

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y EL ESTADO DE DERECHO. ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO Y BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN EN BRASIL

FLORENCIA MOLJO *

Resumen: ¿Cuál es la conexión entre los decretos de necesidad y urgencia y el fortalecimiento o debilitamiento del Estado de Derecho? El propósito de esta investigación tendrá como objetivo responder a esta pregunta. Para ello, se definirá en primer término el Estado de Derecho. Luego, se examinará el rol de los decretos de necesidad y urgencia en Argentina (especialmente después de la reforma constitucional de 1994). Por último, se hará referencia a la situación de este instituto en Brasil.

Palabras clave: Decretos de necesidad y urgencia - Leyes - Reforma constitucional.

Abstract: ¿Which is the linkage between constitutional decree authority (CDA) and the weakening or strengthening of a state based on the Rule of Law? The purpose of this article is to answer to that question. Thus, first the main characteristics of the State based on the Rule of Law will be defined. Then, I will analyze the role of the constitutional decree authority (CDA) in Argentina (especially after the constitutional reform in 1994). Last but not least, a reference to this institution in Brazil will be made.

Key words: Constitutional decree authority - Rule of Law - Constitutional reform.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo estudiar las relaciones entre los decretos de necesidad y urgencia y el Estado de Derecho. En primer término se conceptualizará el Estado de Derecho, sus características y notas fundamentales. Seguidamente, se analizará el papel de los decretos de necesidad y urgencia en el contexto político institucional argentino (especialmente después de la reforma constitucional de 1994), con una breve reseña de la situación de este instituto en la Constitución brasilera. Como

* Adscripta de Filosofía del Derecho y Derecho Político y Doctoranda en la Facultad de Derecho de la UNR.

corolario se observará la influencia de los decretos de necesidad y urgencia en el fortalecimiento o debilitamiento del Estado de Derecho.

II. El Estado de Derecho

No todo Estado puede considerarse Estado de Derecho. Difícilmente cabría pensar hoy Estado sin Derecho, es decir, sin un ordenamiento jurídico normativo. Sin embargo, no cualquier ordenamiento jurídico puede asociarse al Estado de Derecho (piénsese en el régimen jurídico nazi¹). A los fines de precisar el concepto, se entenderá el caracterizado por los siguientes principios:

a) *Imperio de la ley*: ley en cuanto expresión racional de la voluntad popular emanada de los órganos político-representativos. En el Estado de Derecho toda ley debe subordinarse a la Constitución, no sólo en cuanto a las formas sino también en lo atinente a su contenido.

b) *División de poderes*: la existencia de un régimen de separación de poderes, implica que la creación de las leyes está a cargo del órgano legislativo (representativo de la voluntad popular), el gobierno a cargo del ejecutivo y la administración de justicia a cargo del judicial. El sentido histórico de este principio fue evitar la concentración de poder, especialmente en manos del ejecutivo, a través de un sistema de contrapesos y equilibrios (checks and balances), para lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos.

c) *Legalidad de la Administración*: esto significó que toda la actividad estatal debía estar subordinada a leyes generales y abstractas, provenientes de la voluntad general.

d) *Respeto de los derechos y libertades fundamentales*: esto apuntó al establecimiento jurídico-formal de los mismos, como así también a ciertas garantías para su efectiva vigencia material.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli, sintetizó de la siguiente manera estos principios: a) de *legalidad* de toda la actuación estatal, vinculada a su vez al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad e inmunidad personales, b) de *publicidad* de los actos tanto legislativos como administrativos y judiciales, que impone el ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles y por último c) de *control* de todas las actividades

¹ Es interesante en este punto el análisis que realiza NINO, Carlos, "Introducción al análisis del derecho", 13ª reimp., Bs. As., Astrea, 2005, págs. 11/46.

estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jueces independientes y de control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivo y administrativos.

Asimismo, Ferrajoli² sostiene que con la expresión Estado de Derecho se pueden entender dos cosas diferentes: a) en sentido *débil* o *formal*, Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, son Estado de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, aún, los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal; b) en sentido, *fuerte* o *sustancial*, Estado de Derecho designa sólo aquellos ordenamientos en la que los poderes públicos están además, sujetos a la ley no sólo en lo relativo a las formas sino también en los contenidos. Son pues, Estados de Derecho aquellos ordenamientos en que todos los poderes están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. El primero es el denominado *Estado Legal o legislativo de derecho* que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolizador de la producción jurídica, y el segundo es el modelo del *Estado Constitucional de Derecho* en donde se produce la subordinación de la legalidad misma a constituciones rígidas y a las leyes como normas de reconocimiento de su validez, esto es, las condiciones de validez de las leyes dependen de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.

En este sentido, el concepto de validez de una norma deja de ser puramente formal (identificándose la misma con la pertenencia a cierto ordenamiento jurídico) y pasa a referirse al significado de la misma, en otras palabras en cuanto coherente y compatible con la Constitución. De esta manera “el paradigma del Estado Constitucional de Derecho –o sea el modelo garantista–, no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la

2 FERRAJOLI, Luigi, “Estado de Derecho: entre pasado y futuro (seguido de diez tesis)”, en “Cambio de paradigma en la filosofía política. Cuaderno del Seminario Público”, Fundación Juan March.

legitimación sustancial, o si se quiere la racionalidad formal y la racionalidad material weberiana”³.

III. Decretos de necesidad y urgencia en Argentina. Antecedentes

Nuestra Constitución histórica de 1853 adoptó el sistema presidencialista siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Importantes pensadores de la ciencia política como, Maurice Duverger y Karl Lowestein ubican al presidencialismo dentro de los regímenes políticos de separación de poderes en contraposición con la colaboración de poderes, propias de los sistemas parlamentarios. Así, nuestros constituyentes, inspirados en la Constitución americana, incorporaron el sistema clásico de división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para evitar la concentración de poder que atente contra los derechos y garantías fundamentales y el abuso del poder que lleve a un gobierno totalitario.

Según nuestra Carta Magna, el presidente de la Nación, conforme al principio de división de poderes, no puede emitir disposiciones de carácter legislativo. Esa potestad recae exclusivamente en el Congreso, órgano legislativo por excelencia. El Poder ejecutivo sólo colegislaba participando en la etapa de iniciativa y sanción de las leyes, con el veto y la promulgación y dictando decretos o reglamentos autónomos y de ejecución o reglamentario de leyes. Este era el límite infranqueable, que el constituyente histórico había puesto al ejecutivo.

En efecto, antes de la reforma constitucional de 1994, la Constitución Nacional prohibía expresamente en su art. 29, con gran énfasis: “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional... facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”.

A pesar de ello, el dictado de decretos de necesidad y urgencia se convirtió poco a poco en una práctica habitual. Luego de restaurada la democracia, tanto Alfonsín como Menem los utilizaron, pero recién en la

3 FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho como sistema de garantías”, ponencia expuesta en las Jornadas sobre “La crisis del Derecho y sus alternativas”, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, diciembre 1992.

presidencia del segundo ello se convirtió en una rutina institucional. De esta manera –y a pesar de no haber sido receptados por la Constitución histórica–, estas facultades del PEN fueron aumentadas, al reconocerse doctrinaria y judicialmente la posibilidad de que el presidente dicte “*decretos de necesidad y urgencia*”, asumiendo por sí mismo competencias legisferantes atribuidas por la Constitución al Congreso.

La recepción jurisprudencial de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia en 1990 con el fallo “Peralta”⁴, en el que se aceptó la constitucionalidad de los mismos, pues se le reconoció expresamente al presidente la posibilidad de dictar este tipo de normas, siguiendo con la incorporación de los mismos al texto constitucional.

Con el objetivo de poner límites a esta práctica abusiva de legislar por parte del PEN, la reforma de 1994 a través del dictado del art. 99 inc. 3º C.N. le reconoce expresamente al Presidente la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia pero con carácter excepcional y sobre determinadas materias y circunstancias habilitantes.

Así, del citado artículo surge un *principio general* que es la prohibición del dictado de este tipo de decretos: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”. Y una excepción, “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en 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”.

Según se desprende del artículo, es necesario que exista una situación real de “necesidad y urgencia”. Tal como sostiene Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia. Es decir no puede ser utilizado este mecanismo de excepción por la mera imposibilidad política derivada de la carencia, por el gobierno, de quórum o mayorías propias para imponer su criterio pues se corre el riesgo de que la asunción extraordinaria de estas

4 CSJN, “Peralta, Luís A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, sentencia del 27/12/1990. Mediante un DNU, se autorizó la apropiación por parte del Estado de depósitos a plazo fijo convirtiéndolos en bonos del Estado pagaderos a diez años.

facultades termine convirtiéndose en una usurpación de las competencias de otro poder. Asimismo, debe existir un estado de “urgencia”, y lo urgente es lo que no tolera demora. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento parlamentario normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible legislar sin demora por parte del Poder Ejecutivo.

Marienhoff sostiene que “ha de tratarse de una necesidad y una urgencia súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo. Si ese estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de causa”⁵.

En suma, muchos autores sostienen que debe producirse un hecho donde entre en juego la supervivencia del sistema político, debe existir una imposibilidad material y formal de seguir con los trámites normales de sanción de las leyes y por último la circunstancia debe ser ciertamente excepcional.

Mucho se ha dicho sobre el acierto (o el desacierto) de la incorporación constitucional de este instituto, pero casi unánimemente se coincide en la ilegitimidad de su utilización arbitraria e infundada, en el entendimiento que todo decreto de necesidad y urgencia, quebranta el esquema clásico de división de poderes. A pesar de ello, entre 1853 y 1983 se dictaron 15 decretos de necesidad y urgencia, por su parte durante el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín (1983/1989) ascendieron a 10. Mientras que durante el gobierno de Menem el dictado de este tipo de decretos ascendió a más de 472, aproximadamente. En sus cuatro años de gobierno, Kirchner firmó 249 aproximadamente y sólo envió al Congreso 176 proyectos de ley.

Desde el restablecimiento de la democracia, se ha incrementado sustancialmente el uso de este instrumento y se ha convertido en un instrumento ordinario de gobierno.

IV. Decretos de necesidad y urgencia. Situación actual

El uso de los decretos de necesidad y urgencia, implica la pérdida de competencias propias del Congreso. En esta línea es importante destacar que recién en julio de 2006 se sancionó la ley que reglamenta el trámite y los

5 MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho administrativo”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965.

alcances de la intervención del Congreso (Comisión Bicameral Permanente) respecto de los decretos de necesidad y urgencia y delegados, es decir 12 años después de la reforma constitucional.

Esta ley, la 26.122, de forma vaga e imprecisa define su mecanismo de actuación, a saber:

1. Estará integrada por ocho senadores y ocho diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de las representaciones políticas.
2. Cumple funciones aún durante el receso del Congreso.
3. Sólo sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros.
4. Los dictámenes de la Comisión 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.
5. La Comisión deberá expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.
6. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.
7. Para emitir dictamen, la Comisión puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.
8. En caso de que el Jefe de Gabinete no remita el decreto en el plazo establecido a la Comisión, ésta última se abocará de oficio a su tratamiento.
9. La Comisión tiene diez días hábiles desde la presentación del decreto por el Jefe de Gabinete para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración. En caso de que transcurra el plazo sin que la Comisión haya elevado el correspondiente despacho en el plazo correspondiente, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto.
10. Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.

La crítica más importante a esta ley, se centra en el mecanismo de aprobación de los decretos. Esto es así, ya que la ley indica que la Comisión Bicameral Permanente deberá expedirse dentro de los 10 días hábiles (desde

la presentación realizada por el Jefe de Gabinete), acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar su dictamen al plenario de cada Cámara para su tratamiento, sin embargo la ley no establece el plazo dentro del cual el Congreso debe pronunciarse. De esta manera, mediante esta ley cualquier decreto conservará su vigencia hasta tanto no sea rechazado por ambas Cámaras. Es decir, si uno de los cuerpos legislativos lo aprueba y otro lo rechaza, el decreto quedará firme hasta no tenga la aprobación o rechazo de ambas. Este mecanismo de aprobación “tácita” viola el principio de legalidad y de división de poderes. Específicamente esta reglamentación vulnera el art. 82 de la Constitución Nacional que expresa: “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

La omisión del Congreso de pronunciarse tiene como consecuencia la aprobación ficta de los citados decretos. Este mecanismo, quebranta la expresa prohibición del art. 82. de la C.N.

Asimismo, la ley 26.122 atenta contra el principio de división de poderes, convirtiendo en una excepción el principio general que prohíbe al Poder Ejecutivo, bajo pena de nulidad absoluta, emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99., inc. 3), ya que autorizaría a dicho órgano a legislar hasta tanto el Congreso decida (en un plazo completamente indeterminado) ratificar o no tal disposición.

En este punto, como juristas tenemos que alertar sobre este doble peligro:

- a) En Argentina la doctrina de la excepción se ha convertido en una rutina institucional, en la cual el Congreso es visto como un estorbo para las políticas públicas de los gobiernos de turno, arrogándose el ejecutivo facultades legislativas que le son impropias.
- b) En segundo lugar, la reglamentación de la intervención del Congreso, desdibuja y frustra la posibilidad de control sobre el ejecutivo. Razón por la cual sostenemos la inconstitucionalidad de la ley 26.122.

Vale sostener que la consideración propuesta tiene relación con un sistema político-institucional caracterizado en nuestro país por la falta de independencia del poder judicial, el crecimiento de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, y que permitió desde la Corte Suprema confirmar jurisprudencialmente temas como la reforma del Estado, las privatizaciones, el corralón financiero, la pesificación, reducciones salariales, la limitación al

derecho a huelga o los indultos a los militares que participaron de la última dictadura militar.

En este sentido, Negretto puntualiza que la interpretación más aceptada del “gobierno por decreto” (*government by decree*) en las nuevas democracias asocia esta práctica con los desafíos que enfrentan los países que experimentan una doble transición: del autoritarismo a la democracia y del estatismo a la economía de mercado. Países como Bolivia, Argentina, Perú y Brasil, desde mediados del ochenta, han adoptado planes de estabilización y reformas estructurales mediante decretos. Sin embargo, hay consenso general entre los estudiosos de las transiciones democráticas y económicas, en ver a la práctica del *decretismo*, un impedimento absoluto para la consolidación de las instituciones representativas”⁶.

V. Breve referencia al caso brasileiro

En oposición a lo que sucede en Argentina, con la nueva reglamentación que introduce la aprobación tácita, en Brasil rige la regla de la aprobación expresa.

La Constitución reformada en 1988 de Brasil en su art. 62, impone que en casos de “relevancia” y “urgencia” el presidente podrá dictar *medidas provisórias* con fuerza de ley, las cuales deberán ser aprobadas de forma inmediata por el Congreso, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días. En su versión original, el artículo establecía que las medidas provisionales perderían eficacia si no eran convertidas en ley en el plazo de 30 días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso regular las relaciones derivadas de ellas. Desde 2001, el límite para la validez y aprobación de las medidas provisórias es de 60 días, con opción a extender el plazo por 60 días más por única vez.

Antes de 2001, sin embargo, el plazo podía ser eternamente extendido, generando un cúmulo progresivo de medidas provisórias que alcanzó un ápice de 2587 reediciones en el segundo gobierno de Fernando Enrique Cardoso, entre los años 1998 y 2002.

Encaminadas al Congreso, las medidas provisórias pueden convertirse en ley. Tras 45 días de su publicación, su votación, en la Cámara o en el Senado,

6 NEGRETTO, Gabriel, “Government capacities and policy making by decree in Latin America, the cases of Brazil and Argentina”, en “Comparative Political Studies”, vol. 37, N° 5, 2004, págs. 531/62.

entra en régimen de urgencia, suspendiendo todos los procesos e impidiendo la votación de proposiciones, haciendo con que ningún otro asunto sea votado antes de que se decida respecto a la medida provisoria anterior.

En la Constitución brasilera de 1967 regía la aprobación ficta, sin embargo el objetivo principal de la reforma de 1988 fue reforzar el papel del Congreso, debilitando la capacidad de legislar del Ejecutivo, mediante la intervención del mismo.

VI. Conclusiones

Este trabajo se propuso estudiar el papel de los decretos de necesidad y urgencia en el fortalecimiento o debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho (adoptando la terminología de Ferrajoli).

En este sentido se pudo apreciar:

- 1) Un instrumento de excepción y emergencia, como son los decretos de necesidad y urgencia, son en cambio, utilizados como herramienta ordinaria de gobierno.
- 2) En muchos casos los mencionados decretos han contribuido al debilitamiento y/o pérdida de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional (a tenor de las materias objeto de los decretos).
- 3) La nueva ley que reglamenta el control del Congreso sobre el Ejecutivo, en cuanto al dictado de los decretos de necesidad y urgencia, desdibuja mediante la aprobación ficta la revisión del órgano legislativo, desvirtuando la intención del constituyente de 1994.
- 4) La experiencia brasilera, puede servirnos de modelo a imitar, en tanto impone la aprobación expresa del Congreso y vigoriza el sistema de pesos y contrapesos. Como, asimismo equilibra la distribución de poder y la posibilidad de control.

A modo de corolario, se podría agregar lo siguiente:

Los decretos son una manifestación más del “decisionismo” reinante y del decrecimiento de la independencia de poderes, siendo además una expresión del debilitamiento de las instituciones frente al fortalecimiento del Ejecutivo. Se puede concluir que en Argentina, está en crisis el principio de legalidad, la división de poderes y que el control jurisdiccional y político resulta insuficiente y en muchos casos ineficaz.

Esta hiper producción de decretos, es una muestra clara de que en la Argentina subsiste una manera legalista de concebir el poder. La legalidad propia del Estado Constitucional de Derecho que enuncia Ferrajoli, es reemplazaba por el *decisionismo de turno*.

Para Negretto “el mayor riesgo de los decretos de necesidad y urgencia, es que cualquier política que para el gobierno resulta importante, no sólo cuando se ve en riesgo la supervivencia de la democracia o el sistema económico, *puede ser aprobada por decreto*. De esta manera, los decretos de necesidad y urgencia debilitan los mecanismos horizontales y verticales de responsabilidad y afectan la legitimación parlamentaria legisferante, y asimismo la confianza de los ciudadanos y los agentes económicos en la estabilidad de las decisiones de gobierno”⁷.

Argentina, está lejos de ser un Estado de Derecho en sentido fuerte, el paradigma aristotélico del *gobierno de la ley* es reemplazado por el de *gobierno por decreto*. El respeto de los poderes públicos a la ley, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en cuanto a sus contenidos coherentes con la Constitución Nacional, es suplantado por la discrecionalidad del Ejecutivo de turno.

Con el deterioro de las instituciones, se desdibujó el Estado Constitucional de Derecho. A mayor poder, debe corresponder mayor control. Por ello, sólo una cultura jurídica que tome en serio la Constitución podrá construir un país donde los derechos, libertades y garantías previstos en la Constitución, no sean sólo un catálogo de ilusiones.

7 íd.