencia de necesidad, mas la urgencia, mas los acontecimientos que impiden la deliberación del Congreso”.

Habrà dos aspectos que el Congreso no podrá soslayar conforme la consagración constitucional: a) la necesidad de su intervención en la consideración de la norma de excepción, y b) la necesidad de que debe existir una manifestación expresa (de aprobación o rechazo) ya que el artículo 82 de la Constitución Nacional y el artículo 22 de la ley 26.122 excluyen todo intento de considerar convalidado un DNU por el mero silencio.

2.1.4. Por último diremos que la ley 26.122 (artículos 22 y 26) obliga al Congreso a resolver dentro de las alternativas de lo ordenado: aceptación o rechazo de la norma, impidiendo cualquier modificación del texto remitido.

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

Pérez Hualde<sup>6</sup> al respecto dice: “El Congreso analizará y considerará la norma en todos sus aspectos. Tratará sobre su legitimidad y sobre su conveniencia. La aprobará o la rechazará. Esa aprobación o rechazo será la que completa el acto y pone fin al

trámite establecido por la Constitución. No caben pasos posteriores. No hay posibilidad de veto presidencial, ni total ni parcial. El trámite terminó en el Congreso”.

“Esto es así porque se trata de un acto complejo que se integra con la voluntad del Ejecutivo - mediante el dictado del decreto de excepción- y de la Legislativo –mediante la aprobación o rechazo de la norma–. Allí se termina el acto; tiene la misma naturaleza que los actos de designación de funcionarios con aprobación del Senado. Se envía el pliego y éste lo aprueba o rechaza y terminó el trámite, el Ejecutivo no puede rechazar o aprobar la decisión del Senado.

“...Se trata de la naturaleza propia del acto complejo que la Constitución reformada ha previsto; naturaleza que hace que el acto se agote en la decisión del Congreso sin que quepa ningún otro trámite.”

## 2.2. Razones Formales

El decreto de necesidad y urgencia, remitido por el Jefe de Gabinete, que constituyen el objeto de este análisis, establecen lo siguiente:

**DNU, número 1.067/2007**, publicado en el Boletín Oficial del 9 de agosto de 2007, bajo el número 31214, página 12, dictado por el Poder Ejecutivo nacional; incorpora como apartado f) del inciso 4 “Otros Suplementos Particulares” del artículo 2.405 del capítulo IV “Haberes” del título II “Personal Militar en Actividad” de la Reglamentación de la Ley 19.101 para el Personal Militar, aprobada por decreto 1.081 de fecha 31 de diciembre de 1973, y sus modificatorios, lo siguiente: “f) Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la autoridad aeronáutica”. 1.- Lo percibirá el Personal Militar que desarrolle funciones en los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS), Información Aeronáutica (AIS), Comunicaciones Aeronáuticas (COM), Búsqueda y Salvamento Aeronáutico (SAR); Extinción de Incendios en Aeródromos (SEI), personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, en las condiciones y cumpliendo los requisitos establecidos en el anexo 20 Requisitos, Exigencias, Niveles y Montos para la percepción del “Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la autoridad aeronáutica”, que forma parte del presente artículo. 2.- Los señores jefes de los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas quedan facultados para aplicar en sus respectivas jurisdicciones el dictado de normas complementarias, aclaratorias y el dimensionamiento de los planteles de personal para el cumplimiento de la presente medida. (artículo 1°); la reglamentación que se aprue-

<sup>5</sup> Midón, Mario A. R.; *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, “La Ley”, 2001. Bs. As, p. 120.

<sup>6</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...* ob. cit, pág. 222 y ss.

ba tiene carácter de única y será de aplicación común para las tres (3) Fuerzas Armadas (artículo 2°); los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas, procederán a incorporar textualmente la reglamentación que se aprueba por el presente decreto al inciso 4 “Otros Suplementos Particulares” del artículo 2.405 de la Reglamentación del capítulo IV “Haberes” del título II “Personal Militar en Actividad” de la ley 19.101 para el Personal Militar, aprobada por decreto 1.081/73 y sus modificatorios (artículo 3°); la vigencia del suplemento al que hace referencia el artículo 1°, será a partir del 1° de junio de 2007. (artículo 4°); y por último establece que el gasto que demande el cumplimiento de lo dispuesto por el presente Decreto, será atendido con los créditos correspondientes a las jurisdicciones respectivas del Presupuesto General de la Administración Nacional (artículo 5°).

2.2.1. De acuerdo con el artículo 10 de la citada ley 26.122 (“...El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado...” es menester analizar si el DNU transcrito cumple con los requisitos formales y sustanciales para su emisión exigidos por la norma constitucional.

Respecto de lo primero, el final del tercer párrafo del artículo 99 inciso 3 C.N. dice: “...serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos juntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

“El acuerdo general de ministros ha sido interpretado como la necesidad de la simple mayoría de ellos (Así lo hace Julio Rodolfo Comadira, Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional, en revista “La Ley” del 24-3-95, p.5) y también como necesidad de unanimidad del cuerpo ministerial (Así opinan Roberto Dormí y Eduardo Menem, La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada. Ediciones “Ciudad Argentina”, Buenos Aires, 1994, p. 340). Nosotros coincidimos con la segunda posición por las siguientes razones: 1) La excepcionalidad y restricción del trámite y 2) Porque así ha sido interpretado de hecho en las normas dictadas con posterioridad a la reforma como es el caso del decreto 290/95.” (El subrayado nos pertenece).

“La excepcionalidad del trámite sirve de fundamento a la exigencia de la unanimidad porque el dictado de un decreto de necesidad y urgencia no se encuentra entre las facultades normales del Poder Ejecutivo sino que es de uso extraordinario. Por tal razón, la Constitución reformada ha exigido una serie de condiciones y supuestos habilitantes que deben ser cumplidos; el requisito del acuerdo general de ministros debe ser interpretado del modo más exigente.” (El subrayado nos pertenece).

