

## ¿POR LEY O POR DECRETO?

Por Emilio Ibarlucía\*

I.- Hemos vivido un mes de enero como pocos, sacudidos por una crisis institucional de proporciones inusitadas, que involucró a los tres poderes del Estado, con denuncias cruzadas por parte de los actores políticos de invasión de las facultades privativas de uno y otro, crisis todavía no resuelta respecto de la cual se esperan decisiones importantes en las próximas semanas.

Para la mayoría de los ciudadanos se trata nada más que de otra despiadada puja por el poder de ambiciosos e inescrupulosos políticos, sin llegar a comprender por qué se habla de “crisis institucional” ni la razón de la gravedad de la misma. Trataré de explicarlo con la mayor simplicidad posible que la complejidad del tema permita con la esperanza de contribuir a esclarecer tan delicada cuestión, a la par que esbozaré algunas opiniones.

La Constitución establece un sistema de división de poderes, de forma tal que las decisiones políticas fundamentales están en manos del Congreso de la Nación, que las expresa por medio de *leyes*; el Poder Ejecutivo las *ejecuta* (de ahí su nombre) por medio de decretos, y el Poder Judicial decide acerca de las controversias que se generen en la aplicación de las leyes y toda otra norma. En este esquema cada poder del Estado tiene *facultades privativas*, que, en principio, los otros poderes no pueden invadir. El guardián último de que esto no ocurra es el Poder Judicial, dado que su más importante misión es velar porque se respete el equilibrio de poderes que la Constitución establece, de lo cual depende la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las atribuciones del Congreso están enumeradas fundamentalmente en el art. 75 de la C.N., en artículos de la primera parte (“Declaraciones, derechos y garantías” y “Nuevos derechos”) y en algunos otros de la segunda referida a los poderes del Estado Nacional. Por supuesto que el Poder Ejecutivo no es ajeno a esas decisiones fundamentales, y por ello participa en la formación y sanción de las leyes, por medio de la *iniciativa legislativa* y mediante el poder de *veto* sobre las leyes sancionadas por el Congreso, que este órgano puede “vencer” mediante la insistencia por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara.

Con la vieja Constitución de 1853/60, las atribuciones del Poder Ejecutivo se ejercían sólo por medio de los *decretos* o *reglamentos autónomos* dictados por el Presidente en su calidad de jefe de la administración general del país, y por medio de los *decretos ejecutivos* o *reglamentarios de las leyes*, por medio de los cuales regulaba las cuestiones de “detalle” necesarias para poner en ejecución las decisiones legislativas. No estaba previsto que el Ejecutivo se arrogara facultades legislativas – impensable en el esquema clásico de división de poderes -, y muchas constituciones provinciales hasta lo prohibieron expresamente.

Claro está que el fuerte presidencialismo de nuestra cultura política y sistemas electorales que le permitían a quien llegara a la Presidencia tener una cómoda mayoría afín en las Cámaras del Congreso hacían que no fuera necesario que se arrogara atribuciones legislativas (para no hablar de las interrupciones del orden constitucional, en las que los usurpadores de turno avasallaron toda división de poderes). Asimismo, so pretexto de reglamentación de las leyes, se fue filtrando una suerte de *delegación legislativa* en el Poder Ejecutivo, que la Corte Suprema intentó

---

\* Profesor Adjunto de Derecho Constitucional de la UBA

limitar estrictamente en un principio, pero que finalmente terminó admitiendo, en la década de 1990 con gran amplitud.

Las dificultades de administración del Estado contemporáneo, con las crisis económicas recurrentes en un mundo cada vez más globalizado hicieron que los poderes ejecutivos de la mayoría de los países debieran tomar decisiones urgentes para afrontarlas, a cuyo fin los “lentos” trámites legislativos aparecieron ineficaces. Surgieron así en el derecho comparado distintos mecanismo de sanción de normas de contenido legislativo en breve tiempo, como los “proyectos de urgente tratamiento”, que se consideraban aprobados si el Congreso no disponía lo contrario en un tiempo determinado, o los “decretos de necesidad y urgencia” (o equivalentes), que debían ser ratificados por el Poder Legislativo.

El gobierno de Raúl Alfonsín, pese a su respeto por el orden constitucional, no escapó a esta tendencia, y en junio de 1985 dictó un típico decreto de contenido legislativo, invocando razones de extrema urgencia y necesidad, siendo que la Constitución vigente en ese momento no lo permitía. Me refiero al decreto 1095/85, llamado “Plan Austral”, por el cual se cambió la moneda, se congelaron precios y salarios y se dispuso una “desindexación” de las obligaciones pactadas y otras medidas económicas. Cuestionada su constitucionalidad ante la Justicia, la Corte Suprema finalmente lo avaló en un fallo de 1989 (“Porcelli”) con el argumento de que ya había sido ratificado por el Congreso.

Pero las razones de la Corte fueron más allá cuando, siendo Presidente Carlos Menem, en diciembre de 1990 en el fallo “Peralta” convalidó el decreto 36/90, que había dispuesto el canje forzoso de plazos fijos por títulos públicos (conocido como “Plan Bonex”). Esta vez, invocando la necesidad de una interpretación dinámica de la Constitución, sostuvo que las necesidades del Estado moderno habían “flexibilizado” el esquema clásico de división de poderes, haciendo necesario que el Ejecutivo, en situaciones de grave riesgo social que pusieran en peligro la subsistencia de la Nación, adoptara medidas de carácter *súbito* para superarlas. Paralelamente, en el caso “Cocchia” (1993), admitió con gran amplitud la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo

Con tales antecedentes, no fue extraño que al discutirse, al calor del apuro por la habilitación de la reelección presidencial, la reforma de la Constitución en 1993, se incorporaran en el temario esas cuestiones, lo que finalmente se plasmó en la el “Núcleo de coincidencias básicas” de la “ley declarativa de necesidad de la reforma” sancionada en diciembre de ese año, y finalmente en el texto de la Constitución reformada en 1994.

La incorporación al texto constitucional de esas atribuciones legislativas (decretos de necesidad y urgencia – art. 99 inc. 3 -, delegación legislativa del Congreso al Ejecutivo – art. 76 -, a las que hay que agregar la promulgación parcial de leyes – art. 80 -, que ya había sido avalada por la Corte en el fallo “Colella” de 1967), es seguramente lo que mas cuestionamientos ha generado en la doctrina constitucional de todas las reformas que se realizaron. Con razón se sostiene que la vaguedad de las fórmulas empleadas para definir tales habilitaciones y en especial la falta de fijación de plazos determinados para el ejercicio del control y ratificación del Congreso, han terminado por exorbitar las ya de por sí amplias facultades del Ejecutivo de nuestro sistema presidencialista, potenciados con la reglamentación que en 2006 se hiciera de ellas por la ley 26.122 (a la que luego me referiré).

Ello es así indudablemente, pero no puede pasarse por alto que por parte de quienes ejercen el poder político de turno existe una tendencia permanente y creciente a violar el espíritu de la Constitución. En efecto, toda Constitución tiene una letra escrita pero también un

contenido implícito, que se deriva de su interpretación armónica y teleológica. En tal inteligencia, no es lógico inferir que los constituyentes de 1994 hayan querido dejar en el olvido el sistema de tripartición de poderes de nuestra Constitución histórica. Quisieron sí agilizar el funcionamiento del gobierno cuando la gravedad de las crisis económicas y sociales lo exigieran, y para ello habilitaron mecanismos institucionales, pero le impusieron un marco jurídico constitucional. Precisamente, fue la vaguedad y amplitud con que la Corte Suprema había avalado los mecanismos de asunción de facultades legislativas por el Ejecutivo lo que motivó a los constituyentes (en especial por impulso de los representantes de los partidos opositores al oficialismo de turno en ese momento) a fijar las condiciones en que tales atribuciones debían ejercerse.

Por ello, todas las normas respectivas comienzan estableciendo el *principio general de la prohibición*. Sobre DNU: “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*” (art. 99 inc. 3); sobre delegación legislativa: “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo...*” (art. 76); sobre promulgación parcial de leyes, luego de contemplar el veto presidencial: “*...las partes no observadas sólo podrán ser promulgadas si ...*”.

Es a partir de tal principio general que deben interpretarse las habilitaciones legislativas que, como excepción, las mismas normas contemplan a continuación. Toda excepción es siempre de interpretación restrictiva y tanto mayor cuando se refieren a las atribuciones de los poderes del Estado en el sistema republicano de gobierno (doctrina de los casos “Sojo” de 1887 y “Horta” de 1922 y muchos otros de la Corte Suprema).

II.- Pues bien, aclarado el prisma bajo el cual debe analizarse todo conflicto institucional en que se discuta el ejercicio de una facultad por parte de alguno de los poderes del Estado, centrémonos ahora en los decretos de necesidad y urgencia, que es lo que ha motivado la crisis de enero. Para ello nada mejor que analizar precisamente el conflicto causado por los decretos 2010 del 14/12/2009, y 18 del 7/01/2010.

Por el primero el P.E. dispuso de 6.500 millones de dólares de las reservas del Banco Central para afrontar vencimientos de la deuda externa (llamado “Fondo del Bicentenario”), clara materia legislativa, toda vez que la disposición de los recursos públicos debe ser dispuesta por el Congreso, lo mismo que el “arreglo” del pago de la deuda externa. Además, el tema ya estaba contemplado en la ley de presupuesto del ejercicio 2010 que el Congreso había sancionado. Consciente de ello, el P.E. invocó las facultades de dictar DNU.

El decreto también violentó la autonomía del BCRA establecida por la carta orgánica aprobada por ley de 1992, lo que ocasionó, como es sabido que su Presidente requiriera un dictamen previo de la Dirección de legales de la entidad al respecto, demorando su acatamiento, resistencia que generó que la Presidenta dispusiera su destitución por el segundo DNU mencionado, medio éste elegido precisamente porque la ley exigía un mecanismo especial de remoción (dictamen previo de una Comisión Bicameral del Congreso).

Algunos legisladores promovieron un amparo contra el primer decreto, y obtuvieron por parte de la Jueza Federal Sarmiento una medida cautelar consistente en la suspensión del uso de las reservas por parte del Poder Ejecutivo hasta tanto el Congreso no se expidiera al respecto. La misma jueza por otra cautelar dispuso la suspensión de la destitución del Presidente del Banco Central. La primera medida fue luego ratificada por una Sala de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, cautelar que perdura hasta hoy toda vez que, interpuestos recursos extraordinarios ante la Corte Suprema, todavía no han sido concedidos por la Cámara.

Ahora bien, ¿cuál es el debate que se ha generado y qué es lo que eventualmente tendría que resolver la Corte Suprema?

El oficialismo argumenta que los DNU están en la Constitución y que el órgano que tiene la facultad de dictarlos es el que, en definitiva, evalúa si se dan las circunstancias fácticas que justifican hacer uso de tal herramienta. Como la ley 26.122 – reglamentaria del trámite que debe seguirse y de sus efectos – establece que tienen vigencia hasta que no sean expresamente derogados, sostiene que son *ley* mientras esa derogación no se produzca. De ahí entonces – según su óptica – el incumplimiento de los deberes de funcionario público por parte del Presidente del Banco Central al no acatarlo inmediatamente.

El primer argumento fue el de un sector minoritario de la doctrina (Rodolfo Barra) cuando se sancionó la reforma de 1994, al comentar el primer fallo que la Corte Suprema dictó sobre el tema. Me refiero al caso “Rodríguez” acerca de la privatización de los aeropuertos (1997), en el que la mayoría de la Corte sostuvo que, luego de la reforma, por imperio del trámite previsto por el art. 99 inc. 3, los DNU estaban sujetos al control del Congreso y detraídos de la revisión judicial (aunque hizo la salvedad de que, en el caso, no había derechos subjetivos afectados). Ello motivó la disidencia de tres jueces (Petracchi, Bossert y Belluscio), diciendo que no era posible que con la reforma de 1994 estuviéramos peor que antes cuando, aún sin estar contemplados en la Constitución, no se discutía que estaban sujetos al control judicial de constitucionalidad. Este punto de vista fue el sostenido por la mayoría de la doctrina.

Pero la doctrina alarmante de “Rodríguez” fue superada años después – en 1999 – por la Corte al expedirse sobre el DNU que dispusiera la eliminación de asignaciones familiares (“Verrochi”). Se dijo en este caso, básicamente, que la habilitación para dictar DNU era “*solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir el trámite de formación y sanción de las leyes*” - como expresamente reza el art. 99 inc. 3 -, circunstancias que tienen que ser objetivas. Por ejemplo, una situación de guerra, un terremoto, o porque la naturaleza de la medida no admite la demora de su discusión en el Congreso. Es decir, la medida debe ser por su propia naturaleza de carácter *súbito* como se dijera en el caso “Peralta” (por ejemplo, una devaluación de la moneda, un congelamiento de precios y salarios, etc., más allá del juicio de valor que estas medidas nos merezcan). Además, la situación de hallarse en receso el Congreso no implica las “circunstancias excepcionales” que la Constitución contempla porque, naturalmente, puede convocarse a sesiones extraordinarias.

Esta interpretación fue reafirmada por la Corte en fallos posteriores (“Risolia de Ocampo” de 2000 y otros). Es decir, nunca debe usarse la herramienta de los DNU para eludir la discusión en el Congreso cuando se visualiza que, por la composición de las fuerzas políticas, no será aprobado o generará un rechazo en la opinión pública.

Han sido estas, ni más ni menos, las razones por las cuales la jueza Sarmiento y la Cámara Contencioso Administrativo han suspendido la ejecución del decreto 2010/09 con la más estricta sujeción a la doctrina de la Corte. Es decir, ninguna circunstancia excepcional que impidiera seguir el trámite de formación y sanción de las leyes existía (máxime cuando los vencimientos de la deudas debían producirse varios meses después, y su pago estaba previsto en la ley de presupuesto). Las resoluciones nada dicen sobre las bondades o no del “Fondo del Bicentenario” (tema sí de indudable naturaleza política). Solamente que se trata de una medida de carácter legislativo, que debió ser decidida por el Congreso y que debe suspenderse mientras éste no lo se expida.

La Justicia decidió lo constitucionalmente correcto y ha obligado – con la medida cautelar - a que el Ejecutivo acceda a tratar el tema en el ámbito del cual nunca debió detraerse - el Congreso de la Nación -, cosa que – según se anuncia - se hará cuando empiecen las sesiones ordinarias. El Poder Ejecutivo procura que la nueva Sala interviniente de la Cámara Contencioso Administrativa conceda el recurso extraordinario ante la Corte con efecto suspensivo de la cautelar decretada para de esa manera eludir la discusión en el Congreso.

En efecto, la ley 26.122 – dictada a instancias del oficialismo en 2006 – establece que los DNU tienen plena vigencia como si se tratara de una ley desde su publicación y para su derogación debe ser rechazado por las dos Cámaras del Congreso (art. 24). Es decir, rigen mientras no sean derogados expresamente; de ahí que, de no ser por la medida cautelar dictada por la Justicia, el Ejecutivo hubiera dispuesto de las reservas del Banco Central y ni siquiera tendría apuro, ni necesidad, de debatir el tema en el Congreso. Se trata de una reglamentación que distorsiona el espíritu de la Constitución. Como ha propiciado la mayoría de la doctrina, la reglamentación debería prever que si el DNU no es ratificado en un plazo perentorio (v.g. 30 o 60 días), pierde automáticamente vigencia. Es que si el Ejecutivo asumió con carácter excepcional una facultad legislativa, la no ratificación del Poder Legislativo debe hacer presumir su rechazo.

Podrá quizás decirse que el legislador, en uso de la facultad reglamentaria reconocida por el mismo art. 99 inc. 3 optó por la vigencia provisoria del decreto mientras no fuera derogado, pero no pueden caber dudas acerca de la inconstitucionalidad del artículo que exige, para dar por operada la derogación, el rechazo de las dos Cámaras. Ello así porque si la materia del decreto es legislativa, si una Cámara no lo aprueba no queda conformada la voluntad del Congreso. Demás está recordar que las leyes requieren de la sanción de las dos Cámaras.

III.- El decreto de creación del Fondo del Bicentenario ha puesto sobre el tapete, como pocos, el esquema constitucional del reparto de facultades entre los poderes del Estado y cómo deben controlarse mutuamente. Las decisiones políticas fundamentales (v.g. aquellas que hacen a la disposición de los recursos públicos y la reglamentación de los derechos fundamentales) le corresponden al órgano investido de la representación popular (que por mérito de nuestro sistema electoral expresa a todo el variado arco político de la opinión pública). Por excepción, solamente cuando por la naturaleza de la medida es imposible seguir el trámite de formación de las leyes – que no incluye el caso de que el Congreso esté en receso -, el Ejecutivo puede emitir disposiciones de carácter legislativo, que deben ser inmediatamente evaluadas por el Congreso. Mientras tanto, el Poder Judicial, investido de la autoridad constitucional debe velar por el respeto de la Constitución, verificando que objetivamente tales circunstancias se hayan dado.

Tal control del Poder Judicial no implica inmiscuirse en las bondades sustanciales de la medida dispuesta por el DNU. Ello es una decisión de naturaleza política que debe ser analizada por el Congreso. El control del Poder Judicial apunta a lo formal (el mecanismo y el procedimiento utilizado), pero desde el punto de vista constitucional, la forma no es un tema menor. Hace a la sustancia de nuestro sistema institucional de reparto de los poderes del Estado.

Para que ese esquema funcione de acuerdo al espíritu de la Constitución urge la modificación de las leyes que lo distorsionan, como el art. 24 de la ley 26.122 que permite que un DNU sea convalidado con la aprobación de una sola Cámara del Congreso. En su defecto, es de esperar que la Corte Suprema en su excelsa misión de velar por la supremacía constitucional, lo declare inconstitucional.

