

El DNU 70/2023 y las potestades constitucionales de los poderes del estado

Por Alfredo M. Vitolo^()*

El nuevo gobierno, en línea con sus promesas de campaña, y como una de sus primeras medidas dictó, a sólo diez días de asumir, un largo decreto modificando sustancialmente el régimen jurídico nacional¹. Lo fundamentó en las facultades que la Constitución Nacional le otorga, desde 1994, para dictar disposiciones legislativas en casos de necesidad y urgencia². En las primeras diez páginas, el decreto busca justificar las circunstancias de emergencia que lo motivan (“una situación de inédita gravedad, generadora de profundos desequilibrios que impactan negativamente en toda la población, en especial en lo social y económico”, crisis que “pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida, afectando su normal desarrollo en procura del bien común”) y las razones de urgencia que lo llevan a dejar de lado la vía legislativa ordinaria (“la desesperante situación económica... hace que sea imposible esperar el trámite normal de formación y sanción de las leyes, ya que ello podría implicar un agravamiento de las condiciones adversas que atraviesa la República Argentina y afectar todavía más a un porcentaje aún mayor de la población”). Solo quedaron fuera del decreto aquellas

^(*) Abogado, graduado con Diploma de Honor en la Universidad de Buenos Aires. Fue Asesor del Consejo para la Consolidación de la Democracia, establecido por el presidente Raúl Alfonsín, interviniendo en la preparación de los documentos anexos al Dictamen Preliminar para la Reforma Constitucional del año 1988. Becario de la Comisión Fulbright (EEUU) y de la Fundación Bunge y Born. Master of Laws de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Estados Unidos de América. Asesor legal en la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación (2015-2019), habiendo representado al gobierno nacional en sesiones y audiencias ante el Comité de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina. Profesor en cursos de postgrado en la Universidad Austral. Profesor invitado en numerosas universidades nacionales en cursos de grado y de postgrado. Integra desde el año 2018 el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en representación del claustro de profesores. Es autor de numerosos trabajos publicados en las principales revistas jurídicas de la República Argentina y del exterior, así como de diversos capítulos en libros en colaboración.

¹ Decreto 70/2023.

² Constitución Nacional, art. 99 inc. 3.

cuestiones que, conforme a la limitación constitucional, se encontraban excluidos de su alcance.

De inmediato comenzó el debate jurídico, político y mediático. ¿Tiene o no sustento constitucional el decreto? ¿Cuál es el rol que le cabe al Congreso? ¿Puede intervenir la justicia para invalidarlo?

Creo que todas estas preguntas son centrales para comprender el diseño constitucional de nuestro sistema político. Y creo también que las respuestas que demos deben estar sólidamente fundadas, más allá de cuál sea nuestra opinión personal sobre la conveniencia o el acierto de la decisión del gobierno, materia ésta reservada al ámbito de la política.

Anticipo mi opinión, que procuraré desarrollar en los párrafos siguientes: 1) el decreto del gobierno encuentra sustento suficiente en la letra de la Constitución a la luz de la interpretación que de ella han hecho los jueces desde la reforma constitucional de 1994; 2) el Congreso tendrá plena oportunidad, conforme las reglas dispuestas por él mismo, reglamentando el art. 99.3. de la Constitución, para debatir si estaban o no dadas las circunstancias habilitantes para el dictado del decreto; y, por último, 3) la intervención judicial de control solo puede tener lugar una vez que el Congreso haya tenido la posibilidad de considerar el decreto y frente a quien alegue un agravio concreto y no meramente conjetural y, al hacerlo, deberá ser respetuosa de los sustentos fácticos evaluados por los otros dos poderes del estado, sin poder sustituir la definición política por su propio criterio.

1. El marco político-normativo

Los Decretos de Necesidad y Urgencia, utilizados esporádicamente desde la organización nacional por diversos gobiernos y en diferentes circunstancias, comenzaron a ser objeto de interés institucional a partir del dictado, durante el gobierno de Carlos Menem, del Decreto 36/90, que dispuso la conversión de los depósitos a plazo fijo en títulos públicos a largo plazo, convalidado en términos amplísimos por la Corte Suprema en el caso *Peralta* de diciembre de 1990³. Casualmente, fue ante esta decisión, y al “festival de decretos” que siguió, y con la intención de “poner en caja” a este instituto (no hubo consenso político para negarles validez), que la ley 24.309, que puso en términos técnicos el acuerdo político alcanzado por el justicialismo y el radicalismo para la reforma constitucional en el conocido “Pacto de Olivos”, estableció como parte integrante del “Núcleo de Coincidencia Básicas” la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dictase este tipo de normas⁴.