Los requisitos formales de los decretos de necesidad y urgencia se exigen al momento de su dicta-

do y con posterioridad a ello. La decisión debe tomarse por el presidente en acuerdo general de ministros, incluido el jefe de gabinete. Es decir, la determinación de dictar un decreto de urgencia debe estar presidida de una consideración y debate en el seno del gabinete. La constitución no indica quórum requerido para esa reunión, pero dado el carácter excepcional de la medida el acuerdo general de incluir a todos los ministros, quienes una vez debatido el asunto están obligados a firmar el decreto.<sup>7</sup>

En tal sentido, Cayuso<sup>8</sup>, expresa que “... aparece como primera cuestión sustancial, no resuelta judicialmente de manera unívoca, determinar si el artículo 99 inciso 3° exige que la circunstancia excepcional reúna la característica de urgente y que, además, sea imposible seguir el trámite ordinario de sanción de la ley o, por el contrario, exige sólo que concurren una u otra. Entendemos que asignarle carácter alternativo a los presupuestos fácticos de la norma, a los efectos de la habilitación, desnaturaliza la letra y el espíritu con que ha sido reconocida la facultad al Poder Ejecutivo. Y ello es así, porque interpretar que basta que se dé una de las alternativas significa, en la práctica, flexibilizar peligrosamente el control judicial respecto de los presupuestos de validez.”

El decreto de Necesidad y Urgencia, objeto de análisis, desde el punto de vista formal reúne y cumple a nuestro entender los requisitos exigidos por la C.N. y la ley especial para su aceptación. A saber:

– Cuenta con el acuerdo general de ministros, la refrendata de ellos y del jefe de Gabinete previstos como requisitos formales.

– Cuenta con la mayoría del cuerpo ministerial, también previsto por la doctrina como requisito formal.

– El decreto ha sido presentado dentro del plazo previsto que el Jefe de Gabinete tiene para hacerlo.

– La Comisión Bicameral ha verificado que el DNU ha sido publicado en el boletín oficial.

### 2.3 Razones sustanciales

Del citado artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional surge un principio general y una excepción, la cual analizaremos a continuación:

– Principio general: “... El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”.

<sup>7</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina –Comentada y concordada–*, “La Ley”, Bs. As. 2001, pág. 299.

<sup>8</sup> Cayuso, Susana, *Los decretos de necesidad y urgencia. Texto constitucional vs. praxis constitucional*, “La Ley”, 2005-D, pág. 961.

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

La norma nos habla de “estado de necesidad”. Entendemos que se refiere a aquél caracterizado por un perfil fáctico (urgente necesidad) y por otro de carácter institucional (imposibilidad de recurrir a los trámites ordinarios para la sanción de las leyes).

En este sentido, existe consenso generalizado en exigir una situación de “necesidad y urgencia”.

Sostiene Bidart Campos<sup>9</sup> que la “necesidad” es algo más que conveniencia, en este caso, parece ser sinónimo de imprescindible. Se agrega “urgencia”, y lo urgente es lo que no puede esperar.

“Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.

Concretamente, la “necesidad y la urgencia” deben estar suficientemente fundadas y responder a circunstancias excepcionales, partiendo del principio sacramental de que las leyes deben ser dictadas por el Poder Legislativo.

Resulta necesario destacar que la sola imposibilidad política, en tanto derivación de la carencia, por el gobierno de quórum o mayorías propias para imponer su criterio, no puede, por eso ser la razón justificante del empleo del decreto, porque debe concurrir siempre la necesidad de resolver, con urgencia y eficazmente la situación planteada.<sup>10</sup>

Resumiendo, para que el presidente pueda hacer uso de esta atribución exclusiva y excepcional que posee para dictar DNU, deben reunirse primeramente los siguientes requisitos: 1) Concurrencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, 2) Que el objeto de la pretensión, la necesidad y la urgencia, no pueda satisfacerse por ley, y 3) Que no se trate sobre las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

<sup>9</sup> Bidart Campos, Germán; *Los decretos de necesidad...*, ob. cit, p. 1114.

<sup>10</sup> Quiroga Lavié, Humberto; *Decretos de necesidad y urgencia en la reforma de la Constitución Nacional*, “La Ley”, 1994-D, p. 876/881.

Sometiendo a esta prueba (test) de constitucionalidad al decreto 1.045/2007 remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos por la norma reglamentaria.

Resulta necesario destacar que los decretos en cuestión han sido dictado cuando el Congreso se encontraba en sesiones, de lo que se desprende que no existía ningún impedimento para que los temas objeto de los mismos fueran tratados por el Poder Legislativo, respetando el procedimiento previsto en la Constitución Nacional.

Asimismo, véase que de los fundamentos invocados, se advierte que se intenta justificar el uso de una facultad excepcional –dictado de decretos de necesidad y urgencia– con argumentos que no cumplimentan los requisitos para la legítima utilización de dicha facultad.

El DNU 1.067/2007 establece: “Que, asimismo, corresponde hacer una excepción a lo dispuesto por el artículo 62 de la ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2005) y sus modificatorias.

Que la situación en la que se dicta el presente, configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa ha tomado la intervención que le corresponde.

Que el Poder Ejecutivo nacional es competente para el dictado del presente decreto en virtud de lo establecido en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional”.

De los fundamentos expuestos por el DNU bajo análisis no se desprenden circunstancias excepcionales que ameriten el dictado del presente remedio de utilización restringida. Cabe recordar que el Poder Constituyente al expresar que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...” (artículo 99 inciso 3 CN) estableció, como principio general, la prohibición al órgano Ejecutivo de legislar, y sólo permitió emitir tales normas bajo determinadas condiciones, que no se dan en el DNU bajo análisis.

