

SESIONES ORDINARIAS
2009
ORDEN DEL DIA N° 2161

**COMISION BICAMERAL PERMANENTE DE
TRAMITE LEGISLATIVO – LEY 26.122**

Impreso el día 3 de noviembre de 2009

Término del artículo 113: 12 de noviembre de 2009

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 1.458 de fecha 8 de octubre de 2009. (5.315-D.-2009.)

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

I

Dictamen de mayoría

Honorable Cámara:

La Comisión Bicameral Permanente 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 1.458 de fecha 8 de octubre de 2009 referido a la modificación de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) mediante el cual se sustituye la denominación del Ministerio de Industria por Ministerio de Industria y Turismo.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto, 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:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto 1.458 de fecha 8 de octubre de 2009.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 27 de octubre de 2009.

María C. Perceval. – Diana B. Conti. – Miguel A. Pichetto. – Nicolás A. Fernández. – Silvia E. Gallego. – Agustín O. Rossi. – Luis F. J. Cigogna. – Jorge A. Landau.

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 fuera 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.

La reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los Constituyentes de 1853/60 se planteaba.¹

¹ Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos sean 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.

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”.²

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 tipificados 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:

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.

² Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, La Ley, 2004-A, 1144.

”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 (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

En este sentido, a propuesta de los respectivos bloques de las Cámaras, los presidentes de la Honorable Cámara de Senadores y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación han emitido los instrumentos legales correspondientes, designando a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

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; 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”.³

Es de vital importancia esta definición, ya que serán 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 aun 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.

³ Pérez Hualde, Alejandro. *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

En este sentido, este 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”.⁴

Conforme la postura desarrollada por Germán Bidart Campos, 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.⁵

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”,⁶ 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 decretos por parte del órgano administrador para su procedencia.

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran:

“... una situación de grave riesgo social que pusiese 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, fundado en dos razones funda-

⁴ Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

⁵ Bidart Campos, Germán. *Los decretos de necesidad y urgencia*. Columna de opinión, *La Ley*, 27/2/01.

⁶ *La Ley*, 1991-C:158.

tentales: 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 a los arbitrados (considerando 24).

La Corte ha caracterizado al supuesto fáctico habilitante para el dictado de un decreto de necesidad 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 Nacional⁷ controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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”,⁸ la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quien posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

⁷ Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁸ *La Ley*, 1997-E:884.

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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 jurisdicción 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 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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”⁹ cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) N° 770/96 y 771/96 emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos.

En el caso precitado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida, al abocarse 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.

⁹ “Verrocchi, Ezio D. C/Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/08/19. *Fallos*, 322:1726, *La Ley*, 1999-E, 590.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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°).

En 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 Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 inconstitucional 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”,¹⁰ 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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”,¹¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 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 importa 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” (*Fallos*, 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 *Fallos*, 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

¹⁰ “Risolia de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César s/ ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

¹¹ “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo s/ empleo público”, CS, *Fallos*, 323:1566.

la razón misma de la medida – ha asumido esa intervención legitimadora, 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 9º).

En este mismo orden de ideas, el citado ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 a 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”.¹²

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.

Conforme 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 a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico.

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 la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes, los primeros se clasifican según

¹² Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, La Ley, 2004-A, 1144.

la doctrina en ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.¹³

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 Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.¹⁴

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,¹⁵ 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, también se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.¹⁶

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, sustancial-

¹³ Clasificación desarrollada en Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, La Ley, 2004-A, 1144.

¹⁴ Definición señalada en Cassagne, Juan Carlos. Ob. cit.

¹⁵ Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

¹⁶ 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.

mente, que afectaban el principio de la división de los poderes.¹⁷

Conforme el 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”.¹⁸

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.

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.458 de fecha 8 de octubre de 2009, referido a la modificación de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) mediante

¹⁷ 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 artículo 86, inciso 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).

¹⁸ 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.

el cual se sustituye la denominación del Ministerio de Industria por Ministerio de Industria y Turismo.

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, 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 Ministros 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 1.458/09 en consideración ha sido decidido en Acuerdo General de Ministros y refrendado por la señora presidenta de la Nación, doctora Cristina Fernández de Kirchner, el señor jefe de Gabinete de Ministros, doctor Aníbal D. 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.¹⁹

¹⁹ 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

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 1.458/09.

En los considerandos del decreto objeto de análisis del presente dictamen, se deja constancia que mediante el decreto 1.365/09 –considerado por esta comisión en oportunidad de la reunión celebrada al efecto el día 15 de octubre del corriente año– se modificó la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92), sus modificatorias y complementarias, desdoblándose el entonces Ministerio de Producción en el Ministerio de Industria y en el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, determinando así los ministerios que asistirán al Poder Ejecutivo nacional para cumplir con las responsabilidades que le son propias, estableciendo, asimismo, sus competencias.

En tal sentido, en función de las competencias asignadas a las precitadas jurisdicciones ministeriales, por el decreto 1.366/09, se estableció la conformación organizativa de los niveles políticos dependientes de ambas carteras, hasta el nivel de subsecretaría.

En este orden de ideas, el Poder Ejecutivo nacional considera que habiéndose analizado la composición y cometidos del Ministerio de Industria, y considerando la trascendencia que el turismo implica para el progreso y el desarrollo de la economía nacional, resulta procedente modificar la denominación de dicha cartera a fin de reflejar más adecuadamente sus actuales competencias, pasando a denominarse Ministerio de Industria y Turismo.

Por lo expuesto, el artículo 1° del precitado decreto sustituye la denominación del Ministerio de Industria por la de Ministerio de Industria y Turismo, debiendo considerarse modificada tal denominación cada vez que se hace referencia a la cartera ministerial citada en primer término.

Las razones de necesidad y urgencia requeridas para habilitar la competencia del Poder Ejecutivo en materia legislativa han sido descriptas en los considerandos del precitado decreto, destacando que la necesidad de efectuar la reorganización proyectada configura 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.²⁰

En el mismo orden, esta comisión ha considerado el decreto del Poder Ejecutivo nacional 828 de fecha 6 de julio de 2006 por el cual se sustituye el artículo 16 de

que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia.

²⁰ 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) (L.L., 1990-D, 131).

la Ley de Ministerios (texto ordenado decreto 438/92), en la parte correspondiente a las atribuciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros y del Ministerio de Salud, en virtud de la transferencia de las competencias relativas a la implementación de la política ambiental, la preservación y protección de los recursos naturales y el desarrollo sustentable, del ex Ministerio de Salud y Ambiente a la Jefatura de Gabinete de Ministros; resolviendo su validez en el dictamen de mayoría correspondiente, en oportunidad de la reunión celebrada el 8 de noviembre de 2006.

Con posterioridad, el Honorable Congreso de la Nación declaró su validez mediante resolución sin número de fecha 11 de abril de 2007, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina N° 31.157 de fecha 17 de mayo de 2007.

En el mismo sentido, esta comisión ha considerado los decretos del Poder Ejecutivo nacional, referidos a la modificación de la Ley de Ministerios, texto ordenado por los decretos 438/92; 185, de fecha 24 de enero de 2002, mediante el cual se incluye en la Ley de Ministerios el Ministerio de la Producción; 355, de fecha 21 de febrero de 2002, mediante el cual se modifican las competencias de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de los demás ministerios; 473, de fecha 8 de marzo de 2002, mediante el cual se modifica la Ley de Ministerios, con relación a los Ministerios de Economía e Infraestructura y de la Producción; 1.210, de fecha 10 de julio de 2002, mediante el cual se sustituye el artículo 22 del título V de la Ley de Ministerios y sus modificatorias, a fin de sustituir la denominación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por la de Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; 37, de fecha 7 de enero de 2003, mediante el cual se modifica la Ley de Ministerios en la parte correspondiente a los Ministerios de la Producción y de Salud, con relación a la fiscalización sanitaria de alimentos; 1.283, de fecha 24 de mayo de 2003, mediante el cual se modifica el texto ordenado de la Ley de Ministerios aprobado por el decreto 355/02 sustituyendo la denominación del Ministerio de Economía por Ministerio de Economía y Producción y del Ministerio de la Producción por Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Asimismo, establece las competencias de los mencionados Ministerios; 141, de fecha 4 de junio de 2003, mediante el cual se sustituyen los artículos 9 (secretarías dependientes de la Presidencia de la Nación), 16 (competencias de la Jefatura de Gabinete de Ministros), 23 bis (competencias del Ministerio de Desarrollo Social) y 23 ter (competencias del Ministerio de Salud) de la Ley de Ministerios (texto ordenado decreto 438/92 sus modificatorios –1.283/03– y complementarios); 684, de fecha 1° de septiembre de 2003, mediante el cual se sustituyen los artículos 9 y 16 de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/1992), a fin de transferir las competencias relativas a la promoción y desarrollo en el país de la actividad deportiva en todas sus formas de la Secretaría de Turismo y Deporte de la Presidencia de la Nación

al ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros; 923, de fecha 21 de julio de 2004, mediante el cual se sustituye la denominación del Ministerio de Salud, por la de Ministerio de Salud y Ambiente; 1.066, de fecha 20 de agosto de 2004, mediante el cual se modifica la Ley de Ministerios (texto ordenado, decreto 438/92) a fin de transferir al Ministerio del Interior los cometidos concernientes a la seguridad interior del ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, reorganizando las competencias de dichas áreas; y 267, de fecha 4 de abril de 2005, mediante el cual se sustituye el artículo 18 de la Ley de Ministerios, en cuanto a las competencias del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, con el fin de asignarle las competencias relativas a la administración del dominio de nivel superior Argentina (AR) y sus servicios de registro, resolviendo su validez en el correspondiente dictamen de mayoría en oportunidad de la reunión celebrada el 28 de marzo de 2007.

De igual modo, se ha puesto a consideración de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.025 de fecha 25 de noviembre de 2008 referido a la modificación de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) mediante el cual se crea el Ministerio de Producción, resolviendo de igual forma su validez en oportunidad de la reunión celebrada el 23 de septiembre de 2008.

Por último, tal y como se ha expresado ut supra, se ha considerado el decreto 1.365 de fecha 1° de octubre de 2009, referido a la modificación de la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92) mediante el cual se crea el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca; asimismo, modifica el nombre del actual Ministerio de Producción, el que pasará a denominarse Ministerio de Industria, resolviendo su validez en oportunidad de la reunión de Comisión celebrada el 15 de octubre de 2009.

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 1.458/09, 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 1.458, de fecha 8 de octubre de 2009.

María C. Perceval.

II

Dictamen de minoría

RECHAZO

Honorable Cámara:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros 360 por medio del cual se comunica el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 1.458/2009, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 99 inciso 3 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 1.458/2009 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 nacional (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, 27 de octubre de 2009.

Luis C. Petcoff Naidenoff.

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 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”.

“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.”²¹

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 considerarán 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”.

²¹ Pérez Hualde, Alejandro. *Decretos de necesidad y urgencia: su ley especial. Derecho constitucional de la reforma de 1994 -II-*. Depalma, Buenos Aires, 1995; p 226 y ss.

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,²² 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.

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:

²² “La comisión se limita a elevar su despacho que –como señala Bidart Campos– no resulta vinculante para el Congreso”. Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI. *La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires. 1995, p. 444.

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 a esta comisión expedirse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99 inciso 3 Constitución Nacional y los artículos 2°, 10 y 19 de la ley 26.122.

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”.

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.

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 permisión 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.

Midón³ 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.

Habrán 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”.

2.2. Razones formales

El decreto de necesidad y urgencia, remitido por el jefe de Gabinete, que constituye el objeto de este análisis, establece lo siguiente:

DNU, número 1.458/2009, publicado en el Boletín Oficial del 13 de octubre de 2009, bajo el número 31.757, página 1, dictado por el Poder Ejecutivo nacional; a través del cual se sustituye la denominación del Ministerio de Industria por la de Ministerio de Industria y Turismo, debiendo considerarse modificada tal denominación cada vez que se hace referencia a la cartera ministerial (artículo 1°).

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 Constitución Nacional dice: “...serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

La Constitución no indica quórum requerido para esa reunión, pero dado el carácter excepcional de la medida el acuerdo general debe incluir a todos los ministros, quienes una vez debatido el asunto están obligados a firmar el decreto.

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 Constitución Nacional y la ley especial para su aceptación. A saber:

–Cuenta con el acuerdo general de ministros, la refrendada 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 insana, emitir disposiciones de carácter legislativo...”.

–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 “imperiosa necesidad”. Entendemos que se refiere a aquella caracterizada por un perfil fáctico (urgente necesidad) y por otra de carácter institucional (imposibilidad de recurrir a los trámites ordinarios para la sanción de las leyes).

“Pero 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.”⁴

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 hicieren 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.

Sometiendo a esta prueba (test) de constitucionalidad al DNU 1.458/2009 remitido a la comisión bicameral permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos por la norma reglamentaria.

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.

Es así, que el DNU 1.458/2009, dentro de las argumentaciones sobre la imposibilidad de seguir los trámites previstos por la Constitución, establece:

“(...) Que la imperiosa necesidad de efectuar la modificación proyectada configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (...)”.

De los argumentos planteados en el DNU se desprende que no existe un presupuesto habilitante para el dictado de esta norma de excepción, 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.

Estamos ante una argumentación dogmática (la imperiosa necesidad de efectuar la modificación), pues se enuncia una necesidad, pero no se funda en una urgencia (necesidad súbita).

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

En efecto, el abuso de la potestad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo constituye una de las mayores fuentes de distorsión del principio de separación de poderes.

El dictado de disposiciones legislativas responde a una situación de excepcionalidad, y es ese el fundamento principal por el cual adoptamos una postura tan restrictiva.

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.

3. Conclusión

Debemos reflexionar políticamente sobre el dictado de estas normas de excepción.

El Poder Ejecutivo nacional ha sancionado un decreto de necesidad y urgencia en lugar de recurrir al trámite ordinario de las leyes. El DNU en estudio intenta encontrar justificación aludiendo a que la imperiosa necesidad de efectuar la modificación proyectada configura una circunstancia excepcional que imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de leyes.

A nuestro entender, tal como lo expresábamos con anterioridad, el texto del decreto en cuestión no evidencia circunstancias excepcionales que configuren un presupuesto habilitante para el dictado de este tipo de normas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso “Peralta”⁵ que “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”. (Considerando 24 del voto de la mayoría.)

Para que el dictado de este tipo de normas sea considerado constitucionalmente válido es menester que exista una situación de grave riesgo social, debido a que nuestra Carta Magna no habilita a elegir discrecionalmente entre el dictado de un decreto de necesidad y urgencia o una ley.

Por ello, resulta de suma importancia resaltar que la aprobación del decreto de necesidad y urgencia en estudio habilitaría al Poder Ejecutivo nacional a valerse de este tipo de normas para imponer su criterio de una

forma absolutamente arbitraria. Hecho que configura una verdadera aberración en un Estado democrático.

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.

El Congreso de la Nación debe rechazar este decreto.

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 propone su rechazo.

Luis C. Petcoff Naidenoff.

III

Dictamen en minoría

Honorable Cámara:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo creada por ley 26.122 en virtud de 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 1.458 de 2009.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto, 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:

Artículo 1° – Declarar la invalidez del decreto 1.458/2009.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 27 de octubre de 2009.

Marcela V. Rodríguez.

INFORME

Honorable Cámara:

I. Introducción

Según el diseño institucional plasmado en nuestra Constitución Nacional, que establece el principio de división de poderes, el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo bajo pena de nulidad. Esta facultad recae, exclusivamente, en el Congreso de la Nación.

Como veremos, únicamente cuando éste no pueda cumplir su función, o cuando circunstancias extraordinarias hicieren imposible el abordaje de situaciones de extrema gravedad a través del Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo podría excepcionalmente, y sujeto a convalidación por el Congreso, emitir decretos de carácter legislativo.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 la Constitución Nacional vedaba esta posibilidad. El texto de nuestra Carta Magna expresaba que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

A pesar de esta expresa prohibición constitucional, el dictado de los decretos de necesidad y urgencia se convirtió en una práctica habitual en clara afrenta al principio de división de poderes. Carlos Nino sostuvo que “el sistema de gobierno argentino es un presidencialismo absolutamente hipertrofiado”.¹ Esta peculiar configuración de nuestro diseño institucional surge tanto de disposiciones normativas como de desarrollos sociopolíticos. Así, luego de restaurada la democracia en 1983, tanto Alfonsín como Menem dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia del segundo, ello se convirtió en una rutina constitucional. Antes se los había utilizado sólo para resolver profundas crisis económicas y sociales.²

Durante la presidencia de Menem, y antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, copada por una mayoría adicta al gobierno, convalidó el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Así, en el caso “Peralta”,³ la Corte estableció como requisitos para la validez de estos decretos:

1. La existencia de una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado.

2. La razonabilidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas a través del decreto.

3. La inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados.

4. La convalidación del Congreso.

“Peralta” confirma dos importantes cuestiones vinculadas entre sí: por un lado establece la validez de la práctica del dictado de los decretos de necesidad y urgencia; y por el otro, dispone que esta facultad sólo tiene carácter excepcional y restringido a situaciones de verdadera imposibilidad de resolver las emergencias a través del proceso legislativo ordinario.

Finalmente, la reforma constitucional incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando algunas limitaciones para acotar su uso.

Así, el artículo 99, inciso 3, afirma que “el Poder Ejecutivo de la Nación no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Pero en el siguiente párrafo señala 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 el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinetes de Ministros”.

Como veremos en los siguientes acápite, el dictado de decretos de necesidad y urgencia se encuentra autorizado desde 1994, pero con límites sumamente precisos.

II. Requisitos sustantivos y formales para el dictado de los DNU

II. 1. Una interpretación restrictiva

Una primera aclaración en torno a lo regulado por el artículo 99, inciso 3, se refiere a la obligatoriedad de su interpretación restrictiva.

La regla general y pauta interpretativa respecto de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo es su total prohibición, bajo pena de nulidad absoluta e insanable. Únicamente en casos excepcionales le está permitido al Ejecutivo emitir disposiciones de este tipo, bajo estricto cumplimiento de los requisitos fijados en la propia Constitución.

Esta es la conclusión a la que se arriba de una lectura de las normas atinentes de nuestra Constitución, especialmente si tenemos en cuenta un criterio sistemático de interpretación, de acuerdo al cual todas las normas de la Constitución Nacional deben ser leídas de manera armónica. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la primera regla interpretativa es darle pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, con los principios y garantías de la Constitución.⁴

Nuestra Carta Magna contiene varias disposiciones expresas en relación con la cuestión que nos ocupa. Una de ellas está contenida en el artículo 99, inciso 3, que comentaremos en detalle más adelante. La otra disposición es la contenida en el artículo 76 de la Constitución Nacional, que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en aquellas 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. Finalmente,

otra norma a tener en cuenta en este análisis es la vieja cláusula de defensa de la democracia que está contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “El Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quede a merced del gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que lo formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Del juego sistemático de estas normas surge la interpretación correcta de la Constitución Nacional en esta materia. Así, tanto el artículo 76 como el artículo 99, inciso 3, establecen un principio prohibitivo expreso en materia de uso de atribuciones legislativas por parte del Ejecutivo. No puede el Poder Ejecutivo asumir funciones legislativas ni puede el Congreso delegar estas funciones. De esta prohibición genérica se desprende claramente que la interpretación debe ser en un sentido estricto, es decir, que en la duda debe estarse claramente por la prohibición y no por la habilitación. La habilitación, las materias y los contenidos allí especificados constituyen una excepción al principio prohibitivo expresado en los primeros párrafos de ambos artículos, y que, además, se encuentra plenamente reforzado y sancionado penalmente por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En este mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia. Así, en el caso “Verrocchi”,⁵ la Corte admitió un planteo de inconstitucionalidad formulado contra el decreto 770/96, que derogó la ley 18.017 y excluyó a quienes ganaban más de mil pesos del goce de los beneficios de las asignaciones familiares. Los magistrados Fayt, Belluscio y Bossert sostuvieron que “los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el artículo 1° de la Constitución Nacional [...] Considerese que la reforma fue fruto de la voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista”.⁶ Y agregaron: “El texto nuevo es elocuente... la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”.

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo una postura similar respecto a las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo. Así, expresó que dichos actos son válidos siempre que “estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar,

el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.¹²

Aclarado el punto referido a cuál es el principio rector en la materia, corresponde evaluar los diversos requisitos, sustantivos y formales, que existen como prerrequisito para la validez de los decretos de necesidad y urgencia.

II.2. Requisitos sustantivos

–Las “circunstancias excepcionales”.

El primer punto al que hace referencia nuestra Constitución es la situación fáctica que debe darse para la validez del dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

Estas “circunstancias excepcionales” deben proyectarse consecuentemente en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes.

La Corte Suprema, respecto a este requisito fáctico ha sostenido en el caso “Video Club Dreams”,¹³ que “debe existir una situación de grave riesgo social”.¹⁴ Con mayor detalle, Boggiano, en su voto concurrente, agregó que “la mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes”. Además, en los autos “Della Blanca”,¹⁵ en los que el *a quo* había declarado inconstitucional el decreto 1.477/89, en lo relativo a la naturaleza no retributiva de los tickets canasta, la Corte, con mayoría integrada por Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, confirmó la decisión. Allí recordó que el Poder Ejecutivo fue dotado de esta facultad “de modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos”, asegurando que “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida misma de la nación y el Estado”.¹⁶

Sobre este punto, Quiroga Lavié sostuvo que “la norma viene, con toda claridad, a establecer que frente a una imposibilidad funcional por parte del Congreso para desempeñarse como tal, es que se puede utilizar el instrumento de excepción, pero no en el caso de que se trate de una imposibilidad política, por parte del Ejecutivo, de conseguir los votos de los representantes del pueblo a favor de una iniciativa legislativa suya”.¹⁷

Sólo casos de severos colapsos en la economía nacional que no permitirían sujetar al debate del Congreso Nacional las vías de solución, o supuestos de cierre del Congreso frente a situaciones de guerra u otro tipo de catástrofe que mantenga al Congreso cerrado o impida la espera del debate legislativo por inminencia y gravedad de los daños a reparar, habilitarían el dictado de decretos de este tipo.

La mera circunstancia crítica, entonces, no amerita el dictado de los DNU, si este supuesto fáctico no imposibilita el trámite ordinario de sanción de las leyes nacionales. Bidart Campos expresó que “es muy claro y elocuente; a la mención de excepcionalidad agrega

palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; así, cuando dice que las circunstancias excepcionales hacen 'imposible' el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto".¹⁸

Esta misma exigencia, en cuanto a las consecuencias de las circunstancias excepcionales también ha sido exigidas por la Corte Suprema. Así, en el caso ya citado "Verrocchi",¹⁹ expresó que el estado de necesidad se presenta "...únicamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución [...] Por lo tanto 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, o 2. que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes [...] 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".²⁰

En el caso "Casime",²¹ las disidencias de los doctores Fayt y Vázquez expresan que el decreto 1.285/99 –que modificó el régimen pesquero y estableció que esta reforma tendría vigencia por cuatro años–, "trasunta una intolerable despreocupación respecto de uno de los requisitos referidos por la Constitución –el relativo a la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes–, dado que "implica una clara voluntad de asumir con vocación de permanencia funciones que la Constitución le confía al Congreso".

En la causa "Risolia de Ocampo",²² el voto de Belluscio expresa que la "mera existencia de una crisis económica como la presentada no es suficiente para configurar las circunstancias excepcionales que determinan la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la formación y sanción de las leyes".²³

Por último, la Corte también ha sostenido que las circunstancias excepcionales deben ser reconocidas por el propio Congreso de la Nación.²⁴

–Las materias prohibidas

El segundo punto que establece el artículo en cuestión es una prohibición absoluta para el dictado por el Poder Ejecutivo de DNU: nunca se podrán dictar decretos de necesidad y urgencia que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos

políticos. Tal como lo sostiene Balbín, "las materias vedadas constituyen una reserva legal, es decir una actividad excluida".²⁵ La prohibición de dictar decretos de urgencia de sustancia penal o tributaria tiene como objetivo reforzar el principio de legalidad que en esos temas ya estaba asegurado en la Constitución (artículos 17 y 18 de la Constitución).

Respecto al principio de legalidad tributaria, la Corte Suprema ha sostenido la invalidez de diversos decretos que han modificado normativa tributaria por encontrarlos violatorios al principio aquí comentado. Así, en el caso ya citado "Video Club Dreams",²⁶ la Corte declaró la inconstitucionalidad de un tributo creado por el decreto de necesidad y urgencia 2.736/91, con las modificaciones del 949/92, porque creó un hecho imponible distinto del previsto por ley 17.741, obviando el principio de legalidad tributaria. Criterio que repetiría en el caso "Berkley Internacional ART",²⁷ donde consideró inconstitucional el decreto 863/98, por cuanto creó una tasa que percibiría la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) sobre la recaudación que efectúa en favor de aquélla.

Por otro lado, las últimas dos prohibiciones –que repetimos, resultan absolutas– encuentran su razón de ser en la preservación de las reglas del proceso democrático y la competencia electoral.²⁸

La Corte IDH, en el caso antes citado, ha seguido esta línea al expresar que a través del procedimiento democrático de sanción de leyes "no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente".²⁹ Y que "la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos".³⁰

–La motivación

El tercer requisito sustantivo se deriva del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1º³¹ de la Constitución Nacional y es la exigencia de la motivación que todo decreto de necesidad y urgencia debe tener para su legitimidad y legalidad.

Como la doctrina lo sostiene, la motivación "es la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la emanación del acto. Asimismo, esta motivación debe ser suficiente",³² es decir que no debe ser vaga o genérica. En este mismo sentido, Gordillo sostiene que "la garantía de la fun-

damentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos”.³³

Por esto mismo, tanto en el mensaje que da cuenta del dictado del decreto emitido por el Poder Ejecutivo, como en sus considerandos, se deben precisar siempre qué acontecimientos han producido la causa constitucional o hecho habilitante para su emisión, cuáles son los bienes que se desea preservar a través de su dictado, las razones por las cuales no se puede resolver la emergencia mediante mecanismos ordinarios y sí mediante el decreto que se emite.

Por otro lado, el cumplimiento de este requisito permitirá que el Poder Judicial controle la causa del acto, es decir, si existió una auténtica urgencia, por qué fue imposible superar la situación por medio del trámite legislativo ordinario, y si hubo una genuina necesidad de dictar la medida en forma inmediata.³⁴ Así, “la motivación se transforma en un principalísimo elemento para que la justicia controle la legitimidad y se traduce en un medio de prueba de primer orden para conocer la realidad del obrar de la administración”.³⁵

También, respecto de este requisito, la Corte ha hecho expresas consideraciones interpretativas. Así, en “Video Club Dreams”,³⁶ se sostuvo que los motivos que impulsaron el dictado del decreto 2.736/91 “no se exhiben como una respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de las medidas súbitas como las tratadas”. En “Sallago”,³⁷ Belluscio y Bossert sostuvieron que la “mera invocación que el decreto hace de la crisis de la marina mercante nacional, no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes en materia laboral”. En la causa “Smith”³⁸ el voto concurrente de Fayt deja establecido que “tal afectación a los mentados principios constitucionales –se refiere a los que protegen el derecho de propiedad–, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable”.³⁹

–La razonabilidad

Como cuarto requisito, todo decreto de necesidad y urgencia debe ser razonable. En nuestro ordenamiento jurídico el control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación, entre las cuales se encuentra el estándar jurídico de la razonabilidad. Esto implica que toda vez que se ejerza el control judicial de razonabilidad sobre los actos estatales, no se está haciendo otra cosa que llevar adelante un tipo de control de constitucionalidad.

Este control exige verificar, objetivamente, una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado con la medida y razonabilidad respecto de las circunstancias que dan lugar a su dictado. Tal como Bidart Campos lo sostuvo, la razonabilidad “exige que el ‘medio’ escogido para alcanzar un ‘fin’ válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o bien, que se verifique una ‘razón’ valedera para fundar tal o cual acto de poder”.⁴⁰

La Corte Suprema sostuvo esta idea en el caso “Sallago”,⁴¹ donde la disidencia de Fayt señaló que el test de razonabilidad entre la emergencia y la disposición concreta comprende: “1. Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2. Que tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos; 3. Que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias, y 4. Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”.⁴²

–La temporariedad

Por último, dado que el decreto sólo es válido ante la existencia de circunstancias excepcionales y dado que éstas tienen una perdurabilidad determinada (la emergencia es, por propia definición, temporaria), el acto del Poder Ejecutivo debe tener una vigencia acotada, es decir, sujeta a término.

Ya en 1959 la Corte sostuvo, respecto a las medidas en emergencia, que “la emergencia dura el tiempo que duran las causas que la han originado”.⁴³

La consecuencia práctica de esta exigencia es que el decreto debe fijar explícitamente el plazo temporal durante el cual tendrá vigencia, que será el que se presuma razonablemente durará la emergencia o bien el indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

II.3. Requisitos formales: análisis de la ley 26.122

Cuando se piensa en los roles que debe asumir el Poder Legislativo, tendemos a darle una mayor relevancia a la función de dictar leyes. Sin embargo, tal como lo sostiene el dictamen del Consejo por la Consolidación de la Democracia: “no se debe dejar de lado otros que tienen mucha trascendencia, como por ejemplo el rol de control sobre el Poder Ejecutivo”. Esta función “resulta indispensable para el correcto desarrollo de las instituciones estatales democráticas y las defensas de las garantías individuales”. En este mismo sentido, De Vergotini sostiene que el Parlamento cumple en las democracias dos funciones: la función de orientación política y la función de control.⁴⁴ Con relación a esta segunda función, “el contralor del gobierno por parte del Parlamento comprende, por cierto, la constitucionalidad y legalidad de sus actos”.⁴⁵

Por tanto, existen condiciones de carácter formal o procedimental que debe cumplir el acto para que sea válido. Respecto a la función de control de los órganos de gobierno antes mencionada, el mismo artículo 99, inciso 3, prevé que “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”.

Por lo que resulta patente que dicho artículo le atribuye al Congreso Nacional el importantísimo deber de proteger el sistema republicano y la división de poderes y con esto aminorar el hiperpresidencialismo.

El Congreso Nacional, desoyendo el mandato constitucional, demoró 12 años la sanción de la norma que reglamenta la comisión bicameral permanente encargada de controlar la legalidad de las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo. La ley 26.122 merece severas críticas, que ponen en tela de juicio su constitucionalidad. Debe rechazarse firmemente la idea de que la Constitución ha dejado amplios márgenes a la ley reglamentaria para fijar el alcance y el trámite de la intervención parlamentaria. La regulación prevista en la Carta Magna debía respetar límites muy precisos, determinados por la división de poderes, el carácter restrictivo y excepcional del reconocimiento de las facultades legislativas al Ejecutivo y la prohibición tajante de todo tipo de sanción ficta, entre otros principios y reglas constitucionales. Cayuso sostiene que “tal tipo de reglamentación no podría sortear la tacha de inconstitucionalidad”.⁴⁶

La ley 26.122 adolece de diversos problemas constitucionales, entre los que se destacan los siguientes:

1. *Pronunciamiento de ambas Cámaras*

La Constitución Nacional ha establecido que el Poder Legislativo estará conformado de manera bicameral: la Cámara de Diputados y, la Cámara de Senadores. Una representa al pueblo de la Nación –y con ello el principio democrático– y la otra, a los estados locales resguardando, así, el sistema federal.⁴⁶ El bicameralismo permite una instancia de revisión más amplia y representativa, con lo cual aquellas normas que surjan de esta mayor deliberación tendrán mayor legitimidad. Así, la Carta Magna establece en el artículo 78 que “Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley” y en el artículo 82 que “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse

expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

Una interpretación armónica de ambos artículos permite concluir que por un lado, se requiere el pronunciamiento expreso y positivo y, por otro, que ambas Cámaras deben pronunciarse. Pero la ley 26.122 determina que para que un DNU sea rechazado se requiere la voluntad afirmativa tanto de la Cámara de Diputados como de la de Senadores. Así, el artículo 22 expresa que “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la CN. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata”. Y el artículo 24 expresa que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. Cabe preguntarse qué sucedería si una de las dos Cámaras se pronuncia a favor de la validez del decreto y la otra en su contra. La solución que parece aportar la ley 26.122 sería que dicho decreto es válido, contraviniendo la letra de la Constitución.⁴⁷

En conclusión, la sanción de una ley bajo los procedimientos constitucionales requiere de la aprobación de ambas Cámaras, por lo que el tratamiento de los decretos de promulgación parcial debe cumplir con los mismos recaudos para ganar validez.

2. *El silencio del Congreso Nacional*

¿Qué sucede si el Congreso no se pronuncia ni a favor ni en contra de la validez? Volvamos a recordar el artículo 82 de la Constitución Nacional: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. La Constitución Nacional es clara al respecto: el silencio no puede ser considerado como voluntad positiva. Sostiene Quiroga Lavié que “La exigencia constitucional de manifestación expresa de la voluntad de las Cámaras, así como la prohibición de la sanción ficta, se aplica a toda la actividad que realicen aquellas dentro de su competencia. Por ello la norma no específica que se trata de la sanción de las leyes, sino que lo sostiene para “todos los casos”. Las resoluciones de ambas Cámaras o de las comisiones bicamerales, cuando estén habilitadas para ello, especialmente si ejercen la potestad de control de los actos del Ejecutivo, precisan también de manifestación expresa. (...) Frente a la clara prohibición constitucional de la sanción tácita de las leyes, no podrá inferirse un razonamiento lógico de ninguna naturaleza dirigido a convalidar una habilitación legal en sentido contrario.”⁴⁸

Pero la ley 26.122 establece en sus artículos 22 y 24 que “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional” y que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decre-

to de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”, respectivamente.

Se puede inferir que la voluntad política ha sido la de otorgarle al silencio un carácter convalidante, contrario a la norma constitucional.⁴⁹ Al respecto Cayuso⁵⁰ afirma que el principio que se desprende de la regla enunciada en el artículo transcrito, “es que no habiendo pronunciamiento expreso del órgano legislativo, sea ratificando o rechazando, los decretos pierden validez y son nulos de nulidad absoluta. La regla constitucional es la invalidez salvo que se den determinadas condiciones, por lo tanto la disposición infra constitucional que invierta el principio general es inconstitucional”.⁵¹ En esta misma línea, María Angélica Gelli sostiene que el “silencio” de las Cámaras o el rechazo de alguna de ellas “implicará la caducidad del decreto”, ya que “el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio”.⁵²

Por último, es interesante resaltar que la interpretación sobre la validez del silencio como aprobación ficta o tácita es opuesta a la que rige en las Constituciones de España, Italia y la de la Ciudad de Buenos Aires, por citar sólo unos casos, en las que si los decretos de necesidad y urgencia no son ratificados en un plazo determinado (en general de 30 o 60 días) pierden vigencia. Este criterio es el único compatible con el principio republicano de la división de poderes establecido en el primer artículo de la Constitución Nacional.⁵³

3. Las limitaciones impuestas al Congreso Nacional

La ley 26.122, determina en su artículo 23 que “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”.

Ante los supuestos fácticos que la Constitución habilita para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, resulta particularmente relevante la participación activa del Congreso Nacional, por ser el poder dotado de mayor legitimidad democrática y encontrarse en él representadas todas las perspectivas de la sociedad. Su intervención sin cortapisas es una barrera contra la discrecionalidad. Como dice Balbín, “la función del Congreso no puede quedar circunscripta solamente a la aprobación o derogación de los DNU, ya que como titular de la potestad legislativa y responsable del control sobre el Poder Ejecutivo, puede introducir modificaciones en su texto”.⁵⁴

La participación del Congreso introduciendo enmiendas o modificaciones, constituye la mejor forma de evitar una excesiva acumulación de facultades en el Ejecutivo y contribuye a la atenuación del presidencialismo exacerbado. Por otro lado es la única forma de garantizar el debido respeto a las minorías parlamentarias. Por estas razones este artículo es inconstitucional.

4. Subsistencia del control judicial de constitucionalidad

No está de más resaltar que el Poder Judicial preserva toda su potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación dictada bajo delegación. Por una parte, los jueces tienen el deber de someter la legislación en cuestión al escrutinio sobre su concordancia con la Constitución Nacional, como lo tienen respecto del resto de la legislación. Por otra parte, la propia ley 26.122 debe caer bajo el análisis cuidadoso de los magistrados, por tratarse de una norma que afecta delicados equilibrios de poder y regula trascendentes disposiciones constitucionales.

III. Análisis en particular del decreto 1.458 de 2009

La utilización de una herramienta excepcionalísima como un decreto de necesidad y urgencia para cambiar la denominación de un ministerio no está justificada.

El Poder Ejecutivo nacional parece estar ejercitando el músculo autoritario con vistas al nuevo escenario político en el Congreso, signado por una drástica modificación en la relación de fuerzas. En efecto, el uso de una vía extraordinaria para producir un cambio que no es estructural, ni urgente, parece servir al propósito de dejar sentado como precedente el recurso a los decretos de necesidad y urgencia, omitiendo los requisitos constitucionales exigidos para su dictado.

Se trata de una especie de normalización o naturalización de una vía que debiera reservarse para circunstancias gravísimas. En el caso del decreto cuestionado, no existe una “situación de grave riesgo social”, como la exigida por la Corte en “Video Club Dreams”,⁵⁵ ni estamos frente al ejercicio de una facultad ejercida “de modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos”, por lo que está ausente “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales”, o sea la de preservar la vida misma de la nación y el Estado”, los estándares establecidos en “Della Blanca”.⁵⁶

A modo de breve cronología, podemos reseñar que mediante el decreto de necesidad y urgencia 2.025/2008 del 25 de noviembre de 2009, (publicado en el Boletín Oficial del 26-11-2008), se modificó la Ley de Ministerios, creando el Ministerio de la Producción. Conforme su artículo 8° “El presente decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial”, el 26 de noviembre de 2008. Nuevamente, mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, esta vez el 1.365/09, del 1° de octubre de 2009 (publicado en el Boletín Oficial del 2-10-2009), se volvió a modificar la Ley de Ministerios. Según se estableció en su artículo 5°, “El presente decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial”,⁵⁷ es decir, el 2 de octubre de 2009. Sólo, siete (7) días más tarde, el 9 de octubre de 2009, se firmó el decreto de necesidad y urgencia 1.458/2009,⁵⁸ por el cual se sustituye la denominación del Ministerio de Industria

por Ministerio de Industria y Turismo. Se publicó en el Boletín Oficial, el 13-10-2009.

Iguales razones que expusimos respecto de la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 2.025/08,⁵⁹ por el cual se creó el Ministerio de la Producción, y del decreto de necesidad y urgencia 1.365/2009, que modificó el creado Ministerio de Producción, convirtiéndolo en el Ministerio de Industria,⁶⁰ son pertinentes para declarar la invalidez de este nuevo decreto de necesidad y urgencia 1.458/2009, por el que se pretende (artículo 1°) sustituir “la denominación del Ministerio de Industria por la de Ministerio de Industria y Turismo, debiendo considerarse modificada tal denominación cada vez que se hace referencia a la cartera ministerial citada en primer término”.

En los tres casos, se argumenta en los considerandos:

Decreto 1.458/2009: “Que la imperiosa necesidad de efectuar la modificación proyectada configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

Decreto 1.365/2009: “Que la imperiosa necesidad de efectuar la reorganización proyectada configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

Decreto 2.025/08: “Que la imperiosa necesidad de efectuar la reorganización proyectada configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

Primeramente, no constituye una motivación ni fundamentación suficiente la simple alusión a una supuesta circunstancia excepcional. Se trata del uso reiterado de una muletilla sin respaldo en los hechos: que no se podía seguir el trámite ordinario de formación y sanción de leyes.⁶¹ ¿Cuáles son las razones que impiden seguir, en el caso, el trámite legislativo normal? Ninguna.

En nuestros dictámenes en minoría, declarando la invalidez de los decretos 2.025/08⁶² y 1.365/2009, sostuvimos que:

“No están dadas las condiciones de necesidad y urgencia exigidas por el artículo 99, inciso 3, como para que el Poder Ejecutivo use estas atribuciones excepcionales allí previstas. Nada impide que se someta al Congreso, a través de un proyecto de ley, la normativa en discusión, para que éste se expida sin limitaciones en ejercicio pleno de sus potestades constitucionales, sin los estrechos límites que le impone el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia.”

Las mismas consideraciones se aplican al presente caso.

Por todas estas razones, el decreto en análisis debe ser rechazado.

NOTAS:

¹ Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*; Astrea, Buenos Aires, 2ª reimpresión, 2002, p. 523.

² Ver el caso, por ejemplo, del lanzamiento del Plan Austral durante la presidencia de Alfonsín.

³ CSJN; 27/12/1990; “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía –Banco Central–)”; *La Ley*, 1991-C, 158.

⁴ *Fallos*, 281:147 y otros.

⁵ Cons. 8 de su disidencia.

⁶ CSJN; 17/3/1998; “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central y otro”; *Fallos*, 321:366.

⁷ Cons. 14.

⁸ Opinión consultiva OC-6/86; de 9 de mayo de 1986, párr. 36.

⁹ CSJN; 6/6/1995; “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”; *La Ley*.

¹⁰ Cons. 4.

¹¹ Quiroga Lavié, H.; *Constitución Argentina comentada*, p. 621.

¹² Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1995, t. VI, p. 433.

¹³ Ob. cit.

¹⁴ Ob. cit., considerando 9.

¹⁵ CSJN; 20/2/2001; “Casime, Carlos A. c. Estado nacional”; DT 2001-A, 775.

¹⁶ CSJN; “Risolfá de Ocampo, María J. c/Rojas, Julio C. y otros”, *Fallos*, 323:1934.

¹⁷ Cons. 7.

¹⁸ *Fallos*, 173:65.

¹⁹ Balbín, C.; *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*; *La Ley*, 2004, p. 119.

²⁰ Ob. cit.

²¹ CSJN; 21/11/2000; “Berkley International ART c/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, *Fallos*, 323:3770.

²² Para ver un análisis pormenorizado de los casos en los que la Corte Suprema se ha expedido sobre la validez de los decretos de necesidad y urgencia respecto a las materias que éstos trataban, ver Ventura, A.; “Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida constitucional”; *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 1.

²³ Corte IDH; ob. cit., párr. 22.

²⁴ Ob. cit., párr. 24.

²⁵ “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

²⁶ Buj Montero, M.; “El acto administrativo: elementos” en *Manual de derecho administrativo*; Farrando, I (coordinador); Depalma, 2000, Buenos Aires, p. 197.

²⁷ Gordillo, A.; *Tratado de derecho administrativo*; t III, 9ª edición, Buenos Aires, FDA, 2007, p. 13.

²⁸ Hutchinson, T.; “Los procedimientos de urgencia en el derecho administrativo argentino”, nota que forma parte del libro *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 300.

²⁹ Tawil, Guido Santiago y Monti, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 83. Cabe recordar que el artículo 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos incorporó la motivación como uno de los requisitos esenciales del acto, cuya ausencia deriva en la nulidad.

³⁰ Ob. cit.

³¹ Ob. cit.

³⁸ CSJN; 1°/2/2002; “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en: Smith, Carlos c/PEN s/sumarísimo”; LLP 2002, 112.

³⁹ Cons. 11.

⁴⁰ Bidart Campos, G.; ob. cit., p. 805.

⁴¹ CSJN; 10/10/1996; “Sallago, Alberto c/Astra CAPSA”; *La Ley*, 1998-C, 950.

⁴² Cons. 4.

⁴³ CSJN; 15/5/1959; “Nadur, Amar c/Borelli, Francisco”.

⁴⁴ De Vergotini; *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1987. Citado en Nino, C., ob. cit., p. 531.

⁴⁵ Ob. p. 535.

⁴⁶ Cayuso, Susana, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”; *La Ley*, 2006-D, 1435.

⁴⁷ Gelli, M. A., “Constitución Nacional comentada y concordada”; *La Ley*, 2002, p. 439.

⁴⁸ Ob. cit.

⁴⁹ Millón Quintana, J. y Mocoroa, J. M.; “El presidencialismo sin *happy ending*. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”; JA 2007-I-1328.

⁵⁰ Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”; *La Ley*, 2006-D, 1435.

⁵¹ Quiroga Lavié, H.; ob. cit., p. 565.

⁵² Gelli, M.A.; *op. cit.*, p. 697.

⁵³ Pérez Sanmartino, Osvaldo A.; “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”; *La Ley*, Sup. Act. 17/08/2006, p. 1.

⁵⁴ Balbín, C.; ob. cit., p. 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde *Decretos de necesidad y urgencia*, Depalma, 1995, p. 252.

⁵⁵ Cons. 15.

⁵⁶ CSJN; 24/11/1998; “Della Blanca, Luis E. y otro c/ Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.”, *La Ley*, 1999-B, 415.

⁵⁷ La presidenta puso en funciones al nuevo ministro de Agricultura, jueves 1° de octubre de 2009.

http://www.casarsada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=6429&Itemid=66

La presidenta Cristina Fernández puso en funciones al designado ministro de Agricultura, Ganadería y Pesca, Julián Andrés Domínguez, en una ceremonia llevada a cabo en el Salón Blanco de Casa de Gobierno.

⁵⁸ Ministerios. Decreto 1.458/2009.

Sustitúyese la denominación del Ministerio de Industria por Ministerio de Industria y Turismo.

Bs. As., 8/10/2009.

Visto la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438 del 12 de marzo de 1992), sus modificatorios y complementarios, y los decretos 1.365 y 1.366, ambos del 1° de octubre de 2009, y...

⁵⁹ Diputados Orden del Día N° 1.637/2008. Dictamen de mayoría: la comisión aconseja aprobar un proyecto de resolución y declarar la validez del decreto; 2 dictámenes de minoría: aconsejan rechazar el decreto; dictamen de minoría: aconseja aprobar el decreto; observaciones: 1 fe de erratas.

⁶⁰ Ley de Ministerios.

Ley 22.520 - Texto ordenado por decreto 438/92. Bs.As., 12/3/92.

TITULO I: De los ministerios del Poder Ejecutivo nacional.

Artículo 1° – El jefe de Gabinete de Ministros y trece (13) ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación. Los ministerios serán los siguientes:

- Del Interior.
- De Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.
- De Defensa.
- De Economía y Finanzas Públicas.
- De Industria y Turismo (denominación del Ministerio de Industria sustituida por la de Ministerio de Industria y Turismo por artículo 1° del decreto 1.458/2009 B.O. 13/10/2009).
- De Agricultura, Ganadería y Pesca.
- De Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

- De Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.
- De Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

- De Desarrollo Social.

- De Salud.

- De Educación.

- De Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

⁶¹ La misma argumentación fue sostenida al declarar la invalidez de los DNU dictados en años anteriores.

⁶² Diputados Orden del Día N° 1.637/2008. Dictamen de mayoría: la comisión aconseja aprobar un proyecto de resolución y declarar la validez del decreto; 2 dictámenes de minoría: aconsejan rechazar el decreto; dictamen de minoría: aconseja aprobar el decreto; observaciones: 1 fe de erratas.

IV

Dictamen en minoría

Honorable Cámara:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122– ha considerado el decreto de necesidad y urgencia 1.458/09, del 8 de octubre de 2009 (B.O. 13/10/09), mediante el cual se sustituye la denominación del Ministerio de Industria por la de Ministerio de Industria y Turismo; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconseja el rechazo del siguiente

Proyecto de resolución

La Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE:

Artículo 1° – Declarar el rechazo del decreto de necesidad y urgencia 1.458/09, de fecha 8 de octubre de 2009.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de comisiones, 27 de octubre de 2009.

Julián M. Obiglio.

INFORME

Honorable Cámara:

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad a fin de someter a su consideración el presente dictamen respecto del decreto de necesidad y urgencia número 1.458/09, del 8 de octubre de 2009, por el cual el Poder Ejecutivo modificó la Ley de Ministerios, sustituyendo la denominación del Ministerio de Industria por la de Ministerio de Industria y Turismo.

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 el último considerando del mismo 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 (artículos 2º, 10, 19 y concordantes, ley 26.122).

1. *Algunas consideraciones*

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).

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, 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, juntamente 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 está contemplado en el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional.

2. *Análisis de los recaudos formales y sustanciales del decreto 1.458/09*

El decreto bajo análisis de esta comisión bicameral se dictó con el ya recordado propósito de modificar la ley de ministerios, sustituyendo la denominación del Ministerio de Industria por la de Ministerio de Industria y Turismo.

El Ministerio de Industria fue creado también por el decreto de necesidad y urgencia 1.365/09, cuando se desdobló el Ministerio de Producción en Ministerio de Industria, por un lado, y Ministerio de Agricultura,

Ganadería y Pesca. De la misma manera, el día 25 de junio de 2008 se dictó el decreto de necesidad y urgencia 2.025/08, por el cual se crea el Ministerio de Producción, con competencias transferidas por el Ministerio de Economía y la Secretaría de Turismo de la Nación. En virtud de su formación es que se dicta el presente decreto en estudio, ya que al ser desdoblado el entonces Ministerio de Producción, el Ejecutivo Nacional se olvida de la competencia transferida por la Secretaría de Turismo.

Los recaudos formales previstos en la Constitución Nacional se encuentran cumplidos en el decreto bajo análisis, por cuanto éste 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. Asimismo las materias en las que versa el decreto no son de las expresamente vedadas por el artículo 99, inciso 3, párrafo tercero, de la Constitución Nacional.

En lo que hace a los recaudos sustanciales considero que no están dadas las circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir el trámite previsto para la sanción de las leyes. Es decir, este Honorable Congreso de la Nación se encontraba en perfecto funcionamiento, tratando temas enviados por el Poder Ejecutivo nacional. Asimismo, la sustitución de la denominación de un ministerio, no es una cuestión de imperiosa necesidad, que no permita que se pueda cumplir con lo fijado por nuestra Carta Magna.

3. *Conclusión*

La conclusión, luego del precedente análisis, es que el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 1.458/2009 encontrándose reunidas las condiciones de forma necesarias para su aprobación, pero no así las condiciones sustanciales.

Por todas las razones expuestas, se aconseja el rechazo del decreto de necesidad y urgencia 1.458/09, del 8 de octubre de 2009.

Julián M. Obiglio.

ANTECEDENTE

Buenos Aires, 8 de octubre de 2009.

VISTO la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438 del 12 de marzo de 1992), sus modificatorios y complementarios, y los decretos 1.365 y 1.366, ambos del 1º de octubre de 2009, y

CONSIDERANDO:

Que por el decreto 1.365/09 se modificó la Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92), sus modificatorias y complementarias, desdoblándose el entonces Ministerio de Producción en el Ministerio de Industria y en el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, determinando así los ministerios que asistirán al Poder Ejecutivo nacional para cumplir con las

responsabilidades que le son propias, estableciendo, asimismo, sus competencias.

Que en función de las competencias asignadas a las precitadas jurisdicciones ministeriales, por el decreto 1.366/09, se estableció la conformación organizativa de los niveles políticos dependientes de ambas carteras, hasta el nivel de subsecretaría.

Que, en ese orden de ideas, y habiéndose analizado la composición y cometidos del Ministerio de Industria, y considerando la trascendencia que el turismo implica para el progreso y el desarrollo de la economía nacional, resulta procedente modificar la denominación de dicha cartera a fin de reflejar más adecuadamente sus actuales competencias, pasando a denominarse Ministerio de Industria y Turismo.

Que la imperiosa necesidad de efectuar la modificación proyectada configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Por ello,

La presidenta de la Nación Argentina, en acuerdo general de ministros

DECRETA:

Artículo 1° – Sustitúyese la denominación del Ministerio de Industria por la de Ministerio de Industria y Turismo, debiendo considerarse modificada tal denominación cada vez que se hace referencia a la cartera ministerial citada en primer término.

Art. 2° – Dese cuenta al Honorable Congreso de la Nación.

Art. 3° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 1.458

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Aníbal D. Fernández. – Juan L. Manzur.
– Julio M. De Vido. – Amado Boudou.
– Débora A. Giorgi. – Nilda C. Garré.
– Julio C. Alak. – Aníbal F. Randazzo. –
Alicia M. Kirchner. – Alberto E. Sileoni. –
Julián A. Domínguez. – Carlos A. Tomada.
– Jorge E. Taiana.*