

SESIONES EXTRAORDINARIAS

2015

ORDEN DEL DÍA N° 3

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 256 de fecha 24 de diciembre de 2015, por el cual se transfiere el Departamento de Interceptación y Captación de Comunicaciones (DICOM) a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (22-J.G.M.-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 22-J.G.M.-2015 referido al decreto 256 del Poder Ejecutivo nacional del 24 de diciembre de 2015, mediante el cual se transfiere el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se deroga el artículo 21 de la ley 25.520, que fuera sustituido por el artículo 17 de la ley 27.126.

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 256 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. – Luis A. Pérez. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Ángel Rozas.

INFORME

1. *Introducción*

Por medio del expediente 22-J.G.M.-2015, el jefe de Gabinete de Ministros ha remitido a consideración de la comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el decreto de necesidad y urgencia 256/2015, por el cual se dispuso transferir el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y derogar el artículo 21 de la ley 25.520 (texto según artículo 17 de la ley 27.126).

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 poste-

riormente 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. Cuestiones preliminares

Con carácter previo al análisis de la validez del decreto 256/2015, corresponde referenciar brevemente la cuestión vinculada a la interceptación y captación de las comunicaciones en nuestro derecho positivo, a fin de dar sustento argumentativo al presente dictamen y poner en contexto los motivos que determinaron la emisión del decreto en estudio.

La Ley de Inteligencia Nacional, 25.520, sancionada el 27 de noviembre de 2001, dispuso la creación –en el ámbito de la Secretaría de Inteligencia– de la Dirección de Observaciones Judiciales (DOJ), como el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente (artículo 21).

Posteriormente, la ley 27.126, sancionada el 25 de febrero 2015, transfirió al ámbito de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público, la Dirección de Observaciones Judiciales y sus delegaciones, y estableció que la misma “...será el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente” (artículo 17). Asimismo, la ley transfirió los bienes, presupuesto vigente, activos y patrimonio afectados a la Dirección de Observaciones Judiciales, a la Procuración General de la Nación del Ministerio Público (artículo 24).

Al poco tiempo, a través de la resolución PGN 2067/2015, del 7 de julio de 2015, se resolvió la incorporación de la Dirección de Observaciones Judiciales (DOJ), a la órbita de la Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal de la Procuración General, con el nombre de Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) conforme se indica en el artículo 2° de la mencionada resolución.

En las condiciones expuestas, la situación mereció una pronta y urgente adecuación por parte del nuevo titular del Poder Ejecutivo, pues advirtió que, tal como surge de los considerandos del decreto, el rol y las competencias en materia de interceptación y comunicaciones establecidas en la órbita del Ministerio Público en los términos de las normas y resolución manifestadas,

atentan contra el debido proceso legal y las garantías de inviolabilidad de las comunicaciones reconocidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Como consecuencia de ello, al efecto de asegurar en forma fiel y oportuna las garantías señaladas y al estar el Congreso de la Nación en receso hasta el 1° de marzo de 2016, el presidente de la Nación en acuerdo general de ministros consideró impostergable corregir las irregularidades indicadas mediante el dictado del decreto 256/2015.

3. Objeto del decreto 256/2015

El decreto 256/2015, como ya se señaló, transfirió el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la totalidad del personal, bienes, presupuesto vigente, activos y patrimonio afectados.

Asimismo, el reglamento derogó el artículo 21 de la ley 25.520, sustituido por el artículo 17 de la ley 27.126, y dispuso que la Corte Suprema dicte su propio reglamento a la mayor brevedad posible de acuerdo con las nuevas funciones que por el mismo se le asignan en pos de salvaguardar las garantías del debido proceso legal y el derecho a la intimidad.

Por otra parte, el Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia, en el último párrafo de los considerandos, de que la medida se dictó 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.

En consecuencia, es menester verificar que se cumplan los recaudos formales y sustanciales para habilitar la procedencia del decreto de necesidad y urgencia en cuestión.

4. Adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales

a) 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 esos 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 circunstancias igualmente previstas en la norma constitucional.

En el caso particular, se verifica que el decreto de necesidad y urgencia 256 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, tal como surge del mensaje 3/2016.

Asimismo, está acreditado que el decreto 256/2015 fue remitido en tiempo y forma, toda vez que el jefe de Gabinete de Ministros lo elevó a la consideración de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo el 11 de enero de 2016. Tratándose de un plazo de días hábiles, cabe tener también por cumplido el envío del decreto en el plazo previsto en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

b) *Requisitos sustanciales*

Ahora bien, para que la atribución del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones con contenido legislativo pueda ser legítimamente ejercida es necesario que existan “circunstancias excepcionales” que requieran pronto remedio y que sea “imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes”.

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

Vale recordar que 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, 19/8/99, considerando 9°).

Más adelante en el tiempo, en la causa “Risolia 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, 2/8/00).

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 hartamente 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 que tuvo en miras el decreto de necesidad y urgencia 256/2015, resulta evidente que tanto la situación de gravedad institucional como el interés general de la sociedad comprometido, motivaron su inmediato 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.

5. *Imposibilidad de seguir los trámites ordinarios legislativos previstos en la Constitución Nacional para la formación y sanción de las leyes*

Fundamentadas tanto la urgencia como la necesidad del dictado del decreto 256/2015 en los términos anteriormente expresados, 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 9°).

Ahora bien, sabido es que el “trámite normal de las leyes” cuenta con plazos que son, muchas veces, incompatibles con la urgencia que amerita 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 por 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 1° 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 procedi-

mientos 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 256/2015 se erige como eficaz solución legislativa –de carácter urgente– a fin de garantizar la protección de los derechos individuales garantizados por la Constitución Nacional y también el buen funcionamiento del gobierno y la protección de 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 256/2015, y siendo que la naturaleza de la situación planteada haría imposible seguir los trámites 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 256 del 24 de diciembre de 2015.

Luis Petcoff Naidenoff. – Adolfo Rodríguez Saá. – Nicolás M. Massot. – Mario R. Negri. – Luis A. 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 22-J.G.M.-2015 referido al decreto del Poder Ejecutivo 256 de fecha 24 de diciembre de 2015, mediante el cual se transfirió el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

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 1º – Declarar la invalidez por inconstitucional y la nulidad absoluta e insanable del decreto del Poder Ejecutivo nacional 256 de fecha 24 de diciembre de 2015.

Art. 2º – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Sala de la comisión, 16 de febrero de 2016.

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

INFORME

Honorable Congreso:

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

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 1º.

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

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

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

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

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

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

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

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

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

CAPÍTULO CUARTO

Atribuciones del Congreso

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

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

CAPÍTULO QUINTO

De la formación y sanción de las leyes

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

CAPÍTULO CUARTO

Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo

“Artículo 100:

“[...]”

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

”13. Refrendar 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 (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 e integrando formalmente la comisión.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento 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.²

Es de vital importancia esta definición, ya que serán luego los órganos de control quienes deberán valorar si se han reunido los requisitos en el supuesto de hecho que autoriza al Poder Ejecutivo a hacer uso de dicha facultad.

La doctrina en general se refiere al supuesto fáctico como aquel acontecimiento o situación que determina la emergencia que ocasiona la crisis institucional que

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

le impide al Poder Ejecutivo ejercer sus facultades constitucionales de un modo más adecuado, llevando al estado de necesidad política que desemboca en la asunción de dichas facultades por parte del Poder Ejecutivo.

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

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

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

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

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

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

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

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 las que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.⁴

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”,⁵ 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, fundado 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 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).

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

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

5 *La Ley*, 1991-C:158.

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,⁶ controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

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

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado; en el caso “Rodríguez”,⁷ la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación defendió la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y de su control político en cabeza del Poder Legislativo. Sostuvo que la jueza de grado carecía de jurisdicción para intervenir en el caso por ausencia de gravamen, caso, causa o controversia, pues decidió sobre un conflicto que –por su naturaleza– es ajeno a la resolución judicial, mediando –en consecuencia– una invasión de la zona de reserva de otro poder (considerando 6°).

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

con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (considerando 23).

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

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

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

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

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

En el considerando 9°, analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y sostiene que “corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia...”.

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

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

7 *La Ley*, 1997-E:884.

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

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

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

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

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

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

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

Los ministros Nazareno, Moliné O’ Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis...” (considerando 6°).

En el caso precitado, el voto del ministro Carlos Fayt señaló que, tal como lo recordó el Tribunal en la causa “Verrocchi” (Fallos, 322:1726), para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que

las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Esta última es la situación que debe entenderse presente en el caso (considerando 6°).