Por otro lado, del propio carácter excepcional del decreto surge que, el análisis su utilización debe realizarse con un carácter restrictivo, toda vez que una interpretación amplia lesionaría el principio de división de poderes.

En mismo sentido, que hemos expuesto anteriormente ante esta Comisión, entendemos que el dictado de disposiciones legislativas por el Ejecutivo responde a una situación de excepcionalidad, que no se configura en este decreto, y es este el fundamento principal por el cual adoptamos una postura tan restrictiva.

Murillas<sup>11</sup> afirma, “es claro que aquel Ejecutivo que gobierna mediante decretos de necesidad y urgencia, lo hace en la inteligencia de no querer o poder consensuar con los distintos bloques y representantes parlamentarios, aun los del propio partido, resultándole más sencilla la faena cuando sin oposición alguna decide la suerte de sus conciudadanos. No puede concebirse la idea de que si el Congreso esta en sesiones, la imposibilidad de lograr mayorías o las voluntades necesarias para la sanción de ciertas leyes sea equiparable a las “circunstancias excepcionales” a que refiere el artículo 99 inciso 3 de la C.N.”.

Como fundamento de la medida se deben descartar los criterios de mera conveniencia, ajenos a circunstancias de extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

Hasta 1994, la Corte entendía que los DNU venían a paliar la crisis social y el Congreso quedaba con una situación de mayor pasividad. Tanto “Porcelli” como “Peralta” hacen referencia al papel del Congreso y lo meritúan a los efectos del análisis de la validez del DNU –conocimiento de la medida reflejado a la toma de posteriores decisiones legislativas que la suponen, falta de rechazo expreso o por la adopción de alguna ley contradictoria–.

Sin embargo, con la reglamentación y reconocimiento expreso a partir de la reforma de 1994, el constituyente impone la obligación de un pronunciamiento expreso, y con plazos brevísimos para ello.”

Para algunos autores españoles<sup>12</sup>, según el caso, debe distinguirse si el rechazo por el Congreso se produce por desacuerdo con el contenido, lo que es perfectamente válido, o si se produce porque el decreto no se ajustó a las exigencias que la Constitución contempla para su validez, o si transgredió los límites que dicha normativa reconoce.

En esta materia debe adoptarse un criterio restrictivo para no desnaturalizar estos reglamentos y evitar de ese modo que la asunción extraordinaria de estas facultades termine convirtiéndose en una usurpación de las competencias de otro poder.

Finalmente diremos que la ausencia de fundamentación impide el control de constitucionalidad que cabe ejercer también al Poder Judicial, tal como lo expusiera en el seno de la Convención

Constituyente el convencional Ortíz Pellegrini<sup>13</sup>: “Concluyo diciendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá ejercer el control jurisdiccional en los requisitos sustantivos que mencioné recién; en el procedimiento, valga la tautología, de la etapa procedimental para ver si se han cumplido todos los requisitos. Si falta alguno, la pena será la nulidad”.

### 3. Conclusión

Debemos reflexionar políticamente sobre el dictado de esta norma de excepción.

El Poder Ejecutivo nacional ha sancionado decretos de necesidad y urgencia en lugar de recurrir al trámite ordinario de las leyes. Como es de público y notorio conocimiento, el Congreso se encontraba en funciones y no ocurría ningún acontecimiento excepcional alguno para justificar la adopción de esta medida

Esta decisión hubiera requerido la sanción de una ley en sentido formal y material porque, tal como lo establece el artículo 62 de la ley 11.672, se prohíbe que los aumentos de sueldos tengan efecto retroactivo, y sólo autoriza a que rijan a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha en que hubieran sido dispuestos.

La conclusión es que el Poder Ejecutivo no dictó el decreto de necesidad y urgencia apremiado por circunstancias excepcionales que justificaran la medida, sino por razones de conveniencia para resolver de manera más rápida la cuestión.

Debemos una vez más observar que, por la materia que se trata es decir un aumento salarial, el Pre-

<sup>13</sup> “En esta etapa legislativa el diseño constitucional nos coloca en el marco del Poder Legislativo que, de acuerdo con el artículo 71 bis, tiene obligación de expresarse. En todos los casos ha sido prohibida la sanción ficta o tácita. La primera es el silencio, y la otra, la expresión por otros medios. Esto reviste una enorme trascendencia para el derecho constitucional argentino. No podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto [...] De modo que existe una etapa ejecutiva, en donde se decide el dictado del decreto de necesidad y urgencia y tiene ejecutoriedad. Existe una etapa legislativa porque el Congreso debe necesariamente, aprobarlo o revocarlo. Si falta la segunda etapa que quede claro que el decreto será nulo de nulidad absoluta. Concluyo diciendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá ejercer el control jurisdiccional en los requisitos sustantivos que mencioné recién; en el procedimiento, valga la tautología, de la etapa procedimental para ver si se han cumplido todos los requisitos. Si falta alguno, la pena será la nulidad”. Convención Nacional Constituyente; Diario de sesiones; Imprenta del Congreso de la Nación; Bs. As.; 1994; sesión del 28 de julio de 1994; p. 2452.

<sup>11</sup> Murillas, Rodolfo J.; *Comisión Bicameral Permanente ¿Prescindible o imprescindible?. El artículo 99 inciso 3, párrafo 4 Constitución Nacional*, “La Ley”, Sup. Act. 9/12/2004, p.4.

<sup>12</sup> Santaolalla Marchetti cit. por Pérez Hualde, Alejandro; *Decretos de necesidad y urgencia...* ob. cit, p. 209.

sidente de la Nación podría haber recurrido al ejercicio de facultades delegadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 76 de la Constitución Nacional.

En menester recordar que las justificaciones de un decreto de necesidad y urgencia son imprescindibles para el posterior análisis de constitucionalidad que debe realizarse sobre el mismo.

Al respecto Midón<sup>14</sup> señala que “motivar es dar razones, precisar las causas que inspiran un acto. La motivación es condición sine qua non, primero, para la legalidad y, luego, para la legitimidad de los actos de gobierno, pues solo el conocimiento fehaciente de los móviles que fundan una determinación permiten realizar los principios republicanos de publicidad y responsabilidad.”

En tal sentido el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Carlos Fayt, estableció en el Fallo “San Luis”, en el considerando 36º de su voto “que el derecho de “emergencia” no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda.”

Por ello resulta de suma importancia tener en cuenta que se esta haciendo uso de una atribución excepcional por lo cual ha de realizarse sobre dichos decretos un control restrictivo de dicha facultad, para que no se configure un abuso de la potestad legislativa.

Por otro lado, cabe destacar las palabras del actual Presidente de la Corte Suprema de la Nación al decir que: “... Las legislaciones de excepción tienen un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla y los remedios normales han sido sustituido por la anormalidad de los remedios. Esta fundamentación de la regla de derecho debilita el compromiso de los individuos con las leyes ..., ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos y restringe e funcionamiento económico.

Que el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo concluyente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad.

Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismo de compromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a si mismo contra previsible tendencia humana precipitadas...”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Midón, Mario A. R.; *Decretos de necesidad y urgencia...* ob. cit., p. 118.

<sup>15</sup> M. 2771. XLI. - Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional – dto 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986 – CSJN 27/12/2006 (Ampliación de fundamentos del señor Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

Esta Comisión Bicameral no puede convalidar esta anomalía.

La convalidación por esta Comisión del decreto sometido a examen importa convalidar un avasallamiento a las facultades que el constituyente otorgó al Poder Legislativo.

Recordemos que nos encontramos frente a un acto complejo que requiere de la voluntad de dos órganos: el Poder Ejecutivo que lo dicta y el Poder Legislativo que tiene a su cargo el examen y control del decreto. A este último, como órgano de contralor, le compete pronunciarse sobre la concurrencia de los extremos que habilitan el ejercicio de esta facultad excepcional del Poder Ejecutivo: mérito, oportunidad y conveniencia de su contenido, y es quien ratificará o no la normativa dictada.

Bidart Campos<sup>16</sup> establecía que “de estar el Congreso en funciones y presentarse una situación súbita que demande la sanción de una ley, el parlamento tendrá que reunirse y actuar en consecuencia. De estar en receso deberá ser convocado por el Poder Ejecutivo a extraordinarias, tal como la Constitución argentina lo prevé” Ninguna de estas circunstancias se presentaban al momento del dictado del decreto sometido a consideración.

Para repeler una situación de peligro como la que crea todo estado de necesidad, hay generalmente una vasta gama de alternativas. Al momento de elegir la que se juzga apropiada ella debe ser lo suficientemente idónea para conseguir el fin buscado y a la vez adecuadamente racional para repeler los daños con que amenaza la emergencia.<sup>17</sup>

La situación excepcional invocada para el dictado de los DNU no es un presupuesto habilitante a los fines indicados en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

El Congreso de la Nación debe rechazar este decreto.

Para Loewenstein la separación de poderes se traduce como la necesidad de distribución y control recíproco del poder político, adjudicando las funciones que al Estado competen en distintos órganos; por lo cual, modernamente, sólo cabe hablar de separación de funciones.<sup>18</sup>

El mismo autor cita una frase de Thomas Jefferson para quien: “El despotismo electivo no fue el gobierno por el que nosotros luchamos; nosotros luchamos por un gobierno que no estuviese fundado sólo en los principios de la libertad, sino

<sup>16</sup> Bidart Campos, Germán J.; *Tratado fundamental de derecho constitucional argentino*. T. II. Ediar. Buenos Aires, 1989, p. 85.

<sup>17</sup> Midón Mario A. R.; *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*. Ed. “La Ley”, Buenos Aires, 2001, p. 49.

<sup>18</sup> Loewenstein, Karl; *Teoría de la Constitución...* ob. cit., págs. 55 y 131.

por uno en el que los poderes gubernamentales estuviesen de tal manera divididos y equilibrados entre las diferentes autoridades, que ningún poder pudiese traspasar sus límites legales sin ser eficazmente controlado y restringido por los otros.”

La Corte Suprema de Justicia en un antiguo fallo<sup>19</sup> sostuvo: “siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno”.

Por ello, toda vez que el decreto de necesidad y urgencia sometido a examen no cumple los requisitos sustanciales exigidos por la norma de aplicación, a fin de ejercer un debido control de constitucionalidad, es que ésta Comisión Bicameral Permanente no puede convalidar el dictado del mismo, y en consecuencia, se propone su rechazo.

*Oscar R. Aguad. – Luis P. Naidenoff. – Ernesto R. Sanz.*

### III

#### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el decreto de necesidad y urgencia número 1.067, del 7 de agosto de 2007, (BO 9/8/07); y por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, se aconseja su rechazo.

Sala de la comisión, 7 de noviembre de 2007.

*Pablo G. Tonelli.*

#### INFORME

*Honorable Cámara:*

Tengo el agrado de dirigirme a V.H. a fin de someter a su consideración el presente dictamen respecto del decreto de necesidad y urgencia n° 1067, del 7 de agosto de 2007 (BO 09/08/07), por el que se establece el “Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica”. Al mismo tiempo se enumeran los requisitos, exigencias, niveles y montos para la percepción del mencionado suplemento. La vigencia del suplemento al que hace referencia el artículo 1° será retroactiva al 1° de junio de 2007.

El titular del Poder Ejecutivo dictó el decreto bajo análisis en uso de la atribución que le confiere el

artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional (como se expresó en los considerandos del decreto); por lo que no cabe duda de que se trata de un decreto de necesidad y urgencia que, como tal, debe ser objeto de consideración y dictamen por parte de esta comisión (arts. 2°, 10, 19 y concordantes, ley 26.122).

#### 1. Criterio rector

Para el análisis del decreto en cuestión es necesario partir del principio establecido en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, según el cual “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (segundo párrafo).

El principio es consecuencia, claro está, de la división de poderes que es inherente al carácter de república que la Constitución le asignó a nuestra nación y a la existencia de un Congreso encargado de legislar (artículos 1°, 44 y concordantes). Teoría o doctrina la de división de poderes, que es la “más conforme a la naturaleza de las cosas”, la “más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno”, y “la mejor manera de defender y garantizar contra las tentativas de la tiranía los derechos y libertades de los hombres” a juicio de Joaquín V. González *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 310, 26ª ed., Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1971). E indispensable a juicio de la Corte Suprema de Justicia, que muy poco después de instalada expresó que “si la división de poderes no está plenamente asegurada, la forma republicana de gobierno es una ficción” (caso “Ramón Ríos y otros”, 1863, Fallos 1-32).

Pero el principio de que el presidente no puede legislar admite, sin embargo, una excepción prevista en el siguiente párrafo del mismo artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional. Se prevé en esa norma, en efecto, que “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá (el Poder Ejecutivo) dictar decretos de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

De manera tal que tenemos un principio rector de acuerdo con el cual al Poder Ejecutivo le está vedado emitir disposiciones de carácter legislativo, y una excepción en caso de circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir el trámite ordinario de las leyes. En consecuencia, fluye del texto constitucional que corresponde aplicar un criterio restrictivo cuando se trata de juzgar la validez de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo (CSJ, Fallos 322-1726, consid. 7°; en igual

<sup>19</sup> CSJN. “Fallos”, 1:32. “Criminal c/ Ríos Ramón y otros”, sentencia de 1963.

sentido: Gregorio Badeni, Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, pág. 1259, ed. La Ley, Avellana, 2004).

No hay que perder de vista, además, que se trata del ejercicio, por parte del Poder Ejecutivo, de una atribución que no le es propia sino que, muy por el contrario, es privativa de otro poder. Por lo tanto, si el criterio no fuera restrictivo se correría el riesgo de alterar y afectar gravemente el equilibrio de los poderes, confiriendo atribuciones exorbitantes al presidente de la Nación y poniendo en riesgo las libertades individuales.

## 2. Circunstancias justificantes

Como quedó dicho antes, para que la excepcional atribución del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones con contenido legislativo pueda ser legítimamente ejercida es necesario que existan "circunstancias excepcionales" que requieran pronto remedio y que sea "imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes".

De acuerdo con la previsión constitucional será por lo tanto necesario, en cada oportunidad en que esta comisión deba pronunciarse, determinar si han existido las circunstancias excepcionales y la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes que justificarían y darían sustento al decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

Uno de los casos en los que la Corte Suprema de Justicia analizó con más cuidado esta espinosa cuestión de hecho, fue el caso "Peralta" (27/12/1990, Fallos 313-1.513), aunque la decisión es anterior a la reforma constitucional de 1994. En esa sentencia, el alto tribunal exigió, para justificar la procedencia de un decreto de necesidad y urgencia, la existencia de una situación de grave riesgo social (consid. 24°), que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado (consid. 26°), y tuvo en cuenta el descalabro económico generalizado y la necesidad de asegurar la continuidad y vigencia de la unión nacional (consids. 33° a 35°). Es decir que, a criterio del Tribunal, sólo una situación de muy extrema gravedad justificaría la emisión de un decreto de necesidad y urgencia.

Luego de sancionada la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema reiteró el mismo criterio en la sentencia dictada en el caso "Video Club Dreams" (6/6/1995, fallos 318-1.154). El Tribunal, en efecto, anuló dos decretos de necesidad y urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo porque, entre otras razones, "los motivos que impulsaron el dictado de los decretos no se exhiben como respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas como las que aquí se tratan" (consid. 15°).

La Corte pareció flexibilizar grandemente su criterio al resolver el caso "Rodríguez" (17/12/1997, Fallos 320-2.851), en el cual no analizó la existencia de

circunstancias justificantes pero tácitamente aceptó la explicación del jefe de gabinete, quien alegó como circunstancia excepcional "los graves defectos que afectan a nuestro sistema aeroportuario".

Pero poco tiempo después, al resolver el caso "Verrochi" (19/8/1999), el tribunal volvió sobre sus pasos y se mostró dispuesto a examinar si el Poder Ejecutivo había actuado para remediar una situación de hecho constitutiva de un estado de emergencia, es decir si estaba fácticamente justificada la emisión de un decreto de necesidad y urgencia. Y con toda claridad dijo la Corte en ese caso que "para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes" (Fallos 322-1.726, consid. 9°).

Para que no quedaran dudas, agregó el tribunal que al analizar "el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia" corresponde "descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto" (consid. 9°, segundo párrafo).

El criterio fue reiterado al menos en tres casos posteriores. En "Risolia de Ocampo" expresó la Corte Suprema que "el fundamento de los decretos de necesidad y urgencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto"; con el agregado de que "uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el sub-lite es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos" (2/8/2000, Fallos 323-1934).

Luego, en "Cooperativa de Trabajo Fast Limitada", la Corte requirió, para justificar la imposibilidad de seguir el trámite ordinario de las leyes, "que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan" (1/11/2003, Fallos 326-3180). Y en "Leguizamón Rome-

ro”, del 7 de diciembre de 2004 (Fallos 327-5559), la Corte reiteró que para que sea procedente la emisión de un decreto de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo es necesario que exista un “grave trastorno que amenace la existencia, seguridad o el orden público o económico”.

Esta doctrina es la actualmente vigente y contiene las premisas bajo las cuales debe realizarse el análisis de los decretos de necesidad y urgencia requerido por el artículo 99, inciso 3º, cuarto párrafo, de la Constitución Nacional, y por los artículos 2, 10, 19 y concordantes de la ley 26.122.

### 3. Primera conclusión

Lo hasta aquí expuesto permite sintetizar una primera conclusión acerca de en qué situaciones o bajo qué circunstancias de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia el presidente de la Nación puede dictar decretos de necesidad y urgencia.

Las “circunstancias excepcionales” contempladas en el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional se configuran ante una “situación de grave riesgo social”, que “ponga en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado”, o ante un “descalabro económico generalizado” y frente a la necesidad de “asegurar la continuidad y vigencia de la unión nacional”. Pero también es necesario que “las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor” y que se trate de “proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos”.

Por lo tanto, en cada caso en que deba determinarse si un decreto de necesidad y urgencia ha sido emitido de conformidad con la previsión constitucional, o no, será necesario verificar la existencia de los referidos supuestos de hecho. Y siempre aplicando un criterio de interpretación restrictivo, dado el carácter excepcional de esta atribución del presidente de la Nación.

### 4. El decreto 1.067/07

El decreto bajo análisis de esta comisión bicameral se dictó, como ya se ha dicho, con el propósito de establecer el “Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica”, y que con mayor detalle se expone en el acápite 1 del presente informe, al cual me remito en beneficio de la brevedad.

Lo primero que debe señalarse es que, aparentemente, el jefe de Gabinete se ha limitado a enviar al Congreso sólo el texto del decreto, sin haber adjuntado todos los antecedentes del caso, como hubiera correspondido. Digo aparentemente porque no he recibido otro antecedente más que el mencionado, pero no puedo descartar que ellos hayan ingresado junto con el mensaje del jefe de Gabinete.

A lo cual debe agregarse que la vigencia del referido suplemento tendrá efecto retroactivo al 1º de junio de 2007, tal como se desprende de la lectura

del articulado del citado decreto. Sin embargo, tanto el 1º de junio como al momento de dictado el decreto en cuestión el Congreso se encontraba en pleno período de sesiones ordinarias (artículo 63 de la Constitución Nacional).

A partir de este dato es muy difícil encontrar una causa súbita, urgente, imprevista e impostergable que justifique la emisión de un decreto de necesidad y urgencia.

En este punto recuerdo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema, para que proceda la emisión de un decreto de necesidad y urgencia es preciso que “sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal” (“Verrochi”, Fallos 322-1.726, ya citado).

Sin embargo, en el caso bajo análisis, el presidente tampoco ha intentado dar una explicación satisfactoria acerca de por qué, durante ese lapso de tiempo suficiente para un tratamiento legislativo de los aumentos salariales, fue imposible seguir el trámite previsto en la Constitución para la sanción de las leyes.

Sólo ha expresado esa imposibilidad como una petición de principio, sin fundamento alguno. Este vicio quita toda legitimidad a las medidas bajo examen, porque, tal como se lo ha reconocido en el derecho español fuente de nuestro derecho en este punto “la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción” en el dictado de decretos de necesidad y urgencia impide “todo contraste con la realidad” y hace “prácticamente imposible el control constitucional” (Superior Tribunal Constitucional de España, en pleno, sentencia del 28/3/2007, sobre el RDL 5/2002).

Por otro lado, resulta claro que el decreto no se dictó en protección de los “intereses generales de toda la sociedad”, sino, bien por el contrario, para beneficiar a “determinados individuos”, en este caso un grupo determinado de integrantes de las fuerzas de seguridad de la administración pública nacional, lo que va en contra de la comentada doctrina de la Corte Suprema.

En consecuencia, esta misma decisión hubiera debido ser adoptada mediante una ley en sentido formal y material dado que el decreto en cuestión dispuso que la vigencia tuviera carácter retroactivo, extremo expresamente prohibido por el artículo 62 de la ley 11.672, complementaria permanente del presupuesto (t.o. decreto 1.110/05). De manera tal que sólo una ley de igual jerarquía podía sortear la prohibición (artículo 31 de la Constitución Nacional).

### 5. Conclusión

La conclusión, luego del precedente análisis, es que el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesi-

dad y urgencia sometido a consideración sin que estuvieran reunidas las condiciones sustanciales para ello y que, muy por el contrario, lo hizo por razones de mera conveniencia, que es lo que no debe hacer (CSJ, fallos 322-1726, consid 9°).

Sí se encuentran cumplidos, en cambio, los recaudos formales previstos en la Constitución Nacional, por cuanto el decreto ha sido dictado en acuerdo general de ministros, ha sido firmado por el jefe de Gabinete de Ministros y este mismo funcionario lo ha remitido al Congreso (aunque la compulsión de las copias recibidas no permite apreciar si lo ha hecho dentro del plazo de diez días de dictado el decreto). Además, la materia no es de las expresamente vedadas en el artículo 99, inciso 3, párrafo tercero, de la Constitución Nacional. Pero el cumplimiento de estos recaudos formales es insuficiente para dotar de validez al decreto bajo análisis, dada la falta de cumplimiento de los recaudos sustanciales.

Por la materia que trata el decreto, el presidente podría haber recurrido al ejercicio de facultades delegadas (artículo 76 de la Constitución Nacional). En efecto, al momento de dictado de la norma sub examine se encontraba vigente un bloque normativo que facultaba al presidente a tomar las decisiones que en este dictamen se analizan, como por ejemplo, el artículo 2°, inciso f), de la ley 26.135 y los artículos 8°, 9°, 10 y 11 de la ley de presupuesto 26.198, que autorizaban al jefe de Gabinete de Ministros a disponer las reestructuraciones y modificaciones presupuestarias que considerara necesarias.

Es necesario, entonces, subrayar que el hecho de que el presidente de la Nación hubiera podido resolver mediante otra forma normativa lo mismo que resolvió mediante el decreto de necesidad y urgencia bajo análisis, no autoriza a concluir que estos frente a un legítimo ejercicio de la atribución contemplada en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Todo lo contrario; tal como lo ha resuelto la Corte Suprema “no es procedente que frente a una delegación (...) el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él” (CSJ, fallos 326-417, consid. 30). Porque una vez producida la delegación, el presidente ya no tiene obstáculos para actuar. En lo sucesivo, no puede alegar que no es posible esperar a que se complete el trámite ordinario de sanción de las leyes, ya que el hecho de la delegación resulta en sí mismo “suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el artículo 99, inciso 3” (CSJ, fallo citado).

A lo cual se suma, en primer lugar, que ninguna norma constitucional autoriza a suponer que el fin puede justificar los medios (artículo 28 de la Constitución Nacional) y, sobre todo, cuando está en juego el principio de división de poderes (artículos 1°,

44 y concordantes de la Constitución Nacional). En segundo lugar, que las autoridades de la Nación no pueden escoger a su libre arbitrio la forma del acto jurídico mediante el cual expresar su voluntad o adoptar una decisión (arg. artículos 973, 976, 977 y concordantes del Código Civil). Y en tercer lugar, que en el caso específico de la delegación legislativa, utilizar otra vía normativa podría erigirse como un mecanismo espurio para burlar las bases o política legislativa que el Congreso fija en toda norma de delegación (conf. artículo 76 de la Constitución Nacional), y eludir así el necesario control a cargo del propio Poder Legislativo o el Poder Judicial.

La Constitución Nacional ha establecido determinadas formas y formalidades para que las decisiones del presidente sean válidas y tengan fuerza obligatoria. Deben constituir el ejercicio de una atribución o competencia propia del jefe de la Nación (artículo 99) y requieren del refrendo y legalización de los ministros y el jefe de Gabinete (artículo 100). La falta de los requisitos prescriptos por la Constitución priva de validez y eficacia a los actos del presidente (artículo 100, citado). Es decir, que las formas deben ser respetadas y no es posible recurrir indistintamente a cualquiera de los diferentes tipos de decreto que el titular del Poder Ejecutivo puede emitir. Más aún, las formas y procedimientos empleados para la sanción y para la puesta en vigencia de las normas legales son “de la mayor importancia” por cuanto expresan “el consentimiento de los diversos órganos” de gobierno; así la falta de “cualquiera de esas formas esenciales” hace que la norma “no sea tal o sea nula” (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, n° 489, 26ª ed., Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1971).

Por último basta pensar, aunque sea por un instante, en el desconcierto jurídico y político que se produciría si se prescindiera de las formas y se aceptara cualquier medio o instrumento como genuina expresión de voluntad de las autoridades, para desechar de inmediato semejante absurdo.

Por todas las razones expuestas, se aconseja el rechazo del decreto de necesidad y urgencia número 1.067/07, bajo análisis.

*Pablo G. Tonelli.*

## ANTECEDENTE

1

### Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 7 de agosto de 2007.

*A la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.*

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión en virtud de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3

y 100, inciso 13 de la Constitución Nacional y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 1.067 del 7 de agosto de 2007, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 327

NÉSTOR C. KIRCHNER.

*Alberto A. Fernández. – Nilda Garré.*

Buenos Aires, 7 agosto de 2007.

VISTO el expediente 5.664.683 (F.A.A.) y lo informado por el señor jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, lo propuesto por la señora ministra de Defensa, y

CONSIDERANDO

Que por decreto 239 del 15 de marzo de 2007 el Poder Ejecutivo nacional dispuso la creación de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) la que ejercerá las atribuciones y competencias que regulan la aviación civil en la República Argentina, actualmente competencia del Comando de Regiones Aéreas dependiente de la Fuerza Aérea Argentina.

Que el personal de los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS), Información Aeronáutica (AIS), Comunicaciones Aeronáuticas (COM), Búsqueda y Salvamento Aeronáutico (SAR); Extinción de Incendios en Aeródromos (SEI), personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, suministran un servicio público esencial para la actividad aérea.

Que dicho servicio demanda del personal una dedicación exclusiva, debido a su trascendencia en la seguridad y eficiencia en el control de las operaciones aeronáuticas.

Que el personal mencionado necesita perfeccionamiento y actualización constantes para dar una respuesta adecuada a los nuevos requerimientos derivados de la evolución permanente de la actividad aérea y de las crecientes exigencias de seguridad, regularidad y eficiencia de la aviación conforme a las normas y métodos recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

Que el normal desarrollo de las operaciones aéreas exige máxima especialización y una absoluta concentración en la tarea, debido a la complejidad de la misma.

Que para lograr la aplicación plena y efectiva de todos los factores humanos en la optimización de las operaciones aéreas, la conciencia situacional en el personal es un elemento determinante.

Que la mayor exigencia, dedicación y responsabilidad en el cumplimiento de las tareas laborales diarias debe ser compensada con remuneraciones

acordes a la importancia y trascendencia pública de las mismas.

Que el inciso 4 del artículo 57 de la ley 19.101 para el personal militar, faculta al Poder Ejecutivo nacional a establecer suplementos particulares en razón de las exigencias a que se ve sometido el personal como consecuencia de la evolución técnica de los medios que equipan a las Fuerzas Armadas, o por otros conceptos.

Que la Comisión Técnica Asesora de Política Salarial del Sector Público ha emitido el correspondiente dictamen.

Que, asimismo, corresponde hacer una excepción a lo dispuesto por el artículo 62 de la ley 11.672 complementaria permanente de presupuesto (t.o. 2005) y sus modificatorias.

Que la situación en la que se dicta el presente configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa ha tomado la intervención que le corresponde.

Que el Poder Ejecutivo nacional es competente para el dictado del presente decreto en virtud de lo establecido en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional.

Por ello,

*El presidente de la Nación Argentina, en acuerdo general de ministros*

DECRETA:

Artículo 1º – Incorpórase como apartado *f*) del inciso 4 “Otros suplementos particulares” del artículo 2.405 del capítulo IV “Haberes” del título II “Personal militar en actividad” de la reglamentación de la ley 19.101 para el personal militar, aprobada por decreto 1.081 de fecha 31 de diciembre de 1973, y sus modificatorios, lo siguiente:

“*f*) Suplemento por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica”.

1. Lo percibirá el personal militar que desarrolle funciones en los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS), Información Aeronáutica (AIS), Comunicaciones Aeronáuticas (COM), Búsqueda y Salvamento Aeronáutico (SAR); Extinción de Incendios en Aeródromos (SEI), personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, en las condiciones y cumpliendo los requisitos establecidos en el anexo 20 Requisitos, Exigencias, Niveles y Montos para la percepción del “Suplemento por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de la autoridad aeronáutica”, que forma parte del presente artículo.

2. Los señores jefes de los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas quedan facultados para aplicar en sus respectivas jurisdicciones el dictado de normas complementarias, aclaratorias y el dimensionamiento de los planteles de personal para el cumplimiento de la presente medida.

Art. 2° – La reglamentación que se aprueba tiene carácter de única y será de aplicación común para las tres (3) Fuerzas Armadas.

Art. 3° – Los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas, procederán a incorporar textualmente la reglamentación que se aprueba por el presente decreto al inciso 4 “Otros Suplementos Particulares” del artículo 2.405 de la Reglamentación del capítulo IV “Haberes” del título II “Personal Militar en Actividad” de la ley 19.101 para el personal militar, aprobada por decreto 1.081/73 y sus modificatorios.

Art. 4° – La vigencia del suplemento al que hace referencia el artículo 1°, será a partir del 1° de junio de 2007.

Art. 5° – El gasto que demande el cumplimiento de lo dispuesto por el presente decreto será atendido con los créditos correspondientes a las jurisdicciones respectivas del Presupuesto General de la Administración Nacional.

Art. 6° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 7° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 1.067

NÉSTOR C. KIRCHNER

*Alberto A. Fernández. – Anibal D. Fernández. – Nilda Garré. – Alicia Kirchner. – Alberto J. Bautista Iribarne. – Carlos A. Tomada. – Miguel G. Peirano. – Ginés M.*

*González García. – Jorge E. Taiana. – Daniel F. Filmus. – Julio M. De Vido.*

Anexo 20

REQUISITOS, EXIGENCIAS, NIVELES  
Y MONTOS PARA LA PERCEPCION  
DEL SUPLEMENTO POR APOYO  
A LA SEGURIDAD OPERACIONAL  
PARA EL PERSONAL CON FUNCIONES  
EN ORGANISMOS DE LA AUTORIDAD  
AERONAUTICA

1. Percibirá el suplemento el personal militar, que desempeñe funciones en los servicios de tránsito Aéreo (ATS), información aeronáutica (AIS), comunicaciones aeronáuticas (COM), búsqueda y salvamento aeronáutico (SAR); extinción de incendios en aeródromos (SEI), personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, mientras cumpla los requisitos y exigencias particulares determinadas por los señores jefes de los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas.

2. Para la liquidación del presente suplemento se aplicarán los montos fijos determinados en este anexo.

3. En caso de acumulación de las funciones expresadas en el párrafo 1, del presente anexo, se percibirá un (1) solo suplemento, que corresponderá al de mayor nivel.

4. Los señores jefes de los Estados Mayores Generales de cada fuerza, dentro del ámbito de su competencia determinarán que ATS / AIS / COM / SAR y SEI, se encuentran comprendidos en cada uno de los niveles determinados en la siguiente tabla, la cual indica asimismo las sumas fijas en pesos a percibir en cada uno en forma mensual.

	ATS	AIS	COM	SAR	SEI	Órganos Rectores y Dependencias
NIVEL 1	\$1.850	-	-	-	-	-
NIVEL 2	\$1.550	\$850	-	-	-	-
NIVEL 3	\$1.250	\$800	-	-	-	-
NIVEL 4	\$1.000	\$750	-	-	-	-
NIVEL 5	\$700	\$700	-	-	-	-
NIVEL 6	-	-	\$600	\$600	\$600	\$600

REFERENCIAS:

(ATS): Servicio de Tránsito Aéreo.

(ARO/AIS): Servicio de Información Aeronáutica.

(COM): Servicio de Comunicaciones Aeronáuticas.

(SAR): Servicio de Búsqueda y Salvamento Aeronáutico.

(SEI): Servicio de Extinción de Incendios en Aeródromos.

5. Los señores jefes de los Estados Mayores Generales de cada Fuerza Armada, dentro del ámbito de su competencia regularán los requisitos que deberá reunir mensualmente el personal involucrado para percibir el suplemento.