

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCION NACIONAL

Por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal UNC, Profesor Honorario de la UBA y Postdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School. Director de la Maestría en Federalismo de la Universidad Siglo21 y Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Fue Diputado de la Nación y Vicepresidente de la Comisión Redactora en la Convencional Constituyente de 1994.

1. Los DNU antes y después de la reforma constitucional de 1994.

Aunque la Constitución Nacional en su texto originario de 1853 y en sus posteriores reformas hasta la de 1994, no se refiriera a los Decretos de Necesidad y urgencia, distintos Presidentes los dictaron en aproximadamente 25 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1989, como lo ha investigado el Prof. Mario Midón. El autor menciona diversos Decretos de autoría de Nicolás Avellaneda, Carlos Pellegrini y Raúl Alfonsín¹.

¹ Mario Midón, “Decretos de Necesidad y Urgencia- En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales”, La Ley, Buenos Aires, 2001, menciona como ejemplos a los dictados por el Presidente Avellaneda cuando dispuso el traslado transitorio del gobierno Federal al pueblo de Belgrano ante el levantamiento de Tejedor en 1880, por un motivo institucional y otro que declarara el estado de sitio por dichos hechos, por un motivo político. También menciona por un motivo financiero a uno dictado en 1891 que autorizó un empréstito por 100 millones de pesos y por un motivo económico a uno que decidió la intervención del Estado en el proceso de comercialización de granos. Asimismo cita a Roque Daniel Vítolo quien a su vez recuerda los fallos de la Corte Suprema en los casos “Andrade” (11-405) y “Anzo” (25-257), de 1870 y 1880, que cobrarían actualidad con la convalidación efectuada del instituto por el caso “Peralta”, fallado por el más alto tribunal en 1990.

Pero en su primer mandato comenzado en 1989 el Presidente Menem lo hizo en 308 oportunidades, lo que fuera catalogado por Delia Ferreira y Matteo Goretti como gobierno por decreto².

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, debe señalarse que en el caso “Peralta”, de 1990, se legitimó el uso de estos institutos de emergencia.

Un sector importante de la doctrina publicística, integrado por Bielsa, González, Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Cassagne, Diez, Vanossi, Linares, Dromi, Gordillo, Quiroga Lavié y Sagüés, avaló la posibilidad del dictado de estos Decretos institutos en el marco del texto constitucional anterior. En cambio, otro sector que integramos junto a González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian, Spota, Fiorini, Segovia, Badeni y Ruiz Moreno, señaló la posición contraria. En mi carácter de Diputado Nacional presenté con fecha 19 de diciembre de 1991 un proyecto que declaraba la nulidad absoluta e insanable de todo decreto de necesidad y urgencia. Y con respecto a los ya dictados se establecía un plazo de sesenta días corridos para su expresa ratificación por el Congreso, ya que de lo contrario quedaban sin efecto.³

² Véase Ferreira Rubio Delia y Goretti Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina”, 1989-1993, El Derecho, 158-748, quienes además indicaron que en los 4 primeros años de su primer mandato, Menem dictó 308. Midón (obr. cit, pág. 54) expresa que el mínimo grado de recato que tuvieron los anteriores Presidentes se esfumó en dicha época, donde se usó y abusó de la institución en materias tales como tributaria, remunerativa, previsional, deuda pública, desregulación del transporte, comercio internacional, régimen de coparticipación impositiva, servicios públicos, empresas del Estado, retiro de personal, transferencia de bienes inmuebles, promoción industrial, etc.. En definitiva, el número de decretos dictados durante estas Presidencias de Menem excedió los 500.

³En relación a mi opinión, expreso que en el carácter de Diputado de la Nación presenté con fecha 19 de diciembre de 1991, mi primer proyecto de Ley –ya que fui electos para el período 1991-1995-, obrante en el Trámite Parlamentario 167, que en su art. 1º disponía: “Son nulos de nulidad absoluta e insanable los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, cualesquiera sean las circunstancias en que se funden. En el art. 2º se indicaba: “Los decretos de necesidad y urgencia dictados hasta la entrada en vigencia de la presente ley podrán ser ratificados por ley dentro del plazo de sesenta días corridos a contar desde la entrada en vigencia de la presente”. Y en el art. 3º se expresaba: “Los decretos de necesidad y urgencia que no sean ratificados por el Congreso en dicho plazo perderán validez y no producirán efecto alguno para el futuro”. En los extensos Fundamentos hice referencia a los excesos cometidos por el Poder Ejecutivo en la materia, que afectaban el funcionamiento del sistema republicano y democrático. Por razones de brevedad, sólo consigno de los párrafos finales de dichos fundamentos, la siguiente advertencia: “Si el Congreso no defiende con absoluta firmeza las facultades que les son propias, frente al avance incontenible del Ejecutivo, la República estará en serio peligro.” A la que agregaba finalmente la opción enunciada por Norberto Bobbio: “o el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres”. Este proyecto, como otros posteriores que presenté en relación a esta cuestión, -como se comprenderá- no obtuvieron aprobación alguna

Para un análisis de mis opiniones sobre estas cuestiones, Cfr. Antonio María Hernández, “A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994”, Imprenta de la UNC, Córdoba, 2019; “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020 y “Derecho Constitucional”, 2 Tomos, E-Book, Director Antonio María Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2023, Caps.

Ante la realidad del ejercicio de este instituto, que venía desde hace mucho tiempo y con aval de la jurisprudencia del más Alto Tribunal, se comprende que este tema fuera incorporado en el Núcleo de Coincidencias Básicas para ser tratado por la Convención Constituyente de Santa Fé y Paraná de 1994, con el **claro objetivo de limitarlo al máximo posible**, como lo expresa de manera categórica el Art. 99 inc. 3.

No otra cosa significa que:

- a) **Como regla general el Poder Ejecutivo no podrá dictar en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.**
- b) **Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.**
- c) **Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.**
- d) **Deben ser decididos en Acuerdo General de Ministros y refrendados por todos ellos, además del Jefe de Gabinete y el Presidente.**
- e) **Es necesario un trámite especial que consiste en someter el decreto a la consideración de una Comisión bicameral permanente por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado el mismo. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las Cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario**
- f) **No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el art. 82, incorporado también por la reforma, estableció: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta.” En consecuencia, el constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso “Peralta”.**

Asimismo es **imprescindible conocer los debates** acontecidos para la redacción del Núcleo de Coincidencias Básicas entre los Convencionales del

Peronismo y de la UCR que integrara, y luego los debates en la Comisión respectiva y también en la Sesión Plenaria.⁴

Dijo en esta última el **Convencional Raúl Alfonsín**: "...Es necesario ser muy preciso en la definición de las ideas que tuvimos en cuenta al apoyar este Núcleo de Coincidencias Básicas..."**"En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente. Por ello –a nuestro criterio- cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, debe interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad de promulgar parcialmente las leyes. Cuando exista alguna duda interpretativa entre las facultades del Presidente y del Congreso, los jueces y demás intérpretes –a nuestro juicio- deberán dar prioridad a la solución que privilegia el Congreso, ello puesto que la intención de estas reformas es fortalecer el Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes. Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia y de las facultades de la Auditoría General de la Nación, aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe interpretarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente. Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del gobierno deben interpretarse ampliamente. Se debe tener presente que nuestra intención al sancionar estas reformas tiende a evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que**

⁴ Véase todo el proceso de incorporación del instituto a la Constitución en las obras de Mario R. Midón, ya citada, págs. 59/69; de Miguel Ortiz Pellegrini y Susana Liliana Aguirre, "Los Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994", Ed. Lerner, Córdoba, 1995 y de Alejandro Pérez Hualde, "Decretos de necesidad y urgencia", Depalma, Buenos Aires, 1995. Por nuestra parte, ratificamos la finalidad restrictiva de esta normativa, ya que intervinimos en los debates respectivos al formar parte de la Comisión de Juristas del Acuerdo de Olivos y luego de la Comisión que redactara el Núcleo de Coincidencias Básicas que formulara el proyecto definitivo, que sería votado en la Convención Constituyente.

ponía en peligro nuestra República a través de la institucionalización del modelo de democracia delegativa. Dicho modelo se caracteriza por una enorme concentración del poder político en el Ejecutivo y por la idea de que por medio del sufragio se delega al Presidente el derecho de hacer todo lo que le parezca adecuado”. ...No puede quedar duda alguna de que las propuestas que estamos analizando tienen a construir la base de una nueva y más amplia democracia al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentren las facultades presidenciales. A modo de ejemplo podemos afirmar que la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis; que la elección directa del Presidente, los senadores y el Intendente de la ciudad de Buenos Aires amplía la legitimidad democrática; que la modificación del sistema de selección y nombramiento de los jueces y la constitucionalización del Ministerio Público y de los organismos de control de la administración pública tienden a mejorar los mecanismos de control del poder. Nuestra intención con estas reformas es también la de fortalecer el federalismo. Al limitar las atribuciones presidenciales para ordenar la intervención federal al modificar el Senado se establecen organismos y mecanismos más aptos para de las autonomías provinciales y municipales”.⁵

No obstante el claro propósito restrictivo perseguido por esta normativa y que emerge de las pautas mencionadas, al no poder concretarse acuerdos en la Convención sobre los últimos aspectos de la intervención congresional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria⁶.

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio, ya que el Poder Ejecutivo siguió dictando decretos de necesidad y urgencia, tanto en las Presidencias de Menem como de De la Rúa, Duhalde, Kirchner, Fernández de Kirchner, Macri, Fernández y ahora Milei. Ello se produjo por la falta de reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

⁵ Cfr. “Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994”, Tomo V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, págs. 5155/5156.

aunque como veremos, fue luego fijando pautas precisas, conforme al mandato constitucional.

Con respecto al **Congreso**, debemos señalar además, que incumplió el mandato del constituyente de reglamentar la norma y de regular las funciones de la Comisión Bicameral Permanente, -de tan notable importancia para el control de este instituto y del de la legislación delegada-, durante 12 años, hasta 2006. En ese año se sancionó la Ley N° 26.122, para nosotros groseramente inconstitucional por haber establecido que los decretos no tienen plazo alguno de caducidad y que para su ratificación es necesaria la voluntad de una sola de las Cámaras.

Este incumplimiento de la Ley Suprema, al que se suma el correspondiente a una extensa nómina de otras materias, contribuyó notoriamente a nuestra anomia y carencia de seguridad jurídica y **fortaleció otra grave patología que hemos padecido: el hiperpresidencialismo.**

Por su parte, en cuanto al **control de constitucionalidad efectuado por la Corte Suprema de Justicia** sobre esta materia, debe señalarse en general una actitud convalidatoria, con la excepción de algunos fallos que consideramos valiosos como en “Verrochi”, “Video Club Dreams”, “Risolfá de Ocampo”, “Smith”, “Provincia de San Luis”⁷, “González Martín Nicolás”⁸, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional s. nulidad de acto administrativo”⁹, “Santa Fe Provincia de c. Estado Nacional- s. Acción declarativa de inconstitucionalidad”¹⁰, “Festival de Doma y Folklore c. Estado Nacional s. Acción meramente declarativa de derecho”¹¹ y “Blanco Julio Orlando c. ANSES

⁷ Que analizamos en nuestra obra “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020..

⁸ Del 19 de Mayo de 2010 que declaró inconstitucionales tres Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Ex Presidente Duhalde en el año 2003. Véase al respecto el comentario crítico realizado por Alberto Bianchi “Mucho ruido y pocas nueces”, El Derecho, Buenos Aires, 9 de junio de 2010, donde señala la reducida importancia de estos casos frente al permanente dictado de estos decretos por el Poder Ejecutivo.

⁹ Fallo CSJ 799/2013 del 27 de octubre de 2015, que declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 2 de los Decretos 1654/2002 y 1012/2006 que habían dispuesto en violación de la ley 12.988, la posibilidad de que se aseguren bienes de empresas aerocomerciales en el exterior.

¹⁰ Fallo CSJ 539/2009 del 24 de noviembre de 2015 en que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 1 y 4 del Decreto del Poder Ejecutivo 1399/2001 que había dispuesto una detracción de la masa coparticipable para el funcionamiento de la ANSES.

¹¹ Fallo CSJ 237/2014 del 20 de febrero de 2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad del Art.1° de la Ley 25.414 que había delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar exenciones impositivas.

s.

reajustes

varios¹²

Resulta evidente que el Poder Judicial y en particular la Corte Suprema, no ejercitaron adecuadamente sus atribuciones para asegurar la efectiva vigencia de nuestra Constitución y de la división y equilibrio de poderes a lo largo de la historia.

Estos fallos recién mencionados¹³, a los que se debe agregar entre otros, los dictados en los casos “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional” de 2021¹⁴ y con el mismo título de 2022¹⁵, podrían significar una modificación de dicha jurisprudencia, tendiente a una adecuada interpretación y aplicación de la Constitución Nacional.

La inconstitucional revisión judicial que posibilitó el hiperpresidencialismo se observó no sólo en los institutos de emergencia, sino también en otros casos relacionados con el control del poder. Y esta influencia del poder político ha sido más apreciable en los tribunales superiores de los diversos órdenes estatales de la federación y en la propia Corte Suprema de Justicia¹⁶.

Así arribamos en el estudio de este instituto de emergencia a la conclusión de que se practicó un abuso sistemático, con grave lesión del sistema

¹² Fallo CSS 42272/2012/CS1-CA1 del 18 de diciembre de 2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de las Resoluciones 56/2018 de la Anses y 1/2018 de la Secretaría de Seguridad Social, por haber fijado índices de actualización de jubilaciones, ya que dicha competencia corresponde al Congreso de la Nación.

¹³ A los que hay que sumar otros como en el caso “Rizzo”, en relación al Consejo de la Magistratura.

¹⁴ Donde el más Alto Tribunal fallase a favor de la CABA en el conflicto de competencias con el Gobierno Federal, por el dictado de un DNU que prohibía el dictado de clases durante la pandemia. (Véase Antonio María Hernández, “*Trascendente fallo sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuestiones federales*”, en la *Revista de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio-agosto 2021/ 136, pág. 207 y sgts.).

¹⁵ En este caso, se trató de una medida cautelar que dejó sin efecto otro DNU y una ley del Congreso que redujeron la coparticipación de la CABA. El fallo no se ha cumplido todavía y la Corte Suprema debe resolver el fondo del asunto.

¹⁶ Nosotros efectuamos una evaluación general de este problema del Poder Judicial, que no obsta al reconocimiento que merecen algunos miembros del mismo, que actúan con la debida independencia. No ha sido ajeno a esto el proceso comenzado en 1947 por el Presidente Perón que promovió el juicio político a varios miembros de la Corte Suprema de Justicia logrando desplazarlos. Y a los intentos posteriores de avanzar sobre el Poder Judicial, como la ampliación de miembros de la Corte Suprema de Justicia por el Presidente Menem, la modificación por Ley 26.080 de los miembros del Consejo de la Magistratura en 2006 en la presidencia de Kirchner y por Ley 26.855 sobre su forma de elección en la presidencia de Fernández de Kirchner, que fueran ambas declaradas inconstitucionales por la Corte. Y lo propio ocurrió durante la anterior presidencia de Alberto Fernández, con distintos proyectos y con la promoción de otro juicio político a los actuales Miembros del Tribunal.

republicano, federal y democrático consagrado por nuestro ordenamiento jurídico.¹⁷

2. La inconstitucionalidad del DNU 70/73 y la hora del Congreso.

En este caso concreto del DNU 70/73, su inconstitucionalidad es más que evidente, porque se acaba de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, o sea que se puede seguir el trámite ordinario para la sanción de leyes. Débase destacar además, que se trata del más extenso alguna vez dictado, ya que tiene 366 artículos y modifica y deroga decenas de leyes.

Por ello, **esta debe ser la hora del Congreso.** Es el momento para el cumplimiento de las funciones y competencias constitucionales. **Hay que lograr las mayorías requeridas para la derogación de este DNU y además, para reformar la inconstitucional Ley 26.122,** como lo hemos sostenido. Asimismo hay que **derogar la competencia otorgada inconstitucionalmente al Poder Ejecutivo mediante el Art. 37 de la Ley de Administración Financiera,** que permite cambiar el destino de las partidas del Presupuesto nacional, lo que es una de las mayores herramientas del gobierno por decreto y el hiperpresidencialismo.

Debe ejercitarse el rol del Congreso para la afirmación de nuestra democracia republicana y federal. Se trata de la democracia deliberativa en lugar del decisionismo. En esto consiste la democracia constitucional. Las ideas liberales son la base del constitucionalismo, desde John Locke, Montesquieu, Madison y la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que fuera nuestro modelo, como lo expresara Gorostiaga.

3. La delegación legislativa.

En cuanto a la delegación legislativa, este instituto también fue incorporado al texto constitucional en la reforma de 1994, en el art. 76, en la Disposición

¹⁷ Véanse al respecto las tres Encuestas de Cultura Constitucional que hemos dirigido junto al politólogo Daniel Zovatto, Director Regional de Idea Internacional y a los sociólogos Manuel Mora y Araujo, en la Primera de 2004 y Eduardo Fidanza, en las Segunda y Tercera de 2014 y 2023, donde se concluye en el diagnóstico de una sociedad anómica, como lo percibió Carlos S. Nino en su obra “Un país al margen de la ley” de 1992. Con respecto a los datos de la reciente Tercera Encuesta, véase Antonio María Hernández y Daniel Zovatto, “Una débil cultura de la legalidad y el respeto por la Constitución”, Clarín, 18 de diciembre de 2023.

transitoria Octava y en el art. Art. 100 inc. 12, sobre las funciones del Jefe de Gabinete. Como lo dice la primera de las normas, sólo se admite la delegación “en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

Pero la delegación legislativa ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso “Delfino”, de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional, como seguidamente veremos.

La delegación legislativa consiste en la transferencia de la competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al Poder Ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijadas.

Más allá que en doctrina es muy conocida la opinión negativa de John Locke al respecto, en el derecho comparado europeo y norteamericano, -que influenciaran nuestro ordenamiento-, se fue imponiendo dicha práctica en base a la afirmación del liderazgo político del órgano ejecutivo sobre el legislativo en la realidad política contemporánea, por una serie de causas que explicara hace tiempo el distinguido constitucionalista César Enrique Romero¹⁸.

Todo esto fue posibilitando un enorme avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes Ministerios, etc. que afectaron el principio de legalidad de los art. 14 y 19 de la Ley Suprema, además de los derechos individuales.

Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea el Congreso Nacional.

Así llegamos a la reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa mencionada, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de este instituto de emergencia.

¹⁸ Cfr. César Enrique Romero, “El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea”, Rev. De Estudios Políticos de Madrid, España, 1963.

Compartimos con Badeni¹⁹ que la **delegación legislativa que autoriza la Constitución es una solución excepcional, limitada y de interpretación restrictiva.**

No obstante ello, no se pudo impedir posteriormente el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional.

En efecto, especialmente a partir de la primera Presidencia de Menem se produjo un avance notorio e incontrolable del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, a través de dos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa delegada, y como antes lo vimos, sin adecuada resistencia ni control por parte del órgano legislativo, en primer término y luego del Poder Judicial, que desarrolló una jurisprudencia vacilante y convalidatoria en general.

En efecto, las Leyes de emergencia y de reforma del Estado N° 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en dicha Presidencia comenzada en 1989, originaron legislación delegada que fue ratificada por la ley 25.148 de 1999, que así evitó la caducidad de la misma, como se había dispuesto con la acertada intención de terminar con estas prácticas, por la Disposición Transitoria Octava de la reforma de 1994.

Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa N° 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión²⁰ y de la 25.453 de Déficit Cero y por último, en el 2002 en la Presidencia de Duhalde, la ley N° 25.561, que ha producido la más grave, profunda y amplia delegación legislativa hasta ese momento, calificada como inconstitucional por opiniones doctrinarias que compartimos²¹.

Esta última ley, en su art. 1° declaró la emergencia pública y delegó facultades en los siguientes términos:

¹⁹ Cfr. Gregorio Badeni, “Límites de la delegación legislativa”, La Ley, 2001-E, 1.

²⁰ Cfr. Colautti Carlos, “La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414”, La Ley, 2001-D-1272 y Pérez Hualde Alejandro, “El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis”, El Derecho, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, págs. 16/17. Esta ley produjo una desmesurada delegación que abarcaba tanto materias de administración como de emergencia, que excedían largamente los límites del art. 76 de la Ley Suprema y que para Pérez Hualde colocaban a los legisladores en el serio riesgo de verse incluidos en las previsiones del art. 29, que prohíbe la concesión de las facultades extraordinarias.

²¹ Veáse Hernández, “Las emergencias y el orden constitucional”, obra citada, págs. 227/231, Pérez Hualde, “El Congreso Nacional frente a la crisis”, art. cit., pág. 17, entre otros autores.

“Declárase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4) Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2”.

Por su parte, el art. 2º estableció: “El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el art. 1º, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias”.

También deben sumarse como facultades delegadas por esta Ley del Congreso al Poder Ejecutivo, las indicadas en el art. 6º segundo párrafo, en cuanto a la reestructuración de las deudas con el sector financiero; tercer párrafo, en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y por último, en el quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas.

Fácilmente se comprende la magnitud de la delegación efectuada, que excede con amplitud las pautas del art. 76 de la Ley Suprema de la Nación. Lamentablemente, dicha ley ha sido prorrogada por el Congreso hasta el año 2018, pero posteriormente hubo nuevas leyes de emergencia, como la 27.541 de 2019, durante la Presidencia de Fernández, que abarcó 9 materias, por lo que nuestro país sigue en estado de emergencia económica. Y el resultado no fue otro que la concentración del poder en el Presidente y muy pocas manos, que además, legisla por decretos, en una desfiguración ominosa del sistema republicano y de la democracia deliberativa.

Así se fue **consolidando la práctica de vivir permanentemente de emergencia en emergencia, con todo lo que ello significa como aumento**

del hiperpresidencialismo y declinación del Congreso, con lesión del sistema republicano federal y del sistema de derechos.

Y ahora, el DNU del Presidente Milei la establece para ocho materias, aunque en su Proyecto de Ley Ómnibus, se aumenta a **once materias, y por dos años, con posibilidad de ampliación a dos más por decisión del Poder Ejecutivo, con lo que se trataría de la mayor delegación.**

Por ello debe analizarse además la **jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto.** A la referencia que efectuara como adecuada interpretación de la Constitución en el célebre caso **“Provincia de San Luis”**, donde la Corte Suprema precisó el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa, deben sumarse otros precedentes.

En ese sentido, en 2014 el Alto Tribunal falló el caso **“Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo”**, sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones.²²

Luego considero de especial importancia el fallo en los autos **“CSJ 539/2009 (45-S)/CSI Originario, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”**, de 24 de noviembre de 2015, donde declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1399/2001, que había dispuesto la continuidad de la detracción de la masa coparticipable para la AFIP. Allí se analizó en detalle la cuestión de la delegación legislativa, a la luz de la reforma constitucional de 1994. Al comentar dicha sentencia, expresé:²³

²² Véase el comentario de Alberto Bianchi a este fallo, en “La delegación legislativa: evolución y estado actual”, La Ley on line, AR/DOC/483/2016. En el punto IV.A. titulado Los efectos menores y mayores del caso “Camaronera Patagónica”, donde destaca los criterios más estrictos de la jurisprudencia más reciente de la Corte sobre delegación, que incluso alcanzan a los derechos de exportación, que deben ser considerados como cualquier impuesto y cuyos aspectos sustanciales sólo pueden fijarse por Ley. Refiere Bianchi que este fallo significó el certificado de defunción constitucional del Art. 755 del Código Aduanero. En definitiva, la política legislativa sólo puede ser obra del Congreso y la delegación sólo alcanza a cuestiones instrumentales, dentro de los límites fijados. Y con respecto a la subdelegación por parte del Poder Ejecutivo, el autor considera que la Corte ha restringido las mismas en base a estos criterios: a) sólo si lo habilita claramente la política legislativa fijada y b) que se trate de una delegación específica, aunque según su criterio, además debiera requerirse la autorización expresa legislativa para dicha subdelegación a otros funcionarios. Afirma en tal sentido que no debe olvidarse que la delegación –y por tanto la subdelegación- deben interpretarse restrictivamente, como lo expresa la jurisprudencia de la Corte. Finalmente acuerda con la minoría de la Corte en ese fallo, integrada por los Jueces Petracchi y Argibay sobre la falta de validez de la ratificación efectuada por el Congreso de esas delegaciones inconstitucionales, aunque comprende las razones de seguridad jurídica esgrimidas por la mayoría de los Jueces Lorenzetti, Fayt, Highton y Maqueda para aceptarla.

²³ Antonio María Hernández, “Los fallos de la CSJN sobre los reclamos provinciales de San Luis, Santa Fé y Córdoba por detracciones a la masa coparticipable y la confirmación de una jurisprudencia

En relación al **“Considerando 20, referido al intento de justificación del decreto, por considerarlo comprendido en la delegación efectuada por la Ley 25.414.** Aquí la Corte se detiene en el debate legislativo respectivo, citando las opiniones del Diputado Baglini y del Senador Genoud, que expresamente indicaron que la delegación excluía las cuestiones que pudieran afectar a las provincias. Y ello finaliza con este párrafo de **especial trascendencia bajo el punto de vista de nuestro sistema republicano:** “En ese sentido el Tribunal ha resuelto que el "Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa e implícitamente conferidos. Ese es un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el artículo 29" (Fallos: 148:430)”.

En esa línea, la Corte avanza a una explicitación diáfana sobre **el alcance de las facultades legislativas del Poder Ejecutivo y la delegación legislativa, a la luz de la reforma constitucional de 1994, que evidentemente intentó limitar nuestro hiperpresidencialismo²⁴.** Y en el **Considerando 21, expone:** “Que en consonancia con ello, no resulta ocioso recordar que la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir "disposiciones de carácter legislativo", sea a iniciativa propia (artículo 99, inciso tercero, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte) . Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan "decretos de necesidad y urgencia" o "decretos que ejercen facultades delegadas" (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente, conf. causas CSJ 2701/2004 [40-C] /CS1 y CSJ 767/2004 [40-C] /CS1 "Colegio Público de Abogados de Capital

federalista”, Suplemento La Ley, Constitucional, Directora María Angélica Gelli, Abril 2016, N° 2, págs.. 44 y sgts..

²⁴ Cfr. Antonio María Hernández, “A 20 años de la reforma constitucional de 1994”, obr. cit., en particular, en el punto IV: “Las ideas fuerza de la reforma”, págs.. 26/29, donde recordamos las expuestas en nuestro proyecto íntegro de reforma constitucional presentado en la Convención; en el punto V: “El diseño constitucional y la práctica institucional posterior”, págs..29/36 y en el punto VII: “El período postconstituyente y el incumplimiento de la Constitución Nacional” (pág. 37/38). Asimismo véase Antonio María Hernández, “A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994”-Legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimientos”, Editorial de la UNC, Córdoba, 2019.

Federal c/ EN -PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo", pronunciamiento del 4 de noviembre de 2008, considerando 9°). En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o "decretos delegados"), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a "materias determinadas de administración o emergencia pública"; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan "dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". El artículo 100, inciso 12, añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación. La letra del texto constitucional (artículos 99, inciso tercero y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí *puede* tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal (canf. Causas CSJ 2701/2004 [40-C]/CS1 Y CSJ 767/2004 [40-C]/CS1, citadas). En tal sentido, es oportuno recordar cuáles fueron las directrices que gobernaron el trabajo de la Convención Constituyente que en 1994 introdujo en la Constitución Nacional las cláusulas relacionadas con la delegación legislativa, tal como ellas fueron expuestas por uno de los convencionales que tuvo a su cargo la presentación y explicación del proyecto: "Los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3° de la ley declarativa, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma". "La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático [..]". "La segunda gran idea-fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del Poder del Estado -el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial-; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el

fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial". "Una tercera, emparentada con la anterior, es conseguir mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, característica común a las reformas perseguidas respecto de los tres poderes clásicos" (Obra de la Convención Constituyente, Tomo V, página 4883, exposición del convencional Alberto García Lema) . Más adelante y, refiriéndose al régimen constitucional de la delegación legislativa, el mismo convencional remarcó que la delegación constituía "una excepción al principio general sentado en la primera parte del nuevo inciso 23 del artículo 86 [actual artículo 99, inciso 3°]" que no es otro que la ya señalada prohibición al Presidente de dictar disposiciones de carácter legislativo (op. cit., pág. 4887). Ahora bien, ante la variedad de modelos que ofrecía el derecho constitucional comparado en materia de delegación legislativa, los redactores del nuevo artículo 76 de la Constitución Nacional se dejaron guiar por el que ofrece el derecho constitucional estadounidense. Al explicar el contexto del cual se habían extraído las ideas centrales del proyecto que se ponía a consideración de la Convención, el citado convencional García Lema expresó: "Los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades" (op. cit.,pág. 4887)."

Y continúa la Corte esta fundamentación en el **Considerando 22**: "Que, si bien la constitución estadounidense no contiene una cláusula como la de nuestro artículo 76, la Suprema Corte federal de ese país ha fijado, a lo largo de su historia jurisprudencial, el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es, tal como lo advirtiera el discurso del convencional García Lema, la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente. En un fallo de 1996 el referido tribunal ha hecho una síntesis de la doctrina que viene sosteniendo y desarrollando-al menos desde 1936-: El principio fundamental de la doctrina de delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso y no puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso

puede dictar reglas de seguimiento obligatorio (*'prospective force'*). Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de tareas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un Gobierno Nacional efectivo". Y, más adelante: "Esta Corte ha establecido desde antiguo que el Congreso debe tener permitido delegar en otros al menos alguna autoridad que éstos puedan ejercer por sí mismos. La auténtica distinción es entre la delegación del poder para hacer la ley, que necesariamente involucra discrecionalidad en cuanto a cómo ella debe ser, y conferir autoridad o discrecionalidad en cuanto a su ejecución, para ser ejercida bajo la ley y en función de ella. Lo primero no puede hacerse, lo último no merece ninguna objeción válida" (Loving v. United States, 517 U.S. 748, 758 [1996]). Sin embargo, aclaró que "no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (*authority*)", pues, "como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes" (517 U.S. 748, 771)".

La Corte profundiza su análisis en el **Considerando 23**, al insistir en que el "principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva "dentro de las bases que el Congreso establezca". Y en el **Considerando 24**, de gran importancia, sostiene: "Que, a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1°) la delegación sin bases está prohibida y 2°) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. Esta conclusión resulta ineludible apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque

bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente. En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado. En materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales ya referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional; conf. causas CSJ 2701/2004 [40-C] /CS1 y CSJ 767/2004 [40-C] /CS1, citadas)”.

En base a tan detallada, profunda y clara fundamentación, la Corte declaró posteriormente la **inconstitucionalidad de los arts. 1 inc. a) y 4º del Decreto 1399/01 del Poder Ejecutivo que dispuso la detracción para la AFIP**, por las violaciones constitucionales mencionadas, además de la ley respectiva de delegación, ya que esta materia no puede delegarse, tal como lo adelantó en los **Considerandos 25 y 26”**’.

Concluyo el análisis de este instituto, que ha mostrado un comportamiento institucional similar al anterior, o sea avances del Poder Ejecutivo, con abdicación de sus competencias por parte del Congreso, lo que importa una severa lesión a la letra y espíritu constitucionales y a la vigencia del sistema republicano establecido en nuestro Estado de Derecho.

Es de hacer notar que de manera criteriosa y plausible en los últimos años la **jurisprudencia de la Corte Suprema está avanzando en un control más estricto de constitucionalidad** en esta decisiva materia, como lo he reflejado en los casos recién analizados²⁵. Y esto alcanza también a las

²⁵ Para un análisis de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en esta materia, véanse el artículo antes citado de Alberto Bianchi, “La delegación legislativa: evolución y estado actual” y los libros de Santiago Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade, “La delegación legislativa y el estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación”, Abaco, Buenos Aires, 2018 y de

subdelegaciones, aunque todavía no se han fallado casos con aplicación de los requisitos del Art. 76.²⁶

4. Concepto de emergencia y sus límites constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

He sostenido²⁷ que las emergencias: a) son situaciones excepcionales que afectan el orden constitucional, b) pueden ser originadas en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza²⁸; c) para enfrentarlas el derecho crea diversas instituciones de emergencia²⁹; d) estos institutos están sujetos a la Constitución Nacional que no se suspende por ellos; e) el Congreso debe declarar las emergencias de acuerdo a sus institutos respectivos y establecer su duración, como así también los grandes lineamientos de las medidas a disponer³⁰; f) debe existir un verdadero estado de necesidad³¹; g) en general, los institutos y sus medidas producen un

Alfonso Santiago, Santiago Veramendi y Santiago Castro Videla, ya citado sobre “Control del Congreso... En éste último se mencionan los casos “La Pampa, Provincia de c. Estado Nacional”, (Expte.933/2007 (43-L) CS1, Sentencia del 6 de noviembre de 2018, donde la Corte vuelve a declarar la inconstitucionalidad del Decreto 1399/2001 como lo había hecho en la causa “Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional”, que antes comentáramos y que fuera fallada el 24 de noviembre de 2015, por tratarse de una delegación no prevista por la Ley. Y por último el caso “Blanco c. Anses” (CSS 42272/2012/CS1CA1), Sentencia del 18 de diciembre de 2018, donde el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del accionar de la demandada, que había fijado los índices para las jubilaciones, al tratarse de una facultad legislativa según lo dispuesto por el Art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

²⁶ Véase Alfonso Santiago, Santiago Veramendi y Santiago Castro Videla, obr. cit., págs..339 y sgts..En la jurisprudencia anterior la Corte Suprema admitió en ciertos casos las subdelegaciones y en otros no, como en Mouviel. De todas maneras, los requisitos de la clara decisión legislativa para ello son de evidente aplicación y siempre que no se trata de facultades indelegables.

²⁷ Véase Antonio María Hernández, “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020.

²⁸ Germán Bidart Campos, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo 2, pág. 349.

²⁹ Bidart Campos distinguió las “emergencias” de los “institutos de emergencia” que eran “creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias”. Idem, obr. cit., págs.. 349/51.

³⁰10. Resulta evidente que el Congreso como máximo depositario de la soberanía popular es el que debe declarar la emergencia, su duración y los grandes lineamientos para enfrentar la respectiva emergencia. Así lo sostiene la doctrina mas autorizada y las normas constitucionales de los Estados democráticos de Derecho y lo disponen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como veremos más adelante.

³¹ Para el análisis de los elementos constitutivos de un estado de necesidad y su aplicación como habilitante de un instituto de emergencia, remitimos al desarrollo que al respecto efectúa Mario Midón en relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, pero que para nosotros también puede aplicarse en general. (“Decretos de necesidad y urgencia”, La Ley, Bs.As., 2001, págs. 45 a 52). Decimos que debe tratarse de un “verdadero” estado de necesidad, pues puede darse el caso de una utilización ilegítima del mismo, ante la inexistencia de sus caracteres. En tal sentido, Néstor Sagüés menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Video Club Dreams” (JA, 1996, I, 236) resolvió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, al descalificar un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo. Este autor también sostiene que el derecho de necesidad “genuino” se conecta con los casos de imposibilidad material y de imposibilidad

acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, limitaciones y restricciones en los derechos y garantías individuales; h) debe mantenerse el pleno funcionamiento del sistema republicano, con especial énfasis en el accionar del Congreso y del Poder Judicial, para el control de constitucionalidad; i) debe respetarse la forma federal de estado; j) la razonabilidad y proporcionalidad deben fundamentar las limitaciones a los derechos humanos; k) deben cumplirse las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de los Arts. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, sentenciado en 2003 por la Corte Suprema, en el Voto de Mayoría se indicó en el Considerando 24) “Que esta Corte ha justificado la adopción jurídica de remedios extraordinarios cuyo rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos (Fallos: 172:21; 238:76; 243:449 y 467; 264:344 y 269:416). Y aun cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquellas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior.” Y se afirmó: “La emergencia no ampara el desconocimiento de los derechos constitucionales. Y en el Considerando 43) “Que, desde tal perspectiva, compete a los poderes políticos la búsqueda de las soluciones con que deben enfrentarse las crisis a que toda nación se ve expuesta, excluyendo aquellas vías que impliquen el compromiso de los derechos básicos e inalienables que los constituyentes calificaron como inviolables. La emergencia —como lo ha sostenido reiteradamente y desde antiguo esta Corte— no ampara el desconocimiento de tales derechos, por lo que no podría esperarse que el avasallamiento del derecho de propiedad fuese tolerado por el Tribunal”. “La permanencia de esas bases constitucionales para el progreso y el crecimiento no puede ser

racional de cumplimiento de la Constitución, señalando en el primer caso el incumplimiento del art. 3 de la Constitución de 1853 que establecía que la Capital Federal estaba en la ciudad de Buenos Aires y en el segundo caso, el incumplimiento del art. 30 también del texto de 1853, que prohibía una reforma constitucional dentro de los diez años, lo que hubo de hacerse para posibilitar la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a nuestra federación. (Cfr. “Teoría de la Constitución”, Astrea, Bs.As., 2001, pág. 102)

desconocida por tropiezos circunstanciales que sólo pueden ser superados con la madurez de los pueblos respetuosos de sus leyes. La fractura del orden fundamental sólo habría de agravar la crisis, al ver afectados ya no sólo los derechos aquí lesionados, sino los restantes que protege la Constitución, hasta tornar inviable el logro de los objetivos de "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general" sobre los que reposa el orden institucional."³²

Y en el caso "Fernández de Kirchner Cristina", con sentencia del 24 de abril de 2020, en el Voto mayoritario de los Jueces Lorenzetti, Highton y Maqueda en el Considerando 4) se expresa: "es precisamente en contextos de emergencia como el descrito, que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, que sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos", y se cita el caso Alem de 1893. Y en el Considerando 10): "Que en este contexto de inaudita y acuciante excepcionalidad, no puede desvanecerse la importante del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal". Y en el 17): "..Las emergencia, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina"

Asimismo en el "Voto concurrente del Juez Rosatti: "La Constitución argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún), en momentos de crisis. Sólo hay que empeñarse en encontrarlas"³³.

5. El tratamiento de la denominada Ley Ómnibus.

En relación a esta cuestión, sólo abordaré los aspectos constitucionales, en base a la fundamentación antes efectuada y a la que efectuaré seguidamente, y agregaré reflexiones sobre la forma de tratamiento legislativo.

Es otro proyecto de ley sin precedentes, de 664 artículos, que aborda enorme cantidad de materias y de distinto orden.

³² Véase mi análisis completo del fallo en el Anexo del libro "Emergencias, orden constitucional y Covid1d9", ya citado.

³³ Véase CSJ 353/2020/CS1," Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza".

En primer lugar hay que destacar que la suma de artículos a considerar es de 1030, pues a los de la ley se suman los 366 del DNU. Y lo sorprendente es que en el llamado a Sesiones Extraordinarias se ha fijado como fecha límite para ello el 31 de enero, mientras que las sesiones ordinarias comenzarán el 1 de marzo. Es decir que el Poder Ejecutivo pretende que en un tiempo tan limitado se consideren ambos instrumentos, lo que resulta prácticamente imposible desde el punto de vista del sentido común y del más elemental conocimiento del funcionamiento del Congreso.

En efecto, un somero análisis de algunos de los temas nos demuestra que es necesario más tiempo para un estudio serio de tan complejas cuestiones. Por ejemplo, con acertado criterio de cumplimiento de la Ley Suprema se propone en la Ley la adecuación de la representación en la Cámara de Diputados de la Nación a los últimos censos, además de la institución del juicio por jurados y de la transferencia de la ex Justicia Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero ello requiere de los debates respectivos, en cada una de las Comisiones correspondientes.

Asimismo se han conocido opiniones de distintos sectores afectados por estos instrumentos, como por ejemplo, de los Gobernadores de las Provincias patagónicas, en relación a la legislación pesquera. Y lo propio ha ocurrido con Gobernadores del Norte que han señalado lo propio con respecto al litio, o del Centro sobre el uso del biodiesel o bioetanol. A ello se han sumado los reclamos por las afectaciones a las economías regionales y por las retenciones en los productos del campo, por parte de los miembros de la Mesa de Enlace. También los Gobernadores han planteado los problemas derivados de la caída en la coparticipación impositiva. Y otros sectores han hecho escuchar su voz como el de los farmacéuticos, del arte, de las librerías y de los abogados. Y también por parte de quienes participaron en el estudio, debate y sanción del nuevo Código Civil..

Queda en claro entonces, que tan vasta cantidad de temas, necesita indudablemente de un ordenamiento para fijar prioridades y comenzar el tratamiento respectivo.

Y en cuanto a los aspectos específicamente vinculados a las declaraciones de emergencia y la concesión de delegaciones legislativas, tal como lo acabo de exponer, considero que el Congreso no debe continuar con la práctica anterior

de las permanentes declaraciones de emergencia con las respectivas delegaciones legislativas.

6. Aferrarnos a la Constitución Nacional.

El país requiere un profundo proceso de cambio en base a los principios cardinales de nuestro sistema político que son los de una democracia republicana y federal.

Nos ha ido muy mal con las experiencias anteriores. En vez del decisionismo de unos pocos, necesitamos el diálogo, debate y acuerdo para las decisiones exigidas de conformidad a las instituciones previstas por la Constitución.

Es el momento de aferrarnos a la Ley Suprema, como único camino que nos permitirá superar la decadencia en que nos encontramos. A cuarenta años de la recuperación de la democracia, nuevamente hay que recordar los grandes fines y propósitos enunciados en el Preámbulo.