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

Fayt agregó que “en el caso concreto que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención en cuestiones de hondo y sensible contenido social –más allá de las implicancias presupuestarias que obviamente ostenta y que en última instancia son 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que “en cuanto al contenido mismo de la medida cuestionada, deben entenderse reunidos los requisitos que condicionan su validez, de acuerdo a la ya conocida doctrina de la emergencia” (considerando 10).

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

Entre los administrativistas, 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 adminis-

⁹ “Risolfá de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César s/ ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

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

trativo, 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 con 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 supe- rado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,¹¹ al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

¹¹ Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

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.¹²

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.¹³

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”.¹⁴

II. Objeto. Análisis de los aspectos formales y sustanciales

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 256 de fecha 24 de diciembre de 2015, mediante el cual se transfiere el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Antes de abordar el análisis de los aspectos formales y sustanciales del decreto 256/15 a la luz del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, cabe mencionar que aquél dispone una importante modificación en lo referido a la ley de inteligencia, 25.520, y a la ley 27.126 al transferir el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) dependiente de la Dirección General de Investigaciones y

¹² Miguel Á. 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 sustancias legislativas 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.

¹³ Ekmekdjian se encuentra entre quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborado por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica 1853/60.

¹⁴ Cabe destacar que en los 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.

Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público, junto a su personal, sus bienes y presupuesto, a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así el Máximo Tribunal será el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente, según el artículo primero del mencionado decreto de necesidad y urgencia.

Las interceptaciones y captaciones de comunicaciones se encuentran reguladas por la ley de inteligencia (ley 25.520). Tradicionalmente, estas medidas fueron ejecutadas por la Dirección de Observaciones Judiciales, dependiente de la Secretaría de Inteligencia. Esto abarcaba tanto a las interceptaciones de comunicaciones realizadas como actividades de investigación criminal (es decir, en el marco de un proceso penal, auxiliando a la Justicia), como a aquellas realizadas como actividades de inteligencia criminal (esto es, las efectuadas por fuera de un proceso penal, en el contexto de actividades de los servicios de inteligencia relativas a problemáticas de seguridad interior).

La ley 27.126 (B.O. 5/3/2015), mediante su artículo 17, modificó el artículo 21 de la ley 25.520, disponiendo la transferencia al ámbito de la Procuración General de la Nación de “la Dirección de Observaciones Judiciales y sus delegaciones, que será el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente”. Asimismo, el artículo 24 de aquella ley dispuso la transferencia a la Procuración General de la Nación de los bienes, presupuesto vigente, activos y patrimonio afectados a la Dirección de Observaciones Judiciales. En el mismo artículo también se estableció que la Procuración General de la Nación del Ministerio Público podrá solicitar en comisión de servicios el personal necesario de la Agencia Federal de Inteligencia para garantizar el traspaso y funcionamiento de la Dirección de Observaciones Judiciales, hasta tanto el mismo cuente con el personal propio calificado para el desarrollo de sus funciones.

En consecuencia, la Procuración General de la Nación realizó las modificaciones normativas y de recursos materiales y humanos para adecuarse a la implementación de estas nuevas funciones. Mediante la resolución PGN 2.067/15, se dispuso que la Dirección de Apoyo Técnico a las Investigaciones Fiscales (DATIF) fuera reemplazada por la nueva Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal (DATIP), creada por la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación [ley 27.148, artículo 35, inciso c)]. Se mantuvo la designación de la fiscal Cristina Caamaño como titular del área.

Dicha resolución explica que el tipo de prestación técnica que la Dirección de Observaciones Judiciales brinda a las investigaciones impone su incorporación al ámbito de la Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal. En efecto,

la interceptación o captación de las comunicaciones no es sino una práctica tecnológica cuya gestión corresponde, en el ámbito de este Ministerio Público Fiscal, a la DATIP. Esto tiene su razón de ser en la importancia de la interceptación de comunicación en la investigación de maniobras de criminalidad compleja (narco criminalidad, trata de personas, criminalidad económica, entre otras). En el marco de esta transferencia, la Dirección de Observaciones Judiciales se transformó en el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM).

Habida cuenta de que estas actividades implican un riesgo inherente para los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, la Procuración General de la Nación decidió confirmar una red de control y seguimiento del desempeño de este Departamento. En este sentido, se crearon instancias de asesoramiento y monitoreo, se procuró “alcanzar un funcionamiento con altos estándares de seguridad, calidad y transparencia, que vuelvan eficiente y escrutable a este mecanismo tanto por los operadores judiciales que resultan sus usuarios cotidianos como por la sociedad en general”. En este sentido, en la resolución PGN 2.067/15 se previeron instancias de auditoría interna, sumadas al control de una comisión de implementación, de la Comisión Bicameral del Ministerio Público Fiscal en el ámbito del Congreso de la Nación –cuya creación se encuentra pendiente–, de un Consejo Consultivo (conformado por instituciones y personas de reconocida trayectoria en la materia) y de un Equipo para el Desarrollo Tecnológico (que releve y proponga los sistemas informáticos de captación de comunicaciones más adecuados para cumplir con estas funciones).

La transferencia de la DOJ al ámbito de la Procuración General de la Nación significó un notable avance en materia de transparencia institucional y de rendición de cuentas de cara a la sociedad. En este último sentido, constituye un reflejo de esto la posibilidad de diversos medios de comunicación de haber accedido a las instalaciones donde funciona el DICOM y haber conocido su dinámica de funcionamiento. Asimismo, en diciembre de 2015, el DICOM presentó públicamente un breve balance de gestión, abarcando las actividades realizadas entre julio y diciembre.

En adición a las mejoras en materia de transparencia, la PGN también logró avances en cuanto a la eficacia y eficiencia. Por un lado, se profesionalizó el personal que realiza las tareas de tramitación de oficios y de escucha directa. Se generó una estructura orgánica con clara definición de las funciones asignadas a cada área de trabajo, previendo el dinamismo y flexibilidad de éstas, tal como lo exigen las problemáticas diversas que puede presentar la investigación penal. Se incrementó la eficiencia en los tiempos de conexión: en aquellos casos donde existe riesgo de vida, el tiempo de conexión “se redujo de 1 hora 40 minutos a un promedio de 20 minutos”, y últimamente “no superó los 13 minutos” (conforme a los datos suministrados por el propio DICOM en su balance de gestión, y por la Procuración

General de la Nación en un comunicado del 29/12/15). A esto se suman otros avances, tales como una relación más fluida con las empresas prestatarias de servicios de telecomunicaciones y con otros operadores de la Justicia, entre otras cuestiones.

Por último, en lo que refiere a las escuchas en materia de investigación criminal, este traspaso de competencias al ámbito de la PGN resultó sumamente coherente con el tránsito hacia un sistema procesal penal de corte acusatorio, en el cual es el Ministerio Público Fiscal quien lleva adelante la investigación y conduce la ejecución de las medidas que ésta implique.

Por medio del DNU 256/15, sancionado el 24 de diciembre 2015 se establece:

– La transferencia del DICOM desde la Procuración General de la Nación a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se mantiene la regulación de esta área como “el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente”.

– La transferencia a la Corte Suprema de la Justicia de la Nación de “la totalidad del personal, bienes, presupuesto vigente, activos y patrimonio afectados al Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM)”.

– La derogación del artículo 21 de la ley 25.520, que preveía el traspaso de la DOJ a la PGN.

– Que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictará el reglamento de funcionamiento del actual Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM); dicho organismo estará a cargo de un (1) juez penal con rango de juez de Cámara, quien será designado por sorteo y durará en sus funciones por un plazo de un (1) año y no podrá ejercerlas nuevamente hasta transcurrido un período de cinco (5) años”.

II.a. 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, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

Desde el punto de vista formal, la norma cumple con los requisitos exigidos: fue decidido en acuerdo general de ministros, refrendado, conjuntamente, por 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).

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 éstos sean derogados formalmente por el Congreso.¹⁵

II.b. Aspectos sustanciales

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 256/15.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia que el mismo se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de acuerdo con 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

¹⁵ 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.

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*”.

Desde la perspectiva sustancial, es pertinente detenerse en la concurrencia del presupuesto habilitante contemplado en nuestra Constitución Nacional 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.

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 3, de la Constitución Nacional, transcripto recientemente, surge que 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 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado en los casos “Verrochi”,¹⁶ “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 podrá 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. Tampoco es suficiente que el Congreso Nacional se encuentre en receso, porque siempre puede ser convocado a sesiones extraordinarias por el propio Poder Ejecutivo.

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”.¹⁷

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.

Las democracias están asentadas y basadas en intereses comunes que garantizan en cierto modo su estabilidad representada a través de las instituciones, entre las cuales sobresale el Congreso de la Nación. El Poder Ejecutivo nacional lamentablemente se ha mostrado incapaz de cumplir la ley, es decir, el principio fundamental en que se asienta la convivencia pacífica, tal vez porque el principio fundamental no coincide con su objetivo fundamental avanzar sobre todos los mecanismos de división y de control del poder.

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.

La Constitución 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.¹⁸

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

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

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19/8/99, “Verrochi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, *Fallos*, 322:1726.

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

legislativo”.¹⁹ 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.²⁰

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 sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.²¹

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 Nacional²² controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

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

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 solo 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”.²³

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 Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el presupuesto para el dictado del decreto de necesidad y urgencia es que las Cámaras del Congreso un 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”.²⁴

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”.²⁵

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”.

En ese esquema, cabe recordar que nuestro máximo tribunal interpretando el alcance del presupuesto habilitante del dictado de los decretos de necesidad y urgencia, sostuvo que “únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones puede el Poder Ejecutivo nacional dictar normas que de suyo integran las atribu-

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

20 Convención Nacional Constituyente, Ministerio de Justicia de la Nación, página 2729.

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

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

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

24 Ídem página 706.

25 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.

ciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias de excepción”.²⁶

En esa misma decisión, también sostuvo que “el ejercicio de la prerrogativa en examen está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes...”.

En otro precedente fue incluso más estricto, al requerir “condiciones de rigurosa excepcionalidad” o cuando esté en juego “la preservación de la vida misma de la Nación y del Estado”.²⁷

Pues bien, el dictado del decreto *sub examine* conlleva no reconocer los límites constitucionales/legales de los poderes del Estado, toda vez que no existe verdadera necesidad y urgencia que justifique su dictado. Las prácticas últimas del oficialismo dan a entender que consideran un estorbo indebido la “interferencia” del Parlamento en el control sobre el Poder Ejecutivo. Fuerza, de modo completamente voluntarista, los hechos y las circunstancias para justificar la existencia –ficticia– de una situación de necesidad y urgencia que habilite el dictado de este tipo de medidas.

En los fundamentos del decreto bajo examen, donde se lee: “Que a los efectos de asegurar en forma fiel y oportuna las garantías y fines enunciados, resulta urgente abordar en forma preferente e inmediata dicha transferencia” no queda claro cuál es la urgencia del dictado de esta medida.

En línea con lo precedentemente expuesto no está demostrado, en palabras del máximo tribunal, que sea imposible dictar la ley correspondiente 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 (v. gr.: existencia de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal); o que la situación tratada sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Más aún, en el propio texto del decreto examinado se dice que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictará el reglamento de funcionamiento del actual Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM); dicho organismo estará a cargo de un (1) juez penal con rango de Juez de Cámara, quien será designado por sorteo y durará en sus funciones por un plazo de un (1) año y no podrá ejercerlas nuevamente hasta transcurrido un período de cinco (5) años”.

El mismo día del dictado del decreto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la acordada

45/15, donde decidió postergar hasta el 15 de febrero de 2016 la transferencia del DICOM. Argumentaron que es necesario “organizar una estructura apropiada con responsables jerárquicos idóneos”, y dictar “la reglamentación encomendada”. Dicen que “la adopción de estas medidas debería ser inmediata”, pero “no es posible llevar adelante de inmediato esa misión”, dada su especificidad. Aclaran que esto lo expresan “sin perjuicio de la evaluación que esta Corte pueda efectuar sobre la validez del decreto 256/2015 en ejercicio de sus facultades constitucionales”.

Así evidentemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al postergar por 53 días el traspaso de la Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) a su órbita, deja en claro que no existía ni la emergencia ni la urgencia que los escasos y débiles considerandos del decreto pretenden justificar.

En consecuencia, ninguna de las circunstancias aludidas impide el cumplimiento del trámite constitucional de formación y sanción de las leyes y, por ende, no habilitan el dictado de una medida de esta naturaleza.

La Procuración General de la Nación emitió un comunicado donde sostuvo que el Presidente tiene prohibido constitucionalmente ejercer funciones legislativas, y que acá no existe una situación de necesidad y urgencia que justifique una excepción. Reclaman que no haya convocado sesiones extraordinarias. Y aseguran que desde la transferencia de las escuchas al Ministerio Público Fiscal en marzo de 2015, “no hubo acciones judiciales con fundamento en los derechos que hoy se invocan para justificar el dictado del decreto 256/2015. Tampoco, se ha demostrado qué graves riesgos inminentes podría sufrir la sociedad si se le diera intervención al Congreso”. Aun así, se ponen a disposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para asegurar la continuidad en la prestación del servicio.

Corresponde seguir analizando los demás requisitos sustanciales en el dictado del decreto 256/15.

Desde el punto de vista sustancial, 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 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 instrumen-

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/12/04, “Leuzamón Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J. y P. s/ ordinario”, *Fallos*, 327:5559.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/11/98, “Della Blanca, Luis E. y Luna, Jorge O. c/ Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ ordinario”, *Fallos*, 321:3123.

tos 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.

Es necesario señalar que ya en el caso “Criminal c/ Ramón 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: “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 Ferrajoli 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.

El principio de legalidad penal ha sido fruto de las luchas populares, y tal conquista está definitivamente incorporada en el derecho constitucional argentino. El decreto 256/15 al transferir el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) dependiente de la Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público, junto a su personal, sus bienes y presupuesto, a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación altera el debido proceso en el sistema penal argentino.

Que el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) dependiente de la Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal estuviera bajo la órbita Ministerio Público Fiscal reportó un enorme y fundamental avance en el camino de reforzar las garantías constitucionales, ubicando –esta actividad– en la esfera correspondiente a la institución encargada de llevar a cabo las interceptaciones telefónicas ordenadas judicialmente.

Corresponde recordar que la postura de que el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) estuviera bajo la órbita de la cabeza jurisdiccional del Poder Judicial fue planteada tanto por el diputado Javkin y la senadora Negre de Alonso y el senador Basualdo entre otros, sin que esta postura lograra las mayorías parlamentarias necesarias para prosperar cuando oportunamente se debatió la ley 27.126.

Por lo tanto se pretende modificar aspectos del debido proceso penal por un decreto de necesidad y urgencia insertando una postura que fuera descartada expresamente en el marco del debate parlamentario de la ley 27.126.

En sus considerandos, el decreto argumenta erróneamente que “si bien el Ministerio Público Fiscal tiene el deber de proceder de acuerdo con criterios objetivos de actuación, resulta ser una parte principal en el proceso que persigue un interés determinado. Que, en consecuencia, resulta más prudente, teniendo en miras el debido proceso legal, que la ejecución de una orden de intervención de una comunicación sea llevada a cabo por un organismo distinto al que es parte en la investigación”.

El debido proceso legal exige que el órgano que lleve adelante la investigación (en un sistema acusatorio, el Ministerio Público Fiscal) no esté a cargo de la autorización de una medida de investigación que pueda afectar derechos fundamentales. Esto es distinto de la ejecución de esa medida, una vez que haya sido autorizada por otro órgano. Esta ejecución, por definición, debe encontrarse a cargo del órgano que conduce la investigación. En el caso de la interceptación de comunicaciones, siempre ha existido la necesidad de orden o dispensa judicial que autorice la medida. Por ende, el traspaso deviene totalmente injustificado, dado que el debido proceso legal no se ve afectado de ninguna manera y que además resulta flagrantemente incoherente con la lógica de los sistemas acusatorios.

En el marco del nuevo sistema acusatorio, precisamente la conducción de todas las medidas de investigación se encuentra a cargo del fiscal, mientras que el rol del juez es exclusivamente el de un custodio de garantías que autoriza –o no– cada medida. Mediante este decreto se propone una excepción injustificada e incomprensible a esa regla, poniendo a cargo del Poder Judicial la ejecución de la interceptación de comunicaciones o captaciones de cualquier tipo. Quitando aquella competencia del ámbito del Ministerio Público, que conforme la Sección Cuarta, artículo 120 de la Constitución Nacional argentina se trata de un órgano independiente, extra poder, con autonomía funcional y autarquía financiera, con un criterio institucionalista y democrático, ya que no pertenece ni al Poder Ejecutivo, ni al Poder Judicial de la Nación, ni al Honorable Congreso de la Nación y en virtud de esa norma aporta a la transparencia del debido proceso, toda vez que quienes ordenan la producción de las pruebas, los jueces, la judicatura, no las producen.

Con la nueva organización de competencias que establece el decreto, el mismo órgano que autoriza la medida –el Poder Judicial– pasará a ser quien la ejecute. De esta manera, la imparcialidad en el control posterior deviene imposible, de modo similar a lo que ocurre actualmente con la instrucción criminal en manos de los jueces federales: los jueces estarán controlando lo que ellos mismos hayan hecho.

Las atribuciones del Poder Judicial de la Nación se encuentran reguladas por la Constitución Nacional en su artículo 116, estableciendo que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen

sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, [...]”. De este modo, al Poder Judicial corresponde exclusivamente la realización de funciones jurisdiccionales, no la ejecución de medidas de investigación. A diferencia de la autorización de una interceptación de comunicaciones, su ejecución no constituye una función jurisdiccional. Esto mismo señala el decreto en sus considerandos, cuando afirma que “la tarea de administrar y gestionar los pedidos de intervención de las comunicaciones no es estrictamente jurisdiccional”.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inaplicable el artículo 24 de la ley 22.192, que facultaba al tribunal a designar los integrantes del Tribunal de Ética Forense, por entender que ello “excede notoriamente el marco de las atribuciones jurisdiccionales que la Constitución otorga a este supremo tribunal y a las cuales debe ceñirse estrictamente en su accionar” (*Fallos*, 306:8). Similar criterio siguió en la acordada 45/95, declarando inaplicable el artículo 5° de la ley 24.480, que colocaba bajo jurisdicción del tribunal el Centro Nacional de Informática sobre Detenidos y Extravíos de Persona.

Asimismo, la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal (ley 27.146, B.O. 18/6/15) prohíbe en su artículo 10 la realización de funciones administrativas por parte de los jueces, de la siguiente manera: “Los jueces no deben realizar trámites ni funciones administrativas o de gestión de recursos. Las funciones administrativas y los trámites necesarios para optimizar la actividad de los jueces estarán a cargo de la Oficina Judicial, la que deberá garantizar estándares de calidad en la gestión y eficiencia en el servicio judicial. La delegación de tareas jurisdiccionales en los integrantes de la Oficina Judicial está prohibida y constituye falta grave y causal de mal desempeño”. El decreto resulta violatorio de esta normativa, en tanto prevé que un juez estará a cargo del actual Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM).

III. Conclusión

Se somete a dictamen de esta Comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 256 de fecha 24 de diciembre de 2015, mediante el cual se realizan modificaciones a leyes 25.520, de inteligencia nacional, y 27.126, de creación y regulación de la Agencia Federal de Inteligencia.

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 256/15, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 256 de fecha 24 de diciembre de 2015 Decreto 256

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

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 y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 256 del 24 de diciembre de 2015, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 3

MARCOS PEÑA.

Germán C. Garavano.

Buenos Aires, 24 de diciembre de 2015.

VISTO la ley 25.520, de inteligencia nacional, modificada por la ley 27.126, de creación de la Agencia Federal de Inteligencia, la resolución 2.067 del 7 de julio de 2015, de la Procuración General de la Nación, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el artículo 21 de la ley 25.520, de inteligencia nacional, sustituido por el artículo 17 de la ley 27.126, se dispuso la transferencia de la Dirección de Observaciones Judiciales (DOJ) y sus delegaciones al ámbito de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público al tiempo que la citada norma estableció que la mencionada dirección “...será el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente”.

Que, asimismo, por el artículo 24 de la ley 27.126 se dispuso transferir la totalidad del personal, bienes, presupuesto vigente, activos y patrimonio afectados a la Dirección de Observaciones Judiciales de la entonces Secretaría de Inteligencia de la Presidencia de la Nación, al ámbito de la Procuración General de la Nación.

Que el mismo artículo 24 citado facultó a la Procuración General de la Nación a solicitar, en comisión de servicios, el personal necesario de la Agencia Federal de Inteligencia para garantizar el traspaso y funcionamiento de la Dirección de Observaciones Judiciales, hasta tanto se contare con el personal propio calificado para el desarrollo de sus funciones.

Que mediante el artículo 2° de la resolución 2.067/15 la Procuración General de la Nación dispuso la incorporación de la Dirección de Observaciones Judiciales a la órbita de la Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal de dicho organismo, con el nombre de Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM).

Que la Constitución Nacional establece en sus artículos 18 y 19 el alcance de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones.

Que esta garantía federal sólo es realizable de modo efectivo sujetando la intromisión a las comunicaciones a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada.

Que si bien el Ministerio Público Fiscal tiene el deber de proceder de acuerdo con criterios objetivos de actuación, resulta ser una parte principal en el proceso que persigue un interés determinado.

Que, en consecuencia, resulta más prudente, teniendo en miras el debido proceso legal, que la ejecución de una orden de intervención de una comunicación sea llevada a cabo por un organismo distinto al que es parte en la investigación.

Que el control judicial durante la ejecución de una intervención de las comunicaciones es esencial para garantizar que no se afecte la intimidad de las personas más allá de lo necesario para cumplir el objetivo buscado en la solicitud, razón por la cual resulta imperioso que se consigne únicamente lo estrictamente necesario para los fines del proceso, y se prescinda de información personal sensible que resulte ajena a la investigación.

Que, en tal sentido, deviene esencial que la ejecución de la intervención de las comunicaciones se halle bajo la órbita de un órgano distinto de las partes intervinientes.

Que, en efecto, si bien la tarea de administrar y gestionar los pedidos de intervención de las comunicaciones no es estrictamente jurisdiccional, la actuación judicial en esta materia se torna necesaria con la finalidad de asegurar los principios de transparencia y confidencialidad.

Que, por otra parte, lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 25.520, sustituido por la ley 27.126, implica también un avance sobre las autonomías provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contrario al régimen institucional que consagran los artículos 1°, 5°, 121, 122 y 129 de la Constitución Nacional.

Que, por las razones expuestas, corresponde transferir el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) al ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Que, en consecuencia, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el dictado, a la mayor brevedad posible, de un reglamento que verse sobre las nuevas funciones que por este acto se le otorgan en el que se garanticen los principios arriba reseñados, a cuyo efecto aquél deberá establecer que dirección de ese organismo se encuentre a cargo de un (1) juez penal con rango de juez de Cámara, designado por sorteo, por el plazo de un (1) año, sin poder ejercer nuevamente tal función hasta transcurrido un período de cinco (5) años.

Que la medida objeto del presente es consistente con las razones que motivaron el egreso de dichas competencias de la órbita del Poder Ejecutivo nacional, y asegura el más acabado respeto de los derechos individuales y de las garantías constitucionales.

Que a los efectos de asegurar en forma fiel y oportuna las garantías y fines enunciados, resulta urgente abordar en forma preferente e inmediata dicha transferencia.

Que el Honorable Congreso de la Nación se halla en receso hasta el 1° de marzo de 2016, hecho que impone evitar que las garantías constitucionales enunciadas anteriormente continúen sin protección efectiva, para lo cual resulta menester la adopción de medidas de carácter urgente y excepcional como la que se decide implementar mediante este decreto.

Que, además, estas circunstancias no permiten 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, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el inciso 3 del artículo 99 de la Carta Magna.

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 la norma constitucional referida en el párrafo que antecede.

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 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 que le compete.

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° – Transfiérese el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) dependiente de la Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público a la órbita de la Corte Suprema

de Justicia de la Nación, que será el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente.

Art. 2° – Tráfiérese a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la totalidad del personal, bienes, presupuesto vigente, activos y patrimonio afectados al Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM).

Art. 3° – Derógase el artículo 21 de la ley 25.520, sustituido por el artículo 17 de la ley 27.126.

Art. 4° – La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictará el reglamento de funcionamiento del actual Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM); dicho organismo estará a cargo de un (1) juez penal con rango de juez de Cámara, quien será designado por sorteo y durará en sus funciones por un plazo de un (1) año y no podrá ejercerlas nuevamente hasta transcurrido un período de cinco (5) años.

Art. 5° – La presente medida comenzará a regir a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

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

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

Decreto 256

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. Baraño. – Guillermo J. Dietrich. – Francisco A. Cabrera. – Ricardo Buryaile. – Sergio A. Bergman. – Oscar R. Aguad. – Andrés H. Ibarra. – Juan J. Aranguren. – Esteban J. Bullrich. – Alejandro P. Avelluto.

FE DE ERRATAS