Así, tras la reforma constitucional, el nuevo artículo 99 inciso 3 de la Constitución estableció: *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando*

³ Fallos 313:1513.

⁴ Ley 24.309, art. 2.(d) punto G (a).

circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en 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, 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”.

Del debate en la Convención Constituyente quedaron varias cuestiones en claro: si bien se preveían los decretos de necesidad y urgencia como una institución de excepción, y así lo señaló la primera frase de la cláusula constitucional, en modo alguno se los prohibía. Su validez quedaría sujeta a que se cumpliera con una serie de requisitos formales y sustanciales, y al posterior control de estos extremos tanto por el Poder Legislativo, control primario, como por el Poder Judicial, este último en ejercicio de la función de control constitucional, en el caso concreto y, siempre, con efecto interpartes.

Tal como señalamos en 1995⁵, la ambigüedad de los términos utilizados por la Constitución y la falta de acuerdo político en la Convención Constituyente para regular el rol de la participación del Congreso frente a estos decretos daban pie a que los jueces interpretaran ampliamente la potestad presidencial. Y así ocurrió, más allá de que los jueces en sus sentencias incorporasen frases retóricas de limitado alcance en donde hacían referencia al carácter excepcional del instituto.

En la misma línea, el Congreso, controlado políticamente por el partido del gobierno, buscó, tras años de inacción, blindar la acción presidencial contra los ataques opositores y, con fundamento en la última oración del artículo 99.3., la ley 26.122 reglamentaria del procedimiento de estas normas⁶, estableció que, para perder validez, el decreto de necesidad y urgencia debería ser rechazado expresamente por ambas Cámaras del Congreso⁷ manteniendo mientras tanto su vigencia⁸, y limitó la facultad de control del Congreso al análisis de la validez o invalidez del

⁵ Ver, Alfredo M. Vitolo, “Luces y sombras en la nueva constitución” en la obra colectiva “Estudios sobre la reforma constitucional”, Depalma, 1995.

⁶ Es interesante ver el debate legislativo en los Diarios de Sesiones: Diario de Sesiones del Senado, 15ª Reunión - 13ª Sesión Ordinaria del 6 y 7 de julio de 2006; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 23ª Reunión - 16ª Sesión Ordinaria, 20 de julio de 2006. Si bien consideramos que la regulación legislativa de la actuación del Congreso dispuesta por la ley 26.122 desvirtúa el sentido de la norma constitucional, lo cierto es que, a la fecha, no ha existido jurisprudencia invalidando esta reglamentación.

⁷ Ley 26.122, art. 24.

⁸ Id., art. 17.

decreto tomando en cuenta los requisitos formales y sustanciales dispuestos constitucionalmente⁹, e impidiendo la introducción de enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo¹⁰, inhibiendo de este modo todo debate en el Congreso en esta instancia respecto de la sustancia de las cuestiones desarrolladas por el decreto de necesidad y urgencia¹¹. Lejos estaban de imaginar quienes en 2006 aprobaron esta norma, que ella se volvería hoy en contra, cuando el nuevo gobierno -encabezado por un tercero ajeno al mundo de la política y con escasa experiencia en estas lides- carece de mayorías legislativas, pero si cuenta -al menos en apariencia- con apoyos suficientes para impedir su rechazo por ambas Cámaras¹².

2. Mi posición general sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia y principista sobre el Decreto 70/23

Antes de comenzar el análisis del decreto dictado por el Poder Ejecutivo, deseo hacer una reflexión preliminar: creo que los Decretos de Necesidad y Urgencia, en un sistema presidencialista, desvirtúan la regla del necesario equilibrio de poderes y, en este sentido, fui -y soy- crítico de la incorporación de este instituto en nuestro sistema constitucional, considerándolo una verdadera patología¹³.

Pero, dicho esto, no es posible negar que a partir de que el constituyente en 1994 los incorporó en el artículo 99 inc. 3 de la Constitución, los decretos de necesidad y urgencia tienen existencia en el universo constitucional y, dentro de los límites constitucionales, deben ser considerados válidos, más allá de toda preferencia personal. En modo alguno pueden considerarse, como plantean muy a la ligera algunos, usurpación de funciones legislativas o una violación al principio de división de poderes. Por el contrario, son parte del diseño constitucional.

En particular, respecto al decreto 70/23, no tengo dudas, en forma concordante con lo señalado por la mayoría de la doctrina que se ha expresado sobre éste de que, desde una visión estricta, el decreto no supera el test constitucional. Si bien nos encontramos en período de receso, nada impediría al Congreso reunirse y debatir la norma.

Sin embargo, no puedo desconocer que, si tenemos en cuenta el comportamiento histórico de los diferentes poderes del estado y, en particular, la opinión del Poder Judicial expuesta a lo largo de su jurisprudencia, la respuesta debe ser otra. Es necesario tener en consideración sobre este punto que la estabilidad de la doctrina

⁹ Id., art. 10.

¹⁰ Id., art. 23.

¹¹ En contra, Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla, "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial", *La Ley*, 2019, pág. 144.

¹² Id. El referido artículo exige que la decisión de cada Cámara cuente con el voto en el mismo sentido de la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión.

¹³ Ver, Alfredo M. Vitolo, "Luces y sombras...", cit. nota 5.

que surge de las sentencias es una exigencia del principio de seguridad jurídica y de la garantía de igualdad ante la ley. A similares situaciones, similares resultados. Solo razones muy estrictas, tales como razonamientos jurídicos novedosos o cambio fundamental de las circunstancias fácticas sobre las que se aplica la norma justificarían separarse de una doctrina judicial consolidada en el tiempo¹⁴. En modo alguno el cambio de postura puede estar basado en circunstancias coyunturales o de mera conveniencia.

Y, por lo tanto, contrariamente a mi postura personal, debo considerar que la luz de aquella jurisprudencia y práctica constitucional y parlamentaria, el decreto 70/23 sí supera el test de validez.

3. La práctica del Congreso

Aún dentro del marco limitado de actuación que el propio Congreso ha establecido en la ley 26.122 reglamentando la regla constitucional, la obligación constitucional de que el Congreso -previo dictamen de la Comisión Bicameral-, se aboque de inmediato al tratamiento de la validez del decreto, cumple con un rol trascendente en el diseño constitucional: es a través de esta intervención del Congreso donde la función de control constitucional adquiere pleno desarrollo, sin perjuicio del control judicial en los casos concretos que puedan llegar a su conocimiento.

En esta instancia, el Congreso sí está plenamente capacitado para analizar, desde una visión política, si las circunstancias de emergencia argumentadas por el Poder Ejecutivo como fundamento del dictado de la norma, revisten o no la gravedad que habilita el uso del instituto. Y, de no compartir el criterio, puede rechazar el decreto y privarlo de efectos, sin perjuicio de los derechos adquiridos¹⁵.

Sin embargo, es interesante señalar que en los años a partir del dictado de la ley 26.122 en 2006, la Comisión Bicameral ha recomendado el rechazo de solo un número ínfimo de decretos de necesidad y urgencia, mientras que el Congreso jamás ha rechazado uno, lo que demuestra la efectividad del cerrojo impuesto por la ley reglamentaria. Por otra parte, los dictámenes de la Comisión Bicameral, y las escasas resoluciones de las Cámaras se preocupan más por explicar las bondades o cuestionamientos a la norma, sin indagar, pese a la manda legal, en la existencia o inexistencia de las razones de hecho que habilitan al Poder Ejecutivo soslayar al Congreso.

Como bien sistematiza Mariano Palacios en la recensión de la ya mencionada obra de Santiago, Veramendi y Castro Videla que realiza un sistemático estudio de los

¹⁴ Ver, entre muchos otros, *Balbuena*, Fallos: 303:1769; *Cerámica San Lorenzo*, Fallos: 307:1094 y los muy buenos trabajos sobre el tema de Santiago Legarre y Julio César Rivera (h.): “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical”, *La Ley*, 2009, E; Alberto Garay, “La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema”. Abeledo Perrot, 2013 y Florencia Ratti, “El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N° 2 (diciembre de 2020).

¹⁵ Ley 26.122, art. 24.

decretos de necesidad y urgencia dictados desde la entrada en vigencia de la ley 26.122 y hasta 2019, del total de los decretos dictados hasta ese momento con dictamen de la Comisión, el 82,3% no fue tratado por ambas Cámaras del Congreso y el “inmediato y expreso” tratamiento exigido por la Constitución por parte de las Cámaras y la emisión de resoluciones de validez significa una duración promedio del trámite de 9 meses¹⁶. Y, como señala Mariela Puga solo un 4% de los decretos de necesidad y urgencia dictados hasta el año 2018 fue aprobado expresamente por el Congreso¹⁷

Y, si bien varios de los decretos de necesidad y urgencia han estado debida y razonablemente justificados (basta recordar el primero de los decretos disponiendo el aislamiento en el marco de la pandemia de 2020), una gran cantidad de estos decretos no superan -sin mayores esfuerzos interpretativos- el test constitucional. Así, hemos visto que por decretos de necesidad y urgencia se han creado o suprimido ministerios y reparticiones públicas, se han instaurado y suprimido feriados nacionales, se ha modificado el presupuesto nacional, se han creado fondos fiduciarios, entre muchas otras cuestiones que, lejos estaban de encontrar una justificación de urgencia, más allá de la voluntad política del gobernante de turno de hacer las cosas rápido.

Ante esta práctica reiterada del Congreso, ¿es posible creer que las críticas que hoy se escuchan de sectores opositores al actual gobierno contra el decreto son reales y constituyen una real preocupación por cumplir con las prácticas republicanas? De todos modos, estas disquisiciones no son jurídicas sino, eminentemente, políticas y por ello solo dejaremos planteado el interrogante.

Lo que sí resulta claro es que el Congreso, a través de la intervención prevista por la Constitución y regulada por la ley que él mismo dictó, podrá opinar amplia y libremente sobre el decreto y, si considera que no están dadas las circunstancias habilitantes, rechazarlo con las mayorías previstas legalmente. Por otra parte, nada impide que el Congreso, en uso de su facultad legislativa, pueda tratar y considerar proyectos de ley en similar o contrario sentido al DNU o, incluso, derogarlo. Así lo dispone con claridad el artículo 25 de la ley 26.122¹⁸.

4. La interpretación de la jurisprudencia

En primer lugar, es necesario señalar que las críticas al decreto en relación con la cantidad de materias tratadas por éste o su mayor o menor importancia resultan infundadas a la luz de la norma constitucional, que solo excluye del alcance de los

¹⁶ Mariano Palacios, Recensión, Forum, Nº 8, Universidad Católica Argentina, 2019, págs. 93 y sigs.

¹⁷ Mariela Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 21, Número 1, noviembre 2020, Universidad Torcuato Di Tella

¹⁸ Ley 26.122, art. 25. “Las disposiciones de esta ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos, no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo”.

decretos de necesidad y urgencia a las cuestiones tributarias, penales, electorales y del régimen de partidos políticos¹⁹. De hecho, son muchos los decretos de necesidad y urgencia, antes y después de la reforma constitucional que han tratado múltiples cuestiones o temas de trascendencia.

Tampoco se encuentra sujeta al contralor ni legislativo²⁰, ni -en principio- judicial²¹, la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas dispuestas por el legislador ejecutivo en la emergencia. Lo único que se requiere es que la norma dictada por el Poder Ejecutivo guarde relación con la situación de emergencia que la motiva y que ésta no interfiera, irrazonablemente, con los derechos constitucionales²². Cumplidos estos recaudos, el Decreto de Necesidad y Urgencia puede tratar cualquier cuestión o materia, con valor de ley²³. Como sostuvo la Corte en el caso *Guida*, y con cita de diversos precedentes “a fin de proteger el interés público... en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole..., el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere conveniente, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios”²⁴. Esta regla sigue lo que el Tribunal ya había expresado hace casi un siglo, en doctrina que no ha variado: “La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado... Mientras la emergencia no crea el poder, ella puede dar ocasión para el ejercicio del poder”²⁵.

¹⁹ Constitución Nacional, art. 99, inc. 3.

²⁰ Ley 26.122, art. 10.

²¹ Así, en el caso *Smith* (Fallos 325:28), la Corte sostuvo, con múltiples citas de sus precedentes: “la tradicional jurisprudencia del Tribunal... postula que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial. Por otro lado, todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio excluido de la revisión judicial”, a la vez que expresó que, encontrándose “fuera de discusión en el caso la existencia de una crisis económica... no cabe cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado”, obviamente todo ello sujeto al control judicial de la razonabilidad de las medidas conforme los parámetros generales (considerandos 8 y 9).

En *Provincia de San Luis*, Fallos 326:417, la Corte, refiriéndose a las políticas adoptadas en materia económica frente a la crisis del 2001, señaló: “no puede obviarse que esas disposiciones forman parte de un plexo dispositivo de vasto alcance. Desde esa perspectiva, resulta evidente que compete a la decisión de los poderes políticos del Estado la formulación de esas líneas gubernamentales y que a este Tribunal sólo le cabe confrontar el ajuste de tales normas con la Constitución Nacional, sin que de ese control resulte valoración de dichas políticas ni -menos aún- adopción de medidas sustitutivas o complementarias del accionar de las otras ramas del gobierno” (considerando 20).

²² Constitución Nacional, art. 28.

²³ Ley 26.122, art. 17.

²⁴ *Guida*, Fallos 323:1566, considerando 7.

²⁵ *Avico*, Fallos 172:21.

En lo referido a las circunstancias habilitantes de la potestad ejecutiva, la interpretación jurisprudencial, desde el primer caso relevante posterior a la reforma constitucional, interpretó extensivamente aquellas: la exigencia constitucional de que resulte “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de leyes” no es sólo aquella circunstancia motivada por la imposibilidad del Congreso de reunirse y adoptar decisiones, sino que incluye también aquellos casos en donde “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”²⁶. Esta postura fue reiterada por la Corte en el caso *Consumidores Argentinos* del año 2010²⁷ y, más recientemente, en el caso *Seberino Pino* del año 2021²⁸. Este principio no hace sino ratificar lo que la Corte, antes de la reforma, ya había sostenido en el caso *Peralta* en donde el tribunal exigió, para aceptar la validez del decreto, “que haya mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual exista la necesidad de medidas súbitas cuya eficacia no parece concebible por medios distintos”²⁹. La amplitud de la regla jurisprudencial habilitando la acción ejecutiva nos exime de mayores comentarios.

En definitiva, todo se reduce a una cuestión de evaluación acerca de si existe la situación de emergencia con la gravedad expuesta por el Poder Ejecutivo, y si la acción ejecutiva tiene, efectivamente, la urgencia invocada.

Y no caben dudas de que la función primaria de control sobre estas cuestiones fue puesta por el constituyente en cabeza del Congreso quien deberá, conforme dispone el artículo 10 de la ley 22.162, con fundamento en el dictamen que al efecto elabore la Comisión Bicameral Permanente, determinar “la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado”.

Es que no puede olvidarse que la jurisprudencia constante de la Corte Suprema en materia de emergencia, a partir del caso *Avico* de 1933, sostiene que la determinación de la existencia de las circunstancias fácticas que habilitan el ejercicio de las potestades de emergencia corresponde primariamente a los poderes “políticos”, Ejecutivo y Congreso³⁰. Así, en el caso *Guida* la Corte expresó que el acto de ratificación del decreto de necesidad y urgencia por el Congreso “es expresión del control que *-en uso de facultades privativas-* compete al Congreso de la Nación conforme al art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional”³¹. Es que como

²⁶ *Verrocchi*, Fallos 312:555, considerando 9.

²⁷ Fallos 333:633.

²⁸ Fallos 344:2690.

²⁹ *Peralta, cit.*, considerando 24.

³⁰ *Avico*, Fallos 172:21. Allí sostuvo: “La coincidencia en el sentir de los dos grandes poderes de Estado, Legislativo y Ejecutivo, y los hechos recordados, además de muchos otros que pueden invocarse, llevan al convencimiento de que había, en realidad, un estado de emergencia producido por fenómenos económicos, tan grave o más que el que puede crearse por un contraste de la naturaleza”.

³¹ *Guida, cit.*, considerando 6, *in fine* (El resaltado es propio).

ya había dicho el máximo tribunal al analizar un tema similar (se refería a la existencia de las circunstancias que habilitaban la declaración del estado de sitio), con cita de numerosas fuentes jurisprudenciales: “la reiterada jurisprudencia del tribunal... *ha reconocido como facultades privativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso*, por lo cual la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable por los jueces. La razón de este criterio se atiene a la naturaleza misma de la aludida institución, a la que la Corte Suprema se ha referido expresando que “es un arma de defensa extraordinaria que la Constitución *ha puesto en manos de los poderes políticos de la Nación* para que en épocas también extraordinarias puedan defenderse de los peligros que la amenazan tanto a ella como a los poderes que crea... Si esos son los perfiles del instituto, se comprende *la necesidad de dar carácter excluyente al juicio del Poder Legislativo, o del Ejecutivo en su caso, respecto del grado real de riesgo que importen las situaciones de emergencia...*”³².

El mismo criterio fue sostenido por la Corte, con posterioridad a la reforma, en el caso *Bustos*: “El ejercicio de[control de constitucionalidad de las normas] no puede justificar que todas las medidas de política económica de los poderes competentes sean sometidas a la revisión, no de su legalidad sino de su acierto o su oportunidad, pues ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular por el criterio predominantemente técnico del Poder Judicial... Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime *frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar*”³³.

De los precedentes expuestos podemos extraer dos conclusiones, que ya hemos anticipado: En primer lugar, el Poder Judicial, previo a intervenir en su función de control, debe permitir que el Poder Legislativo se pronuncie sobre el decreto, en ejercicio de sus potestades constitucionales. Una intervención prematura llevaría a que el Poder Judicial se entrometa en el proceso de formación de las normas.

No es posible que la intervención extemporánea del Poder Judicial, prejuzgando sobre cuestiones en principio ajenas a éste, impida el necesario debate democrático que debe darse en el Congreso al tiempo de considerar el decreto de necesidad y urgencia.

Ya cabrá la posibilidad, una vez que el Congreso haya tenido oportunidad de opinar y resolver, de que el Poder Judicial, en ejercicio de su función de control de constitucionalidad, analice la validez del decreto.

³² *Granada*, Fallos 307:2284, considerando 5 (los resaltados son propios).

³³ *Bustos*, Fallos: 327: 4495 (el resaltado es propio).

Solo la omisión legislativa, y frente a cuestionamientos concretos a la norma por un afectado directo podría dar lugar a que los jueces no deban esperar a la acción del Congreso y resuelvan la petición. El requisito de caso³⁴ adquiere plena significación en esta situación, y los jueces deben ser prudentes en no intervenir si su intervención no resulta indispensable.

La segunda conclusión es que, al ejercer el control, el Poder Judicial debe mantenerse dentro de los límites constitucionales, ya que no sería posible que los jueces sustituyan el criterio político (ejecutivo y legislativo) sobre circunstancias fácticas por su propia evaluación, en una materia que, en principio, les resulta ajena. En este sentido, si bien nada impide que el Poder Judicial, en el caso concreto, analice los extremos de hecho que motivaron el dictado de la norma, su actuación debe ser en principio deferente al hallazgo político, invalidándolo sólo en casos de manifiesta irrazonabilidad, de afirmaciones dogmáticas o insuficientes³⁵ o cuando las circunstancias alegadas son manifiestamente inexistentes o irracionales³⁶.

Es importante destacar que en todos los casos hasta ahora en donde le ha tocado intervenir a nuestro máximo tribunal y en donde la Corte reivindicó esta función de control sobre el sustrato fáctico habilitante, se preocupó por señalar que al momento del dictado de la norma analizada no se había aún creado ni la Comisión Bicameral Permanente ni se había dictado la ley que reglamentaría de la actuación del Congreso, lo que reforzaba el papel del Poder Judicial como órgano de control³⁷. Así ocurrió en *Verrocchi*³⁸, *Consumidores Argentinos*³⁹, *Asociación Argentina de Compañías de Seguros*⁴⁰, *Severino Pino*⁴¹.

5. Conclusiones

A la luz de todo lo expuesto, no podemos sino concluir que el decreto del nuevo gobierno cumple con los estándares constitucionales conforme estos han sido interpretados por la jurisprudencia, el Congreso tiene plenas capacidades para intervenir dentro del mecanismo por él mismo diseñado y, el Poder Judicial podrá intervenir en su función de control, conforme su actuación ordinaria.

Si no nos gusta la herramienta del decreto de necesidad y urgencia, no deberíamos haberla creado en la reforma constitucional. Pero, existiendo, no es posible - desde la visión técnico-jurídica-, cuestionar su utilización cuando cumple con los

³⁴ Constitución Nacional, art. 116.

³⁵ *Verrocchi*, cit. considerando 10.

³⁶ *Consumidores Argentinos*, cit., considerando 11; *Asociación Argentina de Compañías de Seguros*, Fallos 338:1048, considerando 5.

³⁷ *Verrocchi*, cit., considerando 11

³⁸ *Verrocchi*, cit., voto del juez Petracchi, considerando 15, disidencia de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López, considerando 8;

³⁹ *Cit.*, considerando 14.

⁴⁰ *Cit.*, considerando 7.

⁴¹ *Cit.*, considerando 9.

estándares constitucionales. Eso sería transformar al derecho en un instrumento de la política.

Citar: elDial DC336E
copyright © 1997 - 2023 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina