

Decretos de Necesidad y Urgencia: ¿Se cumplen los controles constitucionales?

Por

María Ximena Fernández Barone

Antes de adentrarnos al estudio del tema enunciado, consideramos conveniente efectuar una breve introducción respecto de las facultades legislativas que tiene el Poder Ejecutivo Nacional, antes y después de la Reforma Constitucional de 1994 de acuerdo a los distintos supuestos y el rol de los otros poderes del estado.

1. La Constitución de 1853/1860 y las facultades legislativas del presidente

La recepción jurisprudencial de los decretos de necesidad y urgencia:

En primer lugar, recordemos que nuestra Constitución histórica adoptó el sistema clásico de división de poderes

(Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para evitar la concentración de poder que atente contra los derechos y garantías fundamentales y el abuso del poder que lleve a un gobierno totalitario, preservando la libertad de los individuos.

En este marco, el Presidente reviste carácter de colegislador atribuyéndole –en consecuencia– la posibilidad de participar en la etapa de iniciativa de la formación y sanción de las leyes al poder presentar proyectos de ley (art. 68)¹ y en la “etapa de eficacia” pues puede vetarlas o proceder a su promulgación y posterior publicación (art. 86 inc. 2° y 4°)². Por su parte, de acuerdo al texto constitucional solo podía dictar dos tipos de decretos o reglamentos, los denominados “autónomo-

¹ Art. 68: “Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, excepto las relativas a los objetos de que trata el artículo 44”.

² Art. 86 inc. 1°: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. Inc. 4°: “Participa de la formación de las leyes, con arreglo a la Constitución, las sanciona y las promulga”.

mos o independientes” aquéllos que regulan sobre las materias propias de la zona de reserva de la administración que no pueden regularse por ley (art. 86 inc. 1°)³; y los llamados **“de ejecución o reglamentarios de las leyes”** que son aquéllos que completan la redacción de las leyes, es decir, reglamentan una ley dictada por el Congreso (art. 86 inc. 2°)⁴ y facilitan su aplicación.

Sin embargo, -y a pesar de no haber sido receptados expresamente por la Constitución histórica-, estas facultades del PEN fueron engrosadas, al reconocerse doctrinaria y judicialmente la posibilidad de que el presidente dicte **“decretos de necesidad y urgencia”** - de ahora en adelante DNU- a través de los cuales puede legislar por vía de decreto, asumiendo por sí mismo competencias legisferantes atribuidas por la Constitución al parlamento, sin consentimiento de éste, siendo una excep-

ción transitoria al principio de división de poderes^{5 6}; y los **“decretos delegados”** que versan sobre materia propia del Congreso según la Constitución, relativa a asuntos atinentes a una ley, pero lo hace el PEN por encomienda o transferencia previa de competencias del Poder Legislativo⁷ (Casos *“Delfino”*⁸ y *“Cocchia”*⁹).

Centrando el tema en los decretos de necesidad y urgencia, destacamos que la posibilidad de que el Presidente de la Nación pudiera dictar este tipo de reglamentos se justificaba en su facultad de colegislador y, con este fundamento, se fueron sucediendo versando sobre distintas materias y con duración temporaria (estado de sitio por período de días), con vocación de permanencia (Plan Austral, durante el gobierno del Dr. Raúl R. Alfonsín) y con comunicación al Congreso quien los confirmaba o guardaba silencio¹⁰.

³ Art. 86 inc. 1°: “Es el jefe supremo de la Nación, y tiene a su cargo la administración general del país”.

⁴ Ver nota 2.

⁵ Marienhoff, Enrique S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pág. 247 y ss.

⁶ Recordemos que la facultad de reglamentar el ejercicio de los derechos es exclusiva del Poder Legislativo (art. 14 y conc.).

⁷ Ver nota 4.

⁸ Fallos:148:430.

⁹ La Ley 1994-B:633.

¹⁰ Sagües, Néstor P. “Decretos de necesidad y urgencia: estado actual del problema (a propósito del decreto 2284/91 de desregulación económica y su complementario 2424/91). *La Ley* 1992-B- Sección doctrina, pág. 917.

Así, entre 1853 y 1983 se dictaron 15 (quince) decretos de necesidad y urgencia, por su parte durante el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín (1983/1989) ascendieron a 10 (diez). Mientras que durante el gobierno del Dr. Carlos Saúl Menem el dictado de este tipo de decretos ascendieron a más de 472, aproximadamente, lo cual evidencia un notable crecimiento de este tipo de normas por parte del presidente de la nación.

Las circunstancias invocadas por el PEN para la utilización de este tipo de normas solían ser la necesidad de resolver crisis económicas y sociales y, otras veces, superar la valla dispuesta por el Congreso Nacional sobre temas puestos a discusión por parte del titular del ejecutivo, todo ello sumado a la falta de control del dictado de este tipo de normas.

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 *leading case* "Peralta"¹¹, pues se le reconoció expresamente al presidente la posibilidad de dictar este tipo de normas. Recordemos que en este caso 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, el Máximo Tribunal impuso una serie de re-

glas que debe contener el dictado de este tipo decretos por parte del órgano administrador para su procedencia.

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse, eran: "... una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado –ésta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto-... *razonabilidad de las medidas dispuestas... relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta... examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas... inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados... convalidación del Congreso, expresa o tácita...*".

Asimismo, sostuvo que "no necesariamente el dictado por parte del Poder Ejecutivo de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen". Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundado en dos razones fundamentales: 1*) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; 2*) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas

¹¹ La Ley, 1991-C:158.

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). Asimismo, definió la emergencia económico-social *“se trata de una 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 supremo tribunal consideró la razonabilidad de la medida con una evaluación desde *“la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen”* (Considerando 48).

En concreto, este tipo de decretos podían dictarse y subsistir válidamente sin la aprobación expresa del Congreso, cuando concurrían las circunstancias enunciadas precedentemente, situación que continuó hasta la reforma de 1994.

2. La reforma constitucional de 1994

Con el objetivo de poner límites a esta práctica abusiva de legislar por parte del titular del PEN, la Convención Constituyente de 1994 a través del dic-

tado del art. 99 inc. 3º CN le reconoce expresamente al presidente la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia pero con carácter excepcional y sobre determinadas materias y circunstancias habilitantes.

En efecto, esta nueva norma rechaza la posibilidad de los decretos de necesidad y urgencia fundados en la conveniencia, como así también, aquellos fundados en cualquier estado de emergencia o necesidad. También veda que esta facultad extraordinaria sea ejercida por otro sujeto distinto al investido por la Constitución para ejercer esta atribución.

Así, del citado artículo surge un principio general que es la prohibición del dictado de este tipo de decretos y una excepción, la cual analizaremos a continuación:

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

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

con el jefe de gabinete de ministros”.

Destacamos que la norma en análisis tiene contrasentido pues por un lado enuncia una afirmación al prohibir -su dictado- pero luego lo admite, de darse una serie de requisitos, que ella misma prescribe. Así, primero inhibe absolutamente al presidente para dictar este tipo de decretos y luego le reconoce esa facultad de manera relativa pues le impone un límite material: que no se trate de materia penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos.

Por su parte, la norma nos habla de estado de necesidad. Entendemos que se refiere a aquél caracterizado por un perfil fáctico (urgente necesidad) y otro -institucional- (imposibilidad de recurrir a los trámites ordinarios para la sanción de las leyes).

En este sentido, existe consenso generalizado en exigir una situación de “necesidad y urgencia”. Según tal como sostiene 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 sustantivo¹². Concretamente, la “necesidad y la urgencia” deben estar suficientemente fundadas y responder a circunstancias excepcionales, partiendo del principio sacramental de que las leyes deben ser dictadas por el Poder Legislativo.

Resulta necesario destacar que la sola imposibilidad política, en tanto derivación de la carencia, por el gobierno de quórum o mayorías propias para imponer su criterio, no puede, por eso ser la razón justificante del empleo del decreto, porque debe concurrir siempre la necesidad de resolver, con urgencia y eficazmente la situación planteada¹³. En esta materia debe adoptarse un criterio restrictivo para no desnaturalizar estos reglamentos y evitar de ese modo que la asunción extraordinaria de estas facultades termine convirtiéndose en una usurpación de las competencias de otro poder.

Resumimos esta parte diciendo que para que el presidente pueda hacer uso de esta atribución exclusiva y excepcional que posee para dictar DNU, deben reunirse primeramente los siguientes requisitos: 1) concurrencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, 2) que el objeto de la preten-

¹² Bidart Campos, Germán: “Los decretos de necesidad y urgencia”. Columna de opinión, ejemplar del 27/02/01 *La Ley*.

¹³ Quiroga Lavié, Humberto: “Decretos de necesidad y urgencia en la reforma de la Constitución Nacional”, *La Ley* 1994-D:876/881.

sión, la necesidad y la urgencia no pueda satisfacerse por ley, y 3) que no se trate sobre las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

a) El control político

1) Es importante destacar que es el propio presidente quien aprecia y decide si se dan las circunstancias para la procedencia del dictado de un DNU, es decir, analiza si se trata de un estado de excepción y si existe impedimento congresional para legislar. Esta etapa se produce dentro del seno del PEN.

2) Luego comienza la etapa de control interórganos pues la norma en análisis le exige al presidente que la decisión sea sometida al acuerdo general de ministros y la unanimidad de todos los miembros del gabinete para que refrenden junto con el jefe de gabinete la decisión de emergencia, se trata de un acto complejo y necesario para la eficacia del decreto¹⁴. Recordemos que antes de la reforma, el decreto de necesidad y urgencia era firmado únicamente por el presidente y el ministro del ramo correspondiente.

Pero, ¿existe control por parte del jefe de gabinete y los ministros al PEN? Creemos que no, pues no hay independencia entre controladores y controlados. Nótese que es el propio presidente quien tiene la facultad de nombrar y remover a sus ministros y jefe de gabinete¹⁵. Consecuentemente, la negativa a refrendar el decreto por parte de alguno de ellos conllevaría a que deje su puesto en forma inmediata, ya sea por decisión directa (remoción) o indirecta (renuncia).

3) Seguidamente, cumplido el requisito constitucional del refrendo ministerial, la norma exige que el jefe de gabinete -dentro de los 10 días-, debe remitir el DNU a la comisión bicameral permanente -órgano con jerarquía constitucional-, donde tiene que explicar las razones excepcionales que determinaron el dictado del decreto en cuestión¹⁶.

Entramos así al control "extraórgano" del decreto, el cual tiene naturaleza política. La comisión bicameral es quien, dentro de los 10 días de recepción del decreto, debe pronunciarse sobre su viabilidad y emitir el dictamen correspondiente para luego elevarlo al plenario de cada cámara, para que se

¹⁴ Art. 99 inc. 3: "... los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...".

¹⁵ Art. 99 inc. 7: "... por sí sólo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho...".

¹⁶ Art. 99 inc. 3, cuarto párrafo: "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 las respectivas cámaras."

pronuncien expresamente sobre la validez o no del decreto¹⁷.

Nos detenemos en este punto para denotar que nos encontramos frente a un acto complejo porque se requiere la voluntad de dos órganos: el Poder Ejecutivo que es el órgano que lo dicta y el Poder Legislativo que sería quien tiene a su cargo el examen y control del decreto.

En efecto, este último es a quien -como órgano de contralor- le compete pronunciarse sobre la concurrencia de los extremos que habilitan el ejercicio de esta facultad excepcional del Poder Ejecutivo: mérito, oportunidad y conveniencia de su contenido, toda vez que es quien ratificará o no la normativa dictada.

Sin embargo, ésta última parte del art. 99 inc. 3° -que acabamos de analizar- no está reglamentada pues no se ha dictado norma regulatoria para poner en vigencia el trámite constitucional consiguiente a la sanción de estos decretos dispuesto por el mencionado artículo y que le correspondería al Poder Legislativo¹⁸.

Es decir que, quien tiene la competencia constitucional para admitir o rechazar este tipo de decretos excepcionales, limitando la facultad presidencial, se autoprocribió a ejercer el control pertinente.

En este punto, es importante destacar que hay criterios doctrinarios diversos con relación a la posibilidad de que el presidente dicte DNU aún ante la omisión de dictado de la "ley especial" que regule el punto en análisis. Por un lado, están quienes sostienen que hasta tanto no se dicte la ley y se cree la comisión bicameral permanente, no es posible que el presidente dicte decretos de este tipo¹⁹; y por el otro, quienes consideran que si la Constitución autoriza al Presidente a dictar este tipo de decretos y el Congreso no ejerce el control a que la misma Ley Fundamental lo faculta, este último está renunciando a ejercer el control, con lo cual esa actitud del Congreso debe ser interpretada como un permiso tácito para que el Poder Ejecutivo los dicte sin control posterior²⁰.

Por su parte, es procedente tener en

¹⁷ Art. 99 inc. 3, cuarto párrafo: "... Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario 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..."

¹⁸ Art. 99 inc. 3, cuarto párrafo: "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".

¹⁹ Ver Bidart Campos, Germán J y Manili, Pablo L.: "La jerarquía normativa de las distintas clases de decretos de Poder Ejecutivo. A propósito de la moderna "decretocracia" argentina", Suplemento *La Ley* del 12/05/2003.

²⁰ Ver cita precedente.

cuenta que la propia Corte reconoce que la falta de diligencia del Poder Legislativo en el dictado de la ley reglamentaria de la comisión bicameral permanente, no impide el ejercicio de la facultad que tiene el presidente de dictar DNU, reconocida constitucionalmente²¹. Aunque, afortunadamente, luego sostuvo que esta omisión refuerza el control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial²². Lo expuesto lo analizaremos a continuación.

b) El control judicial

Es sabido que al Poder Judicial no le corresponde merituar la conveniencia y eficacia de la medida adoptada por decreto²³, pero sí tiene la potestad de examinar la existencia o no del estado de necesidad y razonabilidad, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la materia regulada -tal como ocurre con la ley en sentido formal-, en un caso que sea sometido a su juicio y donde se haya afectado algún derecho constitucional.

Así, en virtud de lo dispuesto en el art. 28 de la CN²⁴ 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.

Debemos recordar que el efecto interpartes de nuestro sistema judicial determina que la invalidez de la norma sólo produzca efectos en el caso examinado.

Sin embargo, el comportamiento de la CSJN en cuanto a su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido cambiante, llegando incluso a renunciar a su ejercicio.

En efecto, mientras en el caso *"Peralta"*²⁵ analizado supra 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"*

²¹ Ver "Rodríguez Jorge en: Nieva Alejandro y otros c/ PEN", *La Ley* 1997-E:884, considerando 13 voto de la mayoría.

²² Ver "Verrochi Ezio D c/ Administración Nacional de Aduanas", *La Ley* 2000-A:84, considerando 11 voto de la mayoría.

²³ Ver "Peralta", *La Ley* 1991-C:158, considerando 26.

²⁴ Art. 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

²⁵ Ver cita nota 11.

guez²⁶ –pos reforma 1994- medió un retroceso. En él, la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quien 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.

El supremo tribunal 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, median-do -en consecuencia- una invasión de la zona de reserva de otro poder (Considerando 6º). 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 tratamien-*

to legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite- siempre que, ante un “caso concreto” –inexistente en la especie-, conforme las exigencias del art. 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 control de los DNU (considerando 17).

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

En cambio, en el caso *“Verrochi”*²⁷ cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) N° 770/96 y 771/96 emitidos por el PEN en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos. Acá efectúa un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida. En este caso, el supremo tribunal se avoca a examinar si se cum-

²⁶ La Ley 1997-E:884.

²⁷ Ver nota 22.

plieron las exigencias formales y materiales en el dictado de este tipo de normas, admitiendo el ejercicio de facultades legislativas por parte del PEN. Así, 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 8º). En tanto, en el considerando 9º analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el art. 99 inc. 3º CN 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...”*. Así, afirma que corresponde descartar criterios de mera conveniencia para el dictado de este tipo de decretos, como así también, en caso de que contenga motivación fáctica en los mismos considerandos que la norma cuestionada. La Corte sostiene 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 (Considerando 11º). Por lo que confirma la sentencia del a quo que declaraba inconstitucional los de-

cretos 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.

Sin embargo, en el caso *“Guida”*²⁸, donde la actora impugnaba el decreto N° 290/95 (de necesidad y urgencia) que redujo sus salarios por ser empleada pública, detrae nuevamente el control de constitucionalidad. Podemos destacar que los puntos más importantes del fallo se basan en que el mencionado decreto había sido ratificado con posterioridad por el Poder Legislativo a través del dictado de la Ley 24.624 (de presupuesto), que aprobó dicho acto. No analiza si la crisis financiera invocada en el decreto reúne las características de situación de emergencia ni si las circunstancias del caso imposibilitaban seguir con el trámite ordinario para la sanción de las leyes. Recordemos que el mencionado decreto no fijaba plazo de duración pero sí enunciaba que estaría vigente hasta que cesaran las causas que dieron origen a su dictado (grave crisis financiera institucional que afectaba al país “efecto tequila”). Por el contrario, consideraron que la omisión de establecer plazo de duración del decreto no es óbice para su dictado, ya que es el propio PEN quien puede dejarlo sin efecto total o parcialmente, es decir, que queda a cargo del propio órgano que lo dictó la razonabilidad de la duración de la norma.

²⁸ La Ley 2000-C:828.

En este punto destacamos que el DNU salió el 27/2/1995, apenas unos días antes del inicio de las sesiones ordinarias del Congreso (1/3/95), no mediando imposibilidad de su tratamiento legislativo.

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 art. 99 inc. 3º 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 para enfrentar la crisis...". Concretamente, desestimaron

todo agravio relativo al proceso de formación del decreto atacado, no se expedieron sobre la existencia del hecho habilitante, y se inhibe de ejercer el control de constitucionalidad del decreto por la sola razón de haberse cumplido las etapas formales para su elaboración. Asimismo, la Corte convalidó la reducción temporal de los salarios de los agentes públicos al sostener "*la decisión de reducir las remuneraciones en forma generalizada, no resulta un ejercicio irrazonable de las facultades del estado frente a una situación de grave crisis económica*"²⁹. Consecuentemente, revoca el fallo de la instancia anterior y declara la constitucionalidad del decreto.

Por el contrario, en el caso "*Smith*"³⁰ la Corte –cuyos miembros se encontraban cuestionados no sólo por el poder político sino también por el pueblo y además tenían solicitada la remoción por juicio político– volvió sobre sus pasos y se avocó a ejercer el control de constitucionalidad del decreto (de necesidad y urgencia) 1570/01 que disponía la restricción de los retiros en efectivo que superen los 250 pesos o dólares por semana, por parte del titular o de los titulares, ya sea que actúen en forma conjunta o indistinta, del to-

²⁹ Ver considerando 7 del voto de la mayoría.

