

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 20, Número 2, diciembre 2019

Las tres generaciones de DNU (1983-2018)

Alfonso Santiago

Formato de cita recomendado

Alfonso Santiago, *Las tres generaciones de DNU (1983-2018)*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 20 2 (2019)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

Las tres generaciones de DNU (1983-2018)

*Alfonso Santiago*¹

Resumen: El presente trabajo pretende analizar cuál ha sido la práctica de los decretos de necesidad y urgencia desde el retorno a la democracia en 1983 hasta fines del año 2018, tanto desde un punto de vista cuantitativo como de su régimen constitucional.

Se distinguen tres etapas distintas y se analiza cuál fue la conducta institucional asumida en cada una de ellas por el Poder Ejecutivo, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, se extraen algunas conclusiones finales.

Abstract: This paper intends to analyze the practice of the decrees of necessity and urgency from the return to democracy in 1983 to the end of 2018, both from a quantitative point of view and its constitutional regime.

Three distinct stages are distinguished and the article analyzes the institutional behavior assumed in each of them by the Executive Power, the Congress and the Supreme Court of Justice.

Finally, some final conclusions are drawn.

¹ El Dr. Alfonso Santiago es Profesor Titular de Derecho Constitucional (Universidad Austral), Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y Director de su Instituto de Derecho Constitucional.

Presentación

El creciente ejercicio de potestades legislativas por parte del Poder Ejecutivo es una tendencia que atraviesa la práctica del gobierno contemporáneo,² pero en la Argentina ello ha cobrado dimensiones particularmente graves.

A modo de ejemplo, desde el retorno de la democracia en 1983 y hasta fines del año 2018, se sancionaron en nuestro país 4.461 leyes y 1.139 decretos de necesidad y urgencia (DNU)³: un DNU cada 3,9 leyes,⁴ un DNU cada 8 días.⁵

Este uso frecuente y en buena medida abusivo de los DNU se verificó en los distintos períodos presidenciales y en los diversos escenarios y dinámicas de la relación entre el presidente y el Congreso a lo largo de estas tres décadas y media.

La distribución de los 1.139 DNU dictados entre 1983 y 2018 en función de los distintos presidentes que ejercieron el Poder Ejecutivo es el siguiente:⁶

² Cfr. Santiago, Alfonso, Veramendi, Enrique y Castro Videla, Santiago, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*, La Ley, Bs. As., 2019, Cap. I.

³ A lo largo de este trabajo, utilizaremos la expresión DNU para referirnos a los decretos de necesidad y urgencia, tanto en singular como en plural.

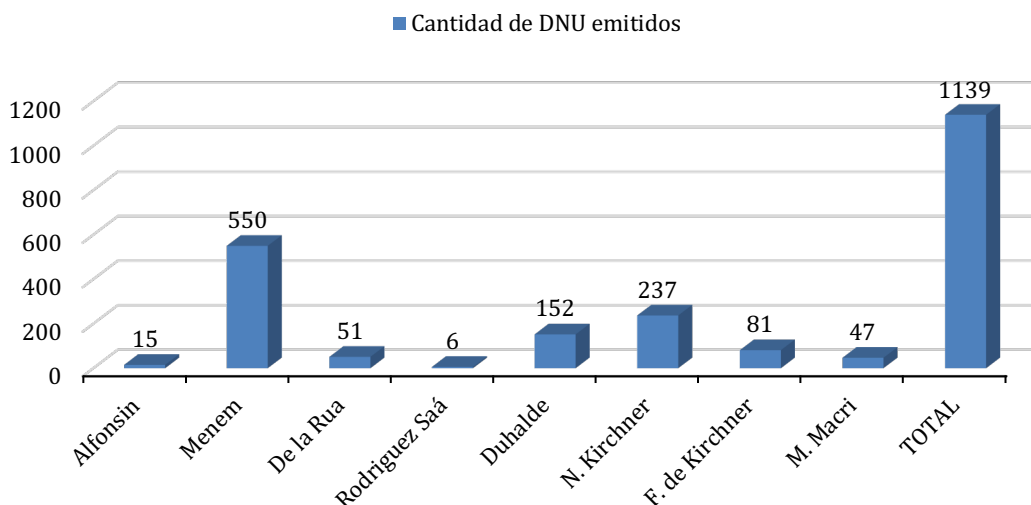
⁴ Un fenómeno parecido ocurre en España: desde el establecimiento de la constitución española en 1978 y hasta el año 2018, “un 22,87% de las normas han sido dictadas través de la técnica de los decretos-leyes” (similares a nuestros DNU), Cfr. Ylarri, Juan Santiago, *Los decretos-leyes y el control de la extraordinaria y urgente necesidad*, Lajouane, Bs. As., 2019, pág. 45.

⁵ A los efectos de identificar los decretos dictados por el Poder Ejecutivo en los períodos analizados, hemos utilizado como fuentes de búsqueda las páginas de Infoleg (www.infoleg.gob.ar), de SAIJ (www.saij.gob.ar) y del Boletín Oficial (www.boletinoficial.gob.ar), así como también la información parcial que nos fuera suministrada en el año 2018 por la Dirección de Información Parlamentaria, que nos permitió validar el estudio de campo que efectuamos, y los mensajes de elevación del Poder Ejecutivo a través de la página <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/proyectos/105>, donde pueden obtenerse los “Proyectos ingresados” de la Comisión Bicameral Permanente. Lo mismo en relación a las Leyes formales del Congreso, agregando en este caso la información estadística que ofrece el Congreso de la Nación acerca de la cantidad de leyes sancionadas en cada período legislativo, disponible en https://www.diputados.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/estadisticas_parlamentarias/estad_parlam.html, consultada por última vez el 31-12-2018.

⁶ Gráfico elaborado por los autores en base a la investigación propia y la información suministrada por la Dirección de Información Parlamentaria.

Gráfico 1

Cómputo histórico de los DNU dictados entre 1983 - 2018 por cada presidente



Es posible distinguir tres etapas en la práctica de los DNU desde el retorno a la democracia en el año 1983:

- La primera es la comprendida entre 1983 y la reforma constitucional de 1994, en la cual no había un régimen constitucional expreso previsto para el dictado de esta clase de normas. Durante este período se sancionaron 464 DNU, a los que llamaremos “DNU de primera generación de DNU”;
- La segunda se extiende entre la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994 y la sanción de la ley 26.122 a mediados del año 2006 que, de acuerdo a lo establecido en el art. 99 inc. 3., regula la actividad de control sobre los DNU tanto de la Comisión Bicameral Permanente (CBP) como de las Cámaras del Congreso. Durante este período se sancionaron 503 DNU, a los que llamaremos “DNU de segunda generación de DNU”;
- La tercera se desarrolla entre la entrada en vigencia de la ley 26.122 a mediados del 2006, con la consiguiente puesta en marcha de la labor de la CBP, y fines de 2018, en el que finaliza nuestra investigación. Durante este período se sancionaron 174 DNU, a los que llamaremos “DNU de tercera generación de DNU”.

El objetivo de este trabajo es analizar comparativamente la práctica por parte del Poder Ejecutivo de los DNU en estas tres etapas y repasar los controles llevados a cabo tanto por el Congreso como por la Corte Suprema en cada una de ellas. De ese modo, podemos apreciar la

actuación de los tres poderes del gobierno federal en relación con los DNU desde el retorno a la democracia a fines de 1983.

El primer período comprende casi once años (1983-1994), el segundo doce años (1994-2006) y el tercero también doce (2006-2018), por lo que tienen una relativa homogeneidad temporal.

I. Los DNU de primera generación de DNU (1983-1994)

Este período abarca la presidencia del Dr. Raúl Alfonsín y buena parte del primer período presidencial del Dr. Carlos Saúl Menem.

El presidente Alfonsín emitió 15 DNU,⁷ casi tantos como los demás presidentes constitucionales desde 1853 hasta 1976.⁸

Tal vez el más importante de ellos fue el decreto 1096/85 que puso en marcha el denominado Plan Austral. Ese decreto fue posteriormente ratificado por el Congreso de la Nación al aprobar la ley de presupuesto para el año 1986.⁹ Esta circunstancia fue especialmente tenida en cuenta por la Corte Suprema al resolver en 1989 el caso “Porcelli c. Banco de la Nación Argentina”,¹⁰ en el que se impugnaba la constitucionalidad del decreto con base en la incompetencia del presidente para dictarlo. Teniendo en cuenta la ratificación del DNU por ambas Cámaras del Congreso y acudiendo a la doctrina de las cuestiones devenidas abstractas, la sentencia de la Corte rechaza el planteo de inconstitucionalidad del decreto 1096/85 y afirma que “... las sentencias de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de su decisión, aun en aquellos casos en que ellas fueran sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario”.¹¹ El Procurador General en su dictamen se había pronunciado también a favor de la constitucionalidad del DNU impugnado.

⁷ En relación con los dictados por Raúl Alfonsín, cabe precisar que los mismos fueron: 154/1983; 901/1984; 857/1984; 1696/1984; 2272/1984; 1096/1985; 122/1986; 2192/1986; 2196/1986; 2481/1986; 632/1987; 648/1987; 1411/1987; 714/1989; 736/1989.

⁸ Algunos de los DNU más célebres anteriores a 1983 fueron los del presidente Avellaneda disponiendo el traslado de la sede del gobierno federal a Belgrano y la suspensión de la convertibilidad por parte de Pellegrini durante la crisis de 1890. La Corte Suprema, antes de 1983, había resuelto diversos casos relativos a lo que hoy denominaríamos DNU: cfr., p. ej., caso “Henry de Llanos”, *Fallos*, 2:89 (1866), en el que la Corte Suprema desiste de aplicar un decreto dictado por el Poder Ejecutivo para regir algunos aspectos de las sucesiones intestadas de extranjeros fallecidos en el territorio nacional, ya que considera que su dictado es una atribución propia del Congreso y no del Poder Ejecutivo; caso “Andrade”, *Fallos*, 11:405 (1872), en el que se admitió la validez de una amnistía dictada inicialmente por un comisionado federal y luego ratificada por el Congreso de la Nación.

⁹ Ley 23.410; B.O. 09-12-86.

¹⁰ Fallos 312-555 (1989).

¹¹ Fallos 311, en p. 566.

Por su parte, el presidente Menem dictó entre el 8 de julio de 1989 y el 23 de agosto de 1994 449 DNU. Sin lugar a dudas, se trata de la introducción de una práctica manifiestamente abusiva que se intentará corregir a partir de la reforma de 1994, pero con muy magros resultados.

Durante esta primera etapa, el Congreso ratificó expresamente los DNU dictados por el presidente en contadas ocasiones, mientras que en la mayoría de los casos tendió a guardar silencio.

Por su parte, la Corte Suprema dictó dos fallos relevantes respecto de los DNU dictados por el presidente Menem.¹² Ellos corresponden a los casos “Peralta” y “Video Club Dreams” que expondremos seguidamente.

a) Caso “Peralta”¹³

Este fallo dictado en diciembre del año 90, ocho meses después de la instalación de la nueva integración de la Corte Suprema, es uno de los más significativos y trascendentes de este nuevo período. En él, el Tribunal sentó las bases de su doctrina sobre la emergencia económica y el alcance de las potestades de los poderes públicos para remediarla, a la vez que manifestó un claro designio de acompañamiento al nuevo gobierno del presidente Menem.

El caso se inicia con una acción de amparo motivada por la sanción del decreto 30/90, que puso en marcha el denominado Plan Bonex. Este decreto de necesidad y urgencia, entre otras severas medidas, ordenó el canje compulsivo de los depósitos bancarios que superaran un determinado monto, por títulos de deuda pública en dólares pagaderos a diez años. El fallo de segunda instancia había hecho lugar a la acción de amparo y ordenado la devolución inmediata del dinero depositado en el banco.

Si bien los ocho integrantes del Tribunal que votaron en el fallo¹⁴ estuvieron de acuerdo en revocar el fallo de segunda instancia, seis de ellos elaboraron un voto común,¹⁵ mientras que los Dres. Oyhanarte y Belluscio expresaron su opinión por separado, cada uno en un voto individual.

El voto mayoritario conjunto considera admisible constitucionalmente que el Poder Ejecutivo dicte en circunstancias excepcionales decretos de necesidad y urgencia, sujeto a dos condiciones: la existencia de una situación de grave riesgo social, y que el Poder Legislativo, en uso de sus

¹² También se puede mencionar el caso “Sallago” (*Fallos*, 319:2267, 1996), en el que la Corte, en fallo dividido cinco votos a cuatro, convalidó el DNU 1772/91, que limitaba el monto de las indemnizaciones laborales ordinarias.

¹³ Caso “Luis Arcenio Peralta c/Nación Argentina”, *Fallos*, 313:1513 (1990).

¹⁴ El Dr. Petracchi se abstuvo de votar.

¹⁵ Se comenta que este voto fue elaborado por el Dr. Fayt.



propios poderes constitucionales, no adopte decisiones contrarias a lo dispuesto en el decreto de necesidad y urgencia. En este caso concreto, lo anterior se ve reforzado por una cierta delegación que el Congreso ha hecho en el Poder Ejecutivo en materia de política monetaria.

Nuestro máximo tribunal entiende que está habilitado para juzgar acerca de la existencia o no de una circunstancia excepcional que habilita el dictado de un DNU por parte del Poder Ejecutivo. Pero, a diferencia del caso “Porcelli”, en donde se tuvo en cuenta su aprobación por ambas Cámaras del Congreso para la validación del DNU, en este fallo sólo se requiere el silencio del Poder Legislativo.

b) Caso “Video Club Dreams”¹⁶

En esta sentencia, dictada luego de la reforma constitucional de 1994 pero sobre DNU dictados previamente a ella, la Corte Suprema declaró por primera vez la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia sancionado por el presidente Menem.

El Poder Ejecutivo, alegando la existencia de una situación de grave emergencia de la industria cinematográfica local, dictó los decretos 2736/91 y 949/92. Estas normas extendían el impuesto establecido para las entradas cinematográficas en el art. 1 de la ley 17.741 a toda venta o locación de videos. Señalaba uno de los considerandos del primero de los decretos antes citados:

“La crisis terminal del cine nacional amenaza con la desaparición inminente de un medio interno y de un representante externo de nuestra cultura nacional [...] realidad angustiosa esta que ya no puede esperar el tiempo que demandaría la sanción de una ley del Honorable Congreso de la Nación que le pusiera remedio.”

El actor, ante la intimación del Instituto Nacional de Cinematografía para que regularice su situación tributaria, interpone acción de amparo, invocando la inconstitucionalidad de los decretos antes señalados, en cuanto lesionan el principio de legalidad tributaria establecido en la Constitución Nacional. La acción es resuelta favorablemente para el actor tanto en primera como en segunda instancia.

¹⁶ Caso “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”, *Fallos*, 318:1154 (1995); *La Ley*, 1995-D-243, con nota de María Angélica Gelli, *Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia*. En este fallo, la Corte Suprema en decisión unánime declaró la inconstitucionalidad de los decretos 2736/91 y 949/92, que habían extendido al alquiler de videos el impuesto previsto para la venta de entradas a los cines. La Corte Suprema consideró que no es posible el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria y que tampoco existía en el caso una situación real de emergencia que autorizara excepcionalmente el dictado de un reglamento de necesidad y urgencia.



La Corte Suprema, en fallo unánime que solo tiene una disidencia parcial en aspectos meramente formales del juez Moliné O'Connor, rechaza el recurso extraordinario y confirma la sentencia de segunda instancia. El voto de mayoría está firmado por los Dres. Fayt y López, a los que se suma un voto concurrente conjunto de los Dres. Petracchi y Bossert, dos votos concurrentes individuales de los Dres. Belluscio y Boggiano, y la disidencia parcial del Dr. Moliné O'Connor.

El voto de mayoría parte de la base de confirmar el principio de legalidad tributaria establecido en los arts. 4, 17 y 75 de la Constitución, que impide cualquier creación o extensión de un impuesto que no se realice mediante una ley del Congreso.¹⁷ Este principio hace ya incompatible al decreto 2736/91 con nuestro sistema constitucional. Considera que nunca es válida la utilización de los decretos de necesidad y urgencia para la creación de impuestos. Ya en el caso "Peralta" había sostenido la Corte Suprema que "en materia económica, las inquietudes de los constituyentes se asentaron en temas como la obligada participación del Poder Legislativo en la imposición de contribución" como algo consustancial "a la forma republicana de gobierno".¹⁸

Síntesis de la primera etapa

Durante esta primera etapa el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente Menem, acudió de modo abusivo a los DNU que no tenían regulación constitucional; el Congreso adoptó una postura pasiva frente a esta usurpación de la potestad legislativa, limitándose en algunas contadas ocasiones a ratificar sin discusión previa los DNU dictados por el Poder Ejecutivo; la Corte Suprema convalidó esta práctica de los DNU con criterios más estrictos en el caso "Porcelli" y más permisivos en el caso "Peralta", limitándose a controlar si realmente había existido una circunstancia excepcional y prohibiendo los DNU en materia tributaria fundándose en el principio de legalidad.

II. Los DNU de segunda generación de DNU (1994-2006)

Este período comprende la parte final de la primera presidencia de Carlos Menem y su segundo período presidencial y las presidencias de Fernando de la Rúa, Adolfo Rodríguez Saá, Eduardo Duhalde y los tres primeros años de Néstor Kirchner.

¹⁷ Al igual que los otros votos, mencionará la doctrina desarrollada en el caso "Eves Argentina" (*La Ley*, 1993-E-427). Allí se confirmó la sentencia de segunda instancia que había declarado la inconstitucionalidad del art. 7 del decreto 499/74, en cuanto extendía los sujetos pasivos del impuesto al valor agregado más allá de lo establecido por la ley 20631.

¹⁸ Caso "Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional", *Fallos*, 313:1513, Consid. 22 del voto de mayoría (1990).



La creciente y hasta escandalosa práctica de los DNU durante la primera presidencia de Menem motivó que la reforma constitucional de 1994 intentara regular la práctica de este mecanismo de creación legislativa, como modo también de atenuación del presidencialismo, objetivo central que se pretendía alcanzar mediante la revisión del texto constitucional.

La reforma constitucional del 94 pretendió reglamentar y limitar esta potestad excepcional del Poder Ejecutivo, pero lo hizo de un modo parcial, ya que el régimen allí previsto tenía que ser completado por una ley del Congreso que recién fue sancionada en el año 2006.¹⁹ Señala el art. 99 inc. 3 de la CN:

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

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

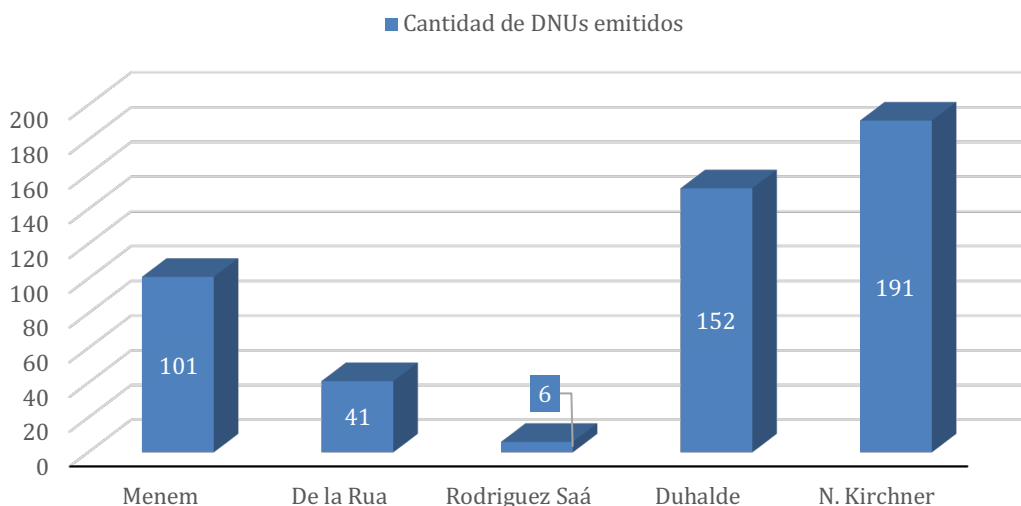
A pesar de la claridad del texto constitucional acerca del carácter excepcional de los DNU, su sanción no frenó la práctica de los DNU por parte de los distintos presidentes que se fueron sucediendo a lo largo de esta segunda etapa.

Si desde 1983 hasta 1994 se habían dictado 464 DNU en once años, en esta segunda etapa de doce años, entre 1994 y 2006 se sancionaron 503 DNU, que corresponden a las siguientes presidencias:

¹⁹ Nos referimos a la ley 26.122.

Gráfico 2

Detalle por presidente de los DNU emitidos entre la reforma de 1994 y la entrada en vigor de la ley 26.122



Por la trascendencia y gran impacto social y económico que ha tenido, cabe destacar entre los más de cuatrocientos DNU dictados en el período el decreto 214/02 que, con motivo de la grave crisis económica del 2001, pesificó los depósitos bancarios que estaban pactados en dólares.

Como puede observarse, la sola sanción del art. 99 inc. 3 de la CN no limitó en los hechos la práctica de la sanción abusiva de los DNU. Más allá de algunos aspectos que pudieron haber sido abordados con mayor claridad en el texto constitucional,²⁰ la redacción incorporada en el art. 99 inc. 3 de la Constitución, en oportunidad de su última reforma, es sin dudas elocuente al describir las condiciones de ejercicio de la atribución presidencial que allí se aloja.

El texto de esa cláusula constitucional, con prescindencia de cualquier otra consideración, traduce una voluntad muy nítida: se trata de una facultad cuyo ejercicio requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales, extraordinarias. Sin embargo, la experiencia registrada durante los doce años transcurridos desde la Convención reformadora de 1994 hasta 2006 se ha ocupado con frecuencia de contradecir la voluntad plasmada en esa cláusula constitucional. Aquello que debía ser excepcional se transformó, por momentos, en habitual. El tono enfático del Constituyente no logró, en los hechos, darle solución de continuidad a una práctica nacida al

²⁰ En particular, la ausencia de una definición clara respecto de los alcances y efectos de la intervención encomendada al Congreso, que fue deferida por el Constituyente de 1994 a la reglamentación del propio Poder Legislativo.



amparo del texto constitucional anterior, que no contemplaba la figura de los decretos de necesidad y urgencia. No sólo eso: con el transcurso de los años llegó a observarse, incluso, una profundización de los desvíos y abusos que el texto constitucional reformado vino a prevenir y erradicar.²¹

No es posible identificar una única razón que explique ese proceso. Fueron muchas. Un evidente desapego al texto constitucional (y, sobre todo, a su espíritu) por parte de los distintos presidentes que se sucedieron en estos años. La mora del Congreso en aprobar la ley reglamentaria del art. 99 inc. 3 primero, y, luego, el criterio excesivamente permisivo plasmado en la ley 26.122,²² en lo que refiere al control legislativo de los DNU. La falta de una decisión concluyente por parte de la Corte Suprema que declarase la necesidad de una intervención aprobatoria del Congreso como condición para la validez y el mantenimiento de la vigencia del DNU, y su postura algo zigzagueante en torno del control de la existencia de una efectiva “necesidad y urgencia”. También, por qué no, cierta indiferencia de la opinión pública, alimentada por concepciones que han querido ver en el dictado de DNU una alternativa válida para superar la oposición del Poder Legislativo a adoptar ciertas medidas impulsadas por el Poder Ejecutivo, como si tal postura del Congreso fuese necesariamente negativa o disvaliosa.

Durante esta segunda etapa, al no estar constituida la CBP, el Congreso no realizó ningún acto de control de los DNU más allá de algunas modificaciones o ratificaciones que examinaremos a propósito del análisis de los fallos de la Corte Suprema en relación a los casos relativos a los DNU de segunda generación.

Entre esos fallos, cabe mencionar los siguientes:²³

a) Caso “Rodríguez”²⁴

²¹ Como prueba de ese fenómeno, baste recordar que, según estadísticas difundidas por la prensa, en un momento del mandato presidencial de Néstor Kirchner, el número de DNU que había dictado el ex mandatario superaba la cantidad de proyectos de ley referidos a políticas públicas que había enviado al Congreso (*Kirchner firmó más decretos que leyes*, pub. en La Nación del 3 de julio de 2006).

²² B.O. 26.07.2006.

²³ Un análisis completo de los fallos sobre DNU correspondiente puede verse en: Santiago, Alfonso (Director), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Ed. Marcial Pons, Bs. As., 2014, Tomo III, pág. 1374 y ss. y 1851 y ss.

²⁴ Caso “Rodríguez, Jorge”, *Fallos*, 320:2851 (1997); *La Ley*, 1997-F-879, con nota de Miguel M. Padilla: *Los poderes implícitos del Poder Judicial*. Este fallo de la Corte motivó numerosos comentarios y notas. Entre otros, cabe mencionar los siguientes: Morello, Augusto: *La destrucción del control difuso de constitucionalidad*, *Jurisprudencia Argentina*, diario del 18/3/1998; Colautti, Carlos: *El control sobre los decretos de necesidad y urgencia*, *La Ley*, diario del 17/3/1998; Canda, Fabián: *Aeropuertos: un fallo con turbulencias (intervención de superintendencia, legitimación procesal y control de los decretos de necesidad y urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *El Derecho*, diario del 13/4/1998; Barra, Rodolfo: *Decretos de necesidad y urgencia, El caso Rodríguez*, *La Ley*, diario del 29/4/1998; Legarre, Santiago: *Per saltum y decretos de necesidad y urgencia en un caso trascendente*, *Campus. Universitas*, Buenos Aires, 1998. vol. 5, n. 18, p.4-8; *Menem puede privatizar los aeropuertos*, *La Nación*, 18/12/1997.

Este fallo, dictado en diciembre de 1997, ha sido uno de los más polémicos y permisivos de todos los dictados por la Corte Suprema durante el gobierno menemista.



Ante las dificultades que el presidente tenía para lograr que el Congreso sancionara la ley que estableciera el nuevo marco regulatorio de la actividad aeroportuaria, y tras el agravamiento de esa situación por la derrota electoral de 1997, el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 375/97, por el cual estableció el marco normativo que regiría la concesión, explotación, administración y funcionamiento de los aeropuertos nacionales e internacionales. Para sancionar esta norma, que claramente correspondía a las atribuciones propias del Congreso, invocó la existencia de circunstancias excepcionales que impedían seguir los trámites legislativos ordinarios y habilitaban al Poder Ejecutivo el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, conforme al art. 99 inc. 3 de la Constitución.²⁵

Diez diputados promovieron acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución y de la ley 16.986, para que se declarase la inconstitucionalidad del decreto 375/97. Consideraban que la sanción del decreto de necesidad y urgencia lesionaba sus facultades como legisladores y contrariaba los principios de legalidad y razonabilidad establecidos en la Constitución, con grave afectación del principio de división de poderes y del Estado de Derecho. La jueza interviniente, luego de citar al Defensor del Pueblo en razón de las materias que trataba el caso, acogió favorablemente la pretensión de los actores. Esta sentencia fue confirmada en segunda instancia, frente a lo cual el Poder Ejecutivo interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

Al día siguiente al dictado de la sentencia de segunda instancia, mientras se tramitaba este recurso extraordinario, e invocando “la necesidad y urgencia que existe en la concreción del proceso de concesión inadmisiblemente demorado”, el Poder Ejecutivo sanciona un nuevo decreto de necesidad y urgencia, que lleva el número 842/97, mediante el cual se ratifica el decreto 375/97 y se ordena continuar con la concesión de los aeropuertos.²⁶ Ante este nuevo decreto, el mismo grupo de legisladores promueve, ante otro juzgado, una nueva acción: esta vez, se trata de una medida cautelar autónoma, con el fin de que se suspendan los efectos del nuevo decreto de necesidad y urgencia. Citado nuevamente el Defensor del Pueblo, la jueza de primera instancia decide ordenar al Poder Ejecutivo “la suspensión de los efectos del decreto 842/97 y/o los de otra reglamentación concordante”.²⁷

²⁵ Con anterioridad a la sanción del decreto 375/97, el presidente había enviado un proyecto de ley que regulaba la privatización de los aeropuertos y que ya había sido sancionado por la Cámara de Senadores, pero estaba aún pendiente de tratamiento por la Cámara de Diputados.

²⁶ Luego de sancionado el decreto 842/97, fue girado para su tratamiento a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, que se expidió por su ratificación. Sin embargo, el pleno de la Cámara de Senadores no trató esta cuestión.

²⁷ Cit. en *Fallos*, 320:2851, Consid. 1 del voto de mayoría.

Ante este nuevo pronunciamiento judicial, el Jefe de Gabinete se presenta directamente ante la Corte Suprema denunciando la existencia de un conflicto de poderes. Plantea la falta de atribuciones del Poder Judicial para entender en la cuestión, toda vez que la función de control sobre los decretos de necesidad y urgencia, de acuerdo con el art. 99 inc. 3 de la Constitución, estaría sometida a un procedimiento especial y sería de competencia del Congreso de la Nación y no del Poder Judicial. Solicita por ello, conforme a lo establecido por el art. 24 inc. 7 del decreto 1285/58, que se declare la incompetencia del Poder Judicial para entender en la materia.²⁸ Subsidiariamente, plantea recurso extraordinario de modo directo o *per saltum*, invocando para ello la gravedad institucional y la emergencia existentes en el caso y solicita la revocación de la medida cautelar dispuesta por la jueza de primera instancia.

La Corte Suprema, en un voto dividido, cinco votos a cuatro, hace lugar a la cuestión de competencia planteada por el apelante, deja sin efecto lo resuelto por el juez de primera instancia y declara improcedente el tratamiento del recurso extraordinario interpuesto subsidiariamente por el Jefe de Gabinete. Integran la mayoría los Dres. Nazareno, Boggiano, Moliné O'Connor, Vázquez, y López, mientras que la minoría está conformada por un voto conjunto de los Dres. Belluscio y Bossert, y dos votos individuales de los Dres. Petracchi y Fayt.

El voto de mayoría considera que el juez de primera instancia ha dictado un acto inválido por carecer de jurisdicción para emitirlo. Comienza reafirmando la facultad de la Corte Suprema, como órgano supremo de la organización judicial e intérprete final de la Constitución, para dirimir conflictos de poderes entre los órganos de gobierno. Considera que ello forma parte de sus facultades implícitas. Le corresponde, por tanto, intervenir cuando los jueces han excedido el ámbito propio de sus competencias constitucionales e invadido las correspondientes a los otros poderes públicos, del mismo modo que está obligada a actuar cuando otros órganos de gobierno pretenden desconocer las facultades privativas del Poder Judicial. Dentro de este marco, considera que el control de los decretos de necesidad y urgencia sancionados por el presidente en ejercicio de las atribuciones que le otorga el art. 99 inc. 3 es una facultad que la Constitución encomienda de modo exclusivo al Congreso de la Nación y, por consiguiente, no corresponde en esos supuestos la intervención del Poder Judicial.

Según el criterio del voto de mayoría, el Poder Ejecutivo se encuentra habilitado a dictar decretos de necesidad y urgencia aun cuando todavía no se haya creado la Comisión Bicameral Permanente ni el Congreso haya dictado la ley complementaria que prevé el art. 99 inc. 3. El presidente ha seguido, en la sanción del decreto 842/97, todos los pasos formales previstos en la Constitución y ha puesto la norma sancionada a consideración del Congreso:

²⁸ El Jefe de Gabinete se basa, para este pedido, en la doctrina del voto mayoritario de la causa "UOM c/Estado Nacional", *Fallos*, 319:371 (1996); La Ley, 1996-B-350.

“El decreto en cuestión no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado; por el contrario, aquel se presenta regularmente inscripto en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucionalmente y legalmente estas se insertan. [...] la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos –de valoración política–, que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido.”²⁹

Más adelante, afirma este voto:

“En las circunstancias descriptas, no existe justificación para la requerida intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por parte de uno de ellos, el Congreso de la Nación. [...] [Esta] delicada función política propia del legislador [...] no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes.”³⁰

El Poder Judicial no debe intervenir hasta que no exista un conflicto real entre los poderes políticos y menos aún puede admitir el cuestionamiento de un grupo de diputados, que deben primariamente debatir y solucionar sus pretensiones en el ámbito de su propia cámara.

Este voto señala expresamente que no estamos ante un nuevo supuesto de competencia originaria ni tampoco frente a un *per saltum*, sino ante “una actividad institucional que el Tribunal cumple en su carácter de guardián e intérprete final de la Ley Fundamental en orden al adecuado respeto del principio de separación de los poderes del Estado consagrado en aquella, y en orden a asegurar, como titular de uno de ellos, su coordinado accionar”.³¹ Cabe concluir de todo lo anterior que la decisión del juez de primera instancia “ha sido dictada con ausencia de jurisdicción, por lo que se encuentra afectada de invalidez conforme lo tiene resuelto la Corte en casos análogos”.³² De modo complementario, este voto señala que su pronunciamiento no importa:

“una convalidación del decreto 842/97 fuera de lo que ha sido objeto de examen, en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales –antes, durante o después de su tratamiento legislativo

²⁹ Fallos, 320:2851, Consid. 15.

³⁰ Ídem, Consid. 17.

³¹ Fallos, 320:2851, Consid. 21.

³² Ídem, Consid. 23.



y cualquiera fuera 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 [...] esta Corte en su condición de intérprete final de la Constitución Nacional reivindica, protege y preserva para el Poder Judicial de la Nación el control de constitucionalidad de los actos de los otros departamentos del gobierno federal [...], revisión que no es susceptible de ser ejercida en actuaciones de esta naturaleza, en la medida en que los diputados nacionales demandantes sólo están facultados para ejercer el control que les difiere la Carta Magna en el ámbito del Congreso de la Nación al cual pertenecen, mas no están habilitados para instar a que el Poder Judicial sustituya al Poder Legislativo, usurpando una función que es notoriamente extraña al diseño institucional de la república ideado por los constituyentes de 1853.”³³

Como puede observarse, el núcleo de la argumentación del voto de mayoría es la falta de jurisdicción del juez de primera instancia para controlar la emisión de decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo, ya que esa función le corresponde de modo exclusivo al Congreso de la Nación. Complementariamente, hacia el final del voto se invoca la falta de caso concreto y también, aunque de modo menos explícito, la falta de legitimación de los actores.

La disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert comienza con el rechazo, por improcedente, del recurso extraordinario planteado de modo directo ante la Corte Suprema, remitiéndose a los fundamentos dados por el juez Fayt en el caso “Dromi”.³⁴ Posteriormente, señala que la Corte no está constitucional ni legalmente autorizada para invalidar por falta de jurisdicción decisiones de los jueces de primera instancia, si no es a través de los recursos establecidos por las leyes reglamentarias del art. 117. La supuesta habilitación del art. 24 inc. 7 del decreto ley 1285/58 no es tal, ya que esa norma se refiere a la facultad de la Corte para intervenir en las cuestiones de competencia y conflictos planteados entre jueces y tribunales que no tengan un órgano superior común, supuesto que no está planteado en este caso. El voto analiza los diversos fallos de la Corte en los que ella ha actuado como órgano superior del Poder Judicial y comprueba que ella siempre ha intervenido en defensa de la jurisdicción y de los fueros de los magistrados: “No es posible interpretar a contrario sensu que se encuentra igualmente habilitado para excluir dicha jurisdicción fuera de los recursos legales”.³⁵ Finalmente, de modo complementario, y contradiciendo lo afirmado por el voto de mayoría, sostiene:

“Carece de sustento afirmar que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo invocando razones de necesidad y urgencia sólo estén sujetos al control parlamentario establecido

³³ Ídem, Consids. 23 y 24.

³⁴ Caso “José Roberto Dromi”, *Fallos*, 313:863 (1990).

³⁵ *Fallos*, 320:2851, Consid. 7 del voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert.

por la Constitución, y ello independientemente de que su aprobación o rechazo estén o no sometidos a tratamiento por parte del Congreso. De otro modo, se estaría consagrando una categoría de actos excluidos del examen constitucional que corresponde a esta Corte y a los tribunales inferiores.”³⁶

El voto del Dr. Fayt considera que no corresponde dirimir la cuestión de competencia porque en el caso no hay jueces o tribunales que disputen entre sí, ni alguno de estos que lo haga con organismos administrativos que ejerzan facultades jurisdiccionales. Por el contrario, en el caso hay un legítimo ejercicio del control constitucional por un juez de primera instancia, que no debe ser interferido por la Corte Suprema. Tampoco corresponde, a juicio del ministro Fayt, que se admita el recurso extraordinario directo o *per saltum*, debido a los fundamentos que él diera en su disidencia en el caso “Dromi” acerca de la improcedencia de este recurso, y porque no se da en este caso ningún supuesto de gravedad institucional. En un *obiter dictum*, sostiene también este voto que el decreto impugnado:

“No pudo válidamente ser emitido, por no haber sancionado el Congreso la ley especial que determina la Constitución regulando el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, ni haberse producido en la Nación, las circunstancias excepcionales que hagan imposible que aquel Congreso legisle sobre el destino de los aeropuertos.”³⁷

Es decir, según el voto del Dr. Fayt, hasta que el Congreso dicte la ley reglamentaria contemplada en el art. 99 inc. 3 el Poder Ejecutivo no está constitucionalmente habilitado a dictar decretos de necesidad y urgencia.

El voto del Dr. Petracchi, luego de reseñar los hechos que dan origen al planteo del Jefe de Gabinete, considera que no se está frente a uno de los supuestos que autorizan la intervención de la Corte de acuerdo con el art. 24 inc. 7 del decreto 1285/58, ya que no existe conflicto alguno entre jueces o entre quienes ejercen funciones jurisdiccionales. Señala más adelante que tampoco procede el recurso *per saltum*, ya que no está demostrado que en el caso haya un claro supuesto de gravedad institucional ni se requiera la urgente intervención de la Corte Suprema. Señala este voto que la decisión del voto de mayoría de dejar sin efecto fallos de tribunales nacionales invocando el ejercicio de facultades administrativas o de superintendencia judicial carece de base constitucional y legal:

“Bajo el ropaje de una creación pretoriana [...] se agita la singular facultad de intervenir en el ejercicio regular de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales. Ello

³⁶ Ídem, Consid. 8 del voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert.

³⁷ Ídem, Consid. 18 del voto en disidencia del Dr. Fayt.

equivale –ni más ni menos– a la destrucción del “control difuso de constitucionalidad” que caracteriza a nuestro sistema, para sustituirlo por uno en el cual la mayoría de esta Corte, cada vez que el ejercicio de aquel control no le satisface, saltea las instancias regulares para negar la competencia del órgano que lo ejerció.”³⁸

Nos parece que este fallo configura un claro ejemplo de Corte permisiva, especialmente por los fundamentos en los que se basa su decisión. De acuerdo a los argumentos del voto de mayoría, no sólo se renuncia a ejercer el control en aspectos sustanciales de la legitimidad de origen de los decretos de necesidad y urgencia, sino que se impide que cualquier otro juez pueda ejercerlo en este o en cualquier otro caso. Hay una voluntaria, indebida e innecesaria renuncia a ejercer el control constitucional en lo relativo a la génesis de esa clase de normas. La Corte desarrolla todo su arsenal argumentativo para no ejercer en estos casos su función de control político. Para ello, no duda en cuadrar artificialmente los hechos de la causa en moldes del todo forzados, como lo es la invocación del ejercicio de su función de superintendencia judicial. Nos parece que le hubiera sido más sencillo admitir el *per saltum* y, en todo caso, declarar la falta de legitimación de los accionantes, que encuadrar el conflicto planteado como si fuera un conflicto de competencias entre jueces que la Corte *debe* resolver.

El voto de mayoría de la Corte reniega de la facultad de controlar la existencia de una real situación de emergencia que habilite al Poder Ejecutivo a dictar reglamentos de necesidad y urgencia, contradiciendo lo que ella había sostenido en los casos “Peralta” y “Video Club Dreams”. Se podría alegar que los anteriores casos se referían a decretos dictados antes de la reforma del 94 y, en cambio, en este caso ya estaba vigente el art. 99 inc. 3. Pero a ello cabe responder que la finalidad de la reforma del 94 era atenuar el presidencialismo y acentuar, y no debilitar, el control sobre las facultades legislativas del presidente. Hubiera sido coherente con la propia doctrina de sus fallos que la Corte, si entendía que había un caso concreto, juzgara de la existencia o inexistencia de la situación de emergencia que habilita al presidente a ejercer esta función excepcional.

b) Caso “Della Blanca”³⁹

Tras el polémico fallo “Rodríguez”, que desacreditó fuertemente a la Corte Suprema ante la opinión pública y el mundo jurídico, y ante cierto debilitamiento del poder del presidente por estar próximo el fin de su período y haber sufrido la derrota electoral en octubre del 97, en noviembre de 1998 el Tribunal dio señales de querer controlar más intensamente los reglamentos de

³⁸ Fallos, 320:2851, Consid. 12 del voto en disidencia del Dr. Petracchi.

³⁹ Caso “Della Blanca, Luis E. y Luna, Jorge O. c/Ind. Met. Pescarmona SA”, Fallos, 321:3123 (1998); El Derecho, 181-985, con nota de Alberto Bianchi: *Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictados antes de la reforma constitucional (La aplicación irretroactiva de la reforma)*.

necesidad y urgencia dictados por el presidente. La oportunidad estuvo dada por la resolución de los casos “Della Blanca” y “Verrocchi”. Para la modificación de la postura del Tribunal fue decisivo el cambio de parecer del Dr. Boggiano, que en ambos casos pasó a votar con los cuatro integrantes de la minoría del caso “Rodríguez”.

El 20 de octubre de 1989, invocando una situación de emergencia alimentaria, el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 1477/89, por el que se asigna carácter no remunerativo a los tickets canasta que los empleadores entreguen a sus dependientes, modificando así lo dispuesto por la ley de contrato de trabajo (LCT). El presidente remite este reglamento al Congreso de la Nación y en septiembre de 1990 el Senado aprueba un dictamen de la Comisión de Legislación Laboral que aconseja rechazarlo. Por su parte, en mayo de 1991, la Cámara de Diputados da media sanción a un proyecto de ley que deroga el decreto 1477/89. Sin embargo, en ningún momento la voluntad de ambas Cámaras se integró en un solo acto legislativo que derogara expresamente esa norma.

Siete años después, en 1996, el Poder Ejecutivo dicta un nuevo decreto de necesidad y urgencia, el 773/96, que deroga al 1477/96. Ese mismo año, el 25 de septiembre, el Congreso sanciona la ley 24.700 que, entre otras disposiciones, vuelve a asignar carácter no remunerativo a los mencionados tickets canasta.

La causa se inicia cuando el actor, al ser despedido, pretende que el cálculo de su indemnización se haga conforme a lo dispuesto por la ley de contrato de trabajo y se declare la inconstitucionalidad del decreto 1477/89. La pretensión del actor es acogida favorablemente en todas las instancias de la Justicia provincial de Mendoza. La Suprema Corte de esta provincia considera que luego de la reforma constitucional, los criterios para juzgar la validez de los decretos de necesidad y urgencia provienen del art. 99 inc. 3, de la Constitución y no de la jurisprudencia anterior a la reforma. En este sentido, sostiene que la falta de ratificación expresa del decreto por parte del Congreso lo torna inválido. Ante esta decisión del superior tribunal provincial, el demandado interpone recurso extraordinario, alegando que la sentencia impugnada está aplicando retroactivamente las modificaciones constitucionales incorporadas a partir de 1994. A su criterio, para la resolución del caso, tendría que estarse a la doctrina del caso “Peralta”, que otorgaba carácter ratificatorio al silencio legislativo.

La Corte Suprema, en fallo dividido cinco a dos, confirma el fallo de la Suprema Corte de Mendoza. La mayoría está integrada por cinco votos individuales, de los Dres. Fayt, Belluscio, Bossert, Boggiano y Petracchi. La disidencia es suscripta conjuntamente por los Dres. Moliné O'Connor y López. No votan los Dres. Nazareno y Vázquez.

El voto del juez Fayt señala la falta del cumplimiento en la causa de los requisitos necesarios para la validez de los decretos de necesidad y urgencia: la existencia de una situación real de emergencia y la confirmación, aunque sólo sea tácita, por parte del Congreso de la medida dictada por el presidente. Considera que la emergencia alimentaria invocada por el Poder Ejecutivo no satisface los recaudos mínimos exigidos para dar por cumplido el primero de los requisitos: “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida de la Nación misma y el Estado”.⁴⁰ Tampoco ha existido ratificación legislativa, aunque sólo sea de modo tácito, ya que ambas Cámaras, aunque de modo separado, han manifestado su oposición al decreto.

El voto del Dr. Belluscio, al que adhiere casi íntegramente el juez Bossert, señala que la situación debe regirse por los criterios previos a la reforma del 94. Considera que el Poder Ejecutivo no ha acreditado la acuciante necesidad que invoca ni la imposibilidad de seguir los mecanismos legislativos previstos en la Constitución. Es al Poder Legislativo y no al presidente a quien corresponde la modificación de la legislación en esta materia. La posterior sanción de la ley 24.700 no tiene capacidad para sanear el vicio de origen del decreto impugnado.

El juez Petracchi señala que cualquiera sea el criterio con que se juzgue la validez de los decretos de necesidad y urgencia (tesis negatorias estrictas, que impiden en todos los casos su sanción; o tesis permisivas, que exigen para su validez una situación de emergencia y una convalidación, aunque sea tácita del Congreso), todos ellos llevan a la misma conclusión, que es la de negar validez constitucional al decreto impugnado. Lejos de haber pasividad o silencio por parte del Congreso, hubo claros actos de rechazo a lo decidido por el presidente cuando ejerció facultades propias del Poder Legislativo. Por ello, debe declararse la inconstitucionalidad del decreto impugnado.

El juez Boggiano, a diferencia del Dr. Belluscio, sostiene en su voto que corresponde juzgar la validez de la norma impugnada a la luz del art. 99 inc. 3 aun cuando esta se haya sancionado antes de la reforma del 94. Señala:

“Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deban ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias anómalas. Que, en ese contexto, se advierte con claridad que no se encontraban satisfechos los recaudos constitucionales para el dictado del decreto 1477/89. En efecto, en sus considerandos sólo se hace una escueta referencia a la “acuciante situación alimentaria”. Ello resulta

⁴⁰ *Fallos*, 321:3123, Consid. 4 del voto del Dr. Fayt.

insuficiente para justificar una situación de riesgo social que el Congreso no podía remediar por los cauces ordinarios, máxime cuando había sido convocado a sesiones extraordinarias. En ese orden de ideas, cabe recordar que la mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes que supone la asunción por parte de uno de ellos de competencias que sin lugar a dudas corresponden a otros.”⁴¹

Finalmente, agrega que la sanción, siete años después, de la ley 24.700 en modo alguno puede convalidar o sanear un acto constitucionalmente ilegítimo.

El voto en disidencia parte de considerar que la Corte debe atender a las circunstancias existentes en el momento de dictar sus sentencias, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario. Señala que, al momento de dictar este fallo, ha sido dictada la ley 24.700, que asigna a los tickets canasta el mismo carácter que le confiere la norma impugnada. Hay una ratificación legislativa expresa del decreto 1477/89, que confirma su validez constitucional. Establece también que esta norma ha sido dictada antes de la reforma del 94 y, por lo tanto, se han de aplicar para juzgar sobre su validez los criterios existentes en ese momento sobre los decretos de necesidad y urgencia que son los provenientes del caso “Peralta”.

Se observa en este fallo una actitud claramente más activa de la Corte al ejercer el control sobre los decretos de necesidad y urgencia que la sostenida por el voto mayoritario en el caso “Rodríguez”. Aquí los jueces que conforman la mayoría controlan y verifican la existencia o no de una real situación de emergencia que legitime el ejercicio de la facultad legislativa por el presidente y juzgan con criterio amplio la actuación del Congreso.

Hay un claro cambio de postura del juez Boggiano respecto a su opinión en el caso “Rodríguez”, y eso hace que se conforme una mayoría distinta a la de ese precedente. Tal vez la menor trascendencia del caso “Della Blanca” explique en parte esta modificación.

c) Caso “Verrocchi”⁴²

En este precedente, dictado durante la última parte del gobierno menemista y con la clara intención de ir limitando la práctica constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia,⁴³

⁴¹ Fallos, 321:3123, Consids. 5 y 6 del voto del juez Boggiano.

⁴² Caso “Verrocchi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos, 322:1726 (1999); La Ley, 2000-A-88.

⁴³ Cfr. Ventura, Adrián: *La Corte fijó límites a los decretos leyes*, La Nación del 25 de agosto de 1999. El fallo se produjo mientras en el Senado se discutía un proyecto de ley que exigía la ratificación de ambas Cámaras del Congreso para que un reglamento de necesidad y urgencia continuará siendo válido. La mayoría peronista en el Senado quería de ese modo limitar el ejercicio de las facultades del próximo presidente De la Rúa. Por ello, el

la mayoría del Tribunal, cinco votos a tres,⁴⁴ declaró la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 770/97 (reglamentado por el decreto 771/97), que dispuso un nuevo régimen de asignaciones familiares, derogando la ley 18.017. El decreto de necesidad y urgencia 770/97 establecía que las asignaciones familiares sólo corresponderían a los que tuvieran un ingreso menor a los \$1.000. Posteriormente, la ley 24.714 elevó esa cifra a los \$1.500.

El voto mayoritario entendió que no correspondía otorgar efecto ratificatorio a la ley del Congreso, que claramente había modificado lo decidido por el presidente mediante el DNU. Cuatro jueces exigen como requisito necesario para la validez de los decretos de necesidad y urgencia tanto la existencia de una real situación de emergencia, que es posible revisar judicialmente, como la posterior actuación ratificatoria de ambas Cámaras del Congreso.

Este fallo es especialmente significativo porque la Corte Suprema define cómo debe interpretarse el concepto de circunstancias excepcionales a que hace referencia el art. 99 inc. 3 para legitimar el dictado de un DNU:

“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 CN, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.”⁴⁵

También afirma el voto de mayoría que:

“La falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99, inc. 3, párrafo cuarto *in fine*) no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación.”

d) Caso “Risolia de Ocampo”⁴⁶

radicalismo se opuso a ese proyecto de ley, que recién será sancionado en el año 2006, aunque con un criterio más permisivo que el aquí propuesto.

⁴⁴ Integraron la mayoría los Dres. Belluscio, Fayt, Bossert, Petracchi y Boggiano. En disidencia votaron los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López. El ministro Vázquez se abstuvo.

⁴⁵ Consid. 9 del voto de mayoría conjunto en el caso “Verrocchi”. *Fallos*, 322:1726 (1999).

⁴⁶ Caso “Risolia de Ocampo, María J. c/Rojas, Julio C.”, *Fallos*, 323:1934 (2000); La Ley, 2000-D-591.

En este fallo, la Corte Suprema, con la disidencia del Dr. Moliné y la abstención del ministro Nazareno, declaró la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/97, que había declarado en estado de emergencia a la actividad aseguradora del autotransporte público de pasajeros y a las empresas prestadoras de ese servicio, autorizándolos a pagar en hasta sesenta cuotas mensuales las obligaciones de dar sumas de dinero resultantes de sentencias judiciales de condena por daños y perjuicios producidos por vehículos afectados y en ocasión de la prestación del servicio. La razón sustancial que llevó a declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada fue que la emergencia por ella establecida tenía un carácter sectorial y no general. No hay en el fallo un análisis de los requisitos de legitimidad de origen de los decretos de necesidad y urgencia.

También en ese mismo año, la Corte Suprema resolvió otros dos casos sobre decretos de necesidad y urgencia: en el caso “Berkley International”,⁴⁷ declaró la inconstitucionalidad de un tasa fijada por el Presidente mediante el decreto 863/98 de necesidad y urgencia, por tratar sobre materia tributaria; en el caso “Sociedad Aeronáutica San Fernando”,⁴⁸ en fallo dividido seis votos a tres y remitiéndose al dictamen del Procurador General, revocó una medida cautelar dictada que había declarado la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 375/97 de privatizaciones de aeropuertos, que aún no tenía ni aprobación ni rechazo legislativo.

e) Caso “Guida”⁴⁹

En este caso el Tribunal, ocho votos contra uno, declaró la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95, en cuanto dispuso la reducción de las remuneraciones de los empleados del sector público, como consecuencia de la crisis financiera producida en 1995 por el denominado *efecto tequila*. El decreto 290/95 había sido ratificado posteriormente por la ley 24.624. Pasada la crisis, esos descuentos salariales fueron derogados.

La decisión mayoritaria se integra con un voto conjunto de los Dres. Nazareno, López y Moliné O’Connor y cinco votos individuales, de los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano, Bossert y Vázquez. El ministro Petracchi vota en disidencia, ya que considera que hasta tanto no se constituya la Comisión Bicameral Permanente contemplada en el art. 99 inc. 3 de la CN, el presidente no puede dictar ningún decreto de necesidad y urgencia.

Este fallo fue dictado en momentos en que el presidente De la Rúa se aprestaba a dictar el decreto 430/2000, que dispuso una nueva reducción de los haberes de los funcionarios públicos

⁴⁷ Caso “Berkley International ART S.A. c/E.N. (M° E. y O.S.P.)”, *Fallos*, 323:3770 (2000).

⁴⁸ Caso “Sociedad Aeronáutica San Fernando S.R.L. y otros c/Estado Nacional”, *Fallos*, 323:337 (2000).

⁴⁹ Caso “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional”, *Fallos*, 323:1589 (2000); *La Ley*, 2000-C-828.

motivada en el déficit presupuestario. Por ello, fue interpretado en su momento como un tácito respaldo a la gestión del nuevo gobierno de la Alianza.

Tanto el voto mayoritario conjunto como el del Dr. Boggiano hacen especial hincapié, para pronunciarse por la validez del decreto, en el hecho de que ha sido ratificado expresamente por ambas Cámaras del Congreso.⁵⁰

f) Caso “Zofracor”⁵¹

En este caso, la Corte Suprema, por ocho votos a uno y con la disidencia parcial del Dr. Petracchi, dejó sin efecto un reglamento de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo, que creó una zona franca en la provincia de Córdoba, por entender que se trataba de una competencia de carácter tributario que no podía ser ejercida mediante esa clase de norma. Como el Congreso había ratificado posteriormente el decreto de necesidad y urgencia, el Tribunal consideró que la norma era válida recién a partir de ese momento.

g) Caso “San Luis”⁵²

En este caso, la Corte Suprema, en fallo dividido cinco votos contra tres, declaró la inconstitucionalidad del decreto 214/02, que dispuso la pesificación compulsiva de los depósitos inicialmente celebrados en dólares y ordenó su devolución en la moneda de origen. La decisión del Tribunal se integra con un voto de mayoría conjunto, suscripto por los Dres. Moliné O'Connor y López, al que concurren tres votos individuales de los Dres. Nazareno, Fayt y Vázquez. El voto

⁵⁰ Así, puede leerse en el Consid. 6 del voto mayoritario conjunto del caso “Guida” (*Fallos*, 323:1589, 2000), suscripto por los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López: “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 la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en 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. 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”. A su vez, en el Consid. 8 *in fine* del voto del Dr. Boggiano puede leerse la siguiente afirmación: “La intervención del Congreso en esos términos [ratificatorios], desplaza, como principio, el limitado margen de apreciación judicial en torno de esta cuestión”. El criterio finalmente establecido por la ley 26122, que requiere la decisión derogatoria de ambas Cámaras del Congreso para dejar sin efecto un DNU, pareciera ser más permisivo que el que se desprende de los fallos de la Corte Suprema dictados a partir de los casos “Della Blanca” y “Verrocchi”.

⁵¹ Caso “Zofracor S.A. c/Estado Nacional”, *Fallos*, 325:2394 (2002); *Jurisprudencia Argentina*, 2003-II-28, con nota de Schwartzman, Sebastián y Toranzo, Alejo: *Zofracor: luces y sombras en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre decretos de necesidad y urgencia*.

⁵² Caso “Provincia de San Luis c/Estado Nacional”, *Fallos*, 326:417 (2003); *La Ley*, diario del 4/4/2003. Un comentario favorable del fallo fue hecho por Gregorio Badeni: *Un fallo relevante y prudente*, *La Nación*, 7/3/2003. También puede verse: Gelli, María Angélica: El caso ‘Provincia de San Luis v. Estado Nacional’, *entre el debido proceso adjetivo y el control de razonabilidad*, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-II-1294.



de minoría lleva la firma de los Dres. Belluscio, Boggiano y Maqueda, mientras que el Dr. Petracchi se excusó de intervenir.⁵³

⁵³ Los jueces que integraron la minoría cuestionaron fuertemente la intervención del juez Fayt en la causa, ya que él era titular de un depósito bancario. En el propio fallo, los Dres. Belluscio, Boggiano y Maqueda sostuvieron que el rechazo injustificado de la recusación del ministro Fayt implicaba la nulidad absoluta de la sentencia. Señalan estos tres jueces en su voto: “los abajo firmantes expresan la convicción de que el presente fallo adolece de nulidad absoluta por el grave vicio que lo corroe y lo torna ilegítimo, dadas las razones expuestas en la disidencia formulada en la resolución denegatoria de la recusación con causa del juez Fayt, que a continuación se transcriben:

‘3) Que distinta es la situación del juez Fayt, quien ha reconocido públicamente la posesión de un depósito a plazo fijo en dólares estadounidenses, del cual, obviamente, era propietario desde antes de dictarse las normas que se impugnan en este proceso.

‘Por consiguiente, la decisión mayoritaria de rechazar in limine la recusación formulada resulta claramente afectada de un vicio procesal, pues en el presente caso se ha deducido una recusación con causa legal en los términos previstos por el art. 22 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo incumplimiento la hace pasible de la sanción prevista en el art. 169, segundo párrafo, del mismo Código, además del vicio sustancial de desconocer disposiciones expresas de la ley.

‘4) Que, independientemente de que el mencionado depósito haya sido convertido o no en pesos, el directo interés del juez recusado en la decisión de la causa es evidente pues en ella se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de todo el plexo normativo que afecta su situación personal, con lo que una decisión favorable a su inconstitucionalidad podría hipotéticamente implicar una vía para volver sobre la pesificación de su depósito solicitando su reconversión a moneda extranjera.

‘En tal situación, es evidente que se encuentra configurada en autos la causal de recusación prevista en el art. 17, inc. 2, del Código antes citado. Por otra parte, el mismo recusado parece haber advertido esa circunstancia –aunque tardíamente, ya que actuó en causas similares ocultando la existencia del depósito y su consiguiente interés en las decisiones–, al haberse excusado en una de ellas, excusación que fue desechada por el voto mayoritario de la Corte.

‘Ello constituiría una grosera violación, no solo de las reglas procesales y de la garantía del debido proceso legal asegurada por el art. 18 de la Constitución, sino también del art. 8, párrafo 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que asegura a toda persona la garantía de ser juzgada ‘por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial’. Lo que resulta agravado por la circunstancia de que el juez recusado rechace él mismo su recusación, convirtiéndose en juez y parte, y en contradicción con su anterior actitud de excusarse en asunto sensiblemente similar calificando inclusive su excusación, curiosamente, como ‘indeclinable’.

‘Más allá de la letra de la Constitución, de los pactos internacionales que la integran, y de la ley, desconocería elementales reglas de ética, con el consiguiente escándalo y bochorno para el Tribunal, que se dictara una sentencia que eventualmente se pronunciase sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un conjunto de normas que hacen a la política económica del gobierno de la Nación mediante la integración de una mayoría viciada con un juez con un interés concreto en la decisión. Por tanto, reviste suma gravedad institucional, quizás el más alto grado de ella, que se dicte una decisión de esa índole con la Corte irregularmente constituida.

‘Tal vicio se extendería a la eventual sentencia que se dictase con la intervención como juez de una persona interesada en que se decida en un determinado sentido, con las graves consecuencias institucionales que ello implicaría, poniendo en entredicho no sólo la regularidad de la administración de justicia por el poder competente del gobierno federal sino aun la del funcionamiento mismo de los órganos que constitucionalmente rigen a la Nación” (Fallos, 326:417, Consid. 44).

Señala Morales Solá al comentar la noticia: “Una minoría de jueces de la Corte Suprema de Justicia hizo la más grave impugnación ética y moral contra la mayoría del tribunal que registra la historia judicial argentina”, *La Corte en el peor momento de su historia*, La Nación, 9/3/2003.

Para poder entender adecuadamente el caso planteado, y teniendo en cuenta el abundante caudal de normas de distintas jerarquías que se habían dictado, es necesario efectuar una breve reseña de aquellas más importantes.

Así, con fecha 1/12/2001, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) dicta el decreto 1570/2001 (B.O. 3/12/2001), que establece, entre otras restricciones, determinadas limitaciones al retiro de dinero en efectivo por parte de titulares de cuentas en el sistema financiero. Dichas restricciones fueron denominadas por los medios periodísticos como *corralito*, expresión que aquí se cita atento a la enorme divulgación y aceptación que tuvo entre la población, incluyendo funcionarios, legisladores y magistrados. Posteriormente, se dicta el decreto PEN 1606/2001 (B.O. 6/12/2001), que regla ciertas excepciones a la aplicación del decreto PEN 1570/2001.

Luego de la asunción del Presidente Duhalde, con fecha 6/1/2002 (decreto PEN 50/2002, B.O. 9/1/2002), entra en vigencia la ley 25.561, que declara, en los términos de lo dispuesto por el art. 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, administrativa, financiera y cambiaria, y delega al Poder Ejecutivo nacional las facultades que se prevén en dicha norma, con arreglo a las bases que se establecen en el art. 1º de la ley citada. En orden al tema traído a debate, merecen destacarse las siguientes facultades delegadas al Poder Ejecutivo:

- 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios.
- 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales.

Entre las facultades que fueron delegadas por el Poder Legislativo, debe ponerse de relieve aquella establecida en el párrafo quinto del art. 6 de la ley 25.561, en cuanto expresa que “el PEN dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieran realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero”, y agrega que “esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras”.

A partir del dictado de la ley mencionada, comienzan a dictarse, en forma vertiginosa, distintas reglamentaciones y normas complementarias por parte del PEN, del Ministerio de Economía (ME) y del BCRA.

Así, el art. 5 del decreto PEN 71/2002 (B.O. 10/1/2002) dispone que el Ministerio de Economía será el encargado de reglamentar la oportunidad y modo de disposición de los depósitos en pesos o en divisas extranjeras, *respetando la moneda en que hubiesen sido impuestos* por sus titulares, y que se encuentren sujetos a las restricciones del decreto 1570/2002. Agrega además que “al

efecto, deberá tomar [el ME] en cuenta *los intereses de los ahorristas* y la solvencia y liquidez del sector financiero limitando, de ser necesario, las transferencias de depósitos entre diferentes instituciones financieras por plazo determinado, y de ser ello requerido para resolver cuestiones operativas”. Luego se dictó el decreto 260/02, modificatorio del 71/02.

Posteriormente, el decreto PEN 141/2002 (B.O. 18/1/2002) incorporó a dicha norma un tercer párrafo, autorizando al Ministerio de Economía a establecer que la devolución de saldos en moneda extranjera pudiera efectuarse en pesos al tipo de cambio del mercado oficial, como así también los plazos y condiciones para ello, cuando entre los modos de disposición de los fondos se ofrecieran distintas alternativas a opción de los titulares. En consecuencia, en orden a las facultades conferidas al Ministerio de Economía por la norma antes transcrita, a través de la resolución 6/2002 (B.O. 10/1/2002) se establece un “Cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario, bajo el régimen del decreto 1570/2001”.

Dicho cronograma fue asimismo modificado y/o complementado por las resoluciones ME 9 (B.O. 11/1/2002), 18 (B.O. 18/1/2002), 23 (B.O. 22/1/2002), y 46 (B.O. 7/2/2002), y por las comunicaciones “A” del BCRA –entre otras tantas que regulan diversos pormenores– 3426 de fecha 10/1/02, 3437 de fecha 16/1/2002, y 3442 de fecha 22/1/2002.

Luego, el 4/2/2002, se dicta el decreto 214/02, que en su art. 2 señala: “Todos los depósitos en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras existentes en el sistema financiero, serán convertidos a pesos a razón de pesos uno con cuarenta centavos (\$1,40) por cada dólar estadounidense [...]. La entidad financiera cumplirá su obligación devolviendo pesos a la relación indicada”. A su vez, el art. 4 dispone la actualización de esos fondos por un coeficiente de estabilización de referencia.

El día 8/2/2002, mientras se redactaba este dictamen, el Banco Central emitió la comunicación “A” 3467, que en el punto 1.2.3 de su Anexo excluye de los alcances de la programación de los depósitos a “las imposiciones a plazo fijo constituidas por los gobiernos Nacional, provinciales y municipales”.

Teniendo en cuenta toda la anterior normativa,⁵⁴ los fondos públicos de la provincia de San Luis depositados en dólares habían sido pesificados, conforme al art. 2 del decreto 214/02, al valor de \$1,40 por dólar, y su devolución no estaba sujeta al cronograma establecido en la resolución ME 6/2002 y sus modificaciones, la última de las cuales es la 46/2002.

⁵⁴ Por si fuera de interés, el texto completo de todas estas normas puede consultarse en: infoleg.mecon.gov.ar.



El Poder Ejecutivo, al dictar el decreto 214/02, si bien mencionó en sus considerandos a ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, lo encuadró dentro de la categoría de reglamento de necesidad y urgencia, lo que se deduce de la invocación de las atribuciones del art. 99 inc. 3 y de su refrendo por parte de todos los ministros. Con posterioridad a su sanción, el PEN procuró sin éxito que el decreto 214 fuera ratificado por el Congreso al aprobar el presupuesto del año 2003, acto que no hubiera sido necesario si él lo hubiera considerado un reglamento delegado.

Los distintos votos no encuadran al decreto 214/02 únicamente como un reglamento de necesidad y urgencia; lo analizan bien como un reglamento delegado (voto mayoritario conjunto y voto del Dr. Nazareno), o bien como un acto que puede ser examinado como reglamento delegado o como reglamento de necesidad y urgencia (votos individuales de los Dres. Fayt y Vázquez). En todos los casos, la respuesta es la misma: el decreto 214/02 carece de legitimidad de origen. El voto mayoritario conjunto considera que el decreto 214/02 es un reglamento delegado, pero dictado en exceso de las bases de la delegación fijada en la ley 25.561. Hay en este voto un interesante análisis de los principios que deben regir la dinámica del ejercicio de las facultades legislativas del Congreso y del presidente. La mayoría de la Corte considera que, si con motivo de una emergencia cambiaria, el Congreso delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo, este no puede, mientras dure la misma situación de emergencia tenida en cuenta por el Poder Legislativo para sancionar la ley delegante, dictar decretos de necesidad y urgencia sobre la misma materia. Debe limitarse a enfrentar la situación dictando reglamentos delegados que respeten las bases de la ley delegante que sancionó el Congreso. La ley 25.561, particularmente en su art. 6, estableció como una de las bases de la delegación la preservación del capital de los ahorristas y nunca previó la posibilidad de la pesificación de los depósitos celebrados en moneda extranjera. Más bien, era claro el propósito de la ley delegante, en el sentido de que se mantuviera la moneda en la que se hubiera celebrado originalmente el depósito.⁵⁵

Se trata, a nuestro criterio, del primer caso en la historia de la Corte Suprema en el que nuestro máximo tribunal declara la inconstitucionalidad de una ley considerada clave para la política económica de un gobierno y la declaración tiene lugar mientras el gobierno que dictó la norma está en ejercicio del poder. El fallo fue dictado semanas antes de las elecciones presidenciales del 27 abril del 2003 y muchos interpretaron esta decisión del Tribunal como un tácito apoyo al expresidente Menem. Su doctrina será luego dejada de lado en los casos “Bustos”⁵⁶ y “Massa”,⁵⁷ dictados tras el cambio de integración de la Corte Suprema a partir de la llegada del presidente Kirchner en mayo del 2003. Estos fallos considerarán legítimo en cuanto a su origen a las normas

⁵⁵ Hemos analizado detenidamente estos pormenores del fallo en nuestro trabajo *La delegación legislativa en el caso “San Luis”*, Jurisprudencia Argentina, 2003-II-1236.

⁵⁶ Caso “Bustos, Alberto R. y otros c/E.N. y otros”, *Fallos*, 327:4495 (2004); *La Ley*, 2004-F-713.

⁵⁷ Caso “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional”, *Fallos*, 329:5913 (2006).

que dispusieron la pesificación de los depósitos, más allá de disponer un especial mecanismo de actualización de los depósitos para salvaguardar el derecho constitucional de propiedad.

h) Caso “Müller”⁵⁸

En este caso, resuelto por la Corte en abril del 2003, la mayoría del Tribunal, remitiéndose al dictamen del Procurador General y con la sola disidencia del Dr. Petracchi, aceptó la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 430/00 dictado por el presidente De la Rúa, que había dispuesto una reducción de las remuneraciones de los empleados del sector público para hacer frente a una situación de déficit fiscal a comienzos del año 2000. El Procurador General consideró en su dictamen que la derogación por parte de la ley 25.453 del decreto 430/00 hacia el futuro significó la implícita ratificación de su validez anterior.

Síntesis de la segunda etapa

Durante esta segunda etapa los distintos presidentes continuaron con la práctica abusiva y dictaron un gran número de DNU; el Congreso se limitó a convalidar tardíamente algunos de esos reglamentos; y la Corte Suprema osciló entre decisiones claramente evasivas y permisivas (caso “Rodríguez”), con algunas fuertemente restrictivas (casos “Verrocchi”, “San Luis”) y otras en la que ejerció un control tenue (casos “Guida”, “Bustos”, “Massa”). Desde una posición inicial más permisiva en el caso “Rodríguez” de 1997, a partir de mediados del año 98 pasó a adoptar posturas más estrictas que requieren la existencia de una real situación excepcional y una ratificación posterior del Congreso para admitir la validez constitucional de un reglamento de necesidad y urgencia (cfr. casos “Della Blanca”, “Verrocchi” y “Guida”) y no admitió la posibilidad de dictarlos cuando existe una delegación legislativa en la misma materia (cfr. caso “San Luis”). Por otra parte, declaró en todos los casos la inconstitucionalidad de los reglamentos de ese tipo sobre materias tributarias (cfr. casos “Video Club Dreams”, “Berkeley” y “Zofracor”).⁵⁹ La Corte Suprema tuvo que suplir desde la jurisprudencia el vacío de la falta de ley reglamentaria prevista en el art. 99 inc. 3, que recién se llenó a fines del año 2006 mediante la ley 26.122. Su actuación fue del todo insuficiente para enfrentar la patología del dictado de modo habitual de esta clase de normas por parte del Poder Ejecutivo.

III. Los DNU de tercera generación de DNU (1994-2006)

⁵⁸ Caso “Müller, Miguel Ángel c/Poder Ejecutivo Nacional”, *Fallos*, 326:1138 (2003). Pueden verse los siguientes comentarios del fallo: Vocos Conesa, Juan Martín: *Reducción de haberes de los empleados públicos: el capítulo que faltaba*, LL, 2003-Sup. D. Adm. 153, p. 28?; Egea, Federico: *Intervención efectiva del Congreso de la Nación y validez en los decretos de necesidad y urgencia. El fallo Müller*, LL, 2003-C-293.

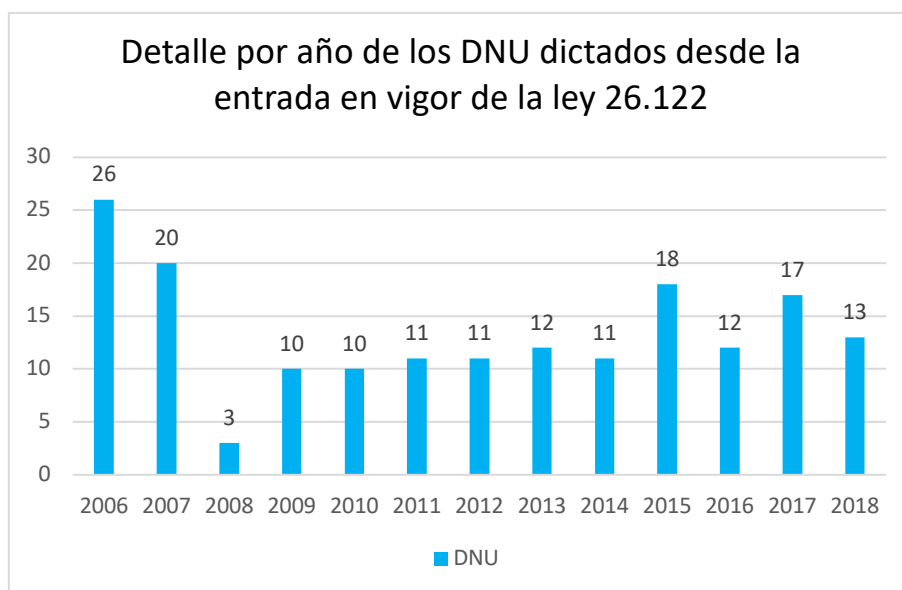
⁵⁹ En el caso “Levy”, *Fallos*, 320:1426 (1997), la Corte Suprema consideró que el decreto de necesidad y urgencia que había derogado el cobro de un fondo de estímulo que la ley 20091 había previsto para un determinado grupo de empleados públicos no tenía contenido tributario, sino presupuestario y, por ello, era una materia excepcionalmente habilitada para ser regulada mediante un decreto de ese tipo.

A fines del año 2006, se sanciona la ley 26.122 que, de acuerdo con lo establecido en el art. 99 inc. 3 de la CN, regula el trabajo de la CBP y la intervención de las Cámaras del Congreso para el control de los DNU, los decretos delegados y los de promulgación parcial de leyes.

La ley 26.122 reguló la integración de la CBP y el trámite de control de los DNU por parte del Congreso.⁶⁰ Tal vez el punto principal y más controvertido del nuevo régimen sea lo dispuesto por el art. 24 de la mencionada ley. Allí se establece que para que un DNU sea derogado es necesario que ambas Cámaras del Congreso así lo dispongan. Esta ley tampoco establece un plazo concreto dentro del cual deban ellas pronunciarse expresamente sobre la medida adoptada por el Poder Ejecutivo, lo que facilita una postura dilatoria y omisiva del Poder Legislativo, contraria al mandato del inmediato tratamiento del DNU por parte de las Cámaras contenida en el art. 99 inc. 3.

Desde la sanción de la ley 26.122 en 2006 hasta fines del 2016 se sancionaron 174 DNU, correspondiendo 46 a la presidencia de Néstor Kirchner, 86 a los dos períodos de Cristina Kirchner y 42 a los tres primeros años de la presidencia de Mauricio Macri.

Gráfico 3



⁶⁰ Un análisis en profundidad de esta ley puede verse en: Santiago, Alfonso - Veramendi, Enrique, *Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, SJA 1-11-2006 – Jurisprudencia Argentina 2006-IV-1358.

Si desde 1983 hasta 1994 (11 años) se habían dictado 464 DNU, y entre 1994 y 2006 (doce años) se sancionaron 503 DNU, en esta tercera etapa entre 2006 y 2018 (doce años) se dictaron 174, lo que significa un descenso de más del 65 % con respecto a la segunda etapa. El número sigue siendo alto, pero la disminución tras la sanción de la ley 26.122 y la puesta en marcha de la CBP es pronunciada. Sin embargo, cabe mencionar que decisiones muy importantes desde el punto de vista político, social y económico fueron instrumentadas mediante DNU, sin seguir el proceso legislativo ordinario.⁶¹

En esta tercera etapa es posible analizar la tarea llevada a cabo tanto por la CBP como por ambas Cámaras del Congreso para controlar los DNU dictados, además de analizar los fallos dictados durante estos años por la Corte Suprema en esta importante cuestión.

A) La actuación de la CBP y de las Cámaras del Congreso

De los 174 DNU dictados en esta tercera etapa, 162 tuvieron dictamen de la CBP. En sólo 8 de ellos la CBP dictamina a favor del rechazo del DNU y hay otros seis en donde se verifica un empate entre la validación y el rechazo.⁶²

En general, se observa en los dictámenes de la CBP una tendencia no tanto a analizar si se cumplía o no los requisitos para la legitimidad del dictado de un DNU previstas en el art. 99 inc. 3, sino a pronunciarse sobre el contenido en sí del DNU. Se distorsiona así la misión que tanto el mencionado artículo de la CN como la ley 26.122 fijan a la CBP. Por otra parte, se advierte con toda claridad que los legisladores oficialistas de la CBP tienden casi automáticamente a votar a favor de la validación del DNU dictado por el presidente, mientras que los de la oposición por su rechazo, lo que también distorsiona la función asignada a este organismo.

De esos 162 dictámenes de la CBP, sólo 105 fueron tratados por una o las dos Cámaras del Congreso. El Senado sólo se pronunció en 43 oportunidades, 19 en forma separada y 24 en forma conjunta con la Cámara de Diputados. La Cámara de Diputados lo hizo en 118 oportunidades, 94 de modo separado y 24 en forma conjunta con el Senado.

Sólo en dos casos hubo un rechazo del DNU por la Cámara de Diputados.⁶³ Nunca el Senado rechazó un DNU, por lo que ningún DNU desde el año 2006 hasta la fecha fue derogado por la intervención del Congreso.

⁶¹ Cfr. Alfonso Santiago (h), Enrique Veramendi, Santiago M. Castro Videla y Patricio D'Acunti, *La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo Balance y reflexiones a doce años de su conformación*, LL, diario del 14-III-17.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Se trata de los DNU 2010/2009 (Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Período de sesiones 128, Reunión 2, 1ª Sesión Ordinaria (17/03/2010), disponible online en

Cabe destacar que los años de mayor actividad de la Comisión Bicameral Permanente no siempre coincidieron con los años en que el Poder Ejecutivo dictó mayor cantidad de decretos sometidos al control legislativo instrumentado por la Ley 26.122. Por el contrario, los años de mayor actividad tienden a coincidir con aquellos en que el oficialismo contaba con mayoría en ambas Cámaras del Congreso (como los años 2007 y 2012 mencionados), mientras que aquellos en que se advierte una baja en su actividad coinciden con los años en que existió paridad de fuerzas entre el oficialismo y la oposición en el Congreso (de hecho, como veremos, el año que más decretos dictó el Poder Ejecutivo fue el 2010, con un escenario de paridad de fuerzas en el Congreso, y casualmente fue ese el año que –en proporción– menos decretos trató la Comisión).

Los años de mayor actividad de la Comisión (en los que existió mayoría oficialista en ambas Cámaras), por su parte, tampoco coinciden con los años en que se produjeron los escasos dictámenes de mayoría de “rechazo” emitidos por la Comisión. Por el contrario, estos se produjeron exclusivamente en los períodos en los que existió una minoría oficialista –o paridad relativa de fuerzas– en las Cámaras del Congreso. En efecto, como veremos, existieron dos dictámenes de mayoría de rechazo en el año 2010 (con paridad de fuerzas en el Congreso) y ocho entre los años 2016 y 2017 (con minoría del oficialismo en el Congreso). Esto puede poner de manifiesto cierto fallo de diseño institucional de la CBP por parte del Constituyente de 1994. Si se quiere que realmente cumpla con su función de controlar a través de sus dictámenes, tendría que tener una mayoría de representantes de la oposición en su integración. Siempre la decisión final quedaría librada a la mayoría que se conformen en el pleno de cada una de las Cámaras del Congreso.

B) La jurisprudencia de la Corte Suprema durante este tercer período

En relación a los fallos de la Corte Suprema sobre DNU en esta tercera etapa, podemos mencionar, entre otros, los casos “Consumidores Argentinos”,⁶⁴ “Aceval Pollaci”,⁶⁵ y “Asociación Argentina de Compañías de Seguros”.⁶⁶ Se trata de tres casos que versan sobre DNU

<https://www.diputados.gov.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=935&numVid=0>) y DNU 298/2010 (Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Período de sesiones 128, Reunión 4, 2ª Sesión Ordinaria Especial (13/04/2010), disponible online <https://www.hcdn.gob.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=937&numVid=1>, p. 123 (votación) y 125 (apéndice con texto de resolución de rechazo). La resolución de rechazo dispuso textualmente en su artículo 1º “[r]echazar el decreto 298 del Poder Ejecutivo del año 2010 por el cual se crea el Fondo del Desendeudamiento Argentino” y no habría sido publicada en el Boletín Oficial.

⁶⁴ Fallos, 333:633 (2010). Se puede ver un completo análisis de este fallo en: Santiago, Alfonso, y Veramendi, Enrique, *Valiosas y oportunas definiciones de la Corte Suprema sobre el control judicial de los DNU*, ED, 09-VI-2010.

⁶⁵ Fallos 334:799 (2011).

⁶⁶ Fallos 338:1048 (2015).

de la segunda etapa. Aún no han existido pronunciamientos de nuestro máximo tribunal sobre DNU de tercera generación en los que haya habido una actuación previa de la CBP y de las Cámaras del Congreso.

a) *Caso “Consumidores Argentinos”*

En el caso “Consumidores Argentinos”,⁶⁷ la Corte Suprema se expidió en un proceso de amparo promovido por la asociación Consumidores Argentinos, en los términos del art. 43 de la Constitución, que habilita a esa clase de entidades a promover acciones judiciales en defensa de derechos de incidencia colectiva, como son los que conciernen a consumidores y usuarios.

La actora cuestionó la constitucionalidad del decreto 558/02,⁶⁸ que introdujo reformas a la ley 20.091, sobre entidades de seguros y su control. El decreto 558/02 fue dictado durante la vigencia de la ley de Emergencia Pública 25.561, que delegó facultades al Poder Ejecutivo, pero con expresa invocación de las atribuciones previstas en el art. 99 inc. 3 de la Constitución.⁶⁹ Entre otras reformas, el decreto 558/02 facultó a la Superintendencia de Seguros de la Nación a autorizar a las compañías aseguradoras a que, en ciertos supuestos, realicen y constituyan deuda, y habilitó las cesiones de cartera sin la exigencia de publicidad y la exclusión de activos de esas firmas, además de limitar las medidas de ejecución en contra de las empresas del sector. La asociación Consumidores Argentinos alegó que esas reformas afectaban los derechos de los asegurados. El decreto 558/02 no fue ratificado por el Congreso por medio del dictado de una ley ni tampoco fue aprobado por resoluciones de las Cámaras de conformidad con el procedimiento regulado por la ley 26.122.

En Primera y Segunda Instancia se hizo lugar a la acción de amparo y se declaró la inconstitucionalidad del decreto 558/02. Contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, el Poder Ejecutivo interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido, lo cual posibilitó que la causa llegase a los estrados de la Corte Suprema.

La Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti, luego de recordar el carácter excepcional de la facultad del Poder Ejecutivo de incursionar en materias reservadas al legislador, remarcó la procedencia del control judicial de constitucionalidad de los DNU, sin perjuicio de la intervención del Congreso regulada por la ley 26.122.⁷⁰

⁶⁷ Fallos, 333:633 (2010). Se puede ver un completo análisis de este fallo en: Santiago, Alfonso, y Veramendi, Enrique, *Valiosas y oportunas definiciones de la Corte Suprema sobre el control judicial de los DNU*, ED, 09-VI-2010

⁶⁸ B.O. 03.04.2002.

⁶⁹ Considerando 7º, decreto 558/02.

⁷⁰ Punto 5, tercer y cuarto párrafos, del dictamen.

En su dictamen, consideró que la declaración de emergencia efectuada en la ley 25.561 no legitimaba al dictado del decreto 558/02. Entendió que no se había demostrado en el caso que la crisis de las compañías aseguradoras afectase los intereses generales de la sociedad o el interés público, ni tampoco que hubiese constituido un peligro para la subsistencia misma de la organización social, todo lo cual excluía la procedencia del dictado de un DNU.⁷¹

En consecuencia, la Dra. Monti se pronunció por la confirmación de la sentencia de Cámara.

El fallo está conformado por un voto principal, suscripto por los Dres. Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt, y cuatro votos concurrentes, firmados por los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Argibay y Petracchi.

El voto principal se apoyó en las siguientes consideraciones:

- a) El objetivo de la reforma constitucional de 1994 fue atenuar el presidencialismo, fortalecer el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.
- b) En atención a esos antecedentes y a la vigencia del principio de división de poderes, el Poder Judicial se encuentra facultado para controlar el cumplimiento de los requisitos constitucionales aplicables al dictado de DNU.
- c) La interpretación sobre el cumplimiento de esos requisitos debe ser estricta, ya que el texto constitucional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un DNU.
- d) Es atribución del Poder Judicial controlar la existencia del “estado de necesidad y urgencia” habilitante de la emisión de DNU, sin perjuicio de la valoración que sobre ese extremo corresponde a los otros Poderes.
- e) En el caso, la situación invocada por el Poder Ejecutivo al dictar el decreto 558/02 no resulta suficiente para tener por configuradas las circunstancias fácticas que requiere el art. 99, inc. 3°, para habilitar el ejercicio de esta atribución presidencial.

Los firmantes del voto principal también adhirieron a las conclusiones expuestas en el dictamen de la Procuración General.

Los cuatro votos concurrentes, a su vez, presentaron los siguientes matices:

- a) La Dra. Highton de Nolasco adhirió a los trece considerandos iniciales del voto principal y al dictamen de la Procuración General. De todos modos, puntualizó que la Corte se

⁷¹ Punto 5, quinto y sexto párrafos, del dictamen.

encontraba habilitada para evaluar la existencia del estado de necesidad y urgencia habilitante del dictado de DNU por tratarse de un decreto dictado antes de la aprobación de la ley 26.122 y no haberse cumplido el control legislativo exigido por la Constitución.

b) El Dr. Maqueda también adhirió a los trece primeros considerandos del voto principal y al dictamen de la Procuración General. El principal matiz de esta opinión estuvo dado porque consideró que el decreto 558/02 era inconstitucional, en primer lugar, por no haber mediado intervención alguna del Poder Legislativo respecto de ese DNU.

c) La Dra. Argibay adhirió a los diez considerandos iniciales del voto principal y, como ya lo había propuesto en casos anteriores, se pronunció a favor del establecimiento de una “presunción de inconstitucionalidad” respecto de las disposiciones de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo.

d) El Dr. Petracchi, por último, reiteró su conocida posición según la cual los DNU dictados con anterioridad a la sanción de la ley reglamentaria del art. 99 inc. 3 son “insanablemente nulos”.

b) Caso “Aceval Pollaci”⁷²

En el caso “Aceval Pollaci” la demandada en un juicio de despido sin causa planteó la inconstitucionalidad del decreto 883/02. El DNU 883/02 extendió por otros 180 días lo dispuesto en el art. 16 (segunda parte) de la ley 25.561 de emergencia, en cuanto suspendió por 180 días los despidos sin causa justificada y estableció que, en caso de producirse despidos en contravención de esa suspensión, se duplicaba el monto de la indemnización correspondiente al trabajador despedido.

La Corte Suprema convalida en su fallo el DNU. Considera que el DNU 883/02 cumple con los requisitos constitucionales establecidos en el art. 99 inc. 3 para el dictado de esta clase normas. Se da una circunstancia excepcional y no se trata de una materia prohibida. Sin demasiadas explicaciones y con un criterio más laxo que el utilizado en el caso “Consumidores” señala que “corresponde tener por cumplido el recaudo relativo a la existencia del estado de necesidad y urgencia que justifica el dictado de la norma atacada según lo ya resuelto por el Tribunal en la causa “Valente, Diego E. v. Bank Boston N. A.”,⁷³ y en “Cardoso Graña, Ana C. v. Argencard S.A s/ despido”.⁷⁴

Nos parece que en esta decisión de la Corte se tiene en cuenta y prima el contenido y la finalidad protectoria del DNU sobre la estricta aplicación de los estándares que ella había fijado

⁷² Fallos 334:799 (2011)

⁷³ Fallos: 327:4422.

⁷⁴ C.1642.XLI, sentencia del 16 de mayo de 2006.

para la validez de los DNU en los casos “Verrochi” y “Consumidores Argentinos”, ya examinados.

c) Caso “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros”

En el caso “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros” se impugna la constitucionalidad del DNU 1654/2002 que declaró el “estado de emergencia” del “transporte aerocomercial” desarrollado por operadores nacionales en el país, por el plazo de vigencia de la ley 25.561. En el marco de esa emergencia y por ese plazo dispuso que las empresas de transporte aéreo nacionales no se encuentran obligadas a contratar seguros aerocomerciales en el país, conforme prevén los arts. 2 y 3 de la ley 12.988. Luego, el decreto 1012/2006 declaró la continuidad del “estado de emergencia” dispuesto por el DNU 1654/2002 y ratificó, en el marco de esa emergencia, que las empresas de transporte aéreo nacionales no se encuentran obligadas a contratar seguros aerocomerciales en el país, conforme prevén los arts. 2 y 3 de la ley 12.988.

La Corte Suprema, al declarar la inconstitucionalidad de ambos decretos, reitera las “condiciones de rigurosa excepcionalidad” que habilitan los dictados de un DNU, la “limitación y no ampliación” de las facultades del PEN pretendidos por la reforma constitucional de 1994, la exigencia de un auténtico “estado de necesidad y urgencia”, la necesidad de alegar “estándares judicialmente verificables”, sin que sean viables para el dictado de esta clase de normas “criterios de mera conveniencia”, ni tampoco “elegir discrecionalmente” entre instar una ley o sancionar un decreto con contenido materialmente legislativo, etc.⁷⁵ También recuerda que “el Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima”.⁷⁶

En base a lo anterior, el fallo concluye que “no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas pues no se ha demostrado el riesgo existente en el sector ni cómo, en su caso, podría comprometer el interés general. Por esas razones, no cabe tener por configurada en el sub examine -tal como postulan los decretos impugnados- la existencia de circunstancias fácticas que el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, describe con rigor de vocabulario”.⁷⁷

⁷⁵ Cfr. consid. 5 y 6 del voto de los Dres. Lorenzetti y Fayt.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

Síntesis de la tercera etapa

Durante esta tercera etapa disminuyó fuertemente el número de DNU que dictaron los tres presidentes, aunque el número siguió siendo alto y fueron muchas las decisiones relevantes para la vida política que se instrumentaron por este medio. El Congreso fue sumamente permisivo a la hora de regular el procedimiento de control legislativo a través de la ley 26.122 y en el ejercicio de esa atribución constitucional, sin llegar a derogar ningún DNU en los doce años de vigencia de la citada ley. Por su parte, la Corte Suprema estableció criterios sumamente restrictivos para la viabilidad constitucional de los DNU en los casos “Consumidores Argentinos” y “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros”, siendo más deferente en el caso “Aceval Pollaci”. No obstante, estos pronunciamientos no tuvieron efectividad para contener la práctica viciosa e inconstitucional de los DNU.

Conclusiones finales

A la luz del análisis conceptual y estadístico realizado en los apartados anteriores de este trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) Desde el retorno a la democracia en 1983 hasta nuestros días, ha sido frecuente y excesiva la utilización de los DNU por parte de los distintos presidentes que se sucedieron a lo largo del tiempo, con la consiguiente debilitación del principio de separación de poderes y del procedimiento legislativo ordinario como modo de adoptar las decisiones comunitarias. Cuestiones importantísimas, con alto impacto político, social y económico, han sido adoptadas a través de los DNU, aun cuando no se cumplían los estrictos requisitos constitucionales para su sanción;
- b) El régimen constitucional adoptado por el Constituyente de 1994, más allá de los principios que declara, es incompleto y ha resultado insuficiente para limitar el ejercicio abusivo de los DNU por parte del presidente;
- c) El Poder Legislativo ha tendido a ser permisivo, tanto en los criterios adoptados en la ley 26.122 como en el ejercicio de su función de control allí reglamentada. Se advierten problemas de diseño normativo tanto en el art. 99 inc. 3 de la CN como en la ley 26.122 para el logro de un efectivo control por parte del Congreso de los DNU que dicta el presidente;
- d) Los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema en relación a los DNU han sido cambiantes a lo largo del tiempo. Más estrictos en el caso “Porcelli”, altamente permisivos en los casos “Peralta” y “Rodríguez”, contemporizadores en los casos “Massa” y



“Aceval Polacci”, fuertemente restrictivos en los casos “Verrocchi”, “San Luis” y “Consumidores Argentinos”. Pero más allá de ello, esos criterios restrictivos han sido insuficientes e ineficaces para contener la tendencia abusiva del Poder Ejecutivo para dictar DNU, entre otros motivos porque sólo un pequeño porcentaje de ellos se ha judicializado y los efectos de la decisión de la Corte se limitan al caso concreto.

e) La sanción de la ley 26.122 y el comienzo de las actividades de la CBP parecieran haber contribuido en alguna medida a la disminución de los dictados de los DNU que, sin embargo, siguen siendo muy numerosos en nuestra práctica constitucional;

f) En síntesis, por los excesos del Poder Ejecutivo y por la debilidad de los controles por parte de los otros dos órganos de gobierno, en especial del Congreso, se ha ido consolidando una práctica constitucional abusiva en materia de DNU que afecta gravemente los principios de supremacía y control de constitucionalidad, de división de poderes y del procedimiento legislativo ordinario como único medio democráticamente legítimo para adoptar las decisiones que afectan la vida comunitaria.