

LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN LA ACTUAL DOCTRINA DE LA CSJN

ANA MARÍA BESTARD

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos la competencia legislativa del Poder Ejecutivo de la Nación (PE), con relación a los decretos delegados y a los decretos de necesidad y urgencia, regulada en los arts. 76¹ y 99 inc. 3² de la Constitución nacional (CN), respectivamente, a través de dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que sientan la actual doctrina judicial del tribunal en la materia. Se trata de los casos “Colegio Público de Abogados” y “Consumidores Argentinos”, en los que se hace aplicación de los principios que representan los objetivos de la ley 24.309, de necesidad

¹ Art. 76 CN: Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Legislativo, salvo en materia determinada de administración o de emergencia pública, con lazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

² Art. 99 inc. 3 CN: El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral y el régimen de partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El Jefe de gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

de reforma constitucional nacional de 1994, en el sentido de reducir el hiperpresidencialismo, fortalecer el rol del Congreso y aumentar la independencia del Poder Judicial (PJ), en definitiva, de preservar el principio de división de poderes y, con este, la forma republicana de gobierno.

El presidencialismo es un fenómeno político inescindible de la historia del Estado Moderno. Desde el siglo XII al XVIII, el poder estatal ha avanzado sobre todos los órdenes de la vida social y no cesa de acrecentarse³. Diferentes grupos sociales (reyes, nobles, burgueses) lucharon por apoderarse de esa capacidad coactiva, haciendo alianzas, traicionándolas, modificándolas. En definitiva, el tema fue y aún hoy es: qué sector social detenta el poder y de qué manera, en la necesidad de que, en el presente y en nuestro país, lo haga dentro de los márgenes del estado constitucional y social de derecho, plasmado en la precitada reforma constitucional de 1994.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE DECRETOS DELEGADOS

a) Caso “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional-PEN- ley 25414 decr. 1204/01 s/ amparo”⁴

En el caso, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal⁵ demanda por la aplicación de la ley 23.187 a los abogados del Estado nacional, lo que implicaba –en su criterio– la invalidez de los arts. 3 y 5 del decr. 1204/01⁶, que eximían a los abogados del Estado de la obligación de ins-

³ DARDO PÉREZ GUILHOU, *directorm Atribuciones del Presidente Argentino*, Depalma. Buenos Aires, 1986.

⁴ Fallo CSJN del 4/11/2008.

⁵ El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal constituye una persona jurídica pública no estatal a la que el Estado, por ley, le otorgó la regulación de la profesión (matrícula y disciplina) de quienes la ejercen en forma privada. Es una persona de Derecho Público con un fin administrativo de naturaleza pública, cuya titularidad corresponde, en principio, al Estado (cc. Informe sobre los casos N° 9777 y 9718 del 30 de marzo de 1988 Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

⁶ Art. 3: Los abogados que ejerzan funciones previstas en la ley 12.954 y en los artículos 66 de la ley 24.946 y 7 de la ley 25.344 estarán exentos del pago de bonos, de derechos fijos y de cualquier otro gravamen similar previsto en la legislación nacional, provincial o de la CABA, que imponga a aquellas un pago por su presentación en las actuaciones judiciales en las que intervengan en representación, patrocinio letrado o defensa del Estado nacional o de los demás organismos mencionados por el art. 6 de la ley 25.344.

Art. 5: La representación, patrocinio y defensa judicial del Estado nacional y de los demás organismos o entes mencionados en el art. 6 de la ley 25.344 en cualquier fuero, instancia o jurisdicción, sólo podrá ser ejercida por aquellos profesionales inscriptos en ese Registro, sin que resulte necesaria ninguna otra matriculación profesional.

cribirse en la matrícula que la ley precitada pone a cargo del Colegio y de pagar el aporte establecido por el art. 51 de la misma ley. Tanto en primera como en segunda instancia, la justicia hizo lugar al amparo presentado por la demandante, reconociendo, en primer término, su legitimación.

En lo que aquí se refiere nos interesa tratar el fondo de la cuestión, es decir, la constitucionalidad o no de la delegación de facultades que la ley 25.414⁷ efectúa en el PE, y de la medida que este dicta, mediante el precitado decret. 1204/01, en especial, sus arts. 3 y 5.

La Cámara Nacional de Apelaciones –Sala V– consideró que el PE no se hallaba autorizado por el Poder Legislativo (PL) a dictar normas contrarias a la ley 23.187. A su vez, el PE no había probado en qué medida la exigencia de la matriculación en el distrito, surgida de la ley 23.187, afectaba la eficiencia de la Administración Pública. Asimismo, la exención del pago del derecho fijo o bono establecida por el PE era definitiva –no transitoria–, por lo cual se tornaba irrazonable y, por ende, inconstitucional.

⁷ Art. 1: Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones hasta el 11 de marzo del año 2002.

I.- Materias determinadas de su ámbito de administración: ... f) Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la Administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

II.- Emergencia Pública: Crear exenciones, eliminar exenciones excepto aquellas que benefician los consumos que integran la canasta familiar o las economías regionales, Sociedades Cooperativas, Mutuales, Asociaciones y Obras Sociales Sindicales; disminuir tributos y tasas de orden nacional, con el objeto de mejorar la competitividad de los sectores y regiones y atender situaciones económico sociales extremas. Autorizar la devolución, acreditación o compensación con otros tributos de los saldos a favor a que se refiere el primer párrafo del art. 4 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado (t.o. 1997), así como regímenes de regularización y facilidades de pago.

... Dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en el caso de que perjudiquen la competitividad de la economía, exceptuando expresa e íntegramente toda derogación, modificación y suspensión de la Ley de Convertibilidad 23.928, de los Códigos Civil, de Minería y de Comercio o en materia penal, tributaria, laboral del sector público y privado, salud, previsional, de las asignaciones familiares, la Ley Marco Regulatorio del Empleo Público (25.164) y la ley 25.344 de Emergencia Pública, en lo referido al pago de la deuda previsional con Bonos Bocón III, contenidos en el art. 13 de la mencionada ley”.

1. *Dictamen de la Procuradora*

Conforme la opinión de la Procuradora, el aporte (bonos y derechos fijos) que la ley exige a los abogados de la matrícula reviste el carácter de tributo. Resalta que la CSJN ha considerado la constitucionalidad de las contribuciones, indispensables para la subsistencia del ente y el cumplimiento de sus fines. Como consecuencia de ello, la “solución de la controversia pasa por la pertinente aplicación del principio de reserva constitucional de ley formal en materia de tributos”. Tanto la creación del tributo como su eximición deben efectuarse mediante ley formal (principio de legalidad tributaria) –sostiene la Procuradora– citando reiterada doctrina del más alto tribunal, ello en aplicación de los arts. 4, 17, 52 y 75 de la Constitución nacional (CN), que obran como una limitación infranqueable a las facultades reglamentarias del PE en la materia. Así justifica que el art. 3 del decr. 1204/01 no encuentre respaldo en el art. 1 apartado I inc. *f*) de la ley 25414, ni en el art. 1 apartado II, inc. *e*) de la precitada ley, porque en este último inciso se exceptúa de la delegación legislativa “expresa e integralmente toda derogación, modificación y suspensión [...] en materia [...] tributaria”.

“...No pueden haber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del Derecho Tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (Fallos 326:4251, cons. 8)” (Del dictamen de la Procuradora).

Estima de aplicación el famoso *leading case* “Delfino”, y hace hincapié en el debate parlamentario de la ley 25.414, refiriéndose al art. 1 ap. II inc. *a*), en cuanto faculta al PE a crear y eliminar exenciones, aclarando que los diputados LIX KLETT, FLORES, DE SANCTIS, DÍAZ BANCALARI y ZAPATA MERCADER coincidieron en la dudosa constitucionalidad de la delegación de las atribuciones específicas en materia tributaria del Congreso al PE, basándose en las prescripciones de los arts. 99 inc. 3 y 54 de la CN, delegación que incurriría –además– en la abierta violación al art. 29 de la CN.

En definitiva, la Procuradora es de la opinión que debería declararse la inconstitucionalidad del art. 3 del decreto en cuestión porque exime del bono o derecho fijo a los abogados del Estado, como también de la delegación legislativa efectuada por el art. 1 ap. II inc. *a*) de la ley 25.414, en cuanto faculta al PE a “crear exenciones”.

En cuanto al art. 5, que habilita el ejercicio de la profesión a abogados no matriculados cuando lo hagan en representación o como patrocinantes o apoderados del Estado, resulta, asimismo, inconstitucional, “porque sustrae del control de aquel ente a una parte de los que deberían estar sujetos a su fiscalización, lo que se hallaba expresamente vedado por el art. 1 apartado I inc. *f*) de la ley delegante”.

“...El poder administrador, mediante el decr. 1204/01, no podía válidamente extender la facultad de derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de entidades públicas no estatales, a aquellas que regulan el control sobre la matrícula, transgrediendo la expresa limitación impuesta por la ley delegante que le impedía emitir normas que involucraran contenidos de tal carácter” (del dictamen de la Procuradora).

Vuelve, la Procuradora, al debate parlamentario de la precitada ley delegante y, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores, remarca la exclusión de los colegios profesionales del ámbito del art. 1 ap. I inc. f) de la ley. Pues, al hacer mención a normas de funcionamiento “operativo” se alude a normas de funcionamiento interno, por lo tanto, se impide derogar normas que crean organismos. La Cámara de Diputados incorpora, al artículo mencionado, la expresión “adecuando sus misiones y funciones” para especificar con qué finalidad se pueden modificar las normas de funcionamiento operativo y agrega al “Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, con el fin de exceptuar a tal organismo de las normas que se delegan.

En la Cámara de Senadores, los legisladores MOREAU, ALASINO, DEL PIERO, MOLINARI ROMERO, CARBONELL, EDUARDO MENEM, están con este en que los colegios profesionales, las obras sociales y las fundaciones son entidades públicas no estatales y no forman parte del Estado. Y, en que resulta muy clara la norma cuando dice que se podrán derogar total o parcialmente normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo, de ninguna manera, se podían derogar total o parcialmente las normas de creación de estos entes públicos que aquí se mencionan y enumeran.

Así es que, conforme la opinión de la Procuradora, las bases de la delegación a tener en cuenta surgen no sólo de la letra de la norma sino también y, fundamentalmente, del debate parlamentario, herramienta central de interpretación de las mismas. Luego, considera que dicho debate constituye un elemento valioso para que los operadores jurídicos puedan delimitar con certeza los alcances de la competencia delegada y despejar todas las dudas que eventualmente surgieran en relación a que el PE desorbite los límites establecidos por el PL.

De esta forma llega a la inconstitucionalidad del art. 5 del decr. 1204/01, dado que el Presidente excedió las facultades que le fueron conferidas por el Congreso, violentando las bases de la delegación.

2. *Voto de la mayoría de la Corte Suprema*

El fallo de la mayoría, constituida por los ministros: LORENZETTI, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI y ARGIBAY, confirma la sentencia apelada. Es

decir, declara la inconstitucionalidad de los arts. 3 y 5 del decreto impugnado, si bien no hace lo propio con ningún artículo de la ley 25.414, a diferencia de lo analizado por la Procuradora. Lo realmente importante aquí es la doctrina judicial que surge del voto en relación a la delegación de facultades legislativas en el PE (art. 76 de la Constitución nacional) y a los DNU (art. 99 inc. 3 de la CN), en tanto “decretos legislativos” ambos⁸.

Por su parte, cabe señalar que el Estado nacional sostenía que el decr. 1204/01 pertenecía a la zona de reserva del PE y, simultáneamente, que el Presidente lo había dictado en uso de facultades legislativas delegadas por el Congreso mediante la ley 25.414.

Para la Corte, el ejercicio de la abogacía siempre fue reglamentado por ley, sin distinciones entre ejercicio privado o público de la profesión (leyes 43, 3367, 10.996, 12.954, 19649 y 22.192), el Estado no impugnó la constitucionalidad de las leyes que regulan el ejercicio de la profesión por los abogados del Estado y no discutió las prescripciones de la 23.187. A su vez, sostiene que, paralelamente, los abogados del Estado se han matriculado y han pagado el derecho fijo desde siempre.

En primer término, el alto tribunal se dirige a los principios que se utilizaron en la Convención Constituyente de 1994, en materia de delegación de facultades legislativas en el PE. Recordemos que entre ellos figuraban: la consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático, un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del sistema político y la mayor eficiencia en el desempeño de las instituciones del Estado. En relación a la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo, la regla fue la prohibición del ejercicio de estas facultades. El instituto tuvo su antecedente

⁸ “9) Que con un lenguaje firme y explícito la Constitución nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir disposiciones de carácter legislativo, sea a iniciativa propia (art. 99,3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (art. 76, primera parte). Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan decretos de necesidad y urgencia o decretos que ejercen facultades delegadas (art. 100, incs. 13 y 12, respectivamente)...

La letra del texto constitucional (arts. 99,3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, sí como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal...” Considerando 9, voto de la mayoría.

en la jurisprudencia norteamericana, como explica el convencional constituyente GARCÍA LEMA –refiere la Corte Suprema–, ya que no hay norma similar a la nuestra (art. 76 CN) en la Constitución de Estados Unidos.

Dicha jurisprudencia determina la necesidad de que el Congreso formule un patrón o directriz inteligible al que la autoridad delegada debe ajustarse. “La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes (517 U.S. 748, 771) –‘Loving vs. United Status’, 1996–” (Considerando 10 voto de la mayoría).

“En ‘Loving’ –1996– [...] la Corte analizó los alcances de la delegación del Congreso y la encontró suficiente. En este fallo diseñó conceptos que se recogen en la sentencia: *a*) que la potestad legislativa es propia del Congreso y esto no se puede delegar; *b*) que es en cambio delegable la ‘autoridad y discreción’ de ejecutar la ley dentro de la misma y en la búsqueda de sus propósitos; *c*) que dicha delegación debe fundarse de modo expreso con pautas o principios inteligibles, a los que debe sujetarse la autoridad delegada”⁹.

Nuestra Corte establece un correlato entre el *standard* jurisprudencial norteamericano del “principio inteligible” –por un lado– y las “materias determinadas de administración y de emergencia pública”, “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca” del art. 76 de la Constitución nacional –por el otro–.

Luego se pregunta: ¿Cómo evaluar una delegación de facultades legislativas que, por lo general, es amplia? Y allí, afirma que se abren dos posibilidades: *a*) anular la ley de delegación por no establecer un lineamiento inteligible, *b*) interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación vaga. Este es el criterio seguido por los últimos fallos norteamericanos.

Teniendo en cuenta, entonces, las pautas del modelo norteamericano interpreta el art. 76 de nuestra ley fundamental, elaborando una doctrina más restrictiva que la aplicada hasta el momento por el Alto Tribunal:

“1º) la delegación sin bases está prohibida y

2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en

⁹ ROBERTO ANTONIO PUNTE, “Interpretación restrictiva de las normas y autoridades delegadas”, ElDial.com. Biblioteca Jurídica online. DCFDO.

miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate” (cons. 12 del voto de la mayoría).

Nos parece importante destacar que se haya establecido esta relación inversamente proporcional entre bases vagas o imprecisas de delegación e inversión y profundización de la carga de la prueba en cabeza del Poder Ejecutivo o del interesado en hacer valer el decreto, quien además de justificar las exigencias constitucionales (materias de administración y emergencia, dentro de las bases de la delegación y por el tiempo allí determinado) deberá probar que la reglamentación delegada es consistente con las bases fijadas por el Congreso (conforme arts. 76 y 100 inc. 12 de la Constitución nacional).

“Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas” (cons. 12 del voto de la mayoría).

El argumento del Estado nacional para demostrar que se mantuvo dentro de las bases de la delegación resultó insuficiente, a criterio de la Corte Suprema, pues se limitó a decir que el decr. 1204/01 permitía una reducción del gasto público y que, en consecuencia, se verificaba el fin del art. 1 ap. I inc. f) de la ley 25.414 de aumentar la eficiencia de la Administración. El Presidente quedaba habilitado, según el decreto, para derogar cualquier ley vigente. El alcance dado a la norma precitada por el Poder Ejecutivo implicaba tal indeterminación que dejaba a la delegación prácticamente sin bases para discernir qué tipo de ley podía ser derogada por el Poder Ejecutivo, quien hizo una interpretación mecánica del texto legal, sin aclarar de qué manera el decr. 1204/01 formaba parte de la política legislativa de la ley 25.414. “Sin embargo, tal interpretación no es la que mejor cuadra con el texto completo del art. I.f de la ley 25.414. Un examen más atento muestra que la mencionada ley autorizó al Presidente para derogar leyes específicas, en materias determinadas de su ámbito de administración, que afectasen o regulasen el funcionamiento operativo de organismos o entes descentralizados, palabras que admiten una lectura mucho más plausible si se las entiende como refiriéndose a leyes cuya derogación, por su especificidad, no altera o modifica de manera grave otros fines o políticas legislativas que la dirigidas explícitamente y puntualmente al funcionamiento de la Administración Pública” (cons. 13 del voto de la mayoría).

En definitiva, la inconstitucionalidad, declarada por la CSJN, de los arts. 3 y 5 del decr. 1204/01 se funda en:

Ninguno de ellos deroga una norma específica, por el contrario, establece un sistema alternativo e incompatible con el de la ley 23.187, en vigor. De todas formas, la mencionada ley 23.187 no afecta ni reglamenta

específicamente a la Administración Pública ni a sus entes descentralizados, por lo que estaría fuera de las bases de la delegación.

Ambos artículos del decreto consagran exenciones a deberes para con el Colegio Público de Abogados y sólo de manera indirecta afectan a la Administración Pública.

“Si la obligación legal del aporte que tienen los abogados no involucra a la Administración sino en virtud de sus propias decisiones sobre la forma y cantidad con que remunera a sus abogados, menos aún tiene parte en lo que respecta al deber de inscribirse en la matrícula establecido por el art. 2.b. de la ley 23.187, a punto tal, que ningún efecto sobre la eficiencia de algún organismo público se ha conseguido siquiera identificar por parte de la demandada. Por otro lado, el pago de la cuota correspondiente a cada abogado matriculado tampoco se traduce en una mayor eficiencia estatal, pues se trata también de una obligación propia del abogado y no de la Administración” –cons. 15 del voto de la mayoría–.

Coincide la Corte Suprema con el *a quo* al afirmar que el decr. 1204/01 excede las bases de la delegación contenida en el art. 1 ap. I inc. f) de la ley 25.414 y, por consiguiente, es violatorio de la prohibición consagrada en el art. 99 inc. 3, segundo párrafo, de la Constitución nacional, unificando una vez más los decretos delegados con los decretos de necesidad y urgencia.

7. *Disidencia. Voto de la doctora HIGHTON DE NOLASCO*

Este voto clasifica de otra manera el decreto impugnado. Comenta que el Estado invoca los incs. 1 y 3 del art. 99 y el art. 76 de la Constitución nacional. Llega a la conclusión que las normas que unen a los abogados del Estado con la Administración son de Derecho Público, específicamente, constituyen una relación de empleo público. Por lo tanto, las disposiciones cuestionadas son normas de la zona de reserva del Poder Ejecutivo, porque obedecen a una “materia inherente y consustancial a las funciones que tiene adjudicadas el Poder Ejecutivo como jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la Administración general del país”. En consecuencia, el decr. 1204/01 es un decreto autónomo y no delegado ni de necesidad y urgencia, como afirma el PE (cons. 8 del voto en disidencia).

Atento esta característica y dado que el art. 99 inc. 1 no exige requisitos especiales, concluye que las normas impugnadas fueron dictadas conforme la Constitución nacional. Asimila este análisis al aspecto del control procedimental o formal. El sustancial, también resulta airoso –para la disidencia– porque se trataría de facultades discrecionales que no incurren en vicio de grave o grosera irrazonabilidad, único supuesto de judiciabilidad.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

a) Caso “Consumidores Argentinos c/ Estado nacional –PEN- Decreto 558/02 –SS- ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”¹⁰

La Asociación para la Defensa Educación e Información del Consumidor “Consumidores Argentinos” inició un amparo contra el PEN y pidió la inconstitucionalidad del DNU 558/02 en virtud de que modificaba en forma sustancial la ley 20.091 de entidades de seguros. El art. 1 del decreto en cuestión agregó al art. 29 de la ley precitada la posibilidad de que las aseguradoras, ante una situación de iliquidez transitoria, realicen y constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro. El art. 2 del decr. 558/02 reemplazó el art. 31 de la ley 20.091 por una disposición que admitía las cesiones de cartera sin la exigencia de la publicidad, la exclusión de los activos de la aseguradora, la imposibilidad de hincar actos de ejecución forzada sobre los activos excluidos y de trabarse medidas cautelares sobre dichos activos. Desde la óptica de la asociación estas modificaciones al régimen establecido por ley generaban consecuencias violatorias de diferentes derechos constitucionales de los asegurados, entre ellos los derechos de propiedad, de protección de los derechos como consumidores, de igualdad, de debido proceso y al principio de división de poderes (arts. 17, 42, 18, 109 de la CN).

Planteó, además, que no se hallaban configurados los recaudos constitucionales habilitadores del ejercicio de la competencia de dictar los DNU, por parte del PE, sino que sólo había mediado la intención del último de hacer un “salvataje” al sector de los empresarios de seguro. Contra la decisión de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que concedió razón a la actora, el PE presentó un recurso extraordinario federal. Centramos nuestras observaciones en el decreto atacado pues resulta el tema en análisis, dejando constancia que el más Alto Tribunal consideró de “suma trascendencia” fijar los requisitos que deben cumplir los DNU para gozar de legitimidad.

1. *Dictamen de la Procuradora*

La Procuradora General de la Nación declara formalmente admisible el recurso extraordinario y confirma la sentencia de la Sala II. No admite la constitucionalidad de la medida impugnada porque no reúne los requisitos

¹⁰ Fallo CSJN del 19/5/2010.

exigidos por la CN. Conforme su opinión, está prohibido al PE incursionar en materias reservadas al legislador, que únicamente puede ejercer cuando concurren las circunstancias que prevé el texto constitucional (fallo “Verrocchi”¹¹, entre otros) y las disposiciones que se dicten de ese modo deben tener por finalidad proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos (fallo “Risolia de Ocampo”¹²). No queda demostrado en autos que el decr. 558/02 haya afectado el interés general de la sociedad. A su vez, en materia de control judicial de los DNU la Procuradora sostiene que el máximo tribunal ha dicho que “la Constitución nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (fallo “Verrocchi”, cons. 9, párrafo 2). “No se aprecia impedimento alguno para conjurar esta situación a través de los resortes y recursos usuales de que dispone el Estado frente a crisis económicas de exclusivo carácter sectorial, sin llegar a un remedio sólo autorizado para situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social” (fallo “Risolia de Ocampo”, cons. 9).

2. Voto de la mayoría de la Corte Suprema

La CSJN se remite al debate parlamentario de la ley 24.309 en el que se requirió la optimización de la gestión política mediante la incorporación de reglas de estructura y de funcionamiento que propendieran a la transparencia, celeridad y eficacia del sistema político, refiriendo a los objetivos de la reforma constitucional de 1994, ya mencionados en el fallo “Colegio Público de Abogados”. En consecuencia de lo expuesto por los jueces, la metodología de la reforma aludida fue la incorporación de los nuevos institutos (decretos delegados y DNU), entre otros, a fin de institucionalizar los mecanismos de control de los mismos, para lograr la descentralización del poder concentrado y ejercido, sin límites jurídicos expresos, por parte del PE.

Resulta insoslayable tener en cuenta que el Tribunal comienza el considerando 6 de su voto mayoritario diciendo “que la interpretación de la Constitución nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional”. Asimilando estos a los principios fundamentales para convivir en sociedad y a su aplicación en forma perdurable, tanto cuando se está en una posición de poderío o de debilidad. Suma a lo anterior el principio de división de poderes y el de control recíproco de los mismos, no alterado por la reforma constitucional, que no permite que

¹¹ Fallos 322:1726 (del 19/9/1999).

¹² Fallos 323:1934 (del 2/8/2000).

el PE pueda reemplazar libremente al PL en su función de legislar ni pueda evitarse el control judicial de constitucionalidad sobre los actos del PE.

Luego de pasar revista por el texto de los arts. 99 inc. 3 y 100 inc. 13¹³ de la CN, la CSJN concluye, sin lugar a dudas, que las facultades legislativas ejercidas por el PE, de conformidad con la normativa aludida, sólo se admiten en forma excepcional, es decir, “bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país” (cons. 10, voto mayoría). Esta aseveración surge del fallo “Verrocchi”, que el propio tribunal cita como precedente, al igual que la Procuradora. Para que su ejercicio se considere válido debe existir un estado de necesidad y urgencia y no debe tratarse de materia penal, tributaria, electoral o de partidos políticos.

En forma conteste a lo expresado en el precedente “Verrocchi”, y aún antes, en el fallo “Videoclub Dreams”¹⁴, el presupuesto fáctico del estado de necesidad y urgencia debía ser evaluado por los jueces, en el caso concreto. El razonamiento aplicado es el siguiente: si es competencia del Tribunal controlar la existencia de una genuina situación de emergencia que obligue al Estado a amparar los intereses vitales de la comunidad, para avalar el dictado de una ley de emergencia (cc. Fallos 136:161, “Ercolano”; 172:21, “Avico”; 243:449, “Nadur”; 313:1638, “Videla Cuello”; 330:855, “Rinaldi”, entre otros) con más atención o profundidad debe realizar dicha evaluación cuando el PE, en forma unilateral ejerce facultades legislativas que no le pertenecen. Los requisitos que ha exigido la CSJN –como ella misma afirma– desde Ercolano, aunque definidos con más detalle en el caso “Avico c/ de la Pesa”¹⁵, hasta la actualidad, para evaluar como legítima una ley de emergencia son los siguientes: que la emergencia sea declarada por el Congreso; que haya un interés público en juego, que afecte a un sector considerable de la sociedad, no a un grupo minoritario; que la medida sea transitoria y que sea razonable.

