

Voces: ADMINISTRACION PUBLICA - ESTADO NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY - APLICACIÓN DE DECRETOS - PODER EJECUTIVO - FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO - DIVISIÓN DE PODERES - CONSTITUCIONAL - INCONSTITUCIONALIDAD

Título: Análisis sobre la validez constitucional del DNU 27/18 de «Reforma del Estado»

Autor: Caparroz, Luciano

Fecha: 2-feb-2018

Cita: MJ-DOC-12373-AR | MJD12373

Producto: MJ

Sumario: *I. Introducción. II. El impacto en la «forma de gobierno» republicana. III. Ocho razones por las cuales el DNU 27/18 es inconstitucional. IV. La persistencia del PEN en desconocer la alta autoridad de la jurisprudencia de la CSJN en materia de DNU. V. Conclusiones.*

Por Luciano Caparroz (*)

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, formularemos oportunamente una breve observación acerca de la validez constitucional del DNU 27/18 (calificado como de «Reforma del Estado»), el cual fue emitido por el Presidente de la Nación el 10/1/18. Es importante advertir que nuestro análisis se detiene en una mirada técnico-jurídica y objetiva, desprovista de todo tipo de ideologizaciones que puedan desautorizar un razonamiento serio.

Aclarado lo anterior y adentrándonos en el tema, no puede soslayarse por ser de público y notorio conocimiento, que tras las tensiones político-sociales atravesadas por el actual Gobierno con la votación y aprobación de la denominada «Reforma Previsional» de fines del año 2017, cierto es que al PEN le resulte complejo, dificultoso o hasta riesgoso para sus estrategias de gestión obtener en el ámbito parlamentario los consensos políticos necesarios para sancionar los «proyectos de ley» considerados claves por el Ejecutivo nacional.

En tal contexto coyuntural, el PEN con el objetivo de lograr un deseado despliegue o desarrollo de su gestión político-económica, improvisó la llamada «Reforma del Estado» canalizándola legalmente por medio del dictado de un «DNU» (rubricado como de «Desburocratización y Simplificación»), el cual es, en rigor, un reglamento de «sustancia legislativa» especialmente

creado y diseñado para utilizarse en épocas de «urgencia o emergencia» institucional.

En un marco de control del fiel funcionamiento de las instituciones, aquí resultará indispensable entonces subrayar que el DNU 27/18 vino a modificar, sustituir y derogar a nada menos que 30 leyes dictadas por el Congreso y 7 decretos con «sustancia legislativa». Por lo tanto, no es aventurado afirmar lo «inédito» de la medida, pues no existía antecedente desde la sanción de la reforma constitucional de 1994 donde un Presidente haya podido emitir un Decreto (DNU) con semejante magnitud «reformista».

No obstante ello, la futura vigencia de este DNU se encuentra en marcada duda, ya que no logra superar el «test de constitucionalidad», dada la «grosera» falta de cumplimiento de los expresos requisitos establecidos en el art. 99, inc. 3 de la CN, lo cual analizaremos seguidamente en este trabajo.

II. EL IMPACTO EN LA «FORMA DE GOBIERNO» REPUBLICANA

Es claro que una decisión estratégica de gobernar por decreto invocando permanentes e hipotéticas «urgencias o emergencias» (no probadas) con el objeto de evitar o saltar la intervención institucional del Congreso, resulta una práctica «antirrepublicana» (1) por impactar negativamente en la división de funciones del poder.

El actual Gobierno del Presidente Macri, desde el día de su asunción 10/12/15 al presente (enero de 2018), emitió nada menos que «36 DNU», para evitar la intervención del Congreso. Veamos cuáles fueron:

- Año 2015: Total 5 DNU

1. DNU 267/15: 29/12/2015. Creación del Ente Nacional de Comunicaciones.
2. DNU 256/15: 24/12/2015. Transfiere el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) a la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
3. DNU 257/15: 24/12/2015, Entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Nación.
4. DNU 211/15: 22/12/2015. Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2016.
5. DNU 13/15: 10/12/2015. Modificación de la Ley de Ministerios.

- Año 2016: total 13 DNU

6. DNU 1.244/16: 7/12/2016, modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2016.
7. DNU 1.199/16: 29/11/2016, derogación del Decr. 2229/15 sobre Reembolsos a la Exportaciones.
8. DNU 975/16: 1/9/2016, Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2016.

9. DNU 908/16: 2/8/2016, establece un régimen excepcional de distribución de los recursos acumulados al 28 de julio de 2016 en el Fondo Solidario de Redistribución con destino a la financiación de la estrategia de Cobertura Universal de Salud y conformación del Fondo de Emergencia y Asistencia de los agentes del seguro de salud.

10. DNU 882/16: 21/7/2016, establece cupo fiscal para el Ejercicio 2016.

11. DNU 797/16: 16/6/2016, modificación del Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2016.

12. DNU 737/16: 2/6/2016, modificación del Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2016.

13. DNU 691/16: 17/5/2016, Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública.

14. DNU 593/16: 15/4/2016, Régimen de Asignaciones Familiares

15. DNU 275/16: 1/2/2016, Suspende la aplicación de las disposiciones contenidas en el Decr. 814/2001.

16. DNU 223/16: 19/1/2016, Modificación de la Ley de Ministerios

17. DNU 207/16: 18/1/2016. Validez jurídica de la edición digital del Boletín Oficial de la República Argentina

18. DNU 73/16: 11/1/2016, deroga el Decr. 2635/15 sobre Cese a la detracción, en el marco de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del Quince por Ciento (15%) de la masa de impuestos coparticipables pactada en la Cláusula Primera del «Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales».

- Año 2017: 17 DNU

19. DNU 1013/17: 7/12/2017. Modificación del Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2017.

20. DNU 746/17: 25/9/2017. Modificación de la Ley de Ministerios.

21. DNU 698/17: 5/9/2017. Crea la Agencia Nacional de Discapacidad.

22. DNU 595/17: 31/7/2017. Modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2017.

23. DNU 516/17: 17/7/2017. Se otorgan créditos a titulares de las prestaciones liquidadas o puestas al pago por la Administración Nacional de la Seguridad Social como posibilidad de inversión del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino.

24. DNU 513/17: 14/7/2017, modifica la Ley de Ministerios

25.DNU 258/17: 18/4/2017, suspende la aplicación de las disposiciones contenidas en el Decr. 814/2001 respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial.

26. DNU 160/17: 9/3/2017, Régimen Administrativo para la Inscripción de Nacimientos.

27. DNU 146/17: 6/3/2017, modifica el Decr. 902/2012 que creó el Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar (ProCreAr).

28. DNU 139/17: 3/3/2017. Modificación del Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados.

29. DNU 102/17: 13/2/2017. Modificación del Decr. 256/2015.

30. DNU 80/2017: 31/1/2017, Modificación del Decr. 1584/10 (derogado).

31. DNU 70/17: 27/1/2017. Modificación a la Ley 25.871(ref.;LEg1208).

32. DNU 51/17: 20/1/2017. Servicio Aduanero.

33. DNU 54/17: 20/1/2017. Modificación de la Ley de Riesgos del Trabajo y Comisiones Médicas Jurisdiccionales.

34. DNU 52/17: 20/1/2017. Feriados Nacionales (derogado).

35. DNU 2/17: 2/1/2017. Modifica la Ley de Ministerios incorporando el Ministerio de Finanzas.

- Año 2018: 1 DNU hasta el presente

36. DNU 27/18: de «Desburocratización y Simplificación»

De este «paquete» detallado de los 36 DNU dictados en escasos dos años de gobierno del macrismo, sin dudas