

A 10 años de la reforma: ¿limitación o autorización de los Decretos de Necesidad y Urgencia?

Por Mercedes Llano

DOCUMENTOS

La constitucionalización de los DNU desbordó de optimismo a sectores confiados en que la regulación permitiría limitar los usos y abusos de los dispositivos de emergencia. Tanto el entusiasmo e ingenuidad de unos, como los intereses políticos de otros, impidieron oír las advertencias de la oposición², la cual resaltaba la falta de claridad de la norma y el consecuente uso abusivo y discrecional que podría hacerse de los DNU. Los detractores de la norma, al contrario de sus partidarios, veían en el dispositivo más que una limitación, una autorización a su recurrencia.

Los hechos demuestran que los presagios de la oposición se están cumpliendo. El Presidente Néstor Kirchner en poco más de un año de gobierno ha dictado 66 DNU, sin contar las leyes sancionadas en virtud de las facultades delegadas al principio de su gestión y extendidas hasta diciembre próximo.

A casi 10 años de la reforma constitucional la oposición aun deposita una esperanza en la sanción de la ley especial que establezca el alcance de la intervención del Congreso. Sin embargo, el gobierno, respaldado por la mayoría en ambas cámaras, prefiere evadir el control y dilatar la asignatura pendiente que tiene con la sociedad.

Mercedes Llano es Coordinadora del Programa Modernización de Partidos Políticos del Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina (CADAL). Es Licenciada en Ciencias Políticas y Administración Pública (Universidad Nacional de Cuyo); obtuvo un Certificado de Estudios Políticos en el Institute d'Études Politiques (2001 – 2002) (Toulouse, FRANCIA); y se encuentra cursando una Maestría en Administración y Políticas Públicas (Universidad de San Andrés) y un Posgrado en Opinión Pública (FLACSO).



La constitucionalización de los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) despertó sinceros entusiasmos como ocultos intereses en el seno de la Convención Constituyente de 1994, habiendo sido su inclusión en la ley declarativa de necesidad de reforma motivo de controversias. Por un lado, los justicialistas pretendían sólo incorporar procedimientos abreviados con sanción ficta a la ley declarativa de necesidad de reforma. Por otro, los radicales, ante el uso abusivo y discrecional de los DNU por el gobierno de Menem, insistían afanosamente en su constitucionalización a fin de limitarlos y controlarlos, oponiéndose a la propuesta justicialista. Estas finalidades contrapuestas fueron subsanadas por medio de un acuerdo que dio fruto al tratamiento constitucional de los DNU.

Durante la discusión de la medida de emergencia en la Convención algunos constituyentes pactistas hicieron alusión a este arreglo. Por su parte, el convencional Alberto García Lema (PJ) expresaba: “desde las preferencias del justicialismo en la materia de necesidad y urgencia se preferían los proyectos de ley con sanción ficta (...) en vez de regular los DNU. Durante el debate interpartidario se hicieron objeciones dignas de ser atendidas- y así fueron consideradas por el justicialismo- en el sentido de que la sanción ficta y la determinación de plazos para el pronunciamiento por parte de las cámaras implicaba una pérdida de libertad de los partidos opositores para el desarrollo de su actividad legislativa (...). Se estableció además como pauta que se iba a prohibir la sanción ficta de los proyectos de ley. Ahí es cuando reaparece (...) la cuestión de los DNU”. Asimismo, el convencional Miguel Ortiz Pellegrini (UCR) sostenía: “(...) desde 1989 en adelante se ha incrementado el número de este tipo de instituto, lo que motivó que el radicalismo solicitara su tratamiento, cuando se firmó el Pacto de Olivos para que se incluyera en la ley de reforma”.

¿Cuáles eran las finalidades perseguidas por los partidarios de la constitucionalización?

A través de la reforma constitucional se procuraba atenuar el presidencialismo, acrecentar el poder legislativo y mejorar el equilibrio de poderes, entre otros.

Los convencionales constituyentes señalaron las siguientes razones para incorporar los DNU a la Carta Magna:

- Para evitar el abuso y la discrecionalidad, se pretende regular, se pretende normatizar (Ramón Mestre-UCR).
- Para dificultar en el futuro la tarea de dictar un DNU (Alberto García Lema-PJ)
- Para perfeccionar el control legislativo lo cual importará profundas modificaciones respecto de prácticas anteriores (Alberto García Lema-PJ)
- Porque constituye un importante avance para resolver en el marco constitucional la situación de necesidad y urgencia (Miguel Ortiz Pellegrini-UCR).

En definitiva, los partidarios de la contitucionalización, especialmente el sector radical, buscaban ponerle reglas, **limitar** una situación de hecho que se tornaba innegable.

¿En qué consistieron las críticas, dudas y advertencias de la oposición?

- “Estamos *autorizando* y *convalidando* el principio de que el Poder Ejecutivo pueda dictar DNU, y la práctica lamentable de los últimos años de nuestro país llevó a que se dictaran 308 DNU. Ello implica otorgarle facultades legislativas al PE porque *no existen razones* de necesidad y urgencia en gran parte de estos decretos que fundamentan el dictado de estas medidas por parte del PE, significa subvertir el principio de separación de poderes donde el PE toma facultades que no le son propias” (Ramón Torres Molina- Frente Grande).
- Éste es el capítulo más grave de esta reforma, porque se abre la puerta para que el Congreso se transforme en un órgano *vacío de poder* (...) con esta solución va a ser peor el remedio que la enfermedad, porque ahora se está abriendo la vía para que esto se transforme en una rutina, ahora será una *rutina institucionalizada*, una rutina con el aval de la Constitución.(Alberto Natale- Partido Demócrata Progresista).
- También el Bloque del Frente Grande concebía que esto de introducir la excepcionalidad institucional dentro de la doctrina del sistema de estado de derecho, es un error histórico, imperdonable, porque realmente convalida aquella frase que dijera en esta misma Convención, Monseñor Jaime De Nevares: “Estoy asistiendo a los *funerales de la república*”.
- También fue recurrente la siguiente crítica: “Este tipo de autorizaciones es propio *de los sistemas parlamentarios* y no de los presidencialistas” (Ramón Torres Molina- Frente Grande) ...”es una institución de los sistemas parlamentarios ya que en ellos sí se justifican porque hay una íntima dependencia de poder ejecutivo respecto del poder legislativo”.
- “La propuesta (...) no importa más que institucionalizar un vicio *sin los debidos controles*” (Guillermo Pose-Partido Demócrata).
- “Éste es el tema más delicado de la reforma constitucional, hay temas que pueden ser opinables, pero dejar abierta la puerta para una asunción legislativa por parte del Poder Ejecutivo en forma, eventualmente, *muy poco limitada*, muy poco acotada, implica un *peligro republicano gravísimo*”. (Eugenio Zaffaroni-Frente Grande).

En definitiva, se presumía que regular dichos decretos o bien, aprobar la norma propuesta por el pactismo implicaba **autorizarlos** o **legitimarlos**.

Nuestro actual Presidente Néstor Kirchner durante su gestión ha dictado casi 70 decretos de necesidad y urgencia. ¿Por qué la reforma no pudo revertir el uso y abuso discrecional de los DNU? Indudablemente, el dispositivo de emergencia adoleció de indefinición y falta de claridad, especialmente en lo referido al control legislativo. Lamentablemente esta imprecisión normativa no se debió a la falta de previsibilidad del constituyente, sino más bien a desacuerdos políticos. Según sostenían sectores de la oposición, el justicialismo y el radicalismo, no habrían podido llegar a un arreglo en cuanto a los trámites y alcances de la intervención del Congreso relegando su tratamiento a la sanción de una ley especial.

El convencional constituyente por el justicialismo, Alberto García Lema, en una de sus intervenciones señaló: “hasta tanto se dicte esa ley, continuará siendo materia doctrinaria y jurisprudencial fijar el alcance que debe atribuirse a la intervención del Congreso respecto de los DNU”.

¿Qué aspectos quedaron abiertos a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial?

Uno de los aspectos más cuestionados se refirió a la falta de precisión respecto del **estado de necesidad**. Eugenio Zaffaroni (Frente Grande), recurriendo al derecho comparado para analizar las limitaciones a la situación, expresó que el proyecto oficial no requería estado de excepción y que la norma caracterizaba débilmente la delimitación de la situación de necesidad. En el mismo sentido, Aníbal Ibarra (Frente Grande) dijo que el proyecto “de la mayoría dejaba más dudas que certezas, se habla de circunstancias excepcionales y, como se remarcó aquí, no se las especifica (...) Esto permite cualquier criterio amplio y creo que sería un acto de responsabilidad limitarlo o acotarlo (...)”.

La norma tampoco aportó claridad en lo que respecta un cuestionado fundamento de los DNU: **la conveniencia o la eficacia de la medida**. Según el constitucionalista mendocino Alejandro Pérez Hualde, a partir de 1994 la norma de la Constitución Nacional rechaza la posibilidad de dictar DNU fundados en la conveniencia. Sin embargo, algunos convencionales demostraron una actitud escéptica en cuanto a la extinción de tal fundamento, entre ellos Horacio Conesa Mones Ruiz (Fuerza Republicana), quien sostuvo que “los decretos por conveniencia son vistos ya como productos normales del sistema, cuya incorporación herirá de muerte al sistema republicano”.

También despertó dudas respecto de la superación de tal fundamento la justificación del proyecto presentado por el pactismo. En el mismo, se afirma que la proliferación de los DNU hace indispensable la introducción de límites y controles. No obstante, la frase citada de Meynaud para finalizar el párrafo referido a los DNU pareciera justificar los decretos por conveniencia: “la eficacia es la regla de oro del gobierno moderno”; las modificaciones que hemos comentado apuntan en esa dirección, compatibilizando eficacia y control.

Si bien es claro que **el sujeto que determina la existencia del supuesto fáctico** es el Ejecutivo, se plantearon serias dudas durante la Convención respecto de la discrecionalidad del gobierno para la interpretación del mismo. El temor radica en el sujeto encargado del control de la existencia del estado de necesidad: ¿estará en manos del legislativo o del poder judicial? ¿El poder judicial abdicará su atribución de control por tratarse de una cuestión política?

En lo relativo a las **condiciones**, en el seno de la Convención no estaba definido si la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución hacía referencia a una imposibilidad funcional o política (desacuerdo del Poder Legislativo con el Poder Ejecutivo). Según el convencional Humberto Quiroga Lavié (UCR), no sería claro el alcance normativo de dicha prescripción debiendo en su defecto, establecer explícitamente que se trata de una imposibilidad funcional y no política, es decir, la imposibilidad de no contar

el gobierno con el quórum o con las mayorías necesarias para poder imponer su propia política en el Congreso de la Nación.

En cuanto a la **remisión** del DNU al Congreso, la Carta Magna no fija plazo para el expreso tratamiento en plenario, sino tan sólo contempla su *inmediata* consideración.

La indeterminación de la norma suscitó serios cuestionamientos en el seno de la Convención Constituyente. El convencional Roberto Cornet (UCD), partidario del establecimiento de “plazos fatales” para el tratamiento en plenario, expresó: “Este término inmediato, cuando no existen plazos, pueden ser tres días, treinta días, seis meses, realmente es vago y crea inseguridad...”.

Los convencionales Aníbal Ibarra (Frente Grande) y Roberto Cornet (UCD) formulaban insistentemente las siguientes preguntas a los partidarios del despacho mayoritario: “¿cuál es el inconveniente en poner un plazo?” (...), ¿hay algún inconveniente que esta palabra (...) se cambie, donde dice “el que de inmediato considerará la cámara” cambiemos el término “inmediato” por “30” días?

El convencional Eugenio Zaffaroni (Frente Grande) señaló otra consecuencia de la norma aprobada “lo grave (refiriéndose al proyecto propuesto) es que no se limita **vigencia** al no colocar plazos”.

A pesar de que la norma incorporada a la Constitución estableció claramente el “expreso tratamiento” en plenario, el tema de los efectos del **silencio** del Poder Legislativo suscitó controversias y sembró profundas dudas entre los convencionales.

La interpretación en sentido positivo que se le dio al silencio del Poder Legislativo en el caso Peralta, y la doctrina administrativista constituyeron los elementos sobre los cuales se apoyaron los convencionales más escépticos. Esta preocupación se vio agravada por el hecho de que se dejaba librada a la sanción de una ley especial los efectos que produciría el silencio. Nuevamente la oposición planteó la necesidad de definir los efectos del silencio¹ en la misma Constitución respaldándose en los casos italiano y español en los cuales se interpreta al silencio en sentido negativo.

Pueden señalarse tres interpretaciones que se le dio al silencio en la Convención:

- En tanto el Congreso no sancione la ley especial, el alcance de la intervención del Congreso con respecto a los DNU será materia doctrinaria y jurisprudencial.
- El silencio convalida.
- El silencio deroga.

Dentro del primer grupo es posible distinguir entre los pactistas que preferían delegar la responsabilidad de establecer los procedimientos al Congreso (Alberto García Lema, Guillermo De Sanctis- PJ) y los opositores que insistían en la falta de claridad del texto temiendo por las consecuencias de la indeterminación. Entre estos últimos podemos citar a Eugenio Zaffaroni (Frente Grande), quien sostenía: “No voy a compartir de ninguna manera la interpretación de que, conforme al texto que emerge, el decreto-ley puede seguir vigente indefinidamente ante el silencio del Congreso. Pero lo que sí afirmo es que la forma en que se lo regula deja abierta la puerta para que se interprete de esa manera. Sin pretender hacer premoniciones, sin

pretender tener dotes parapsicológicas, estoy absolutamente seguro de que a partir del texto que se sancione se va a seguir sosteniendo la tesis que ante el silencio del Parlamento el decreto continúa vigente”.

Podemos citar a Humberto Quiroga Lavié (UCR) en el tercer grupo, quien haciendo referencia a la sanción de la ley especial sostenía: “esta norma abre la posibilidad cierta de que el Congreso reglamente ‘el trámite y alcance’ de los DNU. ¿Esto significa que por ley se podría disponer la aprobación tácita de un decreto de necesidad y urgencia que ni fuera aprobado ni rechazado por ambas Cámaras? De ningún modo: dicha posibilidad ya se encuentra vedada por el artículo 71 bis, según ya fuera sostenido, y si el Congreso se apartara de dicha prohibición constitucional la ley respectiva sería indiscutiblemente inconstitucional”.

También se plantearon interrogantes acerca de la posibilidad del Poder Ejecutivo de **vetar** la ley especial sancionada por el Congreso, como también la posibilidad del PE de reservar el derecho de veto ante el rechazo del Parlamento de los DNU (Aníbal Ibarra, Frente Grande).

¿La constitucionalización “limitó” o “autorizó” los DNU?

La constitucionalización de los DNU desbordó de optimismo a sectores confiados en que la regulación permitiría limitar los usos y abusos de los dispositivos de emergencia. Tanto el entusiasmo e ingenuidad de unos, como los intereses políticos de otros, impidieron oír las advertencias de la oposición², la cual resaltaba la falta de claridad de la norma y el consecuente uso abusivo y discrecional que podría hacerse de los DNU. Los detractores de la norma, al contrario de sus partidarios, veían en el dispositivo más que una limitación, una autorización a su recurrencia.

Los hechos demuestran que los presagios de la oposición se están cumpliendo. El Presidente Néstor Kirchner en poco más de un año de gobierno ha dictado 66 DNU, sin contar las leyes sancionadas en virtud de las facultades delegadas al principio de su gestión y extendidas hasta diciembre próximo.

A casi 10 años de la reforma constitucional la oposición aun deposita una esperanza en la sanción de la ley especial que establezca el alcance de la intervención del Congreso. Sin embargo, el gobierno, respaldado por la mayoría en ambas

cámaras, prefiere evadir el control y dilatar la asignatura pendiente que tiene con la sociedad. Esta situación no es novedosa, por el contrario, se repite y repetirá en los sucesivos gobiernos hasta tanto no haya un “propósito sincero, por parte de las mayorías gobernantes, en plasmar la regulación mencionada. En efecto, después de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, el oficialismo de turno mostró poco interés en sancionar la norma en cuestión mientras que la oposición parecía más empeñada en lograrlo. Cuando los papeles luego se invirtieron pasando la oposición a ser gobierno, era ella, ahora, la que desalentaba la aprobación de la norma reglamentaria. Ese cambio de actitud se debió a que la antes oposición y luego gobierno, había apreciado que estaba en minoría en el Senado y que ello era, indudablemente, una circunstancia que dificultaría la sanción de las iniciativas que auspiciara. Resultaba así más conveniente que las cosas quedaran como estaban, y que se pudiera recurrir al dictado de este tipo de decretos, sin trabas regulatorias, para sortear los inconvenientes que eventualmente pudieran surgir para lograr los necesarios consensos en las respectivas cámaras.”(Felix Loñ, 2004).

La intención del constituyente de ponerle límites a la discrecionalidad se vio desvirtuada en la práctica, transformándose en un recurso para superar los obstáculos que podía colocar la oposición en la sanción de determinadas medidas que el gobierno estimaba imprescindible para la concreción de sus objetivos políticos (Felix Loñ, 2004).

En tanto no haya una auténtica vocación política por limitar y controlar esta indefinida situación seguirá hiriéndose de muerte a la república hasta asistir estrepitosamente a su muerte, como expresó el convencional De Nevares.

BIBLIOGRAFÍA

- Loñ, Félix, Morello, Augusto, *Lecturas de la Constitución*, Ediciones Perrot, Ciudad Autónoma de Bs. As., 2004.
- Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, *Centro de Estudios Jurídicos y Sociales*, Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As., 1998.
- Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y Control*, Ediciones Depalma, Bs. As., 1995.

Notas:

¹ Natale (Partido Demócrata Progresista) expresó: “Lo lógico hubiera sido que el artículo de la Constitución hubiera establecido el efecto del silencio: si el silencio convalidaba o si el silencio implicaba la derogación de esos decretos por el Parlamento..”.

² Graciela Fernández Mejjide (Frente Grande) señalaba al respecto: “A nuestro criterio se emprendió un camino de difícil retorno, cual es el de la sujeción de la ley al poder. Históricamente, (...) la tradición radical es la comprensión del sentido de la ley aunque no siempre de comprensión del sentido del poder. A diferencia de la peronista, que es de conocimiento del ejercicio del poder aunque no siempre de comprensión del sentido de la ley. Creo que el resultado en este caso -en el actual intercambio entr

e radicales y peronistas- es que cada uno aportó sus propios defectos (...). Y hoy es dudoso que los radicales comprendan más que antes de qué se trata el poder, mientras que los peronistas no demuestran haber ganado mayor respeto por la ley. Los abrazos estrechos impiden la distancia necesaria para identificar aciertos y errores, y peor aún, dificultan la oxigenación que supone considerar otros puntos de vista, otros pensamientos que permitirían alcanzar consenso”.