

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

LUCIANO DURRIEU* Y SANTIAGO COLOMBANO**

I. INTRODUCCIÓN

Los decretos de necesidad y urgencia (DNU) han sido siempre un punto controvertido en el derecho constitucional argentino por cuanto importan una tensión en el principio de división de poderes al permitir que el Poder Ejecutivo dicte actos de competencia propia del Congreso de la Nación. Al respecto, se ha sostenido:

... la mayor o menor amplitud en el ejercicio de esta facultad va a determinar, con la adición de otros elementos, la existencia o no de una verdadera división o separación de poderes en un país determinado. Una constitución permisiva, un Poder Ejecutivo que abuse de los DNU, un Poder Legislativo que se abstenga de controlarlos (o que ejerza un control débil) o un Poder Judicial que los convalide laxamente, podrían generar que la división de poderes se vea seriamente afectada (o suprimida, si se dan esos tres supuestos juntos). En cambio, una constitución que tenga una normativa estricta para los DNU, un PE que se auto restrinja en su uso y un PL y un PJ que ejerzan un control vehemente, garantizarán la división o separación de los poderes y la salud del sistema republicano¹.

En nuestro país, hasta la reforma constitucional de 1994, los decretos de necesidad y urgencia eran una práctica sin fundamento en una cláusula constitucional específica, aunque resultara una actividad común validada por la Corte

*Abogado (UBA), especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA), especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca), especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia), docente en Derecho Constitucional de grado (UBA y UP) y posgrado (UBA, UP, UCES, UCA, ECAE), secretario letrado del Consejo de la Magistratura de la CABA. Contacto: luciano.durrieu@gmail.com.

**Abogado (UBA), secretario administrativo en el Tribunal Electoral de la CABA, docente en la UBA de la materia Elementos del Derecho Administrativo, maestrando en Derecho Administrativo Económico (UCA). Contacto: santiagocolombano@gmail.com.

1 Manili, Pablo Luis, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021, T. VI, p. 110.

Suprema de Justicia de la Nación. Posteriormente, fueron incluidos como parte del Núcleo de Coincidencias Básicas aprobado por la Ley 24.309, que establecía los puntos que serían analizados por la Convención Constituyente de aquel año.

En el marco de la Convención, al momento de tratar esta temática, hubo diferentes discursos, entre los cuales destaca el brindado por el convencional Alberto García Lema, quien señaló:

Correspondió entonces discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o si debían ser reglamentados en la propia Constitución. Se optó por esta segunda solución porque parece lógico que aun las cuestiones que ofrecen dificultades para su tratamiento constitucional, sean previstas en la ley fundamental, pese a los conflictos que se generen [...]. La ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución es que permite delinear los sujetos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación deba dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores. Es importante señalar que el sentido del artículo 71 *bis* en cuanto establece que el Congreso deba expedirse expresamente sobre esta materia, significa que tanto para la aprobación del decreto o para su rechazo debe mediar una voluntad expresa del mismo. Los procedimientos a los que ajustará el Congreso su conducta en esta cuestión y los efectos a darse al alcance de estos decretos serán previstos precisamente por una ley que deberá dictar el Congreso, pues así lo impone la Asamblea Constituyente como mandato².

Así, el artículo 99 inciso 3 de la Constitución nacional, finalmente sancionado, establece, en lo que aquí interesa:

El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. 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 de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en

2 Convención Nacional Constituyente, 18.ª Reunión – 3.ª Sesión Ordinaria (Continuación), 27 de julio de 1994.

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.

Por su parte, el artículo 100 inciso 13 de la Carta Magna establece que corresponde al jefe de gabinete de ministros «... 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». Esta facultad del Poder Ejecutivo es una herramienta excepcional que le permite ejercer facultades legislativas, siempre que concurren determinadas circunstancias de carácter extraordinario. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

... la letra del texto constitucional (artículos 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 lugar³.

La doctrina ha otorgado diferentes definiciones de estos instrumentos. Se los ha definido como las normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias legislativas (regulaciones), sin autorización previa del Congreso⁴; una norma de alcance general, abstracto y obligatorio, de sustancia legislativa, dictada por el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de una habilitación constitucional, en todo escenario en que circunstancias extraordinarias súbitas y de gravedad inusitada tornan imposible cualquier intervención del Poder Legislativo, y siempre que no implique una restricción de derechos ni un avance sobre materias vedadas⁵. Además, se ha dicho que, si bien se trata de normas vigentes desde el momento en que ellas mismas lo establecen, impulsan al Congreso a expedirse sobre estas, *so pena* de que tal decreto, que tiene como contenido materias correspondientes a la ley, continúe con su vigencia como si fuera tal⁶.

3 Fallos, 331:2406.

4 Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021, p.121.

5 Scarramberg, Juan, *Los decretos de necesidad y urgencia en la Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2023, p.11.

6 Barra, Rodolfo y Licht, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, Buenos Aires, 2016, p.2.

II. LOS ORÍGENES DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En forma preliminar, corresponde señalar que ya en 1897 Joaquín V. González, en su célebre *Manual de la Constitución argentina*, mencionaba:

... puede el Poder Ejecutivo, al dictar reglamentos o resoluciones generales, invadir la esfera legislativa, o en casos excepcionales o urgentes, creer necesario anticiparse a la sanción de una ley; entonces, la ulterior aprobación de sus decretos por el Congreso, da a éstos el carácter y fuerza de leyes⁷.

Dicho lo anterior, corresponde recordar que existen numerosos antecedentes en nuestra historia constitucional en donde el Poder Ejecutivo adoptó decisiones sobre materias propias del Congreso de la Nación, algunas de las cuales fueron ratificadas por este y otras no, y revisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A modo de ejemplo, en “Criminal c/ Andrade, Crisólogo”⁸, donde se imputaba al acusado formar parte de las fuerzas del General Peñaloza y participar de la rebelión de 1868, se resolvió validar una amnistía dictada por el Comisionado Nacional para la pacificación de La Rioja. Para decidir de ese modo, remitió al dictamen del Procurador General de la Nación:

Es verdad que ni el Comisionado Nacional ni el Poder Ejecutivo tenía la facultad constitucional para conceder esta amnistía, que según el inciso 17, art. 67 es atribución exclusiva del Congreso, pero estando obligado el Presidente y su Comisionado a pacificar La Rioja, y siendo la amnistía el medio más eficaz y racional de conseguir este objeto en las circunstancias en que se hallaba aquella Provincia en 1868, hicieron bien en ofrecer la amnistía con calidad de obtener la aprobación superior, como se hizo. Era entonces el Congreso, y no un juez el que podía haber anulado la misma, si la creía perjudicial o indebida. Pero el Congreso, a quien se dio cuenta con todos los documentos de estos sucesos, la aprobó dejándola subsistente. Estaban pues llenadas las formas constitucionales y ningún juez ni tribunal puede hoy quebrantar esa amnistía que trajo paz y concordia a la República⁹.

También es recordado el dictamen del Procurador General de la Nación, Sebastián Soler, en el caso “Cine Callao”¹⁰, cuando señaló lo siguiente:

Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea,

7 González, Joaquín, *Manual de la Constitución Argentina* (1853-60), ed. actualizada por Humberto Quiroga Lavié, n° 545, pp. 515-516, Buenos Aires, La Ley, citado en Diegues, Jorge A., Decretos de necesidad y urgencia, La Ley, Cita Online TR Laley AR/DOC/1591/2012.

8 Fallos, 11:405.

9 Extraído del dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos, 11:405.

10 Fallos, 247:121.

aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad, se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud; se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder. A cualquiera, no importa en qué medida, basta que sea idóneo para que la pretensión reclamada sea inmediata y favorablemente acogida; y así como su concesión no comprometa el patrimonio estatal será más fácil y cómodo para el gobierno acordar lo pedido que negarlo. De esto se hace después una práctica. Así se va formando lo que se da en llamar ‘una nueva conciencia’. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley o a través de sus instituciones, y el derecho se adquiere, se conserva o se pierde sin más causa que la propia voluntad del gobernante o la benevolencia sectaria con que hace funcionar su discrecionalidad¹¹.

Otro caso emblemático fueron los hechos analizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Porcelli”¹² de 1989, donde se impugnaba la constitucionalidad del Decreto 1096/85. Al dictar sentencia, el Tribunal declaró abstracta la cuestión en atención a que había sido ratificado por el Congreso de la Nación mediante el artículo 55 de la Ley 23.410. No obstante, reviste importancia lo dictaminado por el Señor Procurador General de la Nación quien, si bien coincidió en que la causa había devenido abstracta, expresó:

... nos encontramos frente a lo que en doctrina se denomina reglamento de necesidad y urgencia [...]. Desde antiguo, gran parte de la doctrina ha admitido que, ante circunstancias excepcionales, caracterizadas por la presencia de hechos que afecten la existencia, la seguridad, el orden público, incluso aquéllas de orden económico, donde se manifiesta la urgencia del Estado para conjurar sus efectos, el Poder Ejecutivo Nacional puede dictar reglas que de ordinario integran el conjunto de atribuciones del Congreso, siempre que el Parlamento se

11 Extraído del dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos, 247:121.

12 Fallos, 312:555.

encuentre en receso o la índole emergencial del asunto provoque la imposibilidad material de ser resuelto en término a pesar de haber sido convocado¹³.

Hasta aquí hemos mencionado diferentes casos llegados al Máximo Tribunal en los que se debatía la constitucionalidad de actos dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades correspondientes al Congreso de la Nación. Ahora bien, podemos afirmar que el acta de nacimiento de los decretos de necesidad y urgencia surgió a partir de la sentencia dictada por el Tribunal Cimero en el precedente “Peralta”¹⁴. Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó el Decreto 36/90 que limitó la devolución de depósitos bancarios a plazo fijo hasta un límite de 1.000.000 de australes y estipuló que el excedente sería abonado en Bonos Externos 1989. Al respecto, sostuvo que el decreto impugnado:

... pertenece a la categoría de normas que ha recibido por parte de la doctrina la denominación de reglamentos de necesidad y urgencia”¹⁵ y agregó que “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados¹⁶.

En relación con la situación de emergencia que permite el dictado de este tipo de decretos, el Tribunal señaló:

... el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la Sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución. Pero esa sola circunstancia no es bastante para que las normas repugnen al texto constitucional, pues todos los derechos están limitados por las leyes reglamentarias que, sin desnaturalizarlo dictare el

13 Extraído del dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos, 312:555.

14 Fallos, 313:1513.

15 Fallos, 313:1513, considerando 16.

16 Fallos, 313:1513, considerando 24.

*legislador. Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales*¹⁷.

Y concluyó de la siguiente manera:

*... aun sin aprobación expresa del Congreso, tomando en cuenta que ella había sido conocida debidamente por este sin que mediara rechazo de su parte, ni repudio de conductas análogas del Poder Ejecutivo, a las que, por el contrario, había ratificado” y establecido determinadas situaciones de hecho que contaban con caracteres como: “a) una pública y notoria situación de grave riesgo social; b) necesitada de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas por el decreto, de eficacia no concebible por medios distintos de los arbitrados, y c) enfrentada por medios técnicos razonables, pues era a través de medidas como las adoptadas por donde debía pasar, ineludiblemente, a juicio del tribunal, el remedio arbitrado*¹⁸.

Por otro lado, también se ha sostenido que el precedente en cuestión ha implicado:

*... un socavamiento a la continuidad de nuestra práctica constitucional, no solo por el reconocimiento de poderes casi homónimos al Ejecutivo [...], sino por la extrema ligereza con que se trata el art. 17 de la Constitución. En efecto, la mera invocación de la situación de emergencia económica (consids. 39, 40, 47 y 48), o de la facultad del poder público de velar por el bienestar general (consids. 38 y 45), o de que los derechos no son absolutos (consid. 45), no basta para eliminar la impresión de que la protección constitucional de la propiedad ha sido vaciada de contenido*¹⁹.

En definitiva, de los antecedentes reseñados se desprende que antes de la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento de los decretos de necesidad y urgencia no contaba con una regulación específica, pero ya existía una práctica consolidada en casos excepcionales, acompañado de un debate doctrinal y jurisprudencial sobre sus límites y condiciones. Este contexto sentó las bases para su discusión en la Convención Constituyente de aquel año y su regulación expresa en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

17 Fallos 313:1513, considerando 43.

18 Comadira, Julio, “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, *La Ley*, Año LXXXII, n.º 71, Buenos Aires, 17 de abril de 2018, p. 1.

19 Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 392.

III. LA INTRODUCCIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La reforma constitucional de 1994 llenó el vacío normativo respecto de los decretos de necesidad y urgencia, y a regularlos expresamente con el objetivo de generar mayor seguridad jurídica y limitar su uso indiscriminado por los gobiernos de turno. Así, el artículo 99 inciso 3 de la Constitución nacional, establece que los decretos de necesidad y urgencia pueden ser emitidos por el Poder Ejecutivo «solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes». A su vez, la norma dispone que deben ser remitidos simultáneamente al Congreso de la Nación para su tratamiento, y este puede rechazarlos o ratificarlos.

Por otra parte, la reforma de 1994 introdujo importantes restricciones para evitar abusos en el uso de los DNU. En tal sentido, se establece que los decretos de necesidad y urgencia no pueden versar sobre materias penales, tributarias, electorales o vinculadas al régimen de los partidos políticos; se limita, así, el alcance de esta herramienta excepcional.

A modo de ejemplo, en relación con las prohibiciones, en el precedente “Zofracor”²⁰ se impugnaba la constitucionalidad del Decreto 285/99 por el cual se establecían exenciones impositivas especiales según la zona franca de la que se tratara. El Tribunal resolvió lo siguiente:

La primera conclusión que surge con toda evidencia es que los beneficios que se han establecido en el Decreto 285/99 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario –aduaneras, impositivas o vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social–, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo [...] y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo Nacional, aun en las condiciones excepcionales que podrían justificar el dictado de decretos de necesidad y urgencia, en atención a la explícita exclusión de tales materias que efectúa la Constitución Nacional”²¹.

Concluyó en que «el Decreto 285/99 resultó insanablemente nulo por oponerse al principio de legalidad que rige en materia tributario y al claro precepto del art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional, y que, por ende, se encuentra privado de todo efecto jurídico»²².

En cuanto a los recaudos que deben seguirse para su sanción, encontramos que los DNU deben ser emitidos por el presidente de la nación en acuerdo general con todos los ministros, incluyendo al Jefe de Gabinete. De tal precepto, se desprende que el dictado del decreto debe estar precedido por una discusión y

20 Fallos, 325:2394.

21 Fallos, 325:2394 considerando 5.

22 Fallos, 325:2394 considerando 6.

análisis dentro del gabinete. A continuación, todos los ministros están obligados a firmar el decreto para su validez.

Luego de emitido el decreto, el Jefe de Gabinete tiene la obligación de presentarlo ante la Comisión Bicameral del Congreso, dentro de los diez días posteriores a su dictado para comenzar con su control legislativo. La Comisión Bicameral, por su parte, debe emitir un dictamen dentro de los diez días de haber recibido el decreto, y remitirlo a ambas Cámaras del Congreso de la Nación para su tratamiento.

En otro orden de ideas, el nuevo artículo 99 inciso 3, indica que «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 partir de este mandato, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.122 de Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes.

Esta norma ha recibido numerosas críticas, entre ellas, cabe destacar la falta de previsión de un plazo para que las Cámaras se expidan sobre su validez una vez elevado el dictamen de la Comisión Bicameral. Al respecto, se ha dicho:

... esta omisión es grave [...] y, en parte, se debe a un defecto del 99. Esta norma establece dos plazos de 10 días. El primero para que el Jefe de Gabinete remita un DNU a la Comisión Bicameral Permanente y el segundo para que esta dictamine. sin embargo, no se fija un plazo para que las Cámaras se expidan. Solo dice que deberán hacerlo ‘de inmediato’. Este mandato, muy impreciso, fue aprovechado por la ley 26.122, para no imponer plazo alguno al respecto, limitándose a repetir que las cámaras deben expedirse de inmediato (art. 21) y, de tal manera, permite dilatar discrecionalmente la decisión, mientras el DNU produce sus efectos²³.

Otro de los puntos controvertidos de la norma es el artículo 24, que dispone «[e]l rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia». Como puede observarse, la norma transcrita requiere dos cuestiones. En primer lugar, un rechazo expreso del Congreso de la Nación. Al respecto, la doctrina ha señalado:

... la ley reglamentaria ha facilitado la permanencia de los DNU, cuando lo correcto hubiera sido que se fijara un plazo para que las Cámaras se expidieran,

23 Bianchi, Alberto, “Casos ‘faciles’ y casos ‘dificiles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU. A propósito del DNU 70/2023”, *La Ley*, año LXXXVIII, n.º 41, Buenos Aires, 13 de marzo de 2024, LALEY AR/DOC/546/2024.

cuyo vencimiento implicara, tácitamente, el rechazo del DNU, tal como dispone, por ejemplo, la Constitución italiana²⁴.

En segundo lugar, se exige el rechazo expreso de ambas Cámaras.

