

## SESIONES ORDINARIAS

2011

## ORDEN DEL DÍA N° 2203

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE DE  
TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

Impreso el día 31 de mayo de 2011

Término del artículo 113: 9 de junio de 2011

SUMARIO: **Decreto** de necesidad y urgencia 446/2011 de fecha 18 de abril de 2011. (8-JGM-2011.)

INFORME

I. **Dictamen de comisión.**II. **Dictamen de comisión.**

I

**Dictamen de comisión***Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 11 incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional, ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo 446 de fecha 18 de abril de 2011, mediante el cual se modifica la ley 24.714 en relación con la asignación por embarazo para protección social.

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 446 de fecha 18 de abril de 2011.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 11 de mayo de 2011.

*Diana B. Conti. – Luis F. J. Cigogna. – Jorge A. Landau. – Nicolás A. Fernández. – Miguel A. Pichetto.*

*Honorable Cámara:*I. *Antecedentes*

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

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

La reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los constituyentes de 1.853/60 se planteaba.<sup>1</sup>

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación se establecieron mecanismos tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificadas en nuestra Constitución Nacional: a) los decretos de necesidad y urgencia; b) los dictados en virtud de de-

<sup>1</sup> 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.

legación 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, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

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

CAPÍTULO CUARTO: *Atribuciones del Congreso*. Artículo 76. – “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

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

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

CAPÍTULO CUARTO: *Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo*. Artículo 100:

[...]

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

”13. Refrendar juntamente 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 5º, precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y ocho (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”.<sup>2</sup>

Es de vital importancia esta definición, ya que serán luego los órganos de control quienes deberán valorar si

<sup>2</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

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, Lugaz y Lacambra, 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.

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

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup>

Por su parte, la convalidación del dictado de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Peralta”,<sup>5</sup> ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

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

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

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran:

“...una situación de grave riesgo social que 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, fundada en dos razones fundamentales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; b) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos 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

<sup>3</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, tomo VI.

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán, “Los decretos de necesidad y urgencia”. Columna de opinión, *La Ley*, 27/2/01.

<sup>5</sup> *La Ley*, 1991-C:158.

variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad que hay que ponerle fin” (considerando 43).

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

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

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional<sup>6</sup> 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 CSJN respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado, en el caso “Rodríguez”,<sup>7</sup> la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

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

En esta oportunidad, la CSJN defendió la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y de su control político en cabeza del Poder Legislativo. Sostuvo que la jueza de grado carecía de 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 CSJN renunció expresamente a ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, con base en la falta de caso y carencia de agravio concreto.

En cambio, en el caso “Verocchi”<sup>8</sup> cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el PEN en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos.

En el caso precitado, la CSJN ejerce un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida, al 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 PEN.

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

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 CSJN sostuvo que la carencia de ley que regule el trámite y alcances de la intervención del Congreso, exigía una mayor responsabilidad por parte del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo cual, confirma la sentencia del *a quo* que declaraba 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.

<sup>6</sup> Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

<sup>7</sup> *La Ley*, 1997-E:884.

<sup>8</sup> “Verocchi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/8/19, *Fallos*, 322:1726; *La Ley*, 1999-E, 590.



En el caso “Risolia de Ocampo”,<sup>9</sup> se declararon inconstitucionales varios artículos del DNU 260/97, que disponía el pago en cuotas de las indemnizaciones por accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público de pasajeros, con invocación de la emergencia económica de esas empresas y de las aseguradoras.

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

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

En el caso “Guida”,<sup>10</sup> la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95 que había dispuesto la reducción de los salarios de los agentes de la administración pública.

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

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

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que 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 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 9).

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

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

Entre los administrativistas, se 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”.

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

<sup>9</sup> “Risolia de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César s/Ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

<sup>10</sup> “Guida Liliana c/Poder Ejecutivo s/empleo público”, CS, *Fallos*, 323:1566.

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

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 con 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 el cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,<sup>11</sup> al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder

Ejecutivo; seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración, y b) de emergencia pública.

Tal y como se ha expuesto ut supra, hasta la reforma constitucional de 1994, también se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>12</sup>

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.<sup>13</sup>

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”.<sup>14</sup>

## II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 446 de fecha 18 de abril de 2011, mediante el cual se modifica la ley 24.714 en relación con la asignación por embarazo para protección social, la que consistirá en una prestación monetaria no retributiva mensual que se abonará a la mujer embarazada desde la decimosegunda semana de gestación y hasta el nacimiento o interrupción del embarazo.

### II.a. Análisis del decreto

La ley 26.122, en el título III, capítulo I referido a los decretos de necesidad y urgencia, establece que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el

<sup>12</sup> Miguel A. Ekmekdjian (en su obra *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que no es correcto llamar a estas normas reglamentos, puesto que son normas de sustancia legislativa y, no obstante ello, son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional, y adopta la denominación de “decretos leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

<sup>13</sup> Ekmekdjian se encuentra ante 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 de 1853/60.

<sup>14</sup> Cabe destacar que en Estados Unidos los citados decretos reciben la denominación de *executive orders*, las cuales son órdenes ejecutivas, una facultad propia por la ley segunda fundamental de la Constitución de los Estados Unidos que establece la capacidad del presidente para legislar sobre facultades e instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

<sup>11</sup> Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado”.

La lectura del artículo 100, inciso 13, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: *a)* la firma del señor jefe de Gabinete de Ministros y *b)* el control por parte de la Comisión Bicameral Permanente. En igual sentido, el artículo 99, inciso 3, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, permite inferir como requisitos sustanciales que habilitan dicha vía que... “no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”... “los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

En efecto, el decreto 446/2011 en consideración, ha sido dictado por la señora presidenta de la Nación, doctora Cristina Fernández de Kirchner, y refrendado por el señor jefe de Gabinete de Ministros, doctor Aníbal D. Fernández; el señor ministro del Interior, contador Florencio A. Randazzo; la señora ministra de Seguridad, doctora Nilda C. Garré; el señor ministro de Economía y Finanzas Públicas, don Amado Boudou; la señora ministra de Industria, licenciada Débora A. Giorgi; el señor ministro de Agricultura, Ganadería y Pesca, don Julián A. Domínguez; el señor ministro de Planificación Federal e Inversión Pública, arquitecto Julio M. De Vido; el señor ministro de Justicia y Derechos Humanos, doctor Julio C. Alak; el señor ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, doctor Carlos A. Tomada; la señora ministra de Desarrollo Social, doctora Alicia M. Kirchner; el señor ministro de Salud, doctor Juan L. Manzur; el señor ministro de Educación, doctor Alberto E. Sileoni y el señor ministro de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, doctor José L. S. Barañao; el señor ministro de Turismo, don Carlos E. Meyer y el señor ministro de Defensa, doctor Arturo A. Puricelli, en acuerdo general de ministros, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13 de la Constitución Nacional.

Asimismo, se encuentra cumplido el otro requisito formal referido al control por parte de esta comisión, en virtud de lo cual se eleva el despacho pertinente de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la ley 26.122.

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 estos sean derogados formalmente por el Congreso.<sup>15</sup>

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 446/2011.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia —en el último considerando del citado decreto— que el mismo se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de los artículos 2°, 19 y 20 de la ley 26.122.

Resulta pertinente destacar las palabras vertidas en el trabajo elaborado por Jorge Carlos Albertsen, en el cual se señala que “existe una marcada diferencia entre el dictado, por parte del Poder Ejecutivo, de una disposición de carácter legislativo, cuando la misma ha sido dictada en virtud de la circunstancia excepcional que prevé el tercer párrafo del inciso 3 del artículo 99 y cuando la misma es el resultado del ejercicio de una delegación legislativa. En el primer caso no existe una actuación previa del Congreso, mientras que en el segundo, éste ya ha puesto de manifiesto su voluntad de transferir su potestad al Poder Ejecutivo, respecto a una materia determinada, con plazo para su ejercicio y de conformidad con ciertas bases. Esta circunstancia justifica que el control de la Comisión Bicameral Permanente, sea mayor en el caso de los decretos de necesidad y urgencia (en los que el Poder Ejecutivo ha dictado la disposición de *motu proprio*) que en el caso de la delegación legislativa (a través de la que el Poder Legislativo le ha encomendado al Poder Ejecutivo el dictado de una ley, estableciendo las “bases de la delegación”). En el primer caso el Congreso tiene una participación *ex post*, mientras que en el segundo tiene una participación *ex ante*”.

El decreto bajo análisis, se destaca que es obligación del Estado nacional adoptar políticas públicas que permitan mejorar la situación de los grupos familiares en situación de vulnerabilidad social.

En tal sentido, la ley 24.714 instituyó con alcance nacional y obligatorio un régimen de asignaciones familiares otorgando distintas prestaciones destinadas a la protección del grupo familiar.

Cabe recordar que el decreto 1.602/09 creó la asignación universal por hijo para protección social, incluyendo en el Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la citada ley a los grupos familiares no alcanzados, en la medida que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal.

Especial mención merece que la incorporación de la citada asignación universal por hijo ha generado resultados positivos en cuanto a la reducción de la pobreza por lo que, el decreto 446/2011, recalca la conveniencia

<sup>15</sup> Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos y Pérez Hualde, entre otros, quienes han señalado que ni siquiera una ley que reglamente el trámite y alcance de la intervención del Congreso podrá prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia.

de continuar ampliando la cobertura de las asignaciones familiares optimizando progresivamente los beneficios que brinda el Estado nacional a través del sistema de seguridad social.

No puede soslayarse que la mortalidad materna es un indicador de la injusticia social, la inequidad de género y la pobreza; entonces la cobertura en el ámbito de la seguridad social debe brindarse desde el estado de gestación de forma tal que la madre embarazada cuente con programas públicos de atención, diagnóstico y tratamiento oportunos.

Ello contribuye directamente en la disminución de los índices de mortalidad maternal, perinatal, neonatal e infantil asociados a las dificultades que, en el acceso a los servicios de salud, padecen sobre todo los estratos de ingresos más bajos.

A tales efectos, resulta necesario establecer una prestación que dé cobertura a la contingencia del estado de embarazo destinada a aquellas mujeres que se encuentran en similares condiciones que las personas que acceden a la asignación universal por hijo para protección social.

Es dable remarcar que para el cobro del cien por ciento (100 %) de la asignación creada por el decreto 446/2011, es imprescindible exigir el cumplimiento de los controles sanitarios con la inscripción al Plan Nacer del Ministerio de Salud o la certificación médica expedida de conformidad con dicho plan, para los casos que cuenten con cobertura de obra social.

Las situaciones descritas requieren brindar ayuda inmediata, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional, a cuyo fin se torna imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

El decreto 446/2011 en análisis, modifica el inciso c) del artículo 1° de la ley 24.714 incorporado por el decreto 1.602/09, estableciendo: ...“c) Un subsistema no contributivo compuesto por la asignación por embarazo para protección social y la asignación universal por hijo para protección social, destinado, respectivamente, a las mujeres embarazadas y a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina que pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal”.

Asimismo, se establece como artículo 14 quáter a la ley 24.714 y sus modificatorios, que la asignación por embarazo para protección social consistirá en una prestación monetaria no retributiva mensual que se abonará a la mujer embarazada desde la décimo segunda semana de gestación y hasta el nacimiento o interrupción del embarazo. Sólo corresponderá la percepción del importe equivalente a una (1) asignación por embarazo para protección social, aun cuando se trate de embarazo múltiple y no será incompatible con la asignación universal por hijo por cada menor de dieciocho (18) años, o sin límite de edad cuando

se trate de un discapacitado, a cargo de la mujer embarazada.

De igual modo, como artículo 14 quinquies de la ley 24.714 y sus modificatorios, se establece una serie de requisitos para acceder a la asignación por embarazo para protección social, como ser: que la embarazada sea argentina nativa o por opción, naturalizada o residente, con residencia legal en el país no inferior a tres (3) años previos a la solicitud de la asignación y que se acredite el estado de embarazo mediante la inscripción en el Plan Nacer del Ministerio de Salud. En aquellos casos en que la embarazada cuente con cobertura de obra social, la acreditación del estado de embarazo será mediante certificado médico expedido de conformidad con lo previsto en dicho plan.

En caso que el requisito se acredite con posterioridad al nacimiento o interrupción del embarazo, no corresponderá el pago de la asignación por el período correspondiente al de gestación. El titular del beneficio deberá presentar una declaración jurada relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos por la presente medida; de comprobarse la falsedad de algún dato, se producirá la pérdida del beneficio sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Respecto del monto de la asignación por embarazo para protección social, el decreto en análisis incorpora como inciso l) del artículo 18 de la ley 24.714 y sus modificatorios, ...“la mayor suma fijada en el inciso a)”. Durante el período comprendido entre la décimosegunda y la última semana de gestación, se liquidará una suma igual al ochenta por ciento (80 %) del monto previsto, la que se abonará mensualmente a las titulares a través del sistema de pago de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). El veinte por ciento (20 %) restante será abonado una vez finalizado el embarazo y en un solo pago, a través del mismo sistema que se utilice para la liquidación mensual de esta asignación, en la medida que se hubieran cumplido los controles médicos de seguimiento previstos en el Plan Nacer del Ministerio de Salud. La falta de acreditación producirá la pérdida del derecho al cobro del veinte por ciento (20 %) reservado.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) tendrá a su cargo la adopción de las medidas conducentes a la aplicación del presente régimen, en un plazo máximo que no podrá superar el 1° de mayo del año 2011.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 446/2011 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 446 de fecha 18 de abril de 2011.

*Diana B. Conti.*



## II

**Dictamen de comisión**

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros N° 8 del 4 de mayo de 2011 por el cual se comunica del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 446/2011, para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

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. Aconsejar el rechazo y la declaración de invalidez del decreto de necesidad y urgencia 446/2011 por ser violatorio a las normas constitucionales aplicables y, en consecuencia, nulo, sin perjuicio de estar de acuerdo con el fondo de la cuestión.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 11 de mayo de 2011.

*Luis P. Naidenoff. – Marcela V. Rodríguez.  
– Juan P. Tunessi. – Ramón J. Mestre. –  
Liliana T. Negre de Alonso.*

**INFORME**

*Honorable Cámara:*

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

**1. Consideraciones generales**

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

Textualmente el artículo 99 de la Constitución Nacional 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, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

No caben dudas de 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 respuesta 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.

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 el de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

Midón<sup>16</sup> señala que verificar si un decreto de necesidad y urgencia satisface el test de razonabilidad es una operación lógica que para el operador de la Constitución (Poder Judicial y/o Congreso) debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la Ley Fundamental. Esto es, la existencia de necesidad, más la urgencia, más los acontecimientos que impiden la deliberación del Congreso.

<sup>16</sup> Midón, Mario A. R., “Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales”, *La Ley*, 2001, Buenos Aires, p. 120.

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)* su manifestación expresa sobre la validez o invalidez, ya que el artículo 82 de la Constitución Nacional excluye todo intento de considerar convalidado un DNU por el mero silencio.

## 2. Análisis del DNU

### 2.1. Decreto 446/2011

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

DNU 446/2011, sancionado el 18 de abril de 2011 y publicado en el Boletín Oficial del 19 de abril de 2011, por el Poder Ejecutivo nacional: “Se sustituye el inciso *c)* del artículo 1° de la ley 24.714 incorporado por el decreto 1.602/09, el cual quedará redactado de la siguiente forma: *c)* Un subsistema no contributivo compuesto por la asignación por embarazo para protección social y la asignación universal por hijo para protección social, destinado, respectivamente, a las mujeres embarazadas y a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina que pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal” (artículo 1°). Se incorpora como inciso *j)* del artículo 62 de la ley 24.714 y sus modificatorios el siguiente: *j)* Asignación por embarazo para protección social (artículo 2°). Se incorpora como artículo 14 quáter de la ley 24.714 y sus modificatorios el siguiente: artículo 14 quáter. La asignación por embarazo para protección social consistirá en una prestación monetaria no retributiva mensual que se abonará a la mujer embarazada desde la decimosegunda semana de gestación hasta el nacimiento o interrupción del embarazo. Sólo corresponderá la percepción del importe equivalente a una (1) asignación por embarazo para protección social, aun cuando se trate de embarazo múltiple. La percepción de esta asignación no será incompatible con la asignación universal por hijo para protección social por cada menor de dieciocho (18) años, o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado, a cargo de la mujer embarazada (artículo 3°). Se incorpora como artículo 14 quinquies de la ley 24.714 y sus modificatorios el siguiente: artículo 14 quinquies. Para acceder a la asignación por embarazo para protección social, se requerirá: *a)* que la embarazada sea argentina nativa o por opción, naturalizada o residente, con residencia legal en el país no inferior a tres (3) años previos a la solicitud de la asignación; *b)* acreditar identidad, mediante documento nacional de identidad; *c)* la acreditación del estado de embarazo mediante la inscripción en el Plan Nacer del Ministerio de Salud. En aquellos casos que prevea la reglamentación, en que la embarazada cuente con cobertura de obra social, la acreditación del estado de embarazo será mediante certificado médico expedido de conformidad

con lo previsto en dicho plan para su acreditación. Si el requisito se acredita con posterioridad al nacimiento o interrupción del embarazo, no corresponde el pago de la asignación por el período correspondiente al de gestación; *d)* la presentación por parte del titular del beneficio de una declaración jurada relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos por la presente y a las calidades invocadas. De comprobarse la falsedad de alguno de estos datos, se producirá la pérdida del beneficio, sin perjuicio de las sanciones que correspondan (artículo 4°). Se incorpora como inciso *i)* del artículo 18 de la ley 24.714 y sus modificatorios el siguiente: ‘I. Asignación por embarazo para protección social: la mayor suma fijada en el inciso *a)*. Durante el período correspondiente entre la decimosegunda y la última semana de gestación, se liquidará una suma igual al ochenta por ciento (80 %) del monto previsto en el primer párrafo, la que se abonará mensualmente a las titulares a través del sistema de pago de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES); el veinte por ciento (20 %) restante será abonado una vez finalizado el embarazo y en un solo pago, a través del mismo sistema que se utilice para la liquidación mensual de esta asignación, en la medida que se hubieran cumplido los controles médicos de seguimiento previstos en el Plan Nacer del Ministerio de Salud. La falta de acreditación producirá la pérdida del derecho al cobro del veinte por ciento (20 %) reservado (artículo 5°). La asignación por embarazo para protección social se encuentra alcanzada por las previsiones de los artículos 8° y 9° del decreto 1.602/09 (artículo 6°). Se faculta al titular de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), para el dictado de las normas interpretativas, aclaratorias y complementarias necesarias para la implementación del presente (artículo 7°). Se encomienda a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), la adopción de las medidas conducentes para la aplicación del presente régimen en un plazo máximo que no podrá superar el 12 de mayo del año 2011 (artículo 8°)...’.”

Es menester analizar si el DNU transcrito cumple con los requisitos formales y sustanciales para su emisión exigidos por la norma constitucional.

### 2.2. Requisitos formales

El decreto de necesidad y urgencia, objeto de análisis, desde el punto de vista formal cumple a nuestro entender los requisitos exigidos por la Constitución Nacional. A saber ya que:

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

– El decreto no 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.

Al no haber remitido oportunamente el jefe de Gabinete de Ministros el mensaje que comunique el dictado del DNU en el plazo estipulado por la Constitución

Nacional (artículo 99, inciso 3) se consolida un vicio formal que produce la nulidad del decreto.

### 2.3. *Requisitos sustanciales*

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

– *Principio general*: “... El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insana-ble, 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 juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

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

En este sentido es clarificador el criterio de la Corte en el caso “Verrocchi”<sup>17</sup> que [...] “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución; vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere 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”.

Recientemente en el fallo “Consumidores argentinos”,<sup>18</sup> la Corte afianza lo ya establecido en el precedente “Verrocchi”, aunque de una manera más tajante; sostiene que: “...cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional 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...”.

La Corte además sostiene que “...el texto constitucional no habilita a concluir en que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inciso 3, del artículo 99, sea la necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo en imponer su agenda, habitualmente de origen político circunstancial, sustituyendo al Congreso de la Nación en el ejercicio de la actividad legislativa que le es propia.

”Aún así, la realidad de la praxis constitucional muestra que el Poder Ejecutivo no se siente condicionado por la norma suprema, ni por principios tales como la división de poderes, la forma republicana de gobierno, la distribución de competencias y los controles inter órganos, entre otros...”<sup>19</sup>

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

En consecuencia, siendo el principio constitucional general la prohibición de legislar por parte del Ejecutivo, y no la excepción, corresponde aplicar un criterio restrictivo cuando se trata de juzgar la validez de decretos de necesidad y urgencia dictados por dicho poder.<sup>20</sup>

Sometiendo a esta prueba (test) de constitucionalidad al DNU 446/11 remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos por la Carta Magna.

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 como fundamento principal el decreto alega:

“...Que la necesidad de brindar ayuda inmediata a las situaciones descritas dificulta seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional...”.

De los argumentos planteados en el DNU se desprende claramente que no existe un presupuesto habilitante para el dictado de esta norma de excepción. En efecto, estamos ante el abuso de la utilización de este instrumento por parte del Poder Ejecutivo, que constituye una de las mayores fuentes de distorsión del principio de separación de poderes.

<sup>19</sup> Ídem nota anterior. Considerando 16, voto del doctor Maqueda.

<sup>17</sup> Fallos, 322: 1726, considerando 9, párrafo 1.

<sup>18</sup> Fallo “Consumidores argentinos c/EN-PEN-decreto 558/02-SS - ley 20.091 s/amparo ley 16.986”; voto de la mayoría, considerando 13.

<sup>20</sup> Fallos, 322-1726, considerando 7; en igual sentido: Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, La Ley, 2004, Buenos Aires, página 1259.

Como fundamento de la medida se deben descartar los criterios de mera conveniencia, ajenos a circunstancias de extrema 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 como observamos deja sentado en forma clara y palmaria la Corte en el fallo “Consumidores argentinos”.

### 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, cuando el Congreso se encontraba en funciones y no ocurría acontecimiento excepcional alguno para justificar la adopción de esta medida.

En este sentido, del propio DNU 446/2011 se desprende que no existe urgencia; lo que hace este DNU es apropiarse de competencias que el constituyente puso en cabeza del Congreso Nacional.

Además, no caben dudas de que un proyecto de ley con el contenido de este DNU, hubiere sido tratado de manera preferencial y discutido en plazos inmediatos acorde a las necesidades del caso por el Congreso Nacional, pero esto no aconteció así, porque se evadió la discusión plena de la medida.

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

Asimismo, 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.

Por ello, toda vez que el decreto de necesidad y urgencia sometido a examen no cumple los requisitos sustanciales ni los formales exigidos por la Carta Magna, a fin ejercer un debido control, es que esta Comisión Bicameral Permanente no puede convalidar el dictado del mismo y en consecuencia propone declarar su invalidez.

*Luis P. Naidenoff. – Juan P. Tunessi. – Ramón J. Mestre. – Liliana T. Negre de Alonso.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

### I. Introducción

En 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 excepcionales hicieren imposible el abordaje de situaciones de extrema gravedad a través de su actuación, 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: “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 constante 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<sup>21</sup> sostuvo que “el sistema de gobierno argentino es un presidencialismo absolutamente hipertrofiado”. 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.<sup>22</sup>

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, la Corte<sup>23</sup> 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.

Como se puede observar, este fallo asienta y 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,

<sup>21</sup> Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Bs. As., 2ª reimpression, 2002, p. 523.

<sup>22</sup> Ver el caso, por ejemplo, del lanzamiento del Plan Austral durante la presidencia de Alfonsín.

<sup>23</sup> CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, *La Ley*, 1991-C, 158.



dispone que éste –su dictado– sólo tiene carácter excepcional y restringido a situaciones que importan una 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 claras limitaciones para acotar su uso.

Así, el artículo 99, inciso 3, comienza afirmando: “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: “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, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

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

### I.1. *Requisitos sustantivos y formales para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia*

#### I.1.1. *Una interpretación restrictiva*

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

En este sentido, cabe aclarar que 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.

Ésta 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 con el cual todas las normas del sistema que forman la Constitución Nacional puedan ser interpretadas de manera que se concilien entre ellas. En este sentido, 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 Nacional.<sup>24</sup>

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: “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 los 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”<sup>25</sup> 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 [...] Consideréese que la reforma fue fruto de la voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista”.<sup>26</sup> 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

<sup>25</sup> CSJN; 19/8/1999; “Verrocchi, Ezio c/Administración Nacional de Aduanas”; *La Ley*, 2000-A, 88.

<sup>26</sup> Considerando 7.

<sup>24</sup> *Fallos*, 281:147 y otros.

una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”.<sup>27</sup>

En el caso “Guida”,<sup>28</sup> Petracchi<sup>29</sup> recordó la formulación de este principio general. Y eso mismo vuelve a suceder en la causa “Kupchik”,<sup>30</sup> en el voto de la mayoría.<sup>31</sup>

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”.<sup>32</sup>

Aclarada la cuestión referida a cuál es el principio rector en la materia, corresponde evaluar los diversos requisitos, sustantivos y formales, que existen como prerequisite para la validez de los decretos de necesidad y urgencia.

## I.2. Requisitos sustantivos

### I.2.1. 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 Nacional para la sanción de las leyes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto a este requisito fáctico, ha sostenido en el caso “Video Club Dreams”<sup>33</sup> que “debe existir una situación de grave riesgo social”.<sup>34</sup> 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”,<sup>35</sup> 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 Suprema, con mayoría integrada por Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, confirmó la decisión.

<sup>27</sup> Considerando 8.

<sup>28</sup> CSJN; 2/6/2000; “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo”; *La Ley*, 2000-C, 828.

<sup>29</sup> Considerando 8 de su disidencia.

<sup>30</sup> CSJN; 17/3/1998; “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/Banco Central y otro”; *Fallos*, 321:366.

<sup>31</sup> Considerando 14.

<sup>32</sup> Corte IDH; opinión consultiva 6/86; de 9 de mayo de 1986, párr. 36.

<sup>33</sup> CSJN; 6/6/1995; “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”; *La Ley*, 1995-D, 247.

<sup>34</sup> Considerando 15.

<sup>35</sup> CSJN; 24/11/1998; “Della Blanca, Luis E. y otro c/Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.”; *La Ley*, 1999-B, 415.

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”.<sup>36</sup>

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”.<sup>37</sup>

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”.<sup>38</sup>

Esta misma exigencia, en cuanto a las consecuencias de las circunstancias excepcionales, también ha sido requerida por la Corte Suprema. Así, en el caso ya citado “Verrocchi”,<sup>39</sup> 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”.

<sup>36</sup> Considerando 4.

<sup>37</sup> Quiroga Lavié, H., *Constitución Argentina comentada*, p. 621.

<sup>38</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 433.

<sup>39</sup> *Op. cit.*

te, 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”.<sup>40</sup>

En el caso “Casime”,<sup>41</sup> 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”,<sup>42</sup> 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”.<sup>43</sup>

Recientemente, por voto concurrente de sus siete miembros, la Corte Suprema falló en el caso “Consumidores Argentinos”,<sup>44</sup> manteniendo explícitamente la jurisprudencia de “Verrocchi” en cuanto a la excepcionalidad de las circunstancias, su caracterización y la posibilidad de su control judicial a los efectos de declarar la eventual inconstitucionalidad del decreto.<sup>45</sup>

Por último, la Corte también ha sostenido que las circunstancias excepcionales deben ser reconocidas por el propio Congreso de la Nación.<sup>46</sup>

### 1.2.2. 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”.<sup>47</sup> 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”,<sup>48</sup> la Corte Suprema 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 International ART”,<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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”.<sup>51</sup> 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”.<sup>52</sup>

### 1.2.3. La motivación

El tercer requisito sustantivo se deriva del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1°

<sup>40</sup> *Op. cit.*, considerando 9.

<sup>41</sup> CSJN; 20/02/2001; “Casime, Carlos A. c. Estado nacional”; DT 2001-A, 775.

<sup>42</sup> CSJN; “Risolia de Ocampo, María J. c/Rojas, Julio C. y otros”, *Fallos*, 323:1934.

<sup>43</sup> Considerando 7.

<sup>44</sup> CSJN, “Consumidores Argentinos c/EN - PEN - decreto 558/02-SS - ley 20.091 s/amparo ley 16.986”. Sentencia del 19 de mayo de 2010.

<sup>45</sup> Considerandos 11 y 13 del voto de Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt, al que dan por reproducido Maqueda y Highton. Petracchi directamente remite a su voto en “Verrocchi”.

<sup>46</sup> *Fallos*, 173:65.

<sup>47</sup> Balbín, C., *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, La Ley, 2004, p. 119.

<sup>48</sup> *Op. cit.*

<sup>49</sup> CSJN; 21/11/2000; Berkley International ART c/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, *Fallos*, 323:3770.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Corte IDH; *op. cit.*, párr. 22.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, párr. 24.

de la Constitución Nacional<sup>53</sup> 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”,<sup>54</sup> es decir, que no debe ser vaga o genérica. En este mismo sentido, Gordillo sostiene que “la garantía de la fundamentación 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”.<sup>55</sup>

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 desea preservar a través de su dictado, las razones por las cuales no 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.<sup>56</sup> 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”.<sup>57</sup>

También, respecto a este requisito, la Corte Suprema ha hecho expresas consideraciones interpretativas. Así,

<sup>53</sup> “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”

<sup>54</sup> Buj Montero, M., “El acto administrativo: elementos” en *Manual de derecho administrativo*; Farrando I. (coordinador); Depalma, 2000, Bs. As., p. 197.

<sup>55</sup> Gordillo, A., *Tratado de derecho administrativo*; tomo III, 9ª edición, Bs. As., F.D.A., 2007, 13.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Tawil, Guido Santiago y Monti, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 83. Cabe recordar que el artículo 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos incorporó la motivación como uno de los requisitos esenciales del acto, cuya ausencia deriva en la nulidad.

en “Video Club Dreams”<sup>58</sup> sostuvo que lo 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”,<sup>59</sup> 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 lo trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes en materia laboral”. En la causa “Smith”,<sup>60</sup> 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”.<sup>61</sup>

#### 1.2.4. 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”.<sup>62</sup>

La Corte Suprema sostuvo esta idea en el citado caso “Sallago”,<sup>63</sup> 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

<sup>58</sup> *Op. cit.*

<sup>59</sup> *Op. cit.*

<sup>60</sup> CSJN; 1º/2/2002; “Banco de Galicia y Buenos Aires s/sollicita intervención urgente en: Smith, Carlos c/PEN s/sumarísimo”; *LLP* 2002, 112.

<sup>61</sup> Considerando 11.

<sup>62</sup> Bidart Campos, G., *op. cit.*, p. 805.

<sup>63</sup> CSJN; 10/10/1996; “Sallago Alberto c/Astra CAPSA”; *La Ley*, 1998-C, 950.



y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”.<sup>64</sup>

### 1.2.5. *La temporalidad*

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, temporal), el acto del Poder Ejecutivo debe tener una vigencia acotada, es decir, sujeta a término.

Ya en 1959, la Corte Suprema sostuvo, respecto a las medidas en emergencia, que “la emergencia dura el tiempo que duran las causas que la han originado”.<sup>65</sup>

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 presume razonablemente durará la emergencia o bien el indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesario su dictado.

### 1.3. *Requisitos formales: análisis de la ley 26.122*

Cuando se reflexiona sobre 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.<sup>66</sup> En relación con esta segunda función, “el contralor del gobierno por parte del Parlamento comprende, por cierto la constitucionalidad y legalidad de sus actos”.<sup>67</sup>

Por lo 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 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”.<sup>68</sup>

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. El bicameralismo permite una instancia de revisión más a las decisiones tomadas e implica un debate más amplio y representativo, 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: “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

<sup>64</sup> Considerando 4.

<sup>65</sup> CSJN; 15/5/1959; “Nadur, Amar c/Borelli, Francisco”.

<sup>66</sup> De Vergotini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1987. Citado en Nino, C., *op. cit.*, pág. 531.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, pág. 535.

<sup>68</sup> Susana Cayuso, “La delegación legislativa, los derechos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”. *La Ley*, 2006-D, 1435.

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 Constitución Nacional. 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*”. (La cursiva nos pertenece.) 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 podría ser que dicho decreto es válido, pero tal interpretación implicaría contravenir la letra de la Constitución.<sup>69</sup>

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 cursiva es nuestra.) 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 aquéllas dentro de su competencia. Por ello la norma no especifica 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”.<sup>70</sup>

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 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”, respectivamente.

Por lo tanto, también aquí debe rechazarse cualquier tipo de interpretación que pretenda inferir que es posible otorgarle al silencio un carácter convalidante contrario a la norma constitucional.<sup>71</sup> Al respecto, Cayuso 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 infraconstitucional que invierta el principio general es inconstitucional.”<sup>72</sup> 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”.<sup>73</sup>

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.<sup>74</sup>

## 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,

<sup>71</sup> 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 2007-1-1328.

<sup>72</sup> Susana Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”. *La Ley*, 2006-D, 1435.

<sup>73</sup> Gelli, M. A., *op. cit.*, p. 697.

<sup>74</sup> Pérez Sanmartino, Osvaldo A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”; *La Ley*, Sup. Act 17/8/2006, 1.

<sup>69</sup> Gelli, M. A., *Constitución Nacional comentada y concordada*; La Ley, 2002, p. 439.

<sup>70</sup> *Op. cit.*

“la función del Congreso no puede quedar circunscrita 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”.<sup>75</sup>

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 o los decretos de necesidad y urgencia. 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.

#### II. Análisis del decreto de necesidad y urgencia 446/11

El decreto de necesidad y urgencia 446 por el cual se modifica la ley 24.714 en relación con la asignación por embarazo para protección social fue dictado por el Poder Ejecutivo nacional (PEN) el 18 de abril de 2011, y publicado en el Boletín Oficial de fecha 19 de abril de 2011.

##### II.1. Incumplimiento de los requisitos para el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 446/11

No concurren las circunstancias exigidas por el artículo 99, inciso 3, para que el Poder Ejecutivo haga facultad excepcional de dictar decretos de necesidad y urgencia. No existen circunstancias excepcionales que impidan seguir los trámites legislativos ordinarios.

Al sostener que no concurren las circunstancias excepcionales que habilitan el dictado de un DNU de ningún modo pretendemos restar importancia al severo problema de la pobreza y exclusión de nuestro país y, menos aún, subestimar que la medida adoptada probablemente redunde en un impacto progresivo en materia distributiva. Todos los poderes del Estado deben tomar las medidas que sean necesarias para luchar contra la pobreza y la exclusión y garantizar los

derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, es necesario que cada uno de los poderes lo haga dentro del ámbito de sus competencias. Del mismo modo que no admitiríamos que un juez dictara una resolución con carácter de ley, no podemos admitir que el PEN haga uso de facultades legislativas cuando no concurren los requisitos para ello.

En los considerandos del decreto, el PEN intenta explicar las razones por las que las modificaciones que se realizan son convenientes. El PEN sostiene: “Que en el marco de la política social que está llevando a cabo el gobierno y considerando los resultados positivos que ha generado la incorporación de la citada asignación universal por hijo para protección social en lo concerniente a la reducción de la pobreza, resulta conveniente continuar ampliando la cobertura de las asignaciones familiares, optimizando progresivamente los beneficios que brinda el Sistema de Seguridad Social...”. Agrega el PEN que “...a los efectos de darle protección a la madre embarazada resulta necesario establecer una prestación que dé cobertura a la contingencia del estado de embarazo de aquellas mujeres que se encuentran en similares condiciones que las personas que acceden a la asignación universal por hijo para protección social...”. La finalidad del decreto es proteger a las mujeres embarazadas que hoy se encuentran con un nivel de protección menor al que gozan otras mujeres embarazadas. Si bien el decreto pretende atender una situación de inequidad social que debe ser debidamente enfrentada, esta situación de ningún modo pone en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado.

Por otro lado, tomar una medida como la creación de una asignación universal por hijo para protección social, que pretende (o debería pretenderlo) tener permanencia en nuestro sistema jurídico como una política pública destinada a garantizar un derecho humano fundamental a través de un DNU es irrazonable y vulnera el requisito de que las medidas tomadas a través de decretos de necesidad y urgencia sean temporales. Por definición, un decreto de necesidad y urgencia es una norma destinada a lidiar con una situación de emergencia (que siempre es temporal) y, en consecuencia, debe indicar cuál será la duración de la medida. Es por esa razón que las medidas tomadas por esta vía no deben utilizarse para modificar permanentemente el régimen jurídico.

El hecho de que un DNU modifique de modo permanente el régimen jurídico demuestra que no estaba destinado a enfrentarse con una situación excepcional de emergencia sino a vulnerar la prohibición del PEN de dictar normas de carácter legislativo.

Con respecto al requisito de que sea imposible seguir los trámites legislativos ordinarios, el PEN sostuvo: “Que la necesidad de brindar ayuda inmediata a las situaciones descritas dificulta seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional”. Este mero formulis-

<sup>75</sup> Balbín, C., *op. cit.*, p. 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia*, Ed. Depalma, 1995, p. 252.

mo que el PEN, reiteradamente, utiliza para pretender “fundar” todos los DNU dictados, no es suficiente para acreditar que concurre la clase de circunstancias excepcionales necesarias para el dictado de un DNU. Lo más preocupante es que el PEN ni siquiera hace un esfuerzo sincero para motivar adecuadamente el DNU.

El día 18 de abril de 2011, fecha en que el decreto fue dictado, el Congreso se encontraba en sesiones ordinarias. Nada impedía que esta iniciativa fuera enviada como un proyecto de ley, para que fuera el Congreso quien se expidiera 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. La cuestión de las asignaciones familiares ha sido objeto de muchas iniciativas legislativas, incluso anteriores al dictado del DNU 1.602/09.<sup>76</sup> Además, con posterioridad al dictado del DNU 1.602/09, se siguieron presentando y mantuvieron estado parlamentario proyectos sobre esta temática, lo que demuestra la voluntad del Congreso de la Nación de debatir y sancionar una ley en la materia. Actualmente, tienen estado parlamentario más de cuarenta<sup>77</sup> proyectos de ley que proponen modificaciones a la Ley de Asignaciones Familiares, de los cuales varios proponen incluir este beneficio a las mujeres embarazadas.<sup>78</sup>

A su vez, la apreciación de la medida de los tiempos parlamentarios no puede ser sustraída de la política. Algunos proyectos de ley son sancionados en seis días,<sup>79</sup> mientras otros pueden tardar años o incluso nunca ser tratados por las comisiones parlamentarias. El factor determinante es la voluntad política del Congreso para sancionar –y con qué urgencia– una iniciativa legislativa. La ausencia de esta voluntad política no habilita al PEN al dictado de DNU. Justamente, la negativa del Congreso a tratar una iniciativa del PEN, es una prerrogativa política del Parlamento, la falta de quórum en el pleno de las Cámaras o la decisión deliberada de dilatar el tratamiento de un proyecto no pueden jamás justificar el dictado de un DNU. Tal es la interpretación que hiciera Quiroga Lavié al sostener que no puede usarse el instrumento de excepción 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.<sup>80</sup> En este mismo sentido, la Corte Suprema ha expresado que “...cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional 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...”<sup>81</sup> Una lectura contraria supondría entender que el PEN tiene dos vías para asegurar el dictado de una ley, el envío de un proyecto al Congreso, o el dictado de un DNU, si por alguna razón considerara que éste tiene pocas posibilidades de ser aprobado en los términos y plazo necesarios de acuerdo con el criterio discrecional del propio PEN. Tal lectura implica concebir un Congreso atrofiado en el ejercicio de su facultad legisferante y una concentración de poder en la rama ejecutiva que entra en contradicción con la regla general del artículo 99, inciso 3, y con el propio artículo 29 de la Constitución Nacional. En este sentido, cabe concluir que la referencia a los tiempos parlamentarios para el dictado de leyes, debe remitir a un nivel de urgencia que exija que la norma en cuestión deba entrar en vigor de modo inmediato, con tal premura que el paso de una Cámara a la otra y las horas de discusión en cada una de ellas impliquen una dilación intolerable y de entidad suficiente como para privar de eficacia a la norma.

Si bien es posible que la premura sirva para perfeccionar el funcionamiento de la administración, e incluso para asegurar en ocasiones el ejercicio de derechos, la herramienta de los DNU no es concebida para simplemente optimizar la gestión, sino a los efectos de permitir la acción en circunstancias de gravedad extrema. En otros términos, los fines de un DNU no pueden ser meramente convenientes, sino que deben ser de una entidad trascendente. Siempre existe –desde diversos puntos de vista– la posibilidad de mejorar el funcionamiento de la administración, de no ser así no habría competencia electoral posible, pero esta posibilidad no justifica de ninguna manera el ejercicio de facultades legislativas, por regla general vedadas al PEN. La rama ejecutiva no puede invocar un dispositivo de excepción con el propósito de dinamizar el ejercicio de políticas públicas o en busca de una conveniencia cuyo contenido es –desde luego– discutible.

La búsqueda de eficiencia no es una urgencia en términos del artículo 99, inciso 3, de nuestra Constitución.

<sup>76</sup> Por ejemplo, 2.467-D.-2008, 3.892-D.-2009, 1.914-D.-2009 y 440-D.-2009.

<sup>77</sup> Consultar [www.hcdn.gov.ar](http://www.hcdn.gov.ar) y [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar). Existen al menos 36 proyectos de ley iniciados en Diputados, que proponen modificaciones a la Ley de Asignaciones Familiares. En Senado, al menos 9 iniciativas.

<sup>78</sup> A modo de ejemplo, expedientes 2.372-D.-2010, 5.037-D.-2010, 7.922-D.-2010, etcétera.

<sup>79</sup> Éste fue el caso de la sanción de la reforma a la Ley de Ministerios del año 2007; el proyecto del PEN luego conocido como ley 26.338, fue sancionado por ambas Cámaras entre los días 4 y 5 de diciembre de 2007, habiendo ingresado el proyecto, el 30/11/07.

<sup>80</sup> Quiroga Lavié, H., *Constitución argentina comentada*, p. 621.

<sup>81</sup> CSJN, Consumidores argentinos c/EN. PEN. Decreto 558/02-SS., ley 20.091 s/amparo ley 16.986. Sentencia del 19 de mayo de 2010, considerando 13 del voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni.



Justamente, lo que la democracia resigna en eficiencia lo gana en inclusión, participación y libertad. Pero, además, aunque no caben dudas de que las violaciones más graves a los derechos humanos cometidas por el estado están asociadas a la pobreza, la marginalidad y la exclusión, es justamente por estas violaciones que hay que promover desde el Estado la inclusión, el debate y la participación. Asimismo, debería ser el propio PEN uno de los primeros interesados en usar su facultad colegislativa enviando iniciativas al Congreso con el objeto de consagrar legislativamente políticas agresivas que aseguren la vigencia de los derechos humanos. Los modelos que por vía de la excepción se alejan de la democracia son más propensos a producir marginalidad y exclusión y conspiran seriamente contra el proyecto democrático de autonomía individual y colectiva.

La omisión de tratar esta cuestión en el Congreso no es ociosa y, por el contrario, responde a la sistemática cancelación de la deliberación pública en esta cuestión, con el consiguiente avasallamiento de las facultades privativas del Congreso, según lo explicaremos más adelante.

De hecho, si bien en el DNU 446/2011 dispone en el artículo 8: "Encomiéndase a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) la adopción de las medidas conducentes para la aplicación del presente régimen en un plazo máximo que no podrá superar el 1° de mayo del año 2011", el jefe de Gabinete de Ministros recién envió el decreto en tratamiento el día 4 de mayo de 2011. Esto es, ni siquiera este alto funcionario le ha reconocido la urgencia que pretende argüir el PEN. Y si bien si, conforme el citado artículo 8° del decreto, la ANSES dictó la resolución 235/2011 (Asignación por embarazo para protección social. Requisitos) el día 28 de abril de 2011, recién fue publicada en el Boletín Oficial el 9 de mayo de 2011.

Debemos destacar, finalmente, que, si el Poder Ejecutivo hubiera presentado un proyecto de ley para su consideración y tratamiento según el mecanismo constitucional apropiado, hubiésemos estado dispuestos a debatir y a colaborar para mejorar la iniciativa plasmada en el DNU 446/2011. Teniendo en consideración los plazos transcurridos desde el dictado del DNU hasta el dictado de la resolución de la ANSES citada, una iniciativa legislativa bien pudo haber sido aprobada por el Congreso de la Nación en cumplimiento con el ordenamiento constitucional. De hecho reiteradamente hemos sostenido que existían al momento de dictarse el DNU 1.602/09, como en el presente, proyectos de ley que impulsan iniciativas semejantes de representantes de diversos bloques parlamentarios. Ello demuestra la inequívoca voluntad política del Parlamento de sancionar una ley sobre esta materia, sin perjuicio de las diferencias sobre aspectos conceptuales, de alcances y de fuentes de los fondos de financiamiento, que hubieran sido objeto de una posición de consenso a los fines de garantizar estos derechos fundamentales.

En conclusión, no concurren las circunstancias exigidas por el artículo 99, inciso 3, para que el PEN dicte un decreto de necesidad y urgencia.

## II.2. *Análisis en particular del DNU 446/11*

Resulta pertinente aclarar, que si bien es un avance extender el alcance del número de beneficiarias a las mujeres embarazadas,<sup>82</sup> permanecen los vicios del dictamen de origen –DNU 1.602/09–, por las razones que brindáramos oportunamente en el momento de su tratamiento por esta Comisión Bicameral y a cual nos remitimos y que parcialmente reproduciremos seguidamente.<sup>83</sup>

El decreto 446/2011 tiene por objetivo la implementación de un nuevo beneficio de la seguridad social mediante la creación de la asignación por embarazo para protección social (AEPS) en la ley 24.714 que regula el Régimen de Asignaciones Familiares. Si bien consideramos que es un programa de transferencia condicionada no contributivo de mayor cobertura que incorpora al llamado "sector informal", los problemas conceptuales y operativos que presenta pueden disminuir su impacto distributivo.

La AEPS no es, en realidad, una prestación a la universalidad de las mujeres embarazadas. La AEPS es una asignación para el universo de mujeres embarazadas que no cuenten con cobertura de obra social (esto es, las mujeres que están desempleadas, las mujeres que están empleadas sin haber sido registradas como trabajadoras, y las mujeres que, estando en una u otra situación, pertenecen a un grupo familiar en el que ninguna persona está empleada); que sean argentinas nativas o por opción, naturalizadas o residentes, con residencia legal en el país no inferior a tres (3) años previos a la solicitud de la asignación; que tengan DNI; que acredite el estado de embarazo mediante la inscripción en el Plan Nacer del Ministerio de Salud; y que presente una declaración jurada relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos.<sup>84</sup>

Lejos de la pretendida universalidad y de la conceptualización de un derecho que cada mujer tiene en términos de garantizar una ciudadanía plena –y de ser una acción que reconozca la responsabilidad estatal y su función social a causa de la maternidad y de la crianza de hijos e hijas–, ésta es una política social focalizada hacia los sectores empobrecidos de la sociedad, que se establece como un beneficio de las mujeres embarazadas consideradas en términos

<sup>82</sup> Tal como sostuvimos el ingreso, asignación o beneficio –según el caso– reconocido para las mujeres embarazadas (así como a niños, niñas y adolescentes), ya se encontraba incluida en muchas de las iniciativas legislativas anteriores al dictado del DNU 1.602/09.

<sup>83</sup> Ver Orden del Día N° 2.244/2009 del 18/11/2009. Dictamen de Marcela V. Rodríguez.

<sup>84</sup> Artículo 4°, DNU 446/2011 y <http://www.anses.gov.ar/asignacion-por-embarazo-para-proteccion-social/archivos/instructivo.pdf>.

de su relación con el mercado de trabajo, pero no en términos de ciudadanía. En consecuencia, es concebido como un programa más, que se agrega a los ya existentes. La asignación establecida por este DNU es diferente a la reconocida a las mujeres trabajadoras registradas, y a las demás asignaciones de los trabajadores registrados y, en tal sentido, mantiene la separación y fragmentación del sistema de políticas de transferencias de ingresos, así como también perpetúa el mecanismo de diferenciación social que caracteriza al mercado de empleo.

Si bien resulta un gesto alentador que, finalmente el gobierno reconozca que la problemática social, laboral, económica, entre otras, que sufren millones de habitantes de este país requiere de soluciones que impliquen mayores transferencias de ingresos a los sectores desaventajados, también hay que subrayar que tal situación no se resuelve con la evolución del mercado de los/as trabajadores/as formales, sino que aún continúa vigente en un importante sector de la sociedad que no puede acceder siquiera a sus derechos elementales.

Una muestra más que evidente de que la “teoría del derrame” no funciona, es que si no desarrollamos un conjunto de políticas públicas que modifiquen estos problemas estructurales, continuaremos profundizando esta sociedad dual.

Es insoslayable destacar que el establecimiento de este beneficio no satisface el reclamo que diversas fuerzas políticas y sectores sociales venimos realizando desde hace tiempo por el establecimiento de un ingreso ciudadano efectivamente universal. Este reclamo implica el reconocimiento de un derecho que identifica al sujeto como ciudadano y se fundamenta en la pertenencia de las personas a un espacio político y económico.<sup>85</sup> Por el contrario, este beneficio se establece como un derecho que se reconoce a la trabajadora (desocupada o informal) que está embarazada.

Por el contrario, tal como afirman Rubén Lo Vuolo y Alberto Barbeito:<sup>86</sup> “Con el concepto de ingreso ciudadano (IC) [renta básica, *basic income*, *citizen's income*] se alude a un sistema integrado de políticas públicas cuyo objetivo es garantizar un ingreso incondicional a todas las personas.<sup>87</sup> De este modo se busca hacer efectivo el derecho a percibir un ingreso básico que es imprescindible para ser miembro pleno de la sociedad en la que el Estado ejerce su poder fiscal. Las características distintivas de la propuesta son la incondicionalidad y la universalidad del derecho a la percepción del ingreso básico.<sup>88</sup> [...] De este modo, el derecho a percibir un IC se diferencia de otras políticas que distribuyen ingresos entre las personas. Por ejemplo, no se requiere participar de un empleo remunerado (como es el caso del salario), ser declarado incapaz (pensión por invalidez), haber contribuido con una prima de seguro (jubilación ordinaria, asignaciones familiares), demostrar que se está desocupado (seguro de desempleo), ser calificado como pobre o indigente (transferencias monetarias condicionadas), etcétera”.

En tal sentido, estos autores agregan que dada la importancia del acceso a un ingreso básico como precondición para los derechos básicos fundamentales, el derecho a ese acceso “no puede depender de la situación laboral de las personas ni de otra condición vinculada a la situación de la familia o la comunidad a la que pertenece”, sin perjuicio de que el carácter personal de este derecho “no le quita la potencialidad para construir una sociedad justa que lleve a la práctica los ideales de igualdad y emancipación”.

Y añaden: “En términos operativos, una política de IC serviría para reorganizar de modo más eficiente las variadas, descoordinadas e ineficaces políticas de transferencias monetarias que hoy reciben algunas personas por parte del Estado. Esto involucra tanto a los subsidios directos típicos de las políticas sociales (asignaciones familiares, desempleo, jubilación básica, programas asistenciales, etcétera) como también a las transferencias indirectas implícitas en las políticas tributarias (como las deducciones por cargas de familia contempladas en el

<sup>85</sup> Existe amplia literatura, entre ellas se encuentra la publicación *Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano* (1995). R. M. Lo Vuolo, Buenos Aires, Argentina: Miño y Dávila / CIEPP. Ver proyecto de ley 2.467-D-2008. “¿Cuál es la diferencia conceptual entre esta propuesta y el tipo de políticas aplicadas hasta aquí en el área social? El Fincini pagaría un ingreso incondicional a cada niño/a, denominado aquí ‘Ingreso ciudadano de la niñez’ (INCINI). El INCINI consistirá en una suma de dinero uniforme, abonado mensualmente, para cuyo acceso no se establecen condicionantes o requisitos adicionales, sea por parte de los beneficiarios directos (los niños y niñas) como de sus padres o tutores. Es decir, no se exigirá que alguien sea declarado incapaz, haber contribuido previamente con una prima de seguro (privado o público), o que se demuestre que los niños o niñas –o sus familiares o tutores– estén desocupados o viviendo en situaciones de pobreza o indigencia”.

<sup>86</sup> Ingreso ciudadano para la niñez. Reelaborando ideas para construir una sociedad más igualitaria. Alberto C. Barbeito y Rubén M. Lo Vuolo, Serie Documentos de Trabajo N° 70, septiembre 2009, CIEPP. Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas.

<sup>87</sup> Para una aproximación al concepto y debates en torno a la propuesta del ingreso ciudadano, ver entre otros trabajos sobre el tema, Lo Vuolo, 1995; Lo Vuolo *et al.* 2002; Raventós, 1999, 2001 y 2007. Para una literatura más amplia consultar la información de la Red de Ingreso Ciudadano de la Argentina ([www.ingresociudadano.org](http://www.ingresociudadano.org)) y los enlaces allí establecidos (citado en Barbeito y Lo Vuolo).

<sup>88</sup> Entre otras experiencias que se aproximan a la propuesta, suele nombrarse el caso del Dividendo pagado por el Fondo Permanente de Alaska en EE.UU. y la ley 10.835, del 8 de enero de 2004, que instituyó la Renda Básica de Ciudadanía en Brasil. (Citado en Barbeito y Lo Vuolo.)

impuesto a los ingresos personales). El reconocimiento de la necesidad de acceso a niveles básicos de ingresos es el común denominador de todas estas políticas que, sin embargo, operan de modo descoordinado y no logran el objetivo que justifica su existencia.

“El objetivo final de la propuesta de IC es que todas las personas reciban de modo incondicional un ingreso suficiente para cubrir niveles básicos de consumo. Operativamente, ese ingreso se incorpora como un crédito fiscal efectivo en la declaración de impuestos a los ingresos personales (digamos, ganancias). De este modo, integrando el subsidio con el tributo, se lograría en la práctica que aquellas personas con niveles de ingresos superiores a ciertos mínimos ‘retornen’ al fisco el monto del IC que ‘no necesitan’. Para ello, se establece una escala graduada de tasas efectivas de impuesto según su nivel de ingresos, lo cual garantiza el impacto progresivo de la acción conjunta entre la política tributaria y la política de gasto público”.

Por tanto, es falaz la expresión de los decretos de necesidad y urgencia cuestionados de estar universalizando un derecho.

Otra de las graves deficiencias que presenta el programa que instrumenta el DNU radica en la explícita condicionalidad que se regula para acceder al beneficio de AEPS. El artículo 5° del decreto 446/2011 excluye del derecho a acceder a la AEPS a la mujer embarazada que no se realice los controles médicos que exige el Plan Nacer.<sup>89</sup> En lugar de que la vulneración del derecho a la salud se utilice como indicador de la existencia de un obstáculo a su pleno goce y ejercicio y, por lo tanto, se proceda a adoptar las medidas necesarias para que se restablezca tal derecho, se utiliza esta situación para privar a la mujer de este beneficio. De esta forma, esta condicionalidad tiene un carácter absolutamente punitivo.

Este tipo de condicionalidades que conllevan a la pérdida del beneficio, no tiene en cuenta, por un lado, que justamente una de las razones por las que se ha establecido este programa, es por el nivel de vulnerabilidad y exclusión en el que se encuentran estos grupos y, en tal sentido, no pueden seguir pagando los costos de estar sumidos en esta situación. Pero, por otro lado, cabe preguntarse, hasta qué punto el Estado se encuentra en condiciones de cumplir con la oferta de servicios de salud

realmente accesibles, de modo que todas aquellas mujeres que puedan acceder al beneficio puedan realmente cumplir con los requisitos. Si se pretende establecer esta condicionalidad, ello debe acompañarse de un conjunto de programas y acciones que garanticen un efectivo acceso –incluyendo cercanía geográfica– al derecho a la salud, con la suficiente inversión en tal materia. Nada de ello está previsto en el decreto en cuestión.

Por las razones enunciadas, y sin dejar de reconocer el probable impacto distributivo que podría generar el cuestionado decreto, por la violación de los requisitos constitucionales exigidos para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, aconsejamos la declaración de nulidad e invalidez del decreto de necesidad y urgencia 446/2011.

*Marcela V. Rodríguez.*

Buenos Aires, 19 de mayo de 2011.

*Al señor presidente del Honorable Senado de la Nación, don Julio César Cobos.*

S/D.

De mi mayor consideración:

Me es grato dirigirme a usted a fin de solicitar se incorpore mi firma al dictamen emitido por la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo, identificado como expediente S.-1.116/11, mediante el cual se declara la validez del decreto 446/11, por el cual se modifica la ley 24.714, con relación a la asignación por embarazo para la protección social (8-J.G.M.-2011).

Sin otro particular, lo saludo muy cordialmente.

*Marcelo H. Guinle.*

#### ANTECEDENTE

#### **Mensaje del Poder Ejecutivo nacional**

Buenos Aires, 18 de abril de 2011.

VISTO las leyes 24.714 y 26.061 y el decreto 1.602 del 29 de octubre de 2009, y

CONSIDERANDO:

Que es obligación del Estado nacional adoptar políticas públicas que permitan mejorar la situación de los grupos familiares en situación de vulnerabilidad social.

Que la ley 24.714 instituyó con alcance nacional y obligatorio un régimen de asignaciones familiares otorgando distintas prestaciones destinadas a la protección del grupo familiar.

Que el decreto 1.602/09 creó la asignación universal por hijo para protección social, incluyendo en el Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la ley 24.714 a los grupos familiares no alcanzados por las mismas, previstas en el mencionado régimen, en la medida que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal.

<sup>89</sup> Los controles que exige el Plan Nacer son: 5 controles médicos que consisten en: peso, medición de la embarazada, control mamario, medición de la panza, latidos del bebé y Papanicolau. Recibir información sobre cuidados durante el embarazo, luego del parto y del recién nacido, situaciones de consultas urgentes durante el embarazo y luego del parto, lactancia materna, etcétera. Odontología: examen odontológico. Análisis de sangre y orina: grupo sanguíneo, chagas, sífilis, sida, cultivo de orina, etcétera. Vacunas: dos dosis de vacuna doble (tétano y difteria) en el embarazo y una dosis de vacuna doble viral (sarampión y rubéola). Luego del parto, 2 ecografías.

Que el artículo 14 bis de la ley 24.714 define la asignación universal por hijo para protección social y su alcance, y el artículo 14 ter de la mencionada ley establece los requisitos que deben cumplirse para su percepción.

Que en el marco de la política social que está llevando a cabo el gobierno y considerando los resultados positivos que ha generado la incorporación de la citada asignación universal por hijo para protección social en lo concerniente a la reducción de la pobreza, resulta conveniente continuar ampliando la cobertura de las asignaciones familiares, optimizando progresivamente los beneficios que brinda el Sistema de Seguridad Social.

Que la mortalidad materna es un indicador de la injusticia social, la inequidad de género y la pobreza, ya que el problema se vincula estrechamente con las dificultades de acceso a la educación y a los servicios de atención médica especializados.

Que entendemos que la cobertura en el ámbito de la seguridad social debe ser atendida desde el estado de gestación, de forma tal de brindar a la madre embarazada programas públicos de atención de diagnóstico y tratamiento oportuno, disminuyendo de esta forma los índices de mortalidad maternal, perinatal, neonatal e infantil que se encuentran asociados a problemas en el acceso a los servicios de salud.

Que el hecho de que la mortalidad maternal, perinatal y neonatal sea superior en los estratos de ingresos más bajos, indica que hacer universales los programas públicos, es una cuestión de equidad y justicia social.

Que a los efectos de darle protección a la madre embarazada resulta necesario establecer una prestación que dé cobertura a la contingencia del estado de embarazo de aquellas mujeres que se encuentran en similares condiciones que las personas que acceden a la asignación universal por hijo para protección social.

Que como requisito obligatorio para el cobro del ciento por ciento (100 %) de la asignación creada por el presente, para la cobertura del estado de embarazo, resulta imprescindible exigir el cumplimiento de los controles sanitarios con la inscripción al Plan Nacer del Ministerio de Salud o la certificación médica expedida de conformidad con dicho plan, para los casos que cuenten con cobertura de obra social.

Que la necesidad de brindar ayuda inmediata a las situaciones descritas dificulta seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional.

Que la ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

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

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

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

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

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

Por ello,

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

DECRETA:

Artículo 1° – Sustitúyese el inciso c) del artículo 1° de la ley 24.714, incorporado por el decreto 1.602/09, el cual quedará redactado de la siguiente forma:

- c) Un subsistema no contributivo compuesto por la asignación por embarazo para protección social y la asignación universal por hijo para protección social, destinado, respectivamente, a las mujeres embarazadas y a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina, que pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal.

Art. 2° – Incorpórase como inciso j) del artículo 6° de la ley 24.714 y sus modificatorios, el siguiente:

- j) Asignación por embarazo para protección social.

Art. 3° – Incorpórase como artículo 14 quáter de la ley 24.714 y sus modificatorios, el siguiente:

Artículo 14 quáter: La asignación por embarazo para protección social consistirá en una prestación monetaria no retributiva mensual que se abonará a la mujer embarazada desde la duodécima semana de gestación hasta el nacimiento o interrupción del embarazo.

Sólo corresponderá la percepción del importe equivalente a una (1) asignación por embarazo



para protección social, aún cuando se trate de embarazo múltiple. La percepción de esta asignación no será incompatible con la asignación universal por hijo para protección social por cada menor de dieciocho (18) años, o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado, a cargo de la mujer embarazada.

Art. 4° – Incorpórase como artículo 14 quinquies de la ley 24.714 y sus modificatorios, el siguiente:

Artículo 14 quinquies: Para acceder a la asignación por embarazo para protección social, se requerirá:

- a) Que la embarazada sea argentina nativa o por opción, naturalizada o residente, con residencia legal en el país no inferior a tres (3) años previos a la solicitud de la asignación;
- b) Acreditar identidad, mediante documento nacional de identidad;
- c) La acreditación del estado de embarazo mediante la inscripción en el Plan Nacer del Ministerio de Salud. En aquellos casos que prevea la reglamentación, en que la embarazada cuente con cobertura de obra social, la acreditación del estado de embarazo será mediante certificado médico expedido de conformidad con lo previsto en dicho plan para su acreditación. Si el requisito se acredita con posterioridad al nacimiento o interrupción del embarazo, no corresponde el pago de la asignación por el período correspondiente al de gestación;
- d) La presentación por parte del titular del beneficio de una declaración jurada relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos por la presente y a las calidades invocadas. De comprobarse la falsedad de alguno de estos datos, se producirá la pérdida del beneficio, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Art. 5° – Incorpórase como inciso l) del artículo 18 de la ley 24.714 y sus modificatorios, el siguiente:

- l) Asignación por embarazo para protección social: la mayor suma fijada en el inciso a).

Durante el período correspondiente entre la duodécima y la última semana de gestación, se liquidará una suma igual al ochenta por ciento (80 %) del monto previsto en el primer párrafo, la que se abonará mensualmente a las titulares a través del sistema de pago de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). El veinte por ciento (20 %) restante será abonado una vez finalizado el embarazo y en un sólo pago, a través del mismo sistema que se utilice para la liquidación mensual de esta asignación, en la medida que se hubieran cumplido los controles médicos de seguimiento previstos en el Plan Nacer del Ministerio de Salud.

La falta de acreditación producirá la pérdida del derecho al cobro del veinte por ciento (20 %) reservado.

Art. 6° – La asignación por embarazo para protección social se encuentra alcanzada por las previsiones de los artículos 8° y 9° del decreto 1.602/09.

Art. 7° – Facúltase al titular de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), para el dictado de las normas interpretativas, aclaratorias y complementarias necesarias para la implementación del presente.

Art. 8° – Encomiéndase a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) la adopción de las medidas conducentes para la aplicación del presente régimen en un plazo máximo que no podrá superar el 1° de mayo del año 2011.

Art. 9° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 10. – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 446

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Aníbal D. Fernández. – Aníbal F. Randazzo. – Amado Boudou. – Nilda C. Garré. – Débora A. Giorgi. – Julio C. Alak. – Carlos A. Tomada. – Alicia M. Kirchner. – Juan L. Manzur. – Alberto E. Sileoni. – José L. S. Barañao. – Julián A. Domínguez. – Carlos E. Meyer. – Arturo A. Puricelli.*