El precedente “Verrocchi”, que prácticamente reglamenta la situación de necesidad y urgencia, exige la necesaria concurrencia de alguna de las dos

¹³ Art. 100 inc. 13 CN: El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. El jefe de gabinete de ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio,

¹⁴ Fallo CSJN del 6/6/1995.

¹⁵ Fallo CSJN del 7/12/1934.

circunstancias que siguen: *a*) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario regulado por la CN, o sea, que resulte imposible que las Cámaras del Congreso se reúnan por razones de fuerza mayor que se lo impidan, como por ejemplo, si ocurrieran acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal o *b*) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba resolverse inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de la sanción de las leyes (cons. 13 del voto de la mayoría).

Por otro lado, el PE mencionaba en el cons. 5 del decr. 558/02 que la situación de emergencia económica en la que también se desenvolvía el mercado asegurador configuraba una circunstancia excepcional que hacía imposible seguir el trámite ordinario de sanción de la ley previsto en la CN.

Por último, las modificaciones introducidas a la ley 20.091 por el DNU 558/02 eran de carácter permanente y no transitorio.

En conclusión, el voto mayoritario declara la invalidez del decreto en cuestión por no existir las circunstancias fácticas que describe el art. 99 inc. 3 de la CN. Firman el voto los ministros: RICARDO L. LORENZETTI, CARLOS FAYT Y RAÚL ZAFFARONI. POR SU PARTE, ELENA HIGHTON DE NOLASCO, ENRIQUE PETRACCHI, JUAN CARLOS MAQUEDA Y CARMEN ARGIBAY concurren al anterior, según su voto.

3. *Votos concurrentes*

Voto de la Dra. ELENA HIGHTON DE NOLASCO: expresa que el decreto en cuestión fue dictado antes de la creación de la Comisión Bicameral Permanente. “Esta circunstancia, habilita a este Tribunal –ante la inexistencia del debido control legislativo exigido por la Ley Fundamental–, a evaluar el presupuesto fáctico –la configuración de un estado de necesidad y urgencia– que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos” (cons. 14 voto HIGHTON DE NOLASCO).

Luego de coincidir con los primeros trece considerandos de la sentencia de la mayoría, agrega que el PE no aporta pruebas que permitan llegar a la convicción de que la situación de emergencia hubiera afectado al sector asegurador en forma tal que exigiera, a efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento que no pudiera ser encausado por el PL, cuyo poder de policía se ejerce en forma permanente. La prueba de la afectación que exige este voto se refiere a la de su repercusión tanto en el universo de los asegurados como en el resto de la sociedad.

Voto del Dr. JUAN CARLOS MAQUEDA: luego de coincidir con los trece primeros considerandos del voto de la mayoría, al igual que el voto anterior, subraya que el DNU 558/02 fue dictado con antelación a la sanción de la ley 26.122 y que no hay en la causa constancia de que ese decreto haya sido ratificado por el PL, asignándole a este hecho consecuencias diversas que el voto anterior. La ausencia de la intervención legislativa en relación con el decreto cuestionado, ratificándolo o rechazándolo, resulta suficiente para declarar su invalidez constitucional¹⁶. Sin perjuicio de lo señalado, para este ministro, el DNU tampoco supera el test de constitucionalidad en relación a la concurrencia de razones de necesidad y urgencia. Dicho estado de necesidad y urgencia debe ser controlado por el PJ, con base en la más reconocida doctrina extranjera (KELSEN) y nacional (BIDART CAMPOS, EKMEKDJIAN y SPOTA). Reitera los conceptos vertidos por HIGHTON DE NOLASCO en relación a la falta de prueba de que las consecuencias del DNU comprometieran el interés general, y repercutieran más allá de la situación particular de cada empresa aseguradora, sobre el universo de los asegurados y el resto de la sociedad.

La invalidez constitucional del DNU resulta de la ausencia de dos requisitos inexcusables de legitimidad de la medida: ratificación del PL y situación excepcional de necesidad y urgencia prescripta por la CN.

Recordemos que el ministro MAQUEDA en su voto en disidencia en el caso “Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, sostuvo que “la omisión del Congreso de la Nación de dictar la ley de creación de la Comisión y del procedimiento aplicable al control de los decretos de necesidad y urgencia, entre la fecha de entrada en vigencia de la norma constitucional hasta la promulgación de la ley 26.122, no puede interpretarse como bloqueo de la atribución o, en su caso, como ejercicio irrestricto con el solo argumento de no haberse dictado la norma reglamentaria. La realidad de la praxis constitucional muestra que el Poder Ejecutivo no se siente condicionado por la Norma Suprema, ni por principios tales como la división de poderes, la forma republicana de gobierno, la distribución de competencias y los controles interórganos, entre otros. Por tales razones, y a partir de una

¹⁶ Conforme el voto en disidencia de MAQUEDA *in re* “Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” del 26/8/2008: “la inexistencia de la Comisión Bicameral al tiempo de dictarse los decretos en cuestión no sólo no impedía sino que acentuaba la obligación del Congreso de controlar tales actos, en ejercicio de sus facultades ordinarias, propias y excluyentes. Y para tal cometido, y por aplicación del art. 99 inc. 3 en concordancia con el art. 82 de la norma fundamental, aquel control sólo se satisface mediante la manifestación expresa del órgano legislativo en el sentido de ratificar o derogar el decreto de necesidad y urgencia” (considerando 10).

interpretación armónica de normas y principios, por aplicación del art. 82¹⁷ de la Constitución nacional, la legalidad y validez de un decreto de necesidad y urgencia exige la manifestación ratificatoria o derogatoria expresa del Congreso de la Nación. Sólo la intervención de aquel, en su condición de único órgano titular de la función legislativa, puede otorgar legalidad al ejercicio de una atribución concedida al Poder Ejecutivo que lleva ínsito en su naturaleza la excepcionalidad” (cons. 11).

Voto de la Dra. CARMEN ARGIBAY: La ministra de la CSJN desarrolla su postura frente a los DNU, ya descripta en el caso “Massa”¹⁸. La CN establece una prohibición expresa de este tipo de acto legislativo del PE, razón por la cual cualquier DNU debe reputarse prima facie inconstitucional. La presunción de inconstitucionalidad mencionada sólo puede ser rebatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones descriptas en los párrafos 3 y 4 del art. 99 inc. 3 de la CN.

En cuanto al argumento sobre que la demora en la sanción de la ley reglamentaria del art. 99 inc. 3 CN¹⁹ permitiría el dictado de los DNU sin seguir las prescripciones constitucionales, a fin de que el PL no pudiera bloquear indefinidamente una competencia asignada constitucionalmente al PE²⁰, la jueza se expide en contra. Y en ese sentido afirma que frente a la ausencia de ley reglamentaria se abren dos vías interpretativas de los DNU: *a)* que se considere que gozan de una presunción de constitucionalidad o *b)* que se interprete que son presuntivamente inconstitucionales. Como consecuencia de la primera postura, el PL mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y acordar al PE una amplitud de atribuciones que la CN determinó negarle. Como consecuencia de la segunda, la misma demora del PL cancela o restringe las atribuciones excepcionales asignadas al PE. Por lo tanto, si no se logra probar que se han cumplido los requisitos constitucionales del 3 y 4 párrafo del art. 99 inc. 3 de la CN, los DNU son nulos de nulidad absoluta e insanable. Conforme la ministra ARGIBAY, este es el estándar que más se ajusta a los propósitos de la Convención Constituyente de 1994 en punto a reducir el hiperpresidencialismo. Además, la jueza agrega que no era raro que se produjera una demora legislativa en dicha reglamentación si se tiene en cuenta

¹⁷ Art. 82 CN: La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

¹⁸ Fallo CSJN del 27/12/2006.

¹⁹ Y la falta de plazo expreso en la CN para la sanción de dicha ley reglamentaria.

²⁰ Esta es la anterior doctrina judicial de la CSJN desarrollada en el caso “Rodríguez” (Fallos 320:2851) y superada por el caso “Verrocchi”.

que el propio constituyente no fijó plazo alguno para dictar la última –sí para otras– y que la sometió a una mayoría calificada, obviamente más difícil de alcanzar que la necesaria para la sanción de una ley ordinaria.

Voto del Dr. ENRIQUE PETRACCHI: mantiene el criterio que defiende desde el caso “Verrocchi”. El decr. 558/02 es definido por el PE como DNU, por lo tanto, hasta que no fuera dictada la ley reglamentaria de estos, no podía cumplirse con la subetapa legislativa, prevista por la CN, lo que impedía recurrir a estas medidas de excepción. Al haberse dictado la ley 26.122 recién en el año 2006, el DNU 558 del 2002 resulta nulo de nulidad absoluta e insanable.

IV. NUESTRA OPINIÓN

a) El fallo “Colegio Público”

El rasgo a destacar en este fallo es la restricción de la interpretación de la legislación delegada o decretos delegados que impone la Corte Suprema. Lo cierto es que aquí, el tribunal fija que los decretos delegados son medidas legislativas pero que deben dictarse en forma excepcional, remitiéndose para ello a la intención y finalidad de la reforma constitucional de 1994. Desde este punto de partida y poniendo el acento en una de las partes de la delegación (los decretos delegados) determina, entonces, las pautas que estos deben respetar para lograr su validez constitucional. Dado que el antecedente que tomaron los convencionales de 1994 fue la jurisprudencia norteamericana, asimila la doctrina del “standard inteligible” a las “bases de la delegación en materias determinadas de administración o de emergencia dentro del plazo establecido”, aunque no aclara el alcance de las bases de la delegación. Quizás hubiera sido esta una buena oportunidad para delimitar las bases de la delegación con más precisión.

El instituto de la delegación de facultades legislativas en el PE nació en el viejo caso “Delfino”²¹, en forma no muy clara desde el punto de vista jurídico, cuando la CSJN funda la delegación de dichas facultades en el art. 86 inc. 2 CN (actual 99 inc. 2) –que, en verdad, trata de facultades propias del PE (decretos reglamentarios o ejecutivos)–, además de basarlas en el art. 67 inc. 28 CN (actual art. 75 inc. 32) –poderes implícitos del PL–. El *holding* que el máximo tribunal determinó en aquella oportunidad fue que el PE sólo estaba constitucionalmente legitimado para reglamentar los detalles y pormenores necesarios a efectos de aplicar la ley del Congreso. Algo más de tres décadas

²¹ Fallo CSJN del 20/6/1927.

más tarde, en el caso “Prattico”²², la CSJN extiende el *holding* anterior, así el PE “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que el legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que quedan libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida” (cons. 8 de la sentencia)²³ por la ley de delegación. Se desdibuja el control judicial de constitucionalidad, acompañando –en cierta medida– el consabido acrecentamiento de las facultades legislativas del órgano ejecutivo, que fue gradual y progresivo. En grado mayúsculo el control termina de desdibujarse en el caso “Cocchia”²⁴, por el que el PE queda habilitado para ejercer sus facultades reglamentarias siempre que no violenten “el bloque de legalidad que conforma [...], un sistema, un programa de gobierno” (considerando 14, párrafo 4 *in fine*, voto mayoritario). Ya no se trata de sujetarse a meros detalles o pormenores a fin de aplicar la ley (“Delfino”), ni a la política legislativa que surge de la última (“Prattico”), ahora el marco ni siquiera está constituido por una ley sino por un bloque de legalidad, que en el precedente “Cocchia” incluía la ley 23.981, ratificatoria de un tratado internacional (el Tratado de Asunción que daba lugar a la creación del Mercado Común del Sur –Mercosur–) y la ley 24.093, posterior al decreto analizado, entre otras. Sin perjuicio de que, posteriormente, en diferentes fallos referidos a DNU, la CSJN modifica su doctrina y profundiza el control de constitucionalidad de los decretos legislativos emitidos por el PE²⁵.

El caso “Colegio Público de Abogados” representa un giro copernicano de la jurisprudencia de la CSJN sobre decretos delegados, en relación al caso “Cocchia”. Ello porque el Tribunal pretende modificar “...la falta de

²² Fallo CSJN del 20/5/1960.

²³ Rescatamos esta sentencia como axiológicamente positiva.

²⁴ Fallo CSJN del 2/12/1993.

²⁵ Así, en relación al corralito financiero, en el notorio caso “Smith” (Fallo CSJN del 1/2/2002), el tribunal supremo declara la inconstitucionalidad del DNU 1.570/01 y normas conexas, quebrando la doctrina avalatoria de la emergencia económica aplicada hasta ese momento y en el caso “San Luis” (Fallo CSJN del 5/3/2003) determina límites para el dictado de diferentes tipos de decretos, delegados y DNU, frente a la alegación de una misma emergencia económica. Sin perjuicio de reconocer que, finalmente, mediante el caso “Massa” ya citado, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido (ya había cesado la indisponibilidad del capital) y la trascendencia institucional de las cuestiones planteadas resuelve que no existe lesión constitucional, en ese momento, de los derechos de la actora, debido a que había sido preservada la sustancia del valor adquisitivo de su derecho creditorio. “De tal manera, en las indicadas circunstancias, resulta inoficioso un pronunciamiento respecto de la validez o invalidez constitucional de la alteración de la moneda en que fue concertado el contrato de depósito entre la accionante y la entidad bancaria” (considerando 20 voto de la mayoría fallo “Massa”).

motivación de carácter estratégico”, práctica mediante la cual el Ejecutivo, al no mencionar las razones del acto ni las facultades en las que se basa, deja abiertas posibilidades de defensa más amplias”²⁶.

El problema de la delegación de facultades legislativas surge –a nuestro modo de ver– cuando la ley delegante no es precisa en la política legislativa (*standard* inteligible), y aquí si bien la Corte abrió las dos alternativas antes reseñadas: la inconstitucionalidad de la ley delegante o el control más profundo del decreto delegado, hizo hincapié en el decreto delegado y no en la ley delegante. Esto implica una diferencia con el dictamen de la Procuradora, que recomienda la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.414 en su art. 1 inc. II *a*). ¿Puede el Supremo Tribunal soslayar el vicio de inconstitucionalidad de la ley de marras? ¿No aplica un control demasiado débil a favor de la ley delegante? ²⁷

Coincidimos con la Procuradora en cuanto a su tacha de inconstitucionalidad del precitado artículo de la ley delegante. A la vez, pensamos que hubiera resultado necesario y hasta pedagógico que la CSJN especificara expresamente el alcance mínimo de “las bases de delegación”, para precisar los términos de cierta vaguedad que la CN contiene en el art. 76. De este modo, se hubiera consolidado la doctrina no sólo de la división de poderes sino, fundamentalmente, la del mejor funcionamiento de los mismos y de sus controles recíprocos, intención que –de ninguna manera– escapó a los constituyentes de 1994. El PJ debe aplicar el control de constitucionalidad tanto a leyes de delegación como a decretos delegados²⁸.

Volviendo ahora al control del decreto delegado, la CSJN no sólo repara en la necesidad de la fundamentación sólida del mismo, es decir, el Poder Ejecutivo debe demostrar que la medida guarda una relación directa y necesaria con la ley delegante sino que, además, otro hallazgo positivo del fallo es la extensión expresa de la aplicación de los límites materiales (en cuanto a los temas vedados) de los DNU a los decretos delegados, elemento común, para la CSJN, de ambos tipos de decretos. No se nos escapa que el Estado menciona en los considerandos –como antes señalamos– el inc. 3 del art. 99 de la Constitución nacional, para fundar la medida, pero no hay duda que el voto de la mayoría lo considera como “decreto delegado”, a pesar de los límites jurídicos comunes que considera aplicables a ambas clases de medidas. Por último, la CSJN no ahonda en el análisis de la situación fáctica de la emergencia,

²⁶ VALENTÍN THURY CORNEJO, “Integrando la Constitución. La Corte Suprema fija su postura sobre la delegación legislativa en CPACF c/ EN –PEN- ley 25.414. Dec. 1.204/01 s/ amparo” *El Derecho*. Diario del 22 de diciembre de 2008, p. 4.

²⁷ *Ibidem*, p. 5.

²⁸ Arts. 31, 30, 116 y 117 CN.

requisito de hecho común a ambos institutos (DNU y delegados), conforme la doctrina sentada en “Video Club Dreams” y “Verrocchi”.

b) El fallo “Consumidores Argentinos”

La CSJN ha sido consecuente en la idea que ni aún en la emergencia la CN admite la sustitución del principio de legalidad en materia tributaria, conforme fallos “Video Club Dreams”²⁹, “Sigra SRL”³⁰, “Berkley International ART SA c/ Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos”³¹ y “Selcro”³². Así, por ejemplo, lo expresó en el primer fallo citado en el párrafo anterior, en el que luego de hacer expresa aplicación del principio de legalidad tributaria (cc. arts. 4, 17, 44, 67 –texto CN 1853-1869– y luego de la reforma de 1994, art. 99 inc. 3 –texto CN actualmente vigente–) se remite a los casos “Peralta”³³ y “Eves”³⁴, entre otros. Pero el tema realmente relevante del caso “Consumidores Argentinos” apunta a la declaración de inconstitucionalidad de un DNU, no sólo frente a las violaciones de carácter sustantivo –por ejemplo– a las materias vedadas, como la tributaria antes referida, sino también a la invalidez de los DNU cuando no cumplen con el procedimiento formal establecido en la propia CN.

De todas formas, en primer término, en cuanto al aspecto material, cabe hacer algunas aclaraciones. En el fallo “Verrocchi”, que el Tribunal cita como precedente, la CSJN concluye que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas debe concurrir alguna de las dos circunstancias ya citadas: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la CN, o sea, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan (acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal); o 2) que la situación sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

En base a lo anterior hacemos dos aclaraciones: *a)* las circunstancias enumeradas en los puntos 1) y 2) están unidas por la conjunción disyuntiva “o”, razón por la cual para la procedencia del DNU haría falta una sola de las dos circunstancias descriptas. No estamos de acuerdo con ello. Si bien

²⁹ Fallo CSJN del 6/6/1995.

³⁰ Fallo CSJN del 25/9/1997.

³¹ Fallo CSJN del 21/11/2000.

³² Fallo CSJN del 21/10/2003.

³³ Fallo CSJN del 27/12/1990.

³⁴ Fallo CSJN del 14/10/1993.

la CSJN avanza en “Verrocchi” sobre la especificación de la letra del art. 99 inc. 3 de la CN pensamos que deben requerirse las dos circunstancias narradas por el supremo tribunal para habilitar al PE a dictar un DNU y no sólo una de ellas; b) además, rescatamos y subrayamos el control, por parte del PJ, de la situación de hecho que genera la norma del PE más arriba apuntado.

En relación, pues, con la verificación de la situación fáctica habilitante, la CSJN en Consumidores Argentinos debería haber aclarado la amplitud del precedente invocado y exigir, a efectos de la procedencia de los DNU, las dos condiciones descriptas más arriba³⁵. Sobre todo, cuando *in re* “Leguizamón Romero”³⁶ ya había exigido la concurrencia de ambas circunstancias³⁷, en los siguientes términos: “Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenazan la existencia, la seguridad o el orden público económico, que deben 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 este dar respuesta a las circunstancias de excepción. En consecuencia, el ejercicio de la prerrogativa en examen está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además, una intervención posterior del Poder Legislativo” (cons. 5 voto de la mayoría). Como advertimos lo hizo citando los mismos precedentes que en “Consumidores Libres”, los casos “Verrocchi” y “Risolfá de Ocampo”. En el caso “Leguizamón”, la CSJN exigió, también, un estado de emergencia que implicara un descalabro económico generalizado y la necesidad de asegurar la continuidad y supervivencia de la unión nacional, siguiendo la doctrina de “Video Club Dreams”.

<Con relación al aspecto procedimental y la necesidad de la posterior aprobación del DNU por el Congreso, el fallo comentado no introduce mayores novedades. Es decir, al igual que el precedente aplicado, admite –en su voto mayoritario– que el PE emita DNU sin ley reglamentaria, aunque reforzando el control judicial del mismo. Sin embargo, sobre el particular, los votos concurrentes marcan distintas posturas, como hemos visto, en los párrafos de los mismos arriba apuntados. Podría interpretarse que la jueza

³⁵ MARIO MIDÓN, “El control selectivo de constitucionalidad y los Decretos de Necesidad y urgencia” en *Debates de Actualidad*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Año XXVII- N° 205 (enero-diciembre 2012). MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN, “El *Law Making Process* es el mayor déficit de la Rforma de 1994” en *Debates de Actualidad*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Año XXVII- N° 205 (enero-diciembre 2012).

³⁶ Fallo CSJN del 7/12/2004. (“Leguizamón Romero, Abel y otra c/ ISSJ y P s/ordinario”).

³⁷ FABIÁN O. CANDA, “El fallo Consumidores Argentinos y el control de los DNUs. La Corte Suprema y la normativa de excepción: una lectura en perspectiva con el caso Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. JA 2010- III Suplemento del fascículo N° 5.

HIGHTON DE NOLASCO aborda el control judicial de constitucionalidad de la situación fáctica del decreto frente a la falta de intervención del PL. No queda muy clara la aplicación y extensión de dicho control si el decreto hubiera sido controlado por el Congreso. En cambio, el juez MAQUEDA aplica un control de constitucionalidad más profundo al aspecto formal del DNU, expresando que la falta de intervención del PL determina la invalidez del decreto; la jueza ARGIBAY consagra la presunción de invalidez del decreto pudiendo ser revertida por quien pretenda hacerlo valer y el juez PETRACCHI mantiene su reiterada postura sobre la nulidad absoluta e insanable de todo DNU carente del control político de la comisión bilateral y del PL.

V. PALABRAS FINALES COMUNES A LOS DOS FALLOS TRATADOS

Ambos fallos comulgan en remarcar la excepcionalidad de las facultades reglamentarias del PE, haciendo correcta aplicación de la letra de la CN que establece como regla la prohibición de las facultades legislativas en cabeza del PE y únicamente como excepción su ejercicio (CC. arts. 76 y 99 inc. 3 CN). En igual sentido, consideramos positiva la aplicación de la finalidad de la ley de reforma constitucional, como herramienta hermeneútica. Sin embargo, observamos que hubiera sido de gran utilidad, a tales efectos, la determinación, por parte del más Alto Tribunal, del contenido de las “bases” de la delegación, en relación a los decretos delegados, y la exigencia en forma conjunta de los requisitos de imposibilidad del trámite ordinario de sanción de la ley y de la situación de necesidad y urgencia, para avalar constitucionalmente los DNU. Finalmente, aún teniendo en cuenta que en los dos casos analizados los decretos cuestionados fueron dictados antes de la sanción de la ley 26.122, la CSJN perdió la oportunidad de establecer algunos lineamientos referidos al control de los aspectos procedimentales o formales de los decretos analizados.

Si bien pareciera innegable, no sólo en Argentina, la tendencia al aumento de facultades del PE, pasando revista a nuestra traumática historia nacional estimamos necesario defender el principio de división de poderes, como instrumento válido, filosófico y jurídico-constitucional, establecido para evitar la concentración de poder en el órgano ejecutivo. Vicio en el que los argentinos incurrimos reiteradamente en perjuicio de la República y de nuestras libertades personales.

Pensamos que los señalamientos realizados contribuirán a reducir el margen de discrecionalidad con que el PE aborda las competencias referidas, agudizarían las técnicas del control y asegurarían la efectividad de la CN, en el marco de un Estado constitucional y social de Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BESTARD, Ana María, “Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo. Origen y funcionamiento del Parlamento. Hobbes. Locke. Influencia de Montesquieu. Práctica de la delegación en EE.UU. La delegación en Argentina. Jurisprudencia. Artículo 76 C.N. Legislación”. La Ley, 2008 (www.laleyonline.com.ar).
- “El principio de división de poderes en la Argentina actual”. Ponencia en coautoría con Alfredo L. Durante al VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Constituciones y Principios, México, 8 al 10 de diciembre de 2010 (www.juridicas.unam.mx/wccl/).
- CACACE, Alejandro, “Facultades legislativas del Poder Ejecutivo. Equilibrio político entre el Presidente y el Congreso. El Poder del pueblo como solución a eventuales bloqueos legislativos” en *Debates de Actualidad*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Año XXVII- N° 205 (enero-diciembre 2012).
- CANDA, Fabián O., “El fallo Consumidores Argentinos y el control de los DNU. La Corte Suprema y la normativa de excepción: una lectura en perspectiva con el caso Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, JA 2010- III Suplemento del fascículo N° 5.
- GELLI, María Angélica, “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso Video Club Dreams)”, La Ley (t. 1995-D-243 y ss).
- “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De Rodríguez a “Verrocchi” ¿el regreso de Peralta?”, Suplemento Universitario La Ley.
- HARO, Ricardo, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia Argentina” versión On-line ISSN 0718-0012. *Ius et Praxis* v. 7 n.2 Talca 2001 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122001000200004>.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “El *Law Making Process* es el mayor déficit de la Rforma de 1994” en *Debates de Actualidad*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Año XXVII- N° 205 (enero-diciembre 2012).
- MIDÓN, Mario, “El control selectivo de constitucionalidad y los Decretos de Necesidad y urgencia” en *Debates de Actualidad*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Año XXVII- N° 205 (enero-diciembre 2012).
- PÉREZ GUILHOU, Dardo, director, *Atribuciones del Presidente Argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- PUNTE, Roberto Antonio, “Interpretación restrictiva de las normas y autoridades delegadas”, ElDial.com, Biblioteca Jurídica online. DCFDO.
- THURY CORNEJO, Valentín, “Integrando la Constitución. La Corte Suprema fija su postura sobre la delegación legislativa en CPACF c/ EN –PEN- ley 25.414. Dec. 1204/01 s/amparo”, El Derecho, diario del 22 de diciembre de 2008.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina