

El control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia en el marco de la pandemia

Por María Alejandra Perícola*

I. Preliminar. II. Estado de Derecho, limitación jurídica del poder estatal y decretos de necesidad y urgencia. III. El trámite y los alcances del control del Congreso: objeciones a la ley 26.122. III. 1. Entreacto: jurisprudencia sobre la validez de los decretos de necesidad y urgencia a partir de 1994 (con especial referencia a los casos en los que no se aplicó la ley especial para fiscalizar las facultades legislativas del presidente). III. 2. El funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente y el tratamiento de los decretos en el pleno de las Cámaras. III. 3. Jurisprudencia sobre la expresa convalidación parlamentaria de los DNU. IV. El control de los decretos de necesidad y urgencia en el marco de la pandemia. V. Las propuestas de reforma de la ley 26.122 . VI. Apreciaciones finales.

I. Preliminar

En el marco de la pandemia global ocasionada por el coronavirus COVID-19, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la declaración 1/20¹ con el objetivo de que las medidas y estrategias adoptadas por los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos para afrontar esta situación, se realicen en el marco del Estado de Derecho. En concreto, y con relación al objeto de este documento, la Corte considera que

Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

A la fecha², entre las medidas que ha adoptado el Estado argentino para hacer frente a la pandemia, encontramos 26 decretos de necesidad y urgencia (DNU) dictados por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN): 7 corresponden a la Emergencia Sanitaria, 5 al Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, 3 a la Emergencia Pública (hipotecas, alquileres y prohibición de despidos), 3 a la Prohibición de ingreso al Territorio Nacional, 1 al Régimen de regularización de deudas, 1 al Fondo de Garantías Argentino, 1 a la Deuda Pública, 4 al Programa de asistencia de emergencia al trabajo y la producción, 1 que modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2020.

A ellos se suman decisiones administrativas, resoluciones de la Jefatura de Gabinete, ministeriales, del Banco Central, de la Comisión de Valores, de la Administración Nacional de la Seguridad Social, de la Administración Federal de

* Abogada y Licenciada en Ciencia Política. Máster en Derecho Electoral por la Universidad de Castilla-La Mancha. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional y Teoría del Estado, e Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”.

¹ De fecha 9/04/2020.

² 16 de mayo de 2020.

Ingresos Públicos, de la Inspección General de Justicia, del Tribunal Fiscal de la Nación, entre otras.

Pues bien, las medidas tomadas en estas circunstancias excepcionales, en las cuales el PEN ejerce una facultad legislativa también excepcional, exigen el fortalecimiento de los controles previstos en la Constitución Nacional (CN), a fin de preservar el principio de separación de poderes y el Estado de Derecho.³ Teniendo en cuenta -tal como lo ha señalado el profesor Jorge Vanossi- que existe una regla de oro que constituye un requisito *sine qua non* para el funcionamiento de una democracia constitucional: “a todo acrecentamiento del poder debe corresponder una vigorización de los controles, una potenciación de las garantías y una acentuación de las responsabilidades de los gobernantes; es decir que, a mayor poder, mayor control”.⁴

II. Estado de Derecho, limitación jurídica del poder estatal y DNU

El Derecho es la ordenación normativa social establecida y garantizada por los órganos del Estado. Por ello, ambas entidades se encuentran en correlativa vinculación.⁵

La expresión “Estado de Derecho” fue consagrada por R. von Mohl en 1832, en el marco de las monarquías limitadas de los Estados germánicos y ha llegado a nuestros días con influencia de la doctrina francesa de la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general y de la inglesa del gobierno del Derecho (*rule of law*).⁶ En cualquiera de sus versiones, se está ante una teoría conectada a los valores liberales predemocráticos, unida a la idea de la garantía de los derechos individuales civiles y políticos; por ello, la legitimidad del Estado se hace residir en la legalidad del ejercicio del poder. Y, más tarde, se considerarán en el proceso de incorporación de la democracia al modelo liberal los derechos sociales y económicos, siendo Hermann Heller quien acuñó en 1929 la expresión “Estado Social de Derecho”.

El Estado de Derecho debe incorporar las ideas de justicia y de límite y control del poder por el Derecho como garantía de la libertad política; y, las manifestaciones del poder estatal dividido o separado en las funciones de legislación, ejecución y jurisdicción, deben ser desempeñadas por diferentes órganos. Por ello, para que un Estado sea de Derecho tiene que serlo en los dos sentidos del término Derecho:

a) En su sentido de Derecho objetivo: exigiendo que rija el imperio de la ley y que el ordenamiento jurídico sea límite y dirección del poder político.

b) En su sentido de Derecho subjetivo: requiriendo que ese ordenamiento jurídico incorpore los derechos y libertades de las personas.⁷

³ Cfr. Sabsay, Daniel, “Control de la facultad del PEN de dictar decretos de necesidad y urgencia”, La Ley, 01/02/2010. AR/DOC/271/2010.

⁴ Vanossi, Jorge Reinaldo, “La ética en el Poder Judicial”, en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 390.

⁵ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, [1934] 1992, p. 206.

⁶ Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2010, 6ta. edición, Tomo I, p. 49.

⁷ Torres del Moral, Antonio, ob.cit., p. 52.

Tal como señala el constitucionalista Diego Valadés, “el ejercicio limitado del poder es una nota distintiva de la democracia. Los límites residen en la adjudicación de competencias a los órganos del poder, pero están sujetos a la verificación de su cumplimiento a través de los instrumentos de control”.⁸

No obstante, en el caso de nuestro país, el sistema de gobierno presidencial “es un modelo en el que existe la separación de funciones gubernativas; pero la hegemonía de la autoridad ejecutiva tiende a debilitar y muchas veces pulverizar el principio divisorio del poder”. Así, y a partir de esta tesis argumentativa, el profesor Raúl Gustavo Ferreyra, corrige la denominación del presidencialismo por “monopresidencialismo”.⁹ Un “monopresidente” con prerrogativas tendencialmente dominantes respecto de los poderes legislativo y judicial. Cuestión que -entre otras- se observa en la facultad que se atribuyó el PEN hasta 1994 para emitir disposiciones de carácter legislativo: DNU¹⁰, decretos delegados y decretos de promulgación parcial de leyes.

La reforma constitucional de 1994, con el objetivo de atenuar el sistema presidencialista, fortalecer el Congreso y limitar lo que O’Donnell denominó “democracia delegativa”¹¹, optó por regular esta práctica presidencial.¹² Así, tal como lo ha señalado el profesor Daniel Sabsay, la constitucionalización de estos tres institutos¹³ remarca, por un lado, la regla general según la cual las tres herramientas le están prohibidas al presidente; y, por el otro, que estas facultades se le deben conceder excepcionalmente y rodeadas de un esquema apropiado de controles.¹⁴

Entre las variadas definiciones sobre los DNU que ha elaborado la doctrina constitucional argentina, en este documento se toma como punto de partida la ofrecida por el maestro Germán Bidart Campos:

⁸ Valadés, Diego, *El control del poder*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 183.

⁹ Cfr. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Ciudadanía y Poderes del Estado*, Buenos Aires, Ediar, 2018, p. 145.

¹⁰ A partir del siglo XIX y hasta la década de los ochenta del siglo XX (sin considerar los gobiernos de facto) se dictaron aproximadamente 25. A partir de 1983, durante el gobierno de Alfonsín 10. Durante la primera presidencia de Menem alrededor de 200 y, durante la segunda, se agregaron 177. Vid., Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Tomo II, p. 1188.

¹¹ O’Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, January 1994: 55-69. El autor caracteriza a las democracias delegativas como aquellas que se basan en la premisa de quien sea que gane una elección presidencial tendrá el derecho a gobernar como él (o ella) considere apropiado, restringido sólo por la dura realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente. El presidente es considerado como la encarnación del país, principal custodio e intérprete de sus intereses.

¹² Antes de la reforma constitucional de 1994, la CSJN reconoció la legitimidad de los que denomina “reglamentos de necesidad y urgencia”, con fundamento en la doctrina de emergencia económica, en el caso “Peralta” del 27/12/1990 (*Fallos*: 313:1513). Asimismo, en este fallo la CSJN establece el criterio de que el silencio legislativo frente al DNU importa su convalidación tácita. Esto es importante porque después, en la reforma constitucional de 1994, se trató de revertir el precedente con la incorporación del art. 82: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. Asimismo, la delegación legislativa había sido convalidada por la CSJN en el caso “Cocchia” del 2/12/1993 (*Fallos*: 316:2624). Y respecto de la promulgación parcial de leyes, en “Colella” resuelto el 7/8/1967 (*Fallos*: 268:352), la CSJN revierte la doctrina formulada en “Giulitta” que se fundaba a su vez el Caso “Cullen”, y considera judicialable esta materia.

¹³ Art. 76: delegación legislativa; Art. 80: promulgación parcial de leyes; y Art. 99 inc. 3: decretos de necesidad y urgencia.

¹⁴ Sabsay, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 576.

Los reglamentos de necesidad y urgencia son los que se dictan sobre materias propias de la *competencia legislativa*, cuando una urgencia súbita exige emitir normas que el congreso no ha dictado, o suplirlo lisa y llanamente. La *necesidad* y la *urgencia* son las razones justificantes para consentir que se margine la división de poderes, y que el ejecutivo ejerza una función del congreso”.¹⁵

Así, a la luz del art. 99 inc. 3 de la CN se extrae:

a) Un principio general: “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*”. En consecuencia, esa clara prohibición impone que toda excepción deba ser interpretada con un alcance restrictivo.¹⁶

b) Un presupuesto habilitante: el Presidente podrá dictar DNU “*Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*”. A pesar de que las “circunstancias excepcionales” son un típico concepto jurídico indeterminado, deberá tratarse de alguna situación extrema que se verifique en la realidad en forma clara y suficiente, y que, además, el Congreso de la Nación no esté en condiciones de adoptar una decisión por imposibilidad de dictar una ley que haga frente a la situación excepcional.¹⁷

c) Límites materiales: “*no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos*”.

d) Requisitos materiales: “*serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros*”. Cumplidos ambos requisitos, y una vez publicado en el Boletín Oficial, el DNU comienza a regir inmediatamente para conjurar la excepcionalidad invocada.¹⁸

e) Un procedimiento de control legislativo posterior: El Jefe de Gabinete de ministros personalmente y dentro de los 10 días debe someter el decreto a la consideración de una 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.*

III. El trámite y los alcances del control del Congreso: objeciones a la ley 26.122.

Los constituyentes de 1994 otorgaron a los DNU el carácter de acto complejo, lo que implica, en términos de la profesora Marcela Basterra, “que la validez constitucional de los mismos exige la concurrencia de dos voluntades; la del Poder Ejecutivo que los

¹⁵ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2da. ed., 2005, Tomo II-B, p. 302.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 313.

¹⁷ Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *ob. cit.*, pp. 1192.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 1193.

dicta, y la del Poder Legislativo que controlará la existencia de los presupuestos fácticos, que habilitan al Presidente de la Nación el ejercicio de esta facultad excepcional”.¹⁹ Y al mismo tiempo, defirieron el trámite y los alcances de la intervención del Congreso a la determinación del propio Congreso Nacional, lo que se concretó recién el 20 de julio de 2006 cuando se sancionó la Ley 26.122²⁰ sobre el “Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes”.

En el Título II se regula el régimen jurídico y la competencia de la Comisión Bicameral Permanente (CBP) prevista en los artículos 99 inc. 3 y 100 incisos 12, 13 de la CN. Se integra con 8 diputados y 8 senadores, designados por el Presidente de cada una de las Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios y respetando la proporción de las representaciones políticas (art. 3). Cumple funciones aún durante el receso del Congreso de la Nación (art.6). Los dictámenes de la Comisión son obligatorios, aunque no vinculantes respecto del pleno de las Cámaras; y se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente de la Comisión (art. 8). Asimismo, la CBP dicta su reglamento de funcionamiento interno y, ante una falta de previsión en el mismo, son de aplicación supletoria los reglamentos de las Cámaras de Senadores y Diputados, prevaleciendo el reglamento del cuerpo que ejerce la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación subsidiaria (art. 9).

El dictamen de la CBP debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto (ya sea de necesidad urgencia²¹, delegado²² o de promulgación parcial de leyes²³) y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.

En cuanto al trámite parlamentario de los decretos, la CBP tiene un plazo de 10 días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración, y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras (art. 19). Y, en caso de incumplimiento del Jefe de Gabinete, es decir, que no remita el decreto a consideración de la CBP en el transcurso de 10 días corridos a partir del dictado del decreto, la CBP se abocará de oficio a su tratamiento y tiene 10 días hábiles para dictaminar (art. 18). Si la CBP no dictamina en este plazo, se realiza el tratamiento de oficio por las Cámaras (art. 20).

No obstante, en el trámite parlamentario propiamente dicho es donde se observa, tomando las palabras de Sabsay, “un contenido meramente formalista que no hace más que ratificar una ausencia de capacidad manifiesta por parte del Poder Legislativo para

¹⁹ Basterra, Marcela, “El alcance del control en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia. Estándares actuales”, en *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ADA)*, N°4, diciembre 2011, p. 124.

²⁰ B.O. del 28/07/2006.

²¹ El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales constitucionalmente para su dictado (ley 26.122, art. 10).

²² El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio (ley 26.122, art. 13).

²³ El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y sustancial del decreto e indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado originalmente por el Congreso (ley 26.122, art. 14).

ejercer su rol de órgano controlador respecto del ejercicio de facultades que, en definitiva, le son propias en un Estado de Derecho”.²⁴

Las principales objeciones a la norma reglamentaria son:

a) La falta de plazo expreso para que las Cámaras se expidan acerca de la validez del decreto, atento que el artículo 21 dispone: “Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento”. Así, a partir del momento que está excluida la “sanción tácita o ficta” (art. 82 CN), el no tratamiento por parte del Congreso sin que exista un plazo determinado para que se realice, opera en los hechos como una suerte de aprobación. Así, la regulación normativa que hace la ley 26.122 omite reglamentar la posibilidad de un control real y efectivo, para el supuesto de silencio de una o ambas Cámaras del Congreso, por lo que en tal caso no existe control y el decreto queda convalidado de hecho, otorgándole una vigencia que no tiene, ya que su no tratamiento de inmediato como lo requiere la Constitución lo deja en suspenso hasta tanto no sea convalidado por ley del Congreso.²⁵

b) Que el rechazo debe ser expreso²⁶, ya que se le permite al Ejecutivo legislar sin plazo en caso de silencio del legislativo.

c) La necesidad del acuerdo de ambas Cámaras para que sea posible su rechazo. El artículo 24 de la Ley establece que “*El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia*”. Por lo tanto, si ambas Cámaras rechazan el decreto, éste queda derogado.

d) Pero, a *contrario sensu*, si una sola de las Cámaras lo aprueba, el decreto es válido, lo cual desvirtúa la homogeneidad de criterio que exige toda decisión del Congreso. El trámite legislativo es menor que el que se exige para una ley formada por el Congreso.²⁷

Es pertinente resaltar, no obstante, que en el debate de esta ley especial para regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, los 3 dictámenes de minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación, que se consideraron en la sesión del 20 de julio de 2006²⁸, puntualizaban medidas

²⁴ Sabsay, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 606.

²⁵ Godoy, José D., “Comisiones Parlamentarias”, en Gentile, Jorge H. (comp.), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Montevideo, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Kontad Adenauer Stiftung, 2008, p. 183.

²⁶ Art. 22: Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.

²⁷ Sabsay, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 606.

En el mismo sentido, Vanossi, Jorge R., *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, 2004, Capítulo 2; Badeni, Gregorio, “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”, *La Ley*, 21/07/2004. AR/DOC/2512/2006; Ferreyra, Raúl Gustavo, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed. Revisada y aumentada, 2016, p. 237.

²⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 23ª Reunión- 16ª Sesión Ordinaria, 20/07/2006.

de control respecto de los plazos para el tratamiento parlamentario, el rechazo y la falta de aprobación por las Cámaras. Uno de ellos, presentado en 2004 y reproducido en 2006 por el diputado nacional Jorge R. Vanossi, trataba estas tres materias en los siguientes términos²⁹:

Plazos para el tratamiento parlamentario

Artículo 25. — El plazo que dispone cada Cámara para expedirse será de quince (15) días si el despacho de la comisión bicameral fuere suscrito por unanimidad, y de cuarenta (40) días si existiera más de un despacho o se hubiesen presentado observaciones. Si no hubiere despacho de la comisión bicameral, el plazo de que dispondrá cada Cámara será de sesenta (60) días.

Las Cámaras no podrán introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma.

Rechazo

Artículo 26. — El rechazo por el Congreso del decreto de que se trate implicará su derogación retroactiva, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

Falta de aprobación por las Cámaras

Artículo 31. - Transcurridos sesenta (60) días desde la recepción por las Cámaras de un decreto a que se refiere la presente ley, sin que ambas Cámaras lo hubieran aprobado, el decreto se considerará no ratificado.

Asimismo, en el Senado de la Nación, y en ocasión de la discusión sobre el “Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes”³⁰, existían varios proyectos que establecían plazos para el pronunciamiento de las Cámaras, precisaban el rechazo por una de las Cámaras y la ausencia de aprobación. Entre ellos, resulta ilustrativo transcribir el presentado por los senadores Ricardo Gómez Díez y Pedro Salvatori, en los artículos pertinentes:³¹

ART. 15º: PLAZO PRONUNCIAMIENTO PLENARIO. RECHAZO TOTAL
En el caso del art. 12º A³² los plenarios de ambas Cámaras deberán pronunciarse dentro de los catorce días corridos desde la fecha de recepción de la norma por las Cámaras.

En el caso del art. 12º B³³ las Cámaras de origen y revisora tendrán cada una catorce días corridos para expedirse o pronunciarse rigiendo en el caso el procedimiento establecido en el art. 81º de la Constitución Nacional. Si cualquiera de las Cámaras rechazara totalmente el proyecto, el decreto de necesidad y urgencia se considerará que ha sido derogado. En ningún caso el Poder Ejecutivo podrá vetar total o parcialmente la sanción del Congreso de la Nación.

²⁹ Expediente 3906-D-2004.

³⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 15ª Reunión, 13ª Sesión Ordinaria. 7/07/2006.

³¹ Expediente 2076-S-05.

³² Cuando hay despacho unánime de la Comisión Bicameral Permanente.

³³ Cuando no se logre el acuerdo unánime en la Comisión Bicameral Permanente, produciéndose despachos de mayoría y de minoría y este último fuere suscrito por un tercio o más de los integrantes de la comisión.

ART. 16º: OMISIÓN DE LAS CÁMARAS. DEROGACIÓN
Si las Cámaras no se reunieran dentro del plazo de los catorce días corridos para tratar el o los despachos de la Comisión Bicameral, o se produjera el caso del art. 14^o, el tema se considerará como primer punto del Orden del Día de la primera sesión que se celebre. Si en esta ocasión tampoco se expidieran las Cámaras el tema se abordará en la inmediata reunión siguiente, en el mismo orden de prelación y sin que pueda considerarse previamente ningún otro asunto. En caso de que, por cualquier circunstancia, las Cámaras no se pronunciaran en esta última oportunidad el Decreto de necesidad y urgencia quedará automáticamente derogado.

III. 1. Entreacto: jurisprudencia sobre la validez de los DNU a partir de 1994 (con especial referencia a los casos en los que no se aplicó la ley especial para fiscalizar las facultades legislativas del presidente)

En el período en el cual no se había sancionado la ley especial para regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso para fiscalizar las facultades legislativas del presidente, varios DNU fueron cuestionados en su validez.

En el caso “*Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia*”³⁵ del 17/12/1997 (donde se discutían los efectos de un DNU que establecía el marco regulatorio y la privatización del servicio aeroportuario), la CSJN se autolimita en su potestad de ejercer el control de constitucionalidad de los DNU, con fundamento en ausencia de caso, remitiendo al dictamen del Procurador General. No obstante, ratificó la atribución presidencial para dictarlos, pese a la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente.³⁶

En “*Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*”³⁷ del 19/08/1999 (se cuestionó la validez del decreto 770/96 por el cual se excluía de la percepción de las asignaciones familiares a los trabajadores cuyas remuneraciones superaran los mil pesos), la situación se revirtió y la CSJN, con diferente mayoría que en “*Rodríguez*”,³⁸ reafirmó sus atribuciones para ejercer el control de constitucionalidad de los DNU. Sostuvo que “la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99 inc. 3, párrafo cuarto ‘in fine’) no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación”.³⁹

³⁴ Si la Comisión Bicameral Permanente no se expidiera dentro del plazo de diez días desde la fecha de recepción del decreto remitido por el Poder Ejecutivo.

³⁵ *Fallos*: 320:2851.

³⁶ Un análisis completo puede verse en Sabsay, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 585-586.

³⁷ *Fallos*: 322:1726

³⁸ Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez conformaron la denominada “mayoría automática” en el caso “*Rodríguez*”; Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert votaron en disidencia.

En “*Verrocchi*”, la mayoría se conformó con los votos de Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert y Boggiano.

³⁹ Considerando 11.

La Corte consideró que el ejercicio legítimo de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo -que en principio le son ajenas- requiere la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias:

- 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o
- 2) Que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.⁴⁰

Además, la CSJN agrega como supuesto negativo la imposibilidad de invocar, para justificar las circunstancias excepcionales, "...los criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución 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".⁴¹ Y concluye en la invalidez del decreto cuestionado, por cuanto no existían las circunstancias fácticas que la norma constitucional describe.

Asimismo, interesa referir el voto del Dr. Petracchi en el que subraya que al no haberse sancionado la ley que reclama el artículo 99 inc. 3 de la CN, se determina la imposibilidad de recurrir a este instituto de excepción. Además, entiende que la actuación del PEN y el Congreso señalada en el texto constitucional, se vería desvirtuada "para dar paso a la actuación singular y exclusiva de solo el primero de ellos. La pluralidad concebida en el art. 99, inc. 3º, 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".⁴² En definitiva, "la omisión de pronunciamiento congresual -silencio- es equivalente a un rechazo, con lo cual, también en esta hipótesis, el decreto 770/96 carece de validez".⁴³

En el marco de la crisis de los años 2001/02 y la instauración del denominado "corralito", en el caso "*Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo*"⁴⁴ del 1/2/2002, la CSJN concluyó que la limitación impuesta a los ahorristas mediante el DNU 1570/01, adolecía de irrazonabilidad por no advertirse la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto para conjurar la crisis. E insistió en que "en el ejercicio válido de los poderes de emergencia [...] el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común. La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17

⁴⁰ Considerando 9.

⁴¹ Ídem.

⁴² Del voto del Dr. Petracchi, considerando 14.

⁴³ Ibíd., considerando 15.

⁴⁴ Fallos: 325:28.

de la Constitución Nacional así como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica”.⁴⁵

En “*San Luis, Provincia de c/Estado nacional s/acción de amparo*”⁴⁶ del 05/03/2003, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del decreto 214/02 (de pesificación) revalidando la doctrina sentada en el caso “Smith”. Como señala Sabsay, es importante recalcar la interpretación que hace la CSJN del juego de las atribuciones excepcionales del presidente, derivadas de los artículos 76 y 99 inc. 3 de la CN, “la cual la lleva a establecer que el titular del Poder Ejecutivo no puede arrogarse nuevas facultades a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia, dentro del marco de una situación de emergencia que ha quedado definida en una ley de delegación”.⁴⁷ Se trataba de la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario.

“*Leguizamón Romero, Abel y otra c/I.N.S.S.J. y P. s/ordinario*”⁴⁸ del 07/12/2004, en el que se discutió la validez del DNU 925/96 del PEN que dispuso el relevamiento y control de las deudas y créditos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, haciendo lugar al reclamo por las facturas adeudadas con más sus intereses, es un caso interesante ya que la CSJN fue un paso más adelante respecto de “Verrocchi”. Se retoma este antecedente y se declara inconstitucional el DNU por no presentar razones objetivas para justificar la necesidad y urgencia de las medidas adoptadas, las cuales se traducían en verdaderas afectaciones al derecho de propiedad. Lo notorio es que, mientras que en “Verrocchi” la CSJN dispuso que para que el PEN pueda ejercer legítimamente facultades legislativas, era necesaria la concurrencia de alguna de las dos circunstancias (1. que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan; o 2. que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente); en este caso, el ejercicio de la prerrogativa del PEN aparece sujeta a reglas específicas “que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes”.⁴⁹ En este fallo, el voto del Dr. Petracchi remitió a lo expresado en la causa “Verrocchi”, en cuanto a que, por faltar la “ley especial”, el decreto 925/96 es nulo. Aclarando que, aunque por hipótesis se admitiera que el PEN tuviese competencia para dictar este tipo de decretos, sería igualmente nulo.⁵⁰

“*Consumidores Argentinos vs. Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional - Dto.558/02-SS - ley 20.091, s/amparo*”⁵¹ del 19/05/2010, en el que se declaró la inconstitucionalidad del DNU 558/2000 en cuanto modificaba en forma sustancial la ley 20.091 de entidades de seguros y su control, es un caso emblemático. En primer lugar porque, tal como ha señalado el profesor Sergio Díaz Ricci, la CSJN se aparta de los precedentes aplicados en los casos de “pesificación” del 2002 (Casos “Bustos” de 2004, “Galli” de 2005 y “Massa” de 2006) que convalidaron DNU, para recuperar la doctrina

⁴⁵ Considerando 15.

⁴⁶ Fallos: 326:417

⁴⁷ Sabsay, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit. p. 590.

En el mismo sentido, véase, Manili, Pablo L., “Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho”, *La Ley*, 18/02/2019, AR/DOC/2635/2018.

⁴⁸ Fallos: 327:5559

⁴⁹ Considerando 5.

⁵⁰ Del voto del Dr. Petracchi, considerando 3º.

⁵¹ Fallos: 333:633.

de “Verocchi” de 1999.⁵² En segundo lugar, porque se explaya en el desarrollo de todos los elementos que deben estar presentes a la hora de analizar la constitucionalidad de un DNU, sobre la base de reafirmar que “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 decreto”.⁵³

Asimismo, ante la ausencia de la ley especial de creación de la Comisión Bicameral al momento del dictado del DNU, la Dra. Argibay sostuvo que “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 3, de la Constitución Nacional.”⁵⁴ El Dr. Maqueda sostuvo que “la ausencia [...] de una intervención legislativa que permita inferir la voluntad del Congreso Nacional de ratificar o derogar el decreto 558/02, resulta suficiente para determinar su invalidez constitucional”.⁵⁵ Y agregó que, sin perjuicio de ello, el DNU en examen tampoco superaba el test de validez constitucional basado en la concurrencia de razones de necesidad y urgencia. Por último, el Dr. Petracchi, al remitir a su voto en “Verocchi” entiende que, al no estar constituida la Comisión Bicameral al momento del dictado del DNU 558/02, el decreto es “insanablemente nulo”.⁵⁶

En “*Aceval Pollacchi Julio César c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/Despido*”⁵⁷ del 28/06/2011, en el que se discutía la validez de los DNU que habían prorrogado en el tiempo la indemnización agravada por despido sin causa, la mayoría de la CSJN (Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) retomó la doctrina de “Consumidores Argentinos” en cuanto a los requisitos que condicionan la validez de los DNU y desestimó el planteo de inconstitucionalidad del DNU por considerar que existieron las circunstancias fácticas que el art. 99 inc. 3 de la CN. Por su parte, la disidencia del Dr. Petracchi, a la luz de lo expresado en “Verocchi”, concluye en la invalidez del DNU porque no se había sancionado la ley especial al momento del dictado del decreto y no podía cumplirse con la “subetapa legislativa” prevista en el art. 99 inc. 3. Y la disidencia de la Dra. Argibay, a la luz de lo expresado en su voto en “Consumidores Argentinos”, parte de la presunción de inconstitucionalidad de los decretos no ratificados por el Congreso.

En “*Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional s/nulidad de acto administrativo*” del 27/10/2015⁵⁸, se discutió la validez del DNU 1654/2002 y del DNU 1012/2006 (ratificatorio del primero) por permitir que las empresas de transporte aerocomercial nacionales puedan asegurar los riesgos de jurisdicción nacional en compañías aseguradoras del exterior, que no están

⁵² Díaz Ricci, Sergio, “Crónica 2010 de la Corte Suprema Justicia Argentina”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, 2011, p. 470.

⁵³ Considerando 13.

⁵⁴ Del voto de la Dra. Argibay, considerando 11.

⁵⁵ Del voto del Dr. Maqueda, considerando 14.

⁵⁶ *Ibíd.*, considerando 3°.

⁵⁷ *Fallos*: 334:799.

⁵⁸ *Fallos*: 338:1048

sujetas al control de la Superintendencia de Seguros de la Nación. La CSJN sostuvo, en los mismos términos que en “Verrocchi”, que la admisión de facultades legislativas por parte del PEN se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales. Y, con relación a la constitucionalidad del DNU en examen, la CSJN analizó la concurrencia de las circunstancias replicadas en “Consumidores Argentinos”, concluyendo en que: 1) a pesar del complejo contexto económico general en el que fue dictado el DNU, se podría haber implementado un reordenamiento del sector a través de los cauces ordinarios que prevé la Constitución; 2) que no se había demostrado el riesgo existente en el sector ni cómo podía comprometerse el interés general si no se adoptaban medidas inmediatas; y 3) “no cabe tener por configurada [...] la existencia de circunstancias fácticas que el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, describe con rigor de vocabulario, circunstancia que pone de manifiesto la invalidez constitucional de los decretos impugnados”.⁵⁹

III. 2. El funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente y el tratamiento de los decretos en el pleno de las Cámaras

En un substancial relevamiento y análisis efectuado por los profesores Santiago (h), Veramendi, Castro Videla y D’Acunti, se ha demostrado que el régimen establecido por el artículo 24 de la ley 26.122 ha permitido prácticas institucionales que han producido desequilibrios en el esquema de separación de funciones definitorio del Estado de Derecho.⁶⁰

Según este estudio, en el período que comprende la entrada en vigencia de la ley 26.122 en el año 2006 hasta el 31/12/2018, el Congreso sancionó un total de 1377 leyes formales, mientras que el PEN dictó un total de 174 DNU, 80 decretos delegados y 21 decretos de observación y promulgación parcial de las leyes. Es decir, un total de 275 decretos.

Si bien la CBP trató la mayoría de los decretos (261 de 275), el problema surge respecto de la actividad de las Cámaras de Diputados y Senadores, es decir, en la etapa legislativa de control propiamente dicho. Del relevamiento surge que de los 261 decretos tratados por la CBP solamente 46 fueron validados por ambas Cámaras. Es decir, que 215 decretos se han mantenido vigentes pese a no haber sido tratados por ambas Cámaras del Congreso, en clara contradicción con lo dispuesto en art. 99 inc. 3 de la CN, por no haber dado “inmediato y expreso tratamiento” a los despachos de la CBP.

En cuanto a la actividad de la CBP en el transcurso de 2019, en el inicio del año, la CBP dictaminó el rechazo de los DNU 58/19 sobre la licitación de frecuencias del espectro radioeléctrico; 62/19 sobre extinción de dominio y 92/19 sobre la creación de la

⁵⁹ Considerando 9°.

⁶⁰ Cfr. Santiago (h), Alfonso; Veramendi, Enrique; Castro Videla, Santiago M.; D’Acunti, Patricio, “La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación”, La Ley, 14/03/2019, AR/DOC/459/2019.

Agencia del deporte nacional.⁶¹ En el mes de agosto, emitió dictamen favorable para la ampliación del presupuesto dispuesto por el DNU 427/19 y también validó el DNU 185/19 que establece la prórroga excepcional del régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños recién nacidos y de hasta 18 años de edad. Asimismo, la CBP pasó a un cuarto intermedio para definir si debería abocarse al tratamiento de los decretos 561 y 567 de 2019 que elevaron el piso del Impuesto a las Ganancias, y eliminaron el IVA en productos de la canasta básica, respectivamente.⁶² Finalmente, en noviembre, tras retomar un cuarto intermedio al que había pasado hacía tres meses, la CBP avaló sin disidencias tres DNU: el 407/19, por el cual se suspendió nuevamente, como sucede desde 2001, la aplicación del incremento de las contribuciones patronales para los establecimientos educacionales privados, reguladas por el decreto 814/01; el 486/19, que extendió el plazo para que los familiares de víctimas del atentado a la embajada de Israel, ocurrido en 1992, tramiten la indemnización; y el 532/19, que devolvió la jerarquía de ministerios a Producción y a Agricultura, Ganadería y Pesca.⁶³

III. 3. Jurisprudencia sobre la expresa convalidación parlamentaria de los DNU

En 2008, en la causa "*Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c. Estado Nacional - Dto. 1214/03*", resuelta por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,⁶⁴ se discutió la constitucionalidad del DNU 1214/03 del PEN (que había modificado el art. 11 de la Ley 22.285 y establecía que las provincias podían prestar, previa autorización del PEN, hasta un servicio de TV abierta y uno de radiodifusión, habilitando también a las municipalidades) por no haber sido aprobado expresamente por el Congreso Nacional.

La jueza Herrera recordó que “El ejercicio de la mentada prerrogativa otorgada al Administrador, 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” y 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 materiales y formales, y corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad de aquéllas”.⁶⁵ Asimismo, la magistrada estima conveniente “recalcar que el último párrafo del inc. 3° del art. 99 de la norma fundamental, regula exigencias formales para la comunicación del decreto que se hubiera emitido a una Comisión Bicameral Permanente del Congreso, y para su tratamiento en ambas Cámaras; y que, por su parte, el art. 82 de la Constitución Nacional, expresamente establece: ‘La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta’”.⁶⁶ Como corolario, y “teniendo en cuenta que no corresponde atribuir al silencio legislativo ningún efecto

⁶¹ Versión taquigráfica de la reunión de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo- Ley 26.122, 19/02/2019.

⁶² Versión taquigráfica de la reunión de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo- Ley 26.122, 27/08/2019.

⁶³ Versión taquigráfica de la reunión de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo- Ley 26.122, 26/11/2019.

⁶⁴ La Ley 2008-C, 632.

⁶⁵ Voto de la Dra. Herrera, considerando XIII.

⁶⁶ *Ibíd.*, considerando XIV.

que convalide el decreto, y que tampoco fue expresamente aprobado por el Congreso Nacional - adviértase que mediante la resolución publicada en el Boletín Oficial con fecha 18/7/07 sólo se expidió la Cámara de Diputados-”, la Dra. Herrera consideró que el DNU 1214/03 no superó por su forma, el control de constitucionalidad al que se lo sometió.⁶⁷

Por su parte, el Dr. Grecco da por reproducido lo expuesto en los considerandos I a IX del voto de la jueza preopinante y comparte la solución que propone. En su examen sobre la determinación de si el DNU cuestionado resulta ilegítimo y lesivo al régimen constitucional nacional, recuerda que tanto la norma constitucional -art. 99, inc. 3°- como la ley reglamentaria -26.122- establecen una serie de requisitos de ineludible cumplimiento, al efecto de su validez en el sistema jurídico nacional,⁶⁸ destacando que, “una vez emitido el decreto por el Poder Ejecutivo, debe ser sometido a la consideración del Poder Legislativo conforme con lo establecido en el último párrafo del, inc. 3° del art. 99 de la Carta Magna y arts. 10 y concordantes de la ley 26.122”. Y observa que “la cuestión fue tratada en la Cámara de Senadores, ámbito en el que existieron tres proyectos de ley propiciando su derogación, de los cuales ninguno tuvo recepción favorable y han perdido estado parlamentario” y que “otro tanto ocurrió en la Cámara de Diputados, donde también existieron proyectos de ley derogatorios y corrieron la misma suerte”. Y tuvo presente que el 18 de julio de 2007 la Cámara de Diputados de la Nación declaró la validez del DNU 1214/03⁶⁹, mediante una resolución publicada en el Boletín Oficial del 26/07/07.⁷⁰ Por último, el magistrado entiende que una correcta hermenéutica de los artículos 21, 22 y 26 de la ley 26.122 “permite concluir que cuando un decreto fue dictado en ejercicio de los poderes asignados al Presidente de la Nación por el art. 99, inc. 3° de la Constitución, su consideración por el Congreso Nacional debe ser expresa, sin que, ante el tenor categórico del texto constitucional, se pueda entender configurada una convalidación tácita o implícita, cohibida por la norma glosada”.⁷¹ Es decir que, como la Cámara de Senadores no se ha expedido respecto al DNU 1214/03, y “teniendo especialmente en cuenta que la voluntad de ambas cámaras del Congreso debe ser expresa, el decreto no supera el control de constitucionalidad al que está llamado este Poder Judicial a ejercer en los casos concretos que se le presenten”.⁷²

En 2010, en “*Asociación por los derechos civiles (ADC) c/ Estado nacional - ley 26.122 s/sumario ley 16.986*”⁷³, la CSJN confirmó la sentencia que rechazó el amparo interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 22 y 24 de la Ley 26.122 - Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes-. Allí, la Corte sostuvo que “la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que éstos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, no llegándose a desvirtuar la conclusión de la cámara en

⁶⁷ *Ibíd.*, considerando XVII.

⁶⁸ Voto del Dr. Grecco, considerando II.

⁶⁹ Aunque al tiempo del dictado del DNU cuestionado no se encontraba constituida la CBP.

⁷⁰ *Ibíd.*, considerando III.

⁷¹ *Ibíd.*, considerando V.

⁷² *Ídem.*

⁷³ *Fallos*: 333:1217.

cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial”.

En el caso “*Cooperativa de Trabajo para la Comunicación Social c/Estado Nacional s/amparo ley 16.986*”, en el que se discutieron la constitucionalidad del DNU 267/15 del 30 de diciembre de 2015 -que introdujo reformas sustanciales y permanentes a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Ley Argentina Digital- y los artículos 22 y 24 de la Ley 26.122. El decreto fue publicado el 4 de enero de 2016 en el Boletín Oficial. Mientras que el 6 de abril de 2016 la Cámara de Diputados confirmó la validez de estos decretos, aunque el Senado no se había expedido. El 2 de febrero de 2017 la jueza federal Cecilia G. M. de Negre declaró abstracto el amparo respecto del DNU y rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 26.122. Afirmó que el objeto perseguido en la acción se había tornado abstracto porque el decreto 267/2015 había sido declarado válido por resolución la Cámara de Diputados. Sobre la inconstitucionalidad de la Ley 26.122, la jueza simplemente se remitió al dictamen del fiscal, aunque en realidad el fiscal no había abordado ese asunto. El 11 de marzo la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia remitiéndose a lo decidido en otra causa (“*Sabbatella, Martín c/EN y otro s/amparo ley 16.986*” 83.656/2015) y a lo dictaminado por la Fiscalía General; y el 11 de julio concede el Recurso Extraordinario. El 3 de mayo de 2018, la CSJN, con la firma de sus 5 miembros, considerando que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), lo desestimó.

Por último, con relación al tema de la expresa convalidación parlamentaria de los DNU, es importante considerar la causa “*Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986*”⁷⁴, en la que se discutió la constitucionalidad del DNU 70/2017 que modifica la Ley de Migraciones. El juez Alemany, integrante de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sostuvo que “La ley 26.122, especial y reglamentaria del artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, no ha resuelto claramente ese punto pues, de un lado, impone el tratamiento expreso e inmediato del decreto y, del otro, subordina la vigencia a su rechazo por ambas Cámaras del Congreso. En consecuencia, ¿Durante cuánto tiempo un decreto de necesidad y urgencia puede y debe estar sometido a tratamiento parlamentario y preservar su vigencia, si para adquirir fuerza de ley depende de que el Congreso, por cada una de sus Cámaras, lo ratifique de manera expresa?”⁷⁵ En este contexto, ante la falta de tratamiento expreso por el Poder Legislativo, el citado juez entendió que correspondía “que, dentro de un plazo razonable, la Comisión Bicameral Permanente dictamine respecto del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, y el Congreso se expida al respecto; de conformidad con lo establecido en los artículos 2º y 10º, del Título II, y concordantes de la ley 26.122”.⁷⁶

Por su parte, en su voto, el juez Treacy – al que adhirió en este punto el juez Gallegos Fedriani- consideró que “la invocación de la Ley N° 26.122 poco agrega a la validez del decreto que aquí se cuestiona. Aquella se refiere al cumplimiento de un

⁷⁴ CNACAF, Sala V, 22/03/2018. Id SAIJ: FA18100003.

⁷⁵ Voto del Dr. Alemany, considerando IV.

⁷⁶ *Ibíd.*, considerando IV.

recaudo formal, como lo es la revisión por parte del Congreso de los decretos de necesidad y urgencia prevista en el último párrafo del artículo 99.3 CN. En cierto modo, la ausencia de pronunciamiento por parte del Poder Legislativo respecto del decreto atacado, luego de más de un año de dictado, sumado al hecho de que —pese a la urgencia invocada— no se estimó que el tema justificara la convocatoria a sesiones extraordinarias por parte del Poder Ejecutivo, pone en duda la existencia del presupuesto fáctico exigido por la norma constitucional [...] la Comisión Bicameral Permanente sesionó los días 16/02/2017 y 22/02/2017, sin haber emitido dictamen. Ello habilitaba a que las cámaras del Congreso se abocaran al “expreso e inmediato tratamiento del decreto” (art. 20 de la Ley N° 26.122), algo que aún no ha ocurrido. Si bien la norma no precisa el plazo, el transcurso de más de un año legislativo desde que el decreto estaba en condiciones de ser revisado no se compadece con la inmediatez en el tratamiento que exige la norma. Además, ésta dice que ello debe ser de conformidad con los artículos 99.3 y 82 CN. Del mismo modo, el artículo 22 de la ley, prevé que el rechazo o aprobación del decreto debe ser expreso, ‘de conformidad con el artículo 82 CN’. La referencia a esta última disposición es relevante, ya que excluye en todos los casos la sanción ficta de las cámaras del Congreso. En el caso del decreto en crisis no ha existido una manifestación de voluntad expresa por parte de ambas cámaras, como lo exige la norma constitucional citada. Pero no obstante la subsistencia del decreto como norma vigente (de conformidad con el art. 24 de la Ley N° 26.122), debe observarse que la omisión del deber constitucional de expedirse por parte del Congreso no impide el control judicial de los presupuestos del Decreto N° 70/2017, ya que la voluntad de las cámaras no puede presumirse”⁷⁷. Así, el referido magistrado concluyó que “cuando se trata de un decreto que invoca razones de necesidad y urgencia y el Congreso no se ha expedido, como ocurre en este caso, el control judicial de los presupuestos fácticos de aquél cobra mayor relevancia”.⁷⁸

Pues bien, teniendo en cuenta los fallos mencionados, queda pendiente que la CSJN trate algún caso de DNU aprobado por el Congreso a través del procedimiento instituido en la ley 26.122 y, así, establezca qué grado de deferencia le asignará al juicio de validez del Legislador.⁷⁹ Aunque, el mejor escenario, es el que implica directamente una reforma a la ley 26.122 a cargo del Congreso de la Nación (cuestión que se analiza en el apartado V).

IV. El control de los DNU en el marco de la pandemia

En el marco de la pandemia se ha reunido la Comisión Bicameral Permanente de manera virtual y el 29 de abril dio trámite parlamentario a los primeros 20 DNU dictados por el PEN. Comenzando con el 260/2000 del 12 de marzo sobre la Emergencia Sanitaria, hasta el 376/2020 de fecha 19 de abril, sobre el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción.

El Frente de Todos validó los 20 decretos. Mientras que Juntos por el Cambio, que acompañó con dictamen propio la mayoría de los expedientes, rechazó el 313/2020, que incorporó a los argentinos con residencia en Argentina o en el extranjero dentro de

⁷⁷ Voto del Dr. Treacy al que adhiere en este punto el Dr. Gallegos Fedriani, considerando V.6

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Sabsay, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit. p. 607.

las prohibiciones de ingreso al territorio nacional y el 329/2020, que prohíbe por el plazo de 60 días de los despidos sin justa causa y por las causales de disminución de trabajo y fuerza mayor.

El 4 de mayo ingresaron a la Mesa de Entrada del Senado los 20 dictámenes de la CBP y el 13 de mayo se realizó la primera sesión remota en la que se ratificaron los primeros 20 DNU vinculados a la pandemia COVID-19:

1. DNU N°260/2020: ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, por el plazo de un año.
2. DNU N° 274/2020: prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de 15 días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso.
3. DNU N° 287/2020: modificación del Decreto 260/20 sobre ampliación de la emergencia por el plazo de un año.
4. DNU N° 297/2020: aislamiento social, preventivo y obligatorio, desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año.
5. DNU N° 311/2020: establece que las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión.
6. DNU N° 312/2020: suspensión hasta el 30 de abril de 2020, inclusive, la obligación de proceder al cierre de cuentas bancarias y a disponer la inhabilitación establecidas en el artículo 1° de la Ley N° 25.730, como así también la aplicación de las multas previstas en dicha norma.
7. DNU N° 313/2020: ampliación de los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de fronteras y cualquier otro punto de acceso dispuesto por el Decreto N° 274, hasta el 31 de marzo de 2020, inclusive.
8. DNU N° 316 2020: prorroga hasta el 30 de junio de 2020 inclusive el plazo establecido en el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.541 para que los contribuyentes puedan acogerse el Régimen de Regularización establecido en el título IV de esta Ley.
9. DNU N° 319/2020: suspensión de las ejecuciones hipotecarias y el congelamiento, hasta el día 30 de septiembre del corriente año, del valor de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino.
10. DNU N° 320 /2020: suspensión en todo el territorio nacional hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el artículo 9° y el congelamiento de precios de alquileres.
11. DNU N° 325/2020: prorroga la vigencia del Decreto N° 297 /20 con las modificaciones previstas en el presente decreto hasta el 12 de abril de 2020 inclusive.
12. DNU N° 326/2020: instruye a la autoridad de aplicación y al Comité Administrador del Fondo de Garantías Argentino (FOGAR), creado por el artículo 8° de la Ley N° 25.300, constituir un Fondo de Afectación Específica, con el

- objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso a préstamos para capital de trabajo, por parte de las MiPyMES.
13. DNU N° 329/2020: prohibición por el plazo de 60 días de los despidos sin justa causa y por las causales de disminución de trabajo y fuerza mayor, como también aquellas suspensiones por las causales de fuerza mayor y falta o disminución de trabajo.
 14. DNU N° 331/2020: prorroga el plazo establecido por el artículo 1° del Decreto N° 274/20 (prohibición de Ingreso al Territorio Nacional), hasta el día 12 de abril de 2020, inclusive.
 15. DNU N° 332/2020: creación del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectado por la Emergencia Sanitaria.
 16. DNU N° 347/2020: creación del Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, que estará integrado por los titulares de los Ministerios de Desarrollo Productivo, de Economía y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y de la Administración Federal de Ingresos Públicos.
 17. DNU N° 355/2020: prorroga la vigencia del Decreto N° 297 /20, prorrogado a su vez por el Decreto N° 325 /20 sobre Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio hasta el día 26 de abril de 2020 inclusive.
 18. DNU N° 365/2020: prorroga la vigencia del Decreto 274/20, prorrogado a su vez por el Decreto 331/20 sobre el Cierre de Fronteras hasta el día 26 de abril de 2020 inclusive.
 19. DNU N° 367/2020: consideración de la Enfermedad COVID-19 producida por el Coronavirus SARS-COV-2 presuntivamente una Enfermedad de Carácter Profesional -no listada-en los términos del apartado 2 Inciso B) del Artículo 6° de la Ley 24.557.
 20. DNU N° 376/2020: amplía el Decreto N° 332/20 Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción.

Los 20 DNU resultaron aprobados por el Senado. Para el caso de los decretos 313/2000 y 329/2020, se contabilizaron votos negativos y abstenciones por parte de la oposición: 3 abstenciones y 25 votos negativos; y 16 abstenciones y 1 voto negativo, respectivamente.⁸⁰ Queda pendiente entonces el tratamiento en la Cámara de Diputados.

Asimismo, la CBP deberá expedirse a la brevedad sobre el resto de los decretos dictados por el PEN en el marco de la pandemia, ya que, recordemos, el último aprobado es el 376/2000 de fecha 19 de abril. Entre los DNU que aguardan su tratamiento, se encuentra el 457/2020 de fecha 10 de mayo, que modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2020, y que es de dudosa constitucionalidad.⁸¹

⁸⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 3ª Reunión, 2ª Sesión Especial, 13/05/2020, p. 100.

⁸¹ Un análisis al respecto puede verse en Gelli, María Angélica, “La pandemia de COVID-19: Desafíos democráticos y límites constitucionales. En una emergencia indiscutible”, La Ley, 18/05/2020, AR/DOC/1437/2020.

V. Las propuestas de reforma de la ley 26.122

Queda claro que el mayor inconveniente con relación al control del Congreso no surge del tratamiento que la CBP realiza de los decretos, sino del tratamiento por el pleno de la Cámara de Diputados y Senadores. Por eso, más allá de que en el marco de esta pandemia la Cámara de Senadores haya tratado 20 de los 26 DNU dictados por el PEN, resulta imperioso una reforma a la ley 26.122 a fin de asegurar un efectivo control sobre las facultades legislativas del presidente.

Si bien se han presentado numerosas iniciativas en la Cámara de Diputados y Senadores desde el año 2004, en el marco de la pandemia y el dictado de 26 DNU en el transcurso de dos meses, la reforma del artículo 24 de la ley 26.122 cobra impulso.

Los primeros días de mayo se difundió en los medios de comunicación un proyecto de ley para modificar el artículo 24 de la ley 26.122 que había sido presentado por el diputado nacional Alejandro Cacace⁸² el 3 de marzo de 2020.⁸³ Allí se determina que serán nulos de nulidad absoluta desde la fecha de su emisión: a) los decretos que sean rechazados por una de las Cámaras y, b) aquellos que no sean aprobados en forma expresa por ambas Cámaras dentro de los 60 días corridos contados desde la fecha de su dictado. Para una comprensión sistémica, se transcribe el texto:

Artículo 24: El plenario de cada Cámara, en ocasión del tratamiento de los decretos, analizará: los decretos de necesidad y urgencia en cuanto a la adecuación de estos a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, en relación a la materia y la necesidad y urgencia del mismo; los decretos de delegación legislativa en cuanto a la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente, en relación a la materia, a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio; y los decretos de promulgación parcial de leyes en cuanto a si las partes promulgadas parcialmente tienen autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado originalmente por el Congreso.

Los decretos deberán ser aprobados expresamente por la mayoría requerida para la aprobación de un proyecto de ley por cada Cámara del Congreso. Los decretos que sean rechazados por una de las Cámaras o que no sean aprobados en forma expresa por ambas Cámaras dentro de los sesenta (60) días corridos contados desde la fecha de su dictado, se los considerará nulos de nulidad absoluta desde la fecha de su emisión.

Rechazado un decreto de necesidad y urgencia o un decreto delegado por el Congreso, el Poder Ejecutivo no podrá dictar otro sustancialmente análogo mientras no se modifiquen las circunstancias que tuvo en cuenta el Congreso para decidir el rechazo.

El rechazo del decreto de promulgación parcial de una ley por mayoría simple de cualquiera de las Cámaras, o el vencimiento del plazo establecido en el segundo párrafo de este artículo, importará dejar sin efecto el decreto y, por lo tanto, la promulgación tácita de la ley, en los términos del artículo 80 de la Constitución.

⁸² El proyecto fue firmado también por las diputadas Ximena García, Estela Mercedes Regidor Belledone, Gabriela Lena, Virginia Cornejo, Marcela Campagnoli, Lidia Inés Ascarate; y los diputados Gonzalo P. A. Del Cerro, Gustavo Menna, Álvaro De Lamadrid, Gerardo Cipolini, Jorge R. Enriquez, Diego Matías Mestre, José Luis Riccardo y Víctor Hugo Romero.

⁸³ Expediente 0109-D-2020.

Entre los fundamentos del proyecto de ley se señala la deficiencia de los artículos 22 y 24 del actual texto, lo que “supone una sanción ficta, porque se presume la voluntad del Congreso al exigir que ambas cámaras rechacen el decreto para su derogación, lo que significa que la aprobación de sólo uno de los cuerpos que hacen al Poder Legislativo es suficiente para convalidar el DNU”. Y llama la atención sobre la evidente falta de técnica legislativa de la ley 26.122, “ya que contradictoriamente cita su conformidad al artículo 82 de la Carta Magna en su artículo 20 y 22, cuando aquella disposición constitucional prohíbe expresamente la sanción ficta”. Así, se denuncia el otorgamiento de un sentido convalidatorio al silencio de una o ambas Cámaras del Congreso.

Al mismo tiempo, se presentó un proyecto de ley (reproducción del Expte. 0042-S-18) de modificación de la ley 26.122 en el Senado de la Nación.⁸⁴

ARTÍCULO 21.- Plenario.

Elevado por la Comisión el dictamen al Plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento en el plazo de 10 días hábiles, en el que se pronunciarán sobre el rechazo o aprobación del decreto de que se trate.

ARTÍCULO 22.-Pronunciamiento.

La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente. El silencio de una de las Cámaras no será entendido como una sanción tácita o ficta de los decretos, sino que importará su derogación, conforme a lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 24.-Rechazo.

El rechazo por una de las Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación, de acuerdo a lo que establece el artículo 5° del Código Civil y Comercial de la Nación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

Luego, el 6 de marzo, se presentó otro proyecto de ley para reformar el control legislativo en el régimen de la ley 26.122, firmado por los diputados nacionales José Luis Ramón y Flavia Morales.⁸⁵

Artículo 24.- Para mantener su vigencia, los decretos de necesidad y urgencia y los de promulgación parcial de leyes deberán ser aprobados expresamente por la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara del Congreso dentro de los noventa (90) días corridos contados desde la fecha de su publicación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. En caso de los decretos delegados, solamente el rechazo expreso de una de las Cámaras del Congreso implicará su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos por particulares durante su vigencia, conforme lo establecido por el artículo 76 de la Constitución Nacional.

⁸⁴ Expediente 0143-S-2020. Diario de Asuntos Entrados N° 8, de fecha 03/03/2020. Reproducción del Expte. 0042-S-18. Firmante: Senadora Carmen Lucila Crexell.

⁸⁵ Expediente 0383-D-2020. Fecha: 06/03/2020.

VI. Apreciaciones finales

El itinerario de este documento comenzó con la mención de la declaración 1/20 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se considera que las medidas que adopten los Estados para afrontar la pandemia global ocasionada por el coronavirus COVID-19, han de realizarse en el marco del Estado de Derecho.

En este contexto, y en pos de no negar el desarrollo y fortalecimiento del Estado de Derecho, ha quedado de manifiesto que las medidas excepcionales que el PEN viene adoptando a través del dictado de DNU, deben someterse, en primer lugar, a una efectiva supervisión del Congreso de la Nación.

Asimismo, hemos analizado el rol del Poder Judicial a partir del control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite la facultad excepcional del PEN para dictar DNU y podemos concluir que, aunque con idas y venidas, ha puesto ciertos límites a las facultades legislativas del presidente.

Así las cosas, la asignatura pendiente continúa estando en manos del propio Congreso. Aunque pueda ser no suficiente, sin duda alguna, es necesario que se reforme el régimen contemplado en la ley 26.122 a fin de resguardar el equilibrio entre los poderes del Estado.

Para afianzar lo hasta aquí reseñado, la profesora María Sofía Sagüés nos recuerda que, a los fines de preservar el Estado de Derecho y evitar el abuso en el ejercicio del poder político, “la Constitución estructura un sistema de distribución horizontal y vertical del mismo, dispersando la autoridad no sólo gracias a la diferenciación entre el orden nacional y provincial, sino también en la distribución de las potestades ente las ramas de gobierno”.⁸⁶ Y, en su estudio trae a colación la primigenia máxima en torno a la teoría de la separación de los poderes, o división funcional del poder político, que en esta circunstancia excepcional merece ser recordada:

Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.⁸⁷

⁸⁶ Sagüés, María Sofía, “Nomogenética y diálogo institucional en la Corte Suprema de la Nación Argentina”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010-III-1345.

⁸⁷ Charles-Louis Secondat, barón de La Brède y de Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, [1750]1987, Libro XI, Cap. VI, p. 115.