Este precepto

... crea un mecanismo de control laxo y débil, dentro del cual se destaca una norma, el art. 24, que establece que el rechazo 'por ambas Cámaras del Congreso' del decreto de que se trate, implica su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Esta es la mayor trampa de esta ley, porque: para que una ley sea sancionada, se requiere el consentimiento de ambas cámaras del Congreso; en cambio, de acuerdo con esta norma, para que un decreto de carácter legislativo [...] se mantenga vigente, basta con que una sola de las dos Cámaras lo avale. Esta notoria asimetría entre una ley y un decreto lesiona la forma republicana de gobierno y torna inconstitucional ese artículo de la ley²⁵.

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 99 INCISO 3 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Luego de la entrada en vigencia del texto reformado de la Constitución nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo muchas oportunidades para expedirse respecto de diferentes aspectos vinculados a los DNU. En el precedente “Video Club Dreams”²⁶ se planteaba la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia 2736/91 y 949/92 a través de los cuales se extendió la aplicación de los tributos previstos en la Ley 17.741 de Fomento de la actividad cinematográfica nacional a aquellas actividades vinculadas a la venta o locación de toda película, en cualquier lugar y por cualquier medio.

El Máximo Tribunal comenzó señalando:

... surge con claridad que el Poder Ejecutivo, mediante un decreto, ha extendido el hecho imponible creado por una ley a otro hecho imponible que es distinto y nuevo, aun cuando guarda relación con el primero, pues ambos se vinculan con la actividad cinematográfica, bien que de modo diverso²⁷.

Concluyó que los referidos decretos vinculados a cuestiones tributarias resultaban inconstitucionales por violar el principio de legalidad que rige en esa materia. En tal sentido, se indicó:

24 *Ibidem*.

25 Manili, Pablo Luis, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. VI, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 182.

26 Fallos, 318:1154.

27 Fallos, 318:1154, considerando 11.

... no es compatible con nuestro régimen constitucional el decreto 2736/91, con las modificaciones introducidas por el 949/92, en cuanto crea un hecho imponible distinto del previsto por ley 17.741, sin que la circunstancia de su recíproca vinculación o parecido permita obviar los alcances del referido principio de legalidad. Ello acarrea también la consiguiente invalidez del acto impugnado en esta causa, mediante el cual se intimó a la actora a ingresar el tributo²⁸.

Tampoco encontró acreditada una situación de urgencia que ameritara una medida como la intentada. Al respecto, dijo:

... sin perjuicio de lo expuesto cabe advertir que los motivos que impulsaron el dictado de los decretos 2736/91 y 949/92 no se exhiben como respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas como las que aquí se tratan. Es más, no se ha puesto en evidencia que las medidas impugnadas obedezcan a factores que comprometan el desarrollo económico del Estado²⁹.

En el caso “Verrocchi”³⁰ el actor solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia 770/96 y 771/96, en atención a que, a partir de un monto determinado de retribución, se excluía al trabajador de la percepción de asignaciones familiares.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

... el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte el Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989³¹.

En relación con el nuevo artículo 99 inciso 3 de la Constitución nacional, indicó:

... esa norma ha definido el estado de necesidad que justifica la excepción a la regla general y la admisión del dictado de estos decretos, y que ese estado se presenta únicamente ‘cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes’ (art. 99, inc. 3, citado). Por tanto, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la

28 Fallos, 318:1154, considerando 13.

29 Fallos, 318:1154, considerando 15.

30 Fallos, 322:1726.

31 Fallos, 322:1726, considerando 8.

conurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere 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 leyes³².

Corresponde un comentario aparte respecto de una cuestión señalada en el voto del juez Petracchi sobre la inexistencia de una ley que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso de la Nación. En forma preliminar, el ministro manifestó que el procedimiento de sanción de los decretos de necesidad y urgencia contaba con una etapa ejecutiva y una legislativa. Respecto de esta última, se expresó:

... la vía establecida por la Constitución Nacional exige que el Congreso sancione la 'ley especial' que haga operativo el articulado, sin que quepa discutir las bondades del criterio elegido, pues esta Corte sólo debe atender a su significado y a sus consecuencias. Ahora bien: al no haberse sancionado la ley que reclama el art. 99, inc. 3, no puede cumplirse con la denominada 'subetapa' legislativa, lo que determina la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia³³.

Asimismo, agregó:

... aceptar que el Poder Ejecutivo pudiera dictar –aún sin esa ley especial– decretos de necesidad y urgencia, implicaría desnaturalizar lo que la Constitución dice que son. [...] desaparecerían los 'actos concatenados y concurrentes' de dos poderes (Ejecutivo y Congreso), para dar paso a la actuación singular y exclusiva de solo el primero de ellos. La pluralidad concebida en el art. 99, inc. 3, sería substituida por una actuación unilateral, que transformaría al presidente de la Nación en legislador, en flagrante violación de lo dispuesto en el segundo párrafo del citado inciso: 'El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo'³⁴.

32 Fallos, 322:1726, considerando 9.

33 Fallos, 322:1726, considerando 13 del voto del juez Petracchi.

34 Fallos, 322:1726, considerando 14 del voto del juez Petracchi.

En “Risolía de Ocampo”³⁵ se discutió la validez del decreto de necesidad y urgencia 260/97 que en su artículo 1 declaraba en estado de emergencia a la actividad aseguradora del autotransporte público de pasajeros y a la situación de las empresas prestadoras de ese servicio.

Para hacer frente a la crisis del sector, el mencionado decreto dispuso en su artículo 2:

Las obligaciones de dar sumas de dinero resultantes de sentencias firma dictadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto y de las que se dicten durante el plazo de la emergencia que se establece en el artículo 1° del presente, en procesos que tengan por objeto la determinación de los daños y perjuicios producidos por vehículos afectados y en ocasión de la presentación del autotransporte público de pasajeros, se abonarán en sesenta (60) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, en un plazo inicial de gracia de seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que quede firme la liquidación efectuada conforme al presente decreto y devengará la tasa de interés que establezca la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró su inconstitucionalidad en estos términos:

... cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad. De ello se desprende que si, por razones de necesidad, sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad, sino que sólo limita temporalmente la percepción de aquéllos o restringe el uso de ésta, no hay violación del art. 17 de la Constitución, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis. En el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio³⁶.

A su vez, añadió:

35 Fallos, 323:1934.

36 Fallos, 323:1934, considerando 6.

... uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el sub lite es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos. Esta Corte ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la substancia de unos y otras, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole³⁷ (el destacado pertenece al original).

Ahora bien, en este caso concreto, el Tribunal concluyó que la crisis económica que atravesaban las empresas alcanzadas por el decreto impugnado no afectaban los intereses generales de la sociedad o el interés público y señaló:

... no se aprecia impedimento alguno para conjurar esa 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 solo autorizado para situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social³⁸.

En cuanto a la duración de las medidas adoptadas a través de este tipo de decretos para paliar una situación de urgencia excepcional, la Corte sentó su postura en el precedente “Tobar”³⁹. Allí, se impugnaba, en lo que aquí interesa, la constitucionalidad del Decreto 896/01 por el cual se permitía reducir las remuneraciones de los agentes del sector público nacional no solo ante situaciones de emergencia, sino también cuando los recursos no fueran suficientes.

Al resolver, el Tribunal indicó:

... las normas en cuestión carecen de márgenes temporales de vigencia, pues [...] han sido concebidas para ‘regir en todo tiempo’, es decir tanto en épocas de emergencia como en circunstancias normales, con el sólo requisito de que se presente el desequilibrio financiero que habilita la puesta en marcha del mecanismo de reducción salarial. Lo expuesto es particularmente grave si se advierte que los derechos de los habitantes se encontrarían a merced de la discrecionalidad con que el poder público resolviese llevar su política económica, gestando un desajuste que podría fácilmente conjurar con la disposición de los salarios de los trabajadores estatales, con grave afectación del derecho

37 Fallos, 323:1934, considerando 8.

38 Fallos, 323:1934, considerando 9.

39 Fallos, 325:2059.

de propiedad y de las normas constitucionales que protegen la relación laboral⁴⁰.

Asimismo, agregó:

... esa incompatibilidad con la Constitución Nacional no puede salvarse con el control concreto del ejercicio que en cada caso haga el Poder Ejecutivo de las facultades así conferidas, ya que la violación de los derechos y garantías resulta de la perpetua incertidumbre a que se verían sometidos los agentes públicos respecto de su régimen remunerativo, el que podría ser continuamente alterado, de modo que el afectado se vería en la necesidad de acudir frecuentemente a la justicia para confrontar la modificación con la sustancia de la relación de empleo originariamente concertada⁴¹.

Finalmente, corresponde referirnos al caso “Consumidores Argentinos”⁴² donde se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto 558/02 por el cual se modificaba la Ley 20.091 de Entidades de Seguro y su control.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó, en primer lugar, lo siguiente:

... la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial [...]. De manera que es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia⁴³.

Asimismo, agregó:

... las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace 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 [...]. Así, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción, el constituyente exige –además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo– que

40 Fallos, 325:2059, considerando 13.

41 Fallos, 325:2059, considerando 14.

42 Fallos, 333:633.

43 Fallos, 333:633, considerando 8.

la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia⁴⁴.

Y concluyó:

... una vez admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de 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 decreto⁴⁵.

Especial atención merece el voto de la jueza Argibay quién, en una postura más restrictiva, indicó:

... el art. 99, inciso 31, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, establece la siguiente prohibición general: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 Constitución Nacional) está especialmente alcanzado por esta prohibición. Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los párrafos tercero y cuarto del art. 99, inciso 31, de la Constitución Nacional⁴⁶ (el destacado pertenece al original).

La ministra recalcó:

Ante la ausencia de la ley reglamentaria mencionada en el art. 99.3 de la Constitución, dos estándares distintos pueden adoptarse como base para juzgar sobre la validez de las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente conocidas como ‘decretos de necesidad y urgencia’, a saber, o bien uno que parte de la presunción de constitucionalidad o, por el contrario, otro que presume su inconstitucionalidad. El primero se apoya en el supuesto cumplimiento de la norma excepcional

44 Fallos, 333:633, considerando 10.

45 Fallos, 333:633, considerando 13.

46 Fallos, 333:633, considerando 11 del voto de la jueza Argibay.

permisiva (art. 99.3, párrafos tercero y cuarto), mientras que el segundo se apoya en el desconocimiento del principio general prohibitivo (art. 99.3, párrafo segundo). Ambas posiciones tienen sus implicancias: la primera, que el Congreso, mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria, tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y, de ese modo, acordar al Presidente una amplitud de atribuciones que la Constitución quiso negarle; la segunda, que, mediante esa misma demora, el Congreso logre la cancelación o restricción máxima de las atribuciones excepcionales acordadas al Presidente. Como puede apreciarse, no hay opciones libres de implicancias y es en ese contexto que me inclino por tomar como punto de partida el sistema constitucional tal como fue creado: si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable⁴⁷.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, hemos repasado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de DNU, tanto anterior como posterior a la reforma constitucional de 1994, y pudimos observar que su uso se encuentra habilitado para situaciones extraordinarias. Se trata de un mecanismo para abordar crisis de manera rápida y eficaz.

A través de la evolución jurisprudencial y la regulación introducida por la mencionada reforma, se ha proporcionado un marco más sólido para su implementación y un equilibrio entre la necesidad de actuar con rapidez y la obligación de respetar los principios republicanos, como la división de poderes y el control parlamentario. En definitiva, los DNU en el derecho constitucional argentino representan una herramienta valiosa, aunque excepcional, para enfrentar contextos de emergencia que requieren respuestas inmediatas por parte del Poder Ejecutivo, sujeto a condiciones formales y materiales estrictas.

47 Fallos, 333:633, considerando 12 del voto de la jueza Argibay.

LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Treinta años después

Coordinadores

LEANDRO ABEL MARTÍNEZ

LUCIANO DURRIEU



ALFONSO - ALONSO REGUEIRA - ALVADO - ÁLVAREZ ALONSO
BENCE PIERES - CARSEN NICOLA - CHACÓN - COLOMBANO
DOLABJIAN - DURRIEU - ETCHEVERRY - FLORES COLLAZO
FREEDMAN - GARCÍA - GASCUE - LÓPEZ ALFONSÍN - MARTÍNEZ
PENNELLA - REY - RIOS - RODRÍGUEZ - RUBIO - SPOTA - WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2025

MARTÍNEZ, LEANDRO ABEL

La Constitución reformada - Treinta años después / Leandro Abel Martínez;
Luciano Durrieu (Coord) 1a. edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Buenos Aires, 2025.

272 págs.; 23x16 cm.

Edición para Asociación de Docentes UBA, Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales

ISBN 978-987-46364-4-7

1. Derecho Constitucional. I. Durrieu, Luciano II. Título.

CDD 342.02

Edición:

Edición de estilo a cargo de la Lic. Clarisa Analía Vittoni

© 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