

SESIONES EXTRAORDINARIAS

2015

ORDEN DEL DÍA N° 4

Impreso el día 25 de febrero de 2016

Término del artículo 113: 7 de marzo de 2016

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 257 de fecha 24 de diciembre de 2015, por el cual se prorroga la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por la ley 27.063. (23-JGM-2015.)

I. **Dictamen de mayoría.**

II. **Dictamen de minoría.**

I

Dictamen de mayoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122–, prevista en los artículos 99, inciso 3°, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional, y en la ley 26.122, ha considerado el expediente 23-JGM-2015 referido al decreto 257 del Poder Ejecutivo nacional, del 24 de diciembre de 2015, mediante el cual se dispuso prorrogar la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 27.063.

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

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declárase la validez del decreto 257, del 24 de diciembre de 2015.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 16 de febrero de 2016.

Luis Petcoff Naidenoff. – Adolfo Rodríguez Saá. – Nicolás M. Massot. – Mario R. Negri. – Raúl J. Pérez. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Ángel Rozas.

INFORME

1. *Introducción*

Por medio del expediente 23-JGM-2015 el jefe de Gabinete de Ministros ha remitido a consideración de esta comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el decreto de necesidad y urgencia 257, del 24 de diciembre de 2015, por el cual se dispuso prorrogar la entrada en vigencia e implementación del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por ley 27.063.

De acuerdo con la naturaleza de la norma bajo análisis, cabe señalar que estamos en presencia de un decreto de necesidad y urgencia, dictado por el presidente de la Nación en su condición de sujeto constitucionalmente habilitado para el ejercicio de las facultades aludidas en el tercer párrafo del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

La prerrogativa con la que cuenta el titular del Poder Ejecutivo para la emisión de una disposición de carácter legislativo exige que se verifique el control establecido por la Constitución Nacional y por la ley 26.122, con el propósito de que la Comisión Bicameral Permanente se expida –a través de un dictamen– acerca de la validez o invalidez del decreto, para que posteriormente dicho dictamen sea elevado al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento.

Este criterio que el constituyente reformador de 1994 consagró y que luego el legislador perfeccionó, permite el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo solamente cuando las circunstancias hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. Bajo tal inteligencia, como quedó dicho, el decreto de necesidad y urgencia debe ser sometido al control posterior de validez y legalidad del Poder Legislativo, en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia es la sanción de leyes.

2. Objeto del decreto 257/2015

Con carácter previo al análisis de la validez del decreto 257/2015, corresponde referirse brevemente a la cuestión vinculada a la reforma del Código Procesal Penal de la Nación y su implementación progresiva. Al respecto, cabe recordar que mediante la ley 27.063 se aprobó una profunda modificación del Código Procesal Penal de la Nación, a fin de adaptarlo al sistema procesal acusatorio. Dada la magnitud de esa reforma, en junio de 2015 se sancionó un conjunto de leyes destinadas a implementar dicho cambio de modo paulatino y progresivo, tales como las leyes 27.148, 27.149 y 27.150.

En este marco, tal como es público y notorio y tal como se pone de manifiesto en los considerandos del decreto bajo estudio, tanto la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, como la Unión de Empleados de la Justicia Nacional, han expresado que no se encuentran dadas las condiciones para la inmediata entrada en vigencia del nuevo código, según el cronograma establecido legalmente.

En consecuencia, a fin de asegurar en forma fiel y oportuna la correcta implementación de la reforma procesal y considerando que el Congreso de la Nación estará en receso hasta el 1º de marzo de 2016, el presidente de la Nación, en acuerdo general de ministros, consideró urgente e impostergable prorrogar y adecuar el cronograma de implementación previsto originalmente a la situación actual. Ello así porque, tal como se expone en los fundamentos del decreto objeto de examen, “la implementación en las actuales condiciones pondría en grave riesgo la correcta administración de justicia”.

Así, se ha dispuesto que el nuevo código “entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación” de esa norma, que está bajo la órbita del Congreso nacional, “previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”.

Además, agrega que la suspensión tiene “la finalidad de evitar la aplicación asistemática y carente de integridad de un diseño institucional cuya puesta en funcionamiento no se encuentra acabadamente planificada”.

En ese sentido, necesariamente, suspende las partidas presupuestarias establecidas para la puesta en marcha del nuevo código y la creación de nuevas estructuras, y prevé un “mecanismo progresivo de asignación de recursos para atender las erogaciones que demande la efectiva implementación”.

En consecuencia, y al margen del análisis sobre la oportunidad, mérito y conveniencia del reglamento de necesidad y urgencia en cuestión, menester es verificar que se cumplan los recaudos formales y sustanciales para habilitar su procedencia.

3. Los requisitos formales

El artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional establece una serie de requisitos de índole formal y sustancial para que se justifique el dictado de un decreto de necesidad y urgencia por parte del presidente de la Nación.

El primero de los recaudos formales es que el decreto en cuestión sea decidido en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlo junto con el jefe de Gabinete de Ministros. Este último funcionario, además, debe remitirlo al Congreso dentro de los diez días posteriores a la emisión del decreto, lo que constituye un segundo recaudo formal.

Así, entonces, el primer análisis de un decreto de necesidad y urgencia, a la hora de dictaminar acerca de su validez, debe ser el referido a los mencionados recaudos formales. Sólo luego de superado ese primer análisis o control, corresponde considerar la existencia, o no, de las demás circunstancias previstas en la norma constitucional.

En el caso particular, el decreto de necesidad y urgencia 257/2015 fue decidido y refrendado en acuerdo general de ministros conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, tal como surge del mensaje 4/2016.

Del mismo modo, se encuentra cumplido el segundo requisito formal exigido por la Constitución Nacional, en tanto el decreto en cuestión ha sido remitido por el jefe de Gabinete de Ministros a la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo el 11 de enero de 2016. Tratándose de un plazo de días hábiles, cabe tener por cumplido el envío del decreto en el plazo previsto en el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional.

4. Requisitos sustanciales: la materia del decreto 257/2015

Desde un punto de vista sustancial, para que la atribución del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones con contenido legislativo pueda ser legítimamente ejercida es necesario, por un lado, que no se trate de normas “que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”, y, a la vez, que existan las ya mencionadas “circunstancias excepcionales” que requieran pronto remedio y que sea “imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes”.

De acuerdo con la previsión constitucional será por lo tanto necesario, en cada oportunidad en que el Congreso deba pronunciarse, determinar si se pretende regular alguna de las materias expresamente vedadas y si han existido las circunstancias que justificarían y darían sustento al decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

Respecto de la prohibición en razón de la materia, y en lo que interesa en el caso bajo examen, resulta del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional que se encuentra vedado que el Poder Ejecutivo dicte normas de carácter legislativo “que regulen materia penal”. No obstante, en el caso particular, resulta evidente que el objeto y la materia del decreto 257/2015 no se refieren a esta materia específica.

En efecto, de la lectura de los distintos artículos del decreto 275/2015 resulta que la materia regulada versa exclusivamente sobre disposiciones transitorias que regulan la “implementación” del Código Procesal Penal, y no el código en sí mismo. Esto es, se modifican únicamente los plazos de entrada en vigencia de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, la creación de nuevos organismos en el marco de dicha reforma y las readecuaciones presupuestarias pertinentes.

De este modo, el objeto directo e inmediato del decreto es una de las denominadas materias determinadas de administración, aunque éstas tengan, de modo mediato, impacto sobre la vigencia temporal del régimen procesal penal. Corresponde, entonces, indagar si este impacto indirecto puede estar alcanzado por la prohibición prevista en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución, en razón de la materia.

A los efectos de un adecuado análisis constitucional sobre este punto, cabe recordar que “la primera fuente de interpretación de la Constitución es su letra” (CSJ, *Fallos* 307:2153, 312:2078, 314:458, etcétera), y a su vez, que sus palabras deben entenderse “en el significado en el que son utilizadas popularmente” y en “su sentido llano, obvio y común” (CSJ, *Fallos* 262:60, 308:1745, 327:4241, etcétera).

Así, resulta que tanto el sentido más técnico de la expresión “materia penal”, como el más llano, obvio y común, no es otro que aquel según el cual se trata de una regla de “derecho que define las conductas que se consideran delitos o faltas y determina las penas o medidas de seguridad que han de imponerse a sus responsables” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed. Tricentenario, disponible en <http://dle.rae.es/?id=CGv2o6x>).

Este es, por otra parte, el mismo criterio que ha adoptado la jurisprudencia de la Corte Suprema, que tiene resuelto que lo que hace a la esencia de la materia penal es la tipificación de “la conducta y la sanción”, siendo éstos los elementos que necesariamente deben estar “previstos con anterioridad al hecho por una ley” (CSJ, caso “Legumbres S.A.”, ED 136-404).

Se suma a lo dicho, desde una perspectiva comparada, lo que resulta del modelo de la Constitución

Española, que fue tenida en cuenta por el constituyente de 1994 en esta materia. Allí se establece que lo que no se puede regular mediante decretos-leyes es la materia penal sustancial, es decir, “no podrán establecer delitos o penas diferentes a los previstos en la ley”, aun en los casos de estados de excepción (conf. Alejandro Pérez Hualde, decretos de necesidad y urgencia, Ed. Depalma, p. 187).

En la medida en que el decreto 257/2015 no tipifica conductas, ni define delitos o faltas, ni establece penas o medidas de seguridad, ni tampoco esto último resulta la materia del Código Procesal Penal de la Nación, no puede decirse que esté alcanzado por la expresa prohibición constitucional.

Más aún, queda claro que la Constitución no se refiere en el artículo 99, inciso 3, a materia “procesal” alguna. Esto resulta significativo desde el punto de vista de la interpretación constitucional, dado que otros artículos de nuestra norma fundamental sí se refieren a los procedimientos judiciales, la administración de justicia o la aplicación de los códigos de fondo (artículos 5°, 75 inciso 12, 126, 129 de la Constitución Nacional). Luego, dado que no es posible presumir la inconstitucionalidad del constituyente, es forzoso concluir que si se hubiese querido incluir en el artículo 99, inciso 3°, una prohibición en materia “procesal penal” se lo hubiera hecho mediante una referencia expresa y directa.

Esta conclusión se ve corroborada, a su vez, por el hecho de que la propia Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación distinguen de modo claro, categórico y tajante a las materias sustantivas, que hacen al derecho común, de aquellas que tienen un carácter meramente procedimental. Así, encontramos que el artículo 75, inciso 12, habilita al Congreso de la Nación a dictar el código penal, mientras que su aplicación corresponde a las provincias mediante la reglamentación procesal.

Tal como enseña Bidart Campos, “los códigos y leyes de fondo (de ‘derecho común’) los dicta el Congreso como órgano legislativo del Estado federal, con ámbito de vigencia para todo el territorio; y los códigos y leyes de forma (procesales) los dictan las provincias para sus respectivas jurisdicciones (y el Congreso como órgano legislativo del Estado federal para los tribunales federales)”, (aut. cit., “Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino”, Ed. Ediar, tomo II, p. 247).

Esto significa que jamás puede confundirse en su contenido o sus efectos al código de fondo con el código adjetivo, dado que tienen asignada una fuente de competencia y una función normativa diversa, al punto que si una norma penal estuviera contenida en un código de procedimientos, ésta sería inconstitucional.

Esta noción elemental, que distingue categóricamente el fondo de la forma, es también válida en el plano de la legislación federal. Así, la diferencia entre la legislación de fondo y la legislación sobre el proceso tiene un efecto decisivo a fin de habilitar la competencia extraordinaria de la Corte Suprema.

El alto tribunal tiene resuelto desde antiguo que las leyes procesales dictadas por el Congreso, aun cuando se trata de leyes de naturaleza federal, no habilitan al recurso extraordinario federal. Y ello es así porque “por referirse al ordenamiento de los juicios, de ordinario no afectan el fondo de las instituciones que aquel recurso procura salvaguardar” (*Fallos* 95:133, 99:158; 104:284, 105:183, 177:99, 192.104).

Por lo tanto, dado que la letra de la propia Constitución Nacional, las características propias del sistema federal y la jurisprudencia de la Corte Suprema establecen una definición tajante entre la normativa de fondo o común, y la normativa procesal, no resulta válido extender la prohibición prevista en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional al decreto bajo estudio.

5. *Requisitos sustanciales: urgencia de la medida*

En el célebre caso “Verrocchi” la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” (*Fallos*, 322:1726, 19/8/1999, considerando 9º).

Más adelante en el tiempo, en la causa “Risolfá de Ocampo” la Corte Suprema avanzó un poco más en materia de validación constitucional de decretos de necesidad y urgencia al expresar que “uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el ‘sub lite’ es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos” (*Fallos*, 323:1934, 2/8/2000).

Por lo tanto, todo análisis razonable que pretenda validar un decreto de necesidad y urgencia debe efectuarse a la luz del texto constitucional y bajo las premisas interpretativas emanadas del tribunal cimero.

En resumen, es harto sabido que la procedencia de los decretos de necesidad y urgencia debe justificarse a la luz de parámetros objetivos que permitan dilucidar si la medida adoptada obedece a una situación de urgencia o, por el contrario, se traduce en un acto de mera conveniencia. Lo primero está permitido a quien resulta ser el responsable político de la administración del país, lo segundo, no.

Conforme se desprende de los objetivos y efectos que tuvo en miras el decreto de necesidad y urgencia 257/2015, resulta evidente que no aborda ninguna de las materias vedadas por la Constitución y que dada

la situación de gravedad institucional, como el interés general de la sociedad comprometido, se justifica su dictado bajo un estricto cumplimiento de pautas que exigen y surgen tanto de la jurisprudencia antes relevada, como de las normas en juego que reglamentan su procedencia.

Fuera de lo anterior, resta determinar si además de la pronta solución legislativa que ameritó su emisión, hubiera sido posible esperar al inicio y desarrollo de la actividad parlamentaria.

Tal como fuera reconocido por la Corte Suprema en el citado caso “Verrocchi”, la procedencia y admisibilidad –en términos constitucionales– de los decretos de necesidad y urgencia obedece, entre otras cuestiones, a “que la situación que requiere la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” (*Fallos*, 322:1726, considerando 9º).

Ahora bien, sabido es que el “trámite normal de las leyes” cuenta con plazos que son, muchas veces, incompatibles con la urgencia que requiere la solución de una determinada situación.

Así entonces, no podemos soslayar que una vez ingresado cualquier proyecto de ley en alguna u otra cámara, y luego de asignado su tratamiento a la comisión o a las comisiones pertinentes previstas en los respectivos reglamentos, deberá esperarse su tratamiento en reuniones de asesores, por las consultas a especialistas sobre cuestiones técnicas de la propuesta legislativa, por el mismo debate suscitado en el marco de la comisión, por las consideraciones que puedan surgir relacionadas a las objeciones que presenten los miembros de cada cámara respecto a los giros de comisión dados al proyecto (artículo 90 del Reglamento de la Cámara de Senadores y artículo 1º de la resolución de la presidencia de la Cámara de Diputados del 21/10/1988) o por aquellas observaciones que se formulen a partir de la publicación del dictamen respectivo en el orden del día (artículo 113 Reglamento de la Cámara de Diputados).

A todos los plazos involucrados, deberán adicionarse finalmente los que correspondan a su tratamiento en las cámaras, con las correspondientes pautas y procedimientos que la Constitución dispone para la formación y sanción de las leyes (artículos 77 al 84).

En definitiva, y conforme al análisis de las circunstancias fácticas esgrimidas, corresponde afirmar que el decreto 257/2015 se erige como eficaz y adecuada solución legislativa –de carácter urgente– que busca garantizar la protección de los derechos e intereses de toda la sociedad.

6. *Conclusión*

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 257/2015, siendo que la naturaleza de la situación planteada haría imposible seguir los trá-

mites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes 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 257, del 24 de diciembre de 2015.

Luis Petcoff Naidenoff. – Adolfo Rodríguez Saá. – Nicolás M. Massot. – Mario R. Negri. – Raúl J. Pérez. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Ángel Rozas.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122– prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente C.D.-23-JGM-2016 referido al decreto del Poder Ejecutivo 257 de fecha 24 de diciembre de 2015, mediante el cual se realizan modificaciones a las leyes 27.063, 27.148, 27.149, 27.150 y 27.198.

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

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declarar la invalidez por inconstitucional y la nulidad absoluta e insanable del decreto del Poder Ejecutivo nacional 257 de fecha 24 de diciembre de 2015.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 16 de febrero de 2016.

Marcos Cleri. – Diana B. Conti. – Anabel Fernández Sagasti. – María Graciela de la Rosa. – Juan M. Abal Medina. – Juan M. Pais. – Juliana di Tullio. – Juan M. Irrazábal.

INFORME

I. Antecedentes y conceptualización

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

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

La reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los constituyentes de 1853-60 se planteaba¹.

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

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

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

CAPÍTULO TERCERO

Atribuciones del Poder Ejecutivo

Artículo 99: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

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

”El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario

¹ Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos sean sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución Argentina*, 1890.

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

de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

CAPÍTULO CUARTO

Atribuciones del Congreso

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

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

CAPÍTULO QUINTO

De la formación y sanción de las leyes

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

CAPÍTULO CUARTO

Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo

Artículo 100: “12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

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

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

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

La ley 26.122 sancionada el 20 de julio de 2006 regula el trámite y los alcances de la intervención del

Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo nacional: *a)* de necesidad y urgencia; *b)* por delegación legislativa, y *c)* de promulgación parcial de leyes.

El título II de la ley 26.122 establece el régimen jurídico y la competencia de la Comisión Bicameral Permanente y, en su artículo 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 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.

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

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

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

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

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

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

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 a textos o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la Administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,² 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.³

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.⁴

² Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

³ 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.

⁴ Ekmekdjian se encuentra ente quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del

Entre los antecedentes en derecho comparado 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 orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento acabado 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.

II. Análisis de los aspectos formales y sustanciales

El decreto de necesidad y urgencia 257/15 altera el sistema penal argentino diseñado por leyes del parlamento. En los hechos concretos suspende la aplicación del Código Procesal Penal y altera la función del órgano extrapoder constitucional, el Ministerio Público. Asimismo modifica la ley de presupuesto correspondiente al ejercicio de 2016.

Es menester tener en cuenta las palabras del constituyente para comprender la gravedad institucional que conlleva el decreto de necesidad y urgencia 257/15.

Así el constituyente Masnatta sostuvo: “En mi proyecto, que también figura entre los antecedentes computados, señalo que ha sido decisiva en esta oportunidad la opinión del procesalista y constitucionalista Néstor Sagüés, quien ha manifestado con toda claridad que el Ministerio Público no es un ente servicial del Poder Ejecutivo, sino que le toca ejercer discrecionalmente la acción penal y velar por el principio de legalidad y por la recta administración de justicia.

”Admitidos esos roles para el Ministerio Público, hay que jerarquizarlo, ubicándolo donde debe estar, como una magistratura autónoma y como un órgano extrapoder.

”Tal vez, no es una terminología apta para ser incluida *expressi verbis* en el lenguaje de la Constitución, pero su significación semántica es fácilmente alcanzable. Se quiere expresar que no tiene que estar sometido al Poder Ejecutivo pero tampoco al Poder Judicial, ya que tiene que actuar con independencia de los dos. Esta es la posición del profesor Néstor Sagüés”.

Luego el mismo constituyente, al defender el dictamen de mayoría, agregó que: “En primer lugar, ha tratado de articularlo de conformidad con la más avanzada línea de la doctrina contemporánea y con la experiencia recogida entre nosotros, en cuanto a este

principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborado por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica 1853/60.

instituto, con el propósito de servir mejor hacia un más adecuado servicio de justicia. Así se establece bien claramente que es un órgano independiente; es decir, la independencia es el primero de los dotes que se ha querido asignar a este instituto. ¿Por qué? Porque sólo está asegurada la defensa del justiciable si el órgano acusador está desvinculado de los poderes Ejecutivo y Judicial.

Además, esta posibilidad de asegurar la defensa del justiciable con el más adecuado servicio de justicia tiene que obedecer a otro principio rector, cual es que el funcionario debe tener las garantías necesarias que aseguren su imparcialidad. Entre ellas, se enumeran en forma taxativa la inmunidad funcional y la intangibilidad de las remuneraciones.

El segundo aspecto es el de asegurar la autonomía funcional. Con este objeto el proyecto en consideración contiene dos puntos: debe tener autarquía financiera e independencia funcional. Este último aspecto es lo que establece la garantía que se quiere fijar para este instituto.”

Por último destaca: “La organización está diferida a una ley futura, que evidentemente ha sido adelantada en sus rasgos fundamentales a lo largo de la discusión que tuvo lugar en la Comisión: tendrá que buscarse la simplificación de los procesos, la capacitación de los integrantes y la participación ciudadana, por ejemplo, mediante encuestas públicas teniendo en cuenta el alto grado de repercusión social que tiene la función del Ministerio Público.”⁵

Como se puede observar el Ministerio Público pensado por los constituyentes y diseñado por las leyes del Congreso de la Nación, tiene íntima relación con el sistema penal y las garantías penales, materia expresamente vedada para los decretos de necesidad y urgencia como a continuación pasaremos a exponer.

1. Aspectos formales

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 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, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

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.⁶

Por lo tanto, desde el punto de vista formal, la norma cumple con los requisitos exigidos: fue decidido en acuerdo general de ministros, refrendado, conjuntamente, con el jefe de Gabinete de Ministros (artículo 99, inciso 3, tercer párrafo, de la Constitución Nacional); y remitido a la comisión dentro del plazo previsto (artículo 99, inciso 3, cuarto párrafo, de la Constitución Nacional).

2. Aspectos sustanciales

Desde la perspectiva sustancial, es pertinente detenerse en la concurrencia del presupuesto habilitante contemplado en la Carta Magna para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, esto es, la presencia de circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes.

En tal sentido, el decreto en análisis, luego de aludir a las razones referidas más arriba, señala: “Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.”

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.

Es menester señalar que de la letra del artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, transcripto recientemente, surge que el Poder Ejecutivo no po-

⁵ Extraído del debate del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos en mayoría y en minoría originados en la Comisión de Sistemas de Control. (Orden del Día Nº 15). 19/8/1994.

⁶ 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.

drá 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 la Constitución para la sanción de las leyes y no se tratare de las materias excluidas, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.

La CSJN ha interpretado en los casos “Verrocchi”,⁷ “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” y más recientemente en “Consumidores Argentinos” que, para que el Presidente pueda ejercer legítimamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución Nacional, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ser acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen la reunión o traslado de los legisladores; b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser inmediata, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

De esto se desprende que el Poder Ejecutivo no podría dictar un decreto de necesidad y urgencia ante el rechazo de un proyecto de ley por el Congreso, ante la falta de acuerdo de los bloques para su tratamiento o ante la falta de quórum para sesionar.

Por caso, Comadira ha señalado que: “la sola imposibilidad política, en tanto derivación de la carencia, por el gobierno, de quórum o mayorías propias para imponer sus criterios, no puede, por eso, ser, por sí sola, razón justificante del empleo del decreto, porque debe concurrir siempre la necesidad de resolver, con urgencia y eficazmente, la situación planteada.”⁸

En un Parlamento con representación por medio de los partidos políticos, todo el procedimiento parlamentario con sus controversias, discursos y réplicas se vuelve fundamental para la democracia, pues tiende a la consecución de acuerdos, conduce a que nos acerquemos a una idea más pluralista respecto a la voluntad popular. Al quedar agrupados en sectores la totalidad de los ciudadanos, brota la posibilidad de deliberación, negociación y acuerdo para la formación de la voluntad colectiva por medio de la conformación de las mayorías, en la deliberación entre mayorías y minorías, y en la posibilidad del surgimiento de posibles alianzas.

El presente decreto conlleva no reconocer los límites constitucionales/legales de los poderes del Estado. Las prácticas últimas del oficialismo dan a entender que consideran un estorbo indebido la “interferencia” del Parlamento al control sobre el Poder Ejecutivo.

⁷ “Verrocchi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/8/19, Fallos 322:1726, La Ley, 1999-E, 590.

⁸ Comadira, Julio R., “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional.” La Ley 1995-B, 825.

Asimismo, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. La referencia a una situación de urgencia no puede constituir una afirmación meramente dogmática como para justificar por sí la emisión de disposiciones de carácter legislativo. Deben además descartarse situaciones de emergencia ya tratadas por el legislador con anterioridad y donde ya fijó una determinada pauta.

Según Gordillo la Constitución Nacional no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia pública en la sociedad: “No basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional. La admisibilidad del reglamento de necesidad y urgencia es excepcional”.

Prosiguiendo el autor destaca que: “La Constitución de 1994 mantiene, como regla, la prohibición de que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo. Ello ha motivado que –como lo ha sostenido en un interesante voto la jueza Argibay–, los reglamentos de necesidad y urgencia padezcan de presunción de inconstitucionalidad, presunción que sólo puede ser abatida por quien demuestre que al momento de su dictado estaban reunidas las condiciones constitucionalmente exigidas al efecto.”⁹

La norma constitucional precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.¹⁰ Pues bien, debe tratarse de una situación de carácter extraordinario o excepcional, esto es, un hecho no habitual, imprevisible o difícilmente previsible, que impida cumplir con el trámite parlamentario.

Es menester señalar que el convencional Raúl Alfonsín ha señalado que las circunstancias excepcionales suponen la existencia de una emergencia significativa y necesidad súbita que imposibilite que los cometidos estatales se cumplan por los medios ordinarios del procedimiento legislativo.¹¹

Asimismo 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

⁹ Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas” tomo I, Capítulo VII. F.D.A., 2013.

¹⁰ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, tomo VI.

¹¹ Convención Nacional Constituyente, Ministerio de Justicia de la Nación, p. 2729.

sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.¹²

Asimismo 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 Nacional¹³ 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.

En el caso “Risolfía de Ocampo”,¹⁴ 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.

Como ha señalado el flamante procurador del Tesoro y eximio administrativista Carlos Balbín: “El decreto de necesidad, es el acto de alcance general con contenido y rango de ley dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de un apoderamiento constitucional, sin habilitación previa. A su vez el decreto es de carácter extraordinario y provisorio ya que, por un lado sólo procede cuando están presentes los supuestos de hecho tasados en el texto constitucional y por el otro, el decreto debe ser aprobado posteriormente y de modo inmediato por el Congreso.”¹⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció dos supuestos que en principio, son los únicos que configuran los casos de excepción que impiden, en términos constitucionales, seguir el trámite parlamentario

ordinario y, por lo tanto, constituyen el presupuesto necesario para que el Ejecutivo pueda dictar actos materialmente legislativos.

Siguiendo la postura del doctor Balbín: “Así por un lado, la imposibilidad material de reunir el Congreso para sesionar, y por el otro, la necesidad de que la medida legislativa tenga carácter rápido y expedito para que resulte eficaz. En efecto, y volviendo a la precedente “Verocchi”, la CSJN sostuvo que el presupuesto para el dictado del DNU es que las Cámaras del Congreso puedan reunirse materialmente por razones de fuerza mayor (por caso, acciones bélicas o desastres naturales), y cuando “la situación que requiera 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.”¹⁶

Volviendo al análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales” que “... hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.¹⁷

Si la emergencia no existe, o lo que el reglamento resuelve nada tiene que ver con la emergencia, entonces es inconstitucional sin necesidad de recurrir a los nuevos textos constitucionales. Por lo demás, la urgencia debe ser de tal índole “que circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.”¹⁸

Corresponde seguir analizando los demás requisitos sustanciales en el dictado del decreto 257/2015.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia de que el decreto se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 9, incisos 1 y 3 de la Constitución Nacional.

Desde el punto de vista sustancial, en primer lugar, el decreto regula una materia vedada por la norma fundamental, a saber: la materia penal (artículo 99, inciso 3, tercer párrafo).

Los decretos de necesidad y urgencia no pueden regular materia penal so pena de vulnerar el principio de legalidad penal, por lo tanto también tiene como fuente el artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Es menester señalar que no existe motivo alguno para

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

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

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

15 Balbín, Carlos, *Tratado de derecho administrativo*. La Ley, 2015, tomo I, página 699.

16 Ídem, página 706.

17 Cabe destacar que en Estados Unidos los citados decretos reciben la denominación de executives 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.

18 Fuentes nacionales del derecho administrativo VII-29.

distinguir la materia procesal penal de la penal propiamente dicha.

El principio de legalidad penal es pensado en función de un gobierno con división de poderes. Las normas constitucionales del Capítulo Primero de Declaraciones, Derechos y Garantías, además del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional de la República Argentina que confiere jerarquía constitucional a trece instrumentos internacionales de derechos humanos, sin perjuicio de los tratados que no la tengan, pero que igualmente obligan y generan responsabilidad internacional a la República, en caso de inobservancia.

A mayor abundamiento no puede dejar de señalarse que el decreto 257/2015 trata una de las materias expresamente vedadas por la Constitución, que prohíbe en forma categórica legislar a través de decretos de necesidad y urgencia. Esta “materia penal” debe ser entendida en sentido amplio, ya la norma fundamental no introduce distinción alguna. Así, la Constitución impide al Poder Ejecutivo dictar decretos de necesidad y urgencia que traten materia penal tanto de carácter sustancial (delitos y penas), como formal (procedimientos) u orgánica (jueces, fiscales y defensores). El Ministerio Público Fiscal tiene como rol central ejercer la acción penal y fijar la política de persecución penal. No cabe duda entonces que la regulación de su organización y funcionamiento constituye “materia penal”, en los términos señalados por la Constitución.

Es necesario señalar que ya en el caso “Criminal c/ Ramon Ríos” (1863), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya dejó establecida la estrecha relación existente entre el principio de reserva de ley y el de división de poderes.

La estricta legalidad en la represión penal, es lo que manda el artículo 18 de la Constitución Nacional, al ordenar que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. A la ley previa estableciendo el delito y la pena, se le suma inescindiblemente el principio de judicialidad de la pena y demás aspectos del proceso penal que sólo se distinguen analíticamente. Legalidad estricta del delito y la pena, y judicialidad estricta para su verificación, son pilares fundamentales del sistema penal argentino.

Sostiene el jurista italiano Ferrajoli¹⁹ que hay una necesaria correspondencia entre la forma en que debe cumplir el legislador con el principio de legalidad estricta al momento de dictar las leyes, y el modo en que los jueces deben aplicarlas al juzgar.²⁰

19 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta. 1997.

20 Lo que posibilitará esta correspondencia es “el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas”. El “cognoscitivismo procesal” propio de un sistema garantista, se funda en la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias que también se asentará, por consiguiente, en hechos empíricamente susceptibles de prueba o

El principio de legalidad ha sido fruto de las luchas populares, y tal conquista está definitivamente incorporada en el derecho constitucional argentino. El decreto 257/15 al suspender la aplicación del nuevo Código Procesal Penal *sine die*, y modificar las funciones del Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal altera de manera significativa el sistema penal argentino.

El suspendido por decreto Código Procesal Penal de la Nación goza de disposiciones oportunas y positivas; sobre todo las que se refieren a la articulación de un sistema acusatorio, mejor separación de las funciones de requerir y juzgar, agilización de trámites, mayor oralidad en los procedimientos, menor actividad recursiva, el enorme grado de participación conferido a la víctima entre otros aspectos positivos que nacen del “sistema acusatorio”,²¹ son muchos de los temas trabajados por este Congreso durante años para poder obtener un código acorde a las necesidades del pueblo.

Asimismo el suspendido Código Procesal Penal de la Nación contempla distintos supuestos de disponibilidad de la acción penal; por medio de estas reglas se viene a excepcionar el principio de legalidad procesal que ha imperado tradicionalmente en el sistema procesal penal nacional y federal.

Mismo agravio cabe respecto de las normas conexas de implementación del nuevo Código²² también alteradas por el decreto 257/15, cuya vigencia repercute en el nuevo “sistema penal acusatorio argentino”, derogado de facto por éste. En este sentido el decreto deroga, en relación al Ministerio Público Fiscal y al de la Defensa los artículos 39 de la ley 27.148 y 65 de la ley 27.149, respectivamente. Los mencionados artículos regulaban la autarquía financiera de ambos organismos, y definió un mecanismo claro para la integración de las partidas presupuestarias de las instituciones y para las transferencias de recursos.

refutación. En Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta. 1997. Páginas 34 a 36.

21 Muchas de estas prerrogativas ya habían sido planteadas por la CSJN en los antecedentes “Quiroga” (*Fallos*, 327:5863), “Santillán” (*Fallos*, 321:2021) y “Amodio” (*Fallos*, 330:2658). En este último fallo, se dijo, incluso, que los buenos principios del sistema acusatorio no sólo responden a reclamos legales, sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional según artículo 18 y 24, Constitución Nacional, artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

22 Entre las leyes conexas y de implementación del nuevo CPPN, identifico las siguientes: (i) ley 27.150 de implementación del CPPN; (ii) ley 27.147 que modifica los artículos 59, 71, 73 y 76 del Código Penal Nacional; (iii) ley 27.145 del Consejo de la Magistratura; (iv) ley 27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal; (v) ley 27.148 Orgánica del Ministerio Público; (vi) ley 27.149 Orgánica del Ministerio Público de la Defensa; (vii) ley 27.126 de Inteligencia Nacional y su decreto PE 1.311/15.

Estas derogaciones ignoran el status jurídico que la Constitución Nacional reconoce al Ministerio Público en el artículo 120 de dicha norma fundamental, el cual establece: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

”Está integrado por un procurador general de la nación y un defensor general de la nación y los demás miembros que la ley establezca.

”Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.”

El artículo 39 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y el artículo 65 de la Ley del Ministerio Público de la Defensa establecieron la participación porcentual del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa en el presupuesto de la Administración Pública Nacional, para garantizar la autarquía financiera reconocida por la Constitución.

No obstante ello el DNU 257/15 dejó sin efecto ese sistema diseñando un “mecanismo progresivo de asignación de recursos para atender las erogaciones que demande la efectiva implementación del Código Procesal Penal de la Nación”.

Esto implica que, mediante un reglamento de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo substituyó el sistema legal que el Congreso consideró más apropiado para operativizar la autarquía financiera de ambos Ministerios Públicos, por otro de contenido abierto que atenta contra lo prescripto por la Constitución. En efecto, el sistema impuesto por el DNU supedita el presupuesto del Ministerio Público fiscal y de la Defensa a la definición de un plan progresivo de asignación de recursos que se pondría en marcha luego de finalizado el proceso de implementación del nuevo Código Procesal Penal y que surgiría de una comisión técnica intersectorial en la cual el Ejecutivo y su sector político tendrán un peso determinante.

Por esto, el DNU 257/15 resulta también materialmente inconstitucional, al reglamentar de forma irrazonable y restrictiva la garantía de autarquía financiera y en consecuencia, atentar directamente contra su autonomía e independencia.

El artículo 39, en consonancia con el régimen de ejecución presupuestaria previsto para el Poder Judicial, prevé que el Banco de la Nación Argentina transferirá diariamente y de manera automática, a una cuenta específica, el monto de la recaudación de los recursos que le corresponden al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

La eliminación de este mecanismo de desembolso automático de fondos de asignación específica nada tiene que ver con la suspensión de la implementación del nuevo Código Procesal Penal. El Ministerio Público debe tener garantizada su autarquía financiera consti-

tucional, cualquiera sea el régimen procesal aplicable en el ámbito penal.

Por tanto, los artículos 2º y 3º del DNU 257/15 son inconstitucionales, pues vulneran sustancialmente la garantía de autarquía financiera reconocida por la Constitución, puesto que somete a este órgano extra poder a las decisiones discrecionales del Ejecutivo, tanto en relación al monto de su crédito presupuestario como a la efectiva disponibilidad del mismo.

III. Conclusión

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 257 de fecha 24 de diciembre de 2015, mediante el cual se realizan modificaciones a las leyes 27.063, 27.148, 27.149, 27.150 y 27.198.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales, pero no cumpliendo los requisitos sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 257/2015, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 257, de fecha 24 de diciembre de 2015. Decreto 257

Marcos Cleri. – Diana B. Conti. – Anabel Fernández Sagasti. – María Graciela de la Rosa. – Juan M. Abal Medina. – Juan M. Pais. – Juliana di Tullio. – Juan M. Irrazábal.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 11 de enero de 2016.

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

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, de la Constitución Nacional por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 257, del 24 de diciembre de 2015, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 4

MARCOS PEÑA

Germán C. Garavano.

Buenos Aires, 24 de diciembre de 2015.

Visto la ley 27.063, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación, 27.148, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 27.149, la Ley de Implementación del Código Procesal Penal de la Nación, 27.150, la ley 27.198, y

CONSIDERANDO:

Que, la ley 27.063, por el artículo 1º, aprobó el Código Procesal Penal de la Nación y, por su artículo 3º, estableció que dicho cuerpo legal entraría en vi-

gencia en la oportunidad que estableciera una ley de implementación.

Que, el 10 de junio del corriente año el Honorable Congreso de la Nación sancionó un conjunto de leyes destinadas a implementar la reforma procesal penal instaurada en la ley 27.063.

Que, la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, 27.146, estableció en su artículo 51, que: “las disposiciones de la presente ley se aplicarán de acuerdo al régimen progresivo que establezca la Ley de Implementación del Código Procesal Penal de la Nación”.

Que, la ley 27.148 rediseñó la estructura y funcionamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación a fin de adaptarlo a las necesidades del sistema procesal acusatorio y que, con similar objeto, se dictó la ley 27.149 en lo que respecta al Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

Que, por último, la ley 27.150 estableció los mecanismos para implementar el Código Procesal Penal de la Nación, y por el artículo 2° dispuso la entrada en vigencia de ese Código a partir del 1° de marzo de 2016 en el ámbito de la Justicia nacional.

Que, en virtud de la magnitud de la tarea aún pendiente, la cual ha sido advertida por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, creada en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación por el artículo 7° de la ley 27.063, y por la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, no se encuentran reunidas las condiciones básicas para asegurar la implementación proyectada en el plazo oportunamente establecido.

Que, en consecuencia, tal implementación en las actuales condiciones pondría en grave riesgo la correcta administración de la justicia.

Que, las reformas operadas por las leyes 27.148, 27.149, y 27.150, encuentran su razón de ser y operatividad funcional en la efectiva puesta en marcha del Código Procesal Penal de la Nación sancionado por la ley 27.063.

Que, dada la imposibilidad de que ello ocurra antes del 1° de marzo de 2016, resulta razonable dejar sin efecto aquellos aspectos de las leyes 27.063, 27.148, 27.149 y 27.150 vinculados con la implementación del Código Procesal Penal de la Nación. Todo ello con la finalidad de evitar la aplicación asistemática y carente de integralidad de un diseño institucional cuya puesta en funcionamiento no se encuentra acabadamente planificada.

Que, en atención al diferimiento de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 27.063, corresponde también sustituir los artículos 39 de la ley 27.148 y 65 de la ley 27.149, toda vez que aluden a una pauta presupuestaria vinculada directamente a la efectiva puesta en funcionamiento de las nuevas estructuras y organismos previstos por las respectivas leyes orgánicas del Ministerio Público.

Que, en consecuencia, se prevé el establecimiento de un mecanismo progresivo de asignación de recursos para atender las erogaciones que demande la efectiva implementación del Código Procesal Penal de la Nación.

Que, en vista de las razones aquí expuestas, y en atención al período de receso legislativo que se extiende hasta el 1° de marzo de 2016, se verifican las circunstancias de carácter excepcional a las que hace referencia el inciso 3, del artículo 99 de la Constitución Nacional, que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes.

Que, el presente no implica modificación alguna de normas de carácter penal, sino que proyecta sus efectos sobre la organización, el funcionamiento y aspectos presupuestarios del Ministerio Público.

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 a 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 22 de la ley 26.122 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, el servicio jurídico permanente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha tomado la intervención de su competencia.

Que, la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional y de acuerdo con los artículos 2°, 19 y 20 de la ley 26.122.

Por ello,

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

DECRETA:

Artículo 1° – Sustitúyese el artículo 2° de la ley 27.150 por el siguiente:

Artículo 2°: *Entrada en vigencia.* El Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por la ley 27.063, entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación, previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Art. 2° – Sustitúyese el artículo 39 de la ley 27.148 por el siguiente:

Artículo 39.: *Plan Progresivo de Asignación de Recursos*. Finalizado el proceso de implementación establecido en la ley 27.150, se convocará a una comisión técnica a integrarse por representantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación, del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, de la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a los efectos de establecer un Plan Progresivo de Asignación de Recursos para el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Art. 3° – Sustitúyese el artículo 65 de la ley 27.149 por el siguiente:

Artículo 65.: *Plan Progresivo de Asignación de Recursos*. Finalizado el proceso de implementación establecido en la ley 27.150, se convocará a una comisión técnica a integrarse por representantes del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, de la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a los efectos de establecer un plan progresivo de asignación de recursos para el Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

Art. 4° – Deróganse los artículos 2° –texto según el artículo 43 de la ley 27.150– y 3° al 37 del Anexo II de la ley 27.063.

Art. 5° – Derógase el título VI (artículos 81 al 88) de la ley 27.148.

Art. 6° – Deróganse los artículos 75 al 81 y 83, y el Anexo I de la ley 27.149.

Art. 7° – Sustitúyese el segundo párrafo del artículo 67 de la ley 27.198 por el siguiente:

Asimismo facúltase al jefe de Gabinete de Ministros para que en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 37 de la ley 24.156, efectúa las reestructuraciones presupuestarias que resulten necesarias.

Art. 8° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 9° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.
Decreto 257

MAURICIO MACRI.

Marcos Peña. – Rogelio Frigerio. – Alfonso de Prat Gay. – Julio C. Martínez. – José G. Santos. – Germán C. Garavano. – Patricia Bullrich. – Alberto J. Triaca. – Carolina Stanley. – Jorge D. Lemus. – José L. S. Baraña. – Guillermo J. Dietrich. – Francisco A. Cabrera. – Ricardo Buryaile. – Sergio Bergman. – Oscar R. Aguad. – Andrés H. Ibarra. – Juan J. Aranguren. – Alejandro P. Avelluto. – Esteban J. Bullrich.