³⁰ Ver fallo CSJN del 1/02/2002 in re: "Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en "Smith Carlos A c/ PEN s/ amparo". Recordemos que, el caso en análisis, llega a conocimiento del supremo tribunal por apelación por salto de instancia solicitada por el Banco Galicia y Buenos Aires –fundado en el entonces vigente art. 195 bis CPCCN– que pidió su intervención urgente ante la medida cautelar dispuesta por el Juez de 1º Instancia Federal de Corrientes que al declarar la inconstitucionalidad del decreto 1570/01, dispuso la devolución de los depósitos a plazo fijo del actor a su vencimiento.

tal de sus cuentas en cada entidad financiera. Del análisis del considerando 9 del fallo podemos concluir que la Corte reconoce: 1) la existencia de la crisis económica y financiera que habilitan el dictado de medidas paliativas por parte del estado, pero sostiene que ello no implica que se admita la razonabilidad de los medios implementados; 2) que las normas dictadas en consecuencia, en vez de clarificar el modo en que se podía disponer los depósitos bancarios, provocaron estado de incertidumbre; 3) la constitucionalidad de las normas que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos siempre que no se altere su sustancia y a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole. Consecuentemente, admitió la facultad del gobierno para sancionar normas que considere convenientes con el sólo límite de la razonabilidad de la misma y siempre que no se desconozcan las garantías o restricciones constitucionales.

Seguidamente, el superior tribunal examina si la restricción impuesta por el decreto 1570/01 con los alcances de la resolución 23/02 (Ministerio de Economía) resulta un ejercicio razonable de las facultades del estado frente a la grave crisis global y financiera³¹. Así, del análisis de los considerandos 11, 12, 13, 14 y 15 podemos resaltar los siguientes aspectos visualizados

por la Corte: 1) exceso por parte del PEN en uso de las facultades delegadas, por el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada de los particulares, violando los artículos 17 y 28 de la Constitución Nacional, 2) si bien ratifica su criterio respecto de la facultad del estado de imponer límites al conocimiento o extensión de derechos, sostiene que ésta encuentra su "límite" cuando se encuentra frente a un derecho adquirido nacido bajo el amparo de una legislación anterior (art. 17 CN). Así, concluyó que en el presente caso medió desconocimiento de los derechos adquiridos por el actor y lesión a su derecho de propiedad, pues la relación jurídica habida entre el amparista y la entidad bancaria fue concebida bajo el régimen que garantizaba la inalterabilidad de los depósitos y fue reforzada posteriormente por la Ley 25.466 de intangibilidad de los mismos –circunstancia que la aparta del criterio que sostuvo en "Peralta"-, 3) concluye que no se verifica adecuación entre el medio elegido por el PEN (restricción al uso y goce de los ahorros e inversiones y libre disponibilidad de remuneraciones, jubilaciones y pensiones amparados en el derecho de propiedad del art. 17 CN) y el fin propuesto (paliar la crisis) pues *"no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento"*³². Consecuentemente, el efecto producido

³¹ Ver considerando 10.

³² Ver considerando 15.

por las normas cuestionadas excede el ejercicio válido de los poderes de emergencia reconocidos al estado, produciéndose un traspaso al límite impuesto por el art. 28 CN. Determina la tacha de inconstitucionalidad de las normas por afectarse las garantías constitucionales reconocidas en los arts. 14 bis y 17 y art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte continuó en esta línea al expedirse en el caso "*Tobar*"³³ pues también se avocó a ejercer el control de constitucionalidad, esta vez del decreto (de necesidad y urgencia) 896/01³⁴ –modificado por la Ley 25.453³⁵– que dispuso –nuevamente– la reducción de sueldos, jubilaciones y pensiones de los empleados públicos. Previamente, creemos necesario realizar un breve seguimiento de cómo se fueron dictando las normas impugnadas: 1) el PEN dicta el 31/07/01 el decreto 896/01, el cual deroga y agrava las circunstancias previstas en su antecesor (430/00)³⁶, disponiendo la reducción salarial directa y de pleno derecho de todos los haberes del sector público nacional –excluidos el Poder Legislativo, Judicial y el Ministerio Público– sobre todos sus conceptos incluidos, así como de las jubilaciones y pensiones, cuando la recaudación

no fuera suficiente para atender los créditos presupuestarios previstos; 2) días más tarde (30/07/01) el Congreso sanciona la Ley 25.453 que legitima el sistema previsto por los dos decretos enunciados precedentemente, aunque los deroga; 3) por decreto 934/01 se estableció los criterios para liquidar los haberes del personal en actividad del sector público nacional y se facultó al jefe de gabinete para determinar la reducción de los créditos presupuestarios, quien lo fija en el 13% (decisión administrativa 107/01).

En la presente causa, el actor inicia acción de amparo en su carácter de empleado civil del ejército afectado por la reducción de haberes dispuesta por las normas citadas precedentemente, solicitando se las tache por inconstitucionales y se le restituya los haberes retenidos. La Corte se aparta del criterio que sostuvo en "*Guida*" –ya analizado en el presente trabajo–, con fundamento en que no se encuentran presentes las mismas circunstancias fácticas y razones que tuvo presente en su antecesor y que la llevó a sostener la constitucionalidad del decreto (de necesidad y urgencia) 290/95. En efecto, justifica su apartamiento en el envilecimiento en sueldos, jubilaciones y pensiones provocado por la devaluación que se

³³ Ver fallo CSJN del 22/08/2002 in re: "*Tobar Leónidas c/ E.N. Ministerio de Defensa – Contaduría General del Ejército Ley 25.453 s/ amparo ley 16.986*".

³⁴ Adla, LXI-D, 4057.

³⁵ Adla, LXI-D, 4083.

³⁶ B.O: 31/05/2000.

produjo a partir del año 2002³⁷. Consideramos como los rasgos más importantes del fallo, los siguientes: 1) ratificación de la doctrina acerca de la potestad del gobierno de dictar normas de emergencia para paliar las crisis económicas siempre que no se exceda en el límite de la razonabilidad (art. 28 CN) y no desconozca las garantías impuestas por la Constitución Nacional³⁸, 2) con este fundamento, sostiene que la derogación de los DNU 430/00 y 896/01 por la Ley 25.453, agravó la normativa preexistente pues deja al arbitrio del PEN la oportunidad y proporción de la reducción salarial del sector público, con el objeto de equilibrar gastos operativos y recursos presupuestarios (déficit cero), 3) confirmar su criterio respecto a que la falta de fijación del plazo de duración no obsta la validez de la medida adoptada por el gobierno, pero se aparta de su aplicación al presente porque la norma cuestionada no estableció que pueda cesar la medida de emergencia ante la modificación de las condiciones que generaron su dictado (distinto del caso "Guida"), 4) vuelve a reconocer las facultades del poder administrador de disponer la reducción salarial, pero considera que en el presente caso se produce una grave lesión a los derechos constitucionales al no establecerse un límite tem-

poral pues *"han sido concebidas para regir todo el tiempo", es decir tanto en épocas de emergencia como en circunstancias normales, con el sólo requisito de que se presente desequilibrio financiero que habilita la puesta en marcha del mecanismo de reducción salarial*³⁹, 5) consecuentemente, las normas atentan contra el derecho de propiedad y el art. 14 bis CN pues los agentes públicos quedan a merced de la discrecionalidad con que el poder público resuelva su política económica, encontrándose sometidos a un estado de *"perpetua incertidumbre"*⁴⁰. Resumimos los aspectos por los cuales consideró que no media razonabilidad de las medidas adoptadas ni proporcionalidad con los medios elegidos, de la siguiente manera: 1) falta de limitación razonable y temporal a la integridad salarial de los agentes públicos, 2) sujetar la reducción salarial a factores ajenos a la relación de trabajo e imprevisibles para el trabajador, quedando a la discrecionalidad del PEN su determinación, 3) lo expuesto produce una alteración en la sustancia de la relación de empleo (art. 17 CN) y exceso en el ejercicio válido de los poderes de emergencia por parte del estado.

Creemos importante destacar que -con posterioridad al fallo analizado prece-

³⁷ Ver considerando 7.

³⁸ Ver considerando 8.

³⁹ Ver considerando 13.

⁴⁰ Ver considerando 14.

dentamente-, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1819/02⁴¹, cuyo art. 1° dispuso el íntegro abono de las retribuciones del personal de Sector Público Nacional sin la reducción salarial ordenada por el decreto 896/01 y la ley 25.453 en moneda de curso legal, a partir del 1/01/03, así como la devolución mediante entrega de títulos públicos de la totalidad de las retenciones efectuadas con fundamento en dichas normas a partir de su vigencia y hasta el 31/12/02.

En igual sentido, en el caso "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional"⁴² la Corte decide no renegar y vuelve a ejercer el control de constitucionalidad esta vez respecto del decreto (de necesidad y urgencia) 214/02 y subsiguientes, el cual continúa con la línea impuesta por el decreto 1570/01 (analizado en el caso "Smith" y a cuyos fundamentos remite respecto de la inconstitucionalidad de dicho decreto y de las leyes 25.557 y 25.561, decreto 71/2002 y resolución 18/2002 (Ministerio de Economía) pero viola aún más el ejercicio del derecho de propiedad al disponer la pesificación compulsiva de los depósitos en dólares.

Así, el superior tribunal procede a

confrontar el decreto (de necesidad y urgencia) 214/02 y subsiguientes con la Constitución Nacional, destacamos como los puntos más salientes: 1) que no hubo sometimiento voluntario al régimen normativo impugnado por parte de la actora (teoría de los actos propios), 2) reconocer nuevamente la posibilidad de que se adopten remedios jurídicos extraordinarios en situaciones de emergencia, siempre que posean límite temporal y razonable del ejercicio de derechos, 3) al analizar si el decreto fue dictado dentro del marco de las facultades del PEN, detecta: a) superposición de facultades, las delegadas expresamente por el Congreso a través de la ley 25.561 y en el marco del art. 76 CN y las ejercidas por el PEN en uso de las atribuciones conferidas por el art. 99 inc. 3° CN, b) exceso por parte del presidente a los límites establecidos en el marco de la delegación legislativa pues el Congreso "sólo lo había habilitado a actuar para afrontar la crisis, con la limitación de preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieran realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/01⁴³, c) consecuentemente provocó una transformación de la sustancia de los depósitos bancarios al

⁴¹ B.O: del 13/09/02.

⁴² Ver fallo CSJN del 5/03/2003 in re: "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional", en el cual la actora inició la acción directamente ante la Corte en instancia originaria y exclusiva (art. 117 C.N.) solicitando que se le ordene al Banco Nación la devolución de los fondos públicos en dólares que tenía depositados en dicha entidad bancaria. 1570/01, 214/02 y 320/02, toda vez que se produjo una confiscación del derecho de propiedad.

⁴³ Ver considerando 32 y 33.

transformarlos en pesos apartándose de la ley 25.561, alteración de las distintas relaciones jurídicas y violación al art. 14 bis, 16 y 17 CN, 4) reconoce la emergencia pero no puede desconocer el derecho de propiedad, aunque admite restricciones a su ejercicio. En concreto, concluye que la normativa cuestionada es irrazonable, toda vez que ocasionó un mayor perjuicio al depositante que a la entidad bancaria. En efecto, destruyó la garantía constitucional de propiedad y el presupuesto de la seguridad jurídica, toda vez que el estado traspasó el límite impuesto por el art. 28 C.N.

Sin embargo, en el caso *"Müller"*⁴⁴ -en el cual se discute nuevamente la reducción salarial dispuesta a los empleados públicos por el decreto (de necesidad y urgencia) 430/00- la Corte retrocede -otra vez- y vuelve a aplicar la doctrina que sentó en el caso *"Guida"* al compartir los fundamentos vertidos por el Procurador General. De su dictamen (del 21/06/2002) se depende: 1) reconocimiento al estado de la facultad para reducir los salarios de los agentes (salvo los que se encuentren protegidos por la garantía de la "intangibilidad") cuando: la reducción se adopte en situación de emergencia, tenga efectos generales y vigencia para el futuro en forma transitoria y no resulte confiscatoria, es decir, que no

se desnaturalice el derecho a la retribución⁴⁵; 2) al verificar si se dan las circunstancias de la norma habilitante para el dictado de DNU, resulta: a) el acto fue dictado dentro del marco de facultades conferidas por el art. 99 inc. 3° CN, b) se encuentran los requisitos constitucionales de "situación de emergencia" del sector público, constatada por el procedimiento seguido para el dictado del decreto 430/00 y por la comunicación ordenada al Poder Legislativo en su artículo 10, c) se cumplió con la facultad de control del Poder Legislativo y reconocimiento de la situación de emergencia, pues el Congreso al derogar expresamente el decreto mediante el dictado de la Ley 25.453 (que analizamos en el presente trabajo con el caso *"Tobar"*) tuvo por válido el DNU hasta ese momento; 3) no resulta violatorio del art. 17 de la CN por su carácter transitorio y de excepción; 4) señala que si bien los fallos de la Corte se refieren al caso concreto y su fallo no es obligatorio para otros casos análogos, los tribunales inferiores deben ajustar sus decisiones a las de la Corte, más aún cuando se apartan de los precedentes sin aportar nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sostenida por el máximo tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional⁴⁶.

⁴⁴ Ver fallo CSJN del 10/04/2003 in re: "Müller Miguel Angel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Contaduría General - Ejército Argentino - decreto 430/00 s/ amparo 16986" inédito.

⁴⁵ Circunstancias que ya había expuesto en *"Guida"*.

⁴⁶ Ver punto V del dictamen del Procurador General.

En consecuencia, la Corte -compar-
tiendo las razones expuestas por el
Procurador- sostiene: "... la restricción
salarial impuesta con sustento en el
decreto 430/00 se extendió por un
lapso de trece meses (desde junio de
2000 hasta julio del año siguiente),
en el cual las remuneraciones de los
agentes públicos no sufrieron el envi-
lecimiento provocado por la devaluación
de la moneda operada a partir del año
2002; circunstancia ésta que -entre
otras razones- diferencia el caso de
autos de la situación contemplada en
el pronunciamiento dictado por esta
Corte el 22 de agosto de 2002 en la
causa T.348.XXXVIII Tobar Leónidas c/
E.N. M de Defensa - Contaduría Ge-
neral del Ejército Ley 25.453 s/ am-
paro Ley 16986..."⁴⁷. Asimismo,
agregó que "análogos motivos lleva-
ron al Tribunal, en el precedente de
Fallos: 322: 2226, a rechazar la
pretensión de reajuste de un haber
previsional, pues no se había demo-
strado el perjuicio que le ocasionaba
al actor la aplicación del sistema le-
gal que impugnaba...".

Concretamente, declara la constitu-
cionalidad de la norma cuestionada
sustentando su postura en el carácter
temporal de la reducción salarial dis-
puesta y adicionándole el hecho de
que la moneda no estaba devaluada,
circunstancias que difieren y le per-
miten apartarse de su precedente "To-
bar".

Y entonces... ¿quién nos protege?

A modo de conclusión

En el presente trabajo tratamos de
esbozar cómo fue evolucionando la
facultad presidencial de emitir decretos
de necesidad y urgencia, antes de la
reforma de 1994 y el reconocimiento
de esta práctica por parte de la juris-
prudencia y la doctrina, hasta su re-
cepción en la Constitución Nacional a
través de dicha reforma que lo incor-
poró expresamente en el art. 99 inc.
3, con el objeto de poner límites a
esta atribución del PEN..

Consideramos, y así lo tratamos de
expresar en el presente, que esos "lími-
tes" que se pretendieron imponer son
lábilis, pues vimos que los controles
constitucionales no se llevan a cabo,
a tal punto que, a casi nueve años de
la reforma constitucional, el Congreso
no reglamentó el trámite que deben
seguir los decretos de necesidad y ur-
gencias (arts. 99 inc. 3° in fine) ni creó
la Comisión Bicameral Permanente..

Esta omisión normativa implica que
el PEN puede seguir dictando este tipo
de decretos, aún sin el correspondien-
te control parlamentario (lo cual, tal
como vimos divide a la doctrina en
este punto) y con un control jurisdic-
cional relativo o poco efectivo.

En efecto: por un lado la falta de
reglamentación del art. 99 inc. 3° párra-
fo 4° implica que el Poder Legislativo

⁴⁷ Ver considerando 2.

no controla si se dan las circunstancias habilitantes para el dictado de decretos de necesidad y urgencia, es decir, no tenemos el primer control en funcionamiento. Y por el otro, no sabemos si en el supuesto caso de accionar judicialmente –y llegar al máximo tribunal como último intérprete- por vulnerarse algún derecho constitucional a través del dictado de este tipo de normas, la CSJN evaluará si en el caso concreto mediaron las circunstancias fácticas habilitantes del dictado de estos decretos que ella misma había reconocido jurisprudencialmente y se encuentra expresamente normada en el art. 99 inc. 3º CN o si renunciará a ejercer el control de constitucionalidad.

Lo expuesto demuestra la situación de indefensión e inseguridad jurídica a la que estamos sometidos, más aún si tenemos en cuenta los últimos decretos de necesidad y urgencia que se dictaron, en los cuales se invocó “grave crisis económica” avasallaron cada vez más nuestras garantías constitucionales, especialmente, el derecho de propiedad y la CSJN ha tenido idas y venidas en este punto. Por lo que consideramos que los controles constitucionales no se cumplen.

Bibliografía General

Constitución Nacional 1853/1860 y reforma 1994.

Sabsay, Daniel A y Onaíndia, José M, La Constitución de los Argentinos, Ed. Errepar.

Quiroga Lavié, Humberto, Constitución Nacional Argentina Comentada, Ed. Abeledo Perrot.

Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo I y III, Ed. Ediar.

Gelli, María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina Comentada y concordada, Ed. La Ley, 2ª edición ampliada y actualizada (Edición 2003).

Sabsay, Daniel A, Colección de Análisis Jurisprudencial, Derecho Constitucional. Serie de Libros universitarios, Ed. La Le (Edición 2002).

Pérez Hualde, Alejandro, Decretos de necesidad y urgencia, Límites y control, Ed. Depalma (1995).

Sartori, Giovanni, Ingeniería Constitucional Comparada (2ª parte), Ed. Fondo de Cultura Económica.

Torres Molina, Daniel: “El ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo”, La Ley, 1997-D-1067.

Gil Domínguez, Andrés: “Potestades legislativas del Poder Ejecutivo: en búsqueda de una interpretación constitucional”, La Ley 1996-D-1651.

Gil Domínguez, Andrés: “Decretos de necesidad y urgencia y control de constitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia y un nuevo retroceso”, Suplemento de Derecho Constitucional ejemplar del 4/08/2000 La Ley.



Midón, Mario A.R., "Guida: otro caso de necesidad y urgencia en el que la Corte detrae el control de constitucionalidad", Suplemento de Derecho Constitucional ejemplar del 4/08/2000 La Ley.

Bidart Campos, Germán J., "Una grave irregularidad constitucional: la ley de presupuesto no puede convalidar decretos de necesidad y urgencia", Suplemento de Derecho Constitucional ejemplar del 4/ 8/ 2000.

Gómez, Claudio Daniel "Las reducciones salariales y las emergencias económicas", Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley del 18/ 10/ 2002.

Carnota, Walter F., "El control formal y material sobre los decretos de necesidad y urgencia", Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley del 10/11/2000.

Gelli, María Angélica, "Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia: De "Rodríguez" a "Verrochi": ¿El regreso de "Peralta"?", La Ley-A-2000-86.

Louge Juárez, Marcelo J: "Raíces histórico-políticas del régimen presidencialista argentino", La Ley, 1988-E-1149. Comentario del Dr. Carlos E. Colautti sobre "El Poder Parlamentario. Su origen, apogeo y conflictos" por Arturo Pellet Lastra (Ed. Abeledo Perrot), Buenos Aires, 1995 (LL, 1996-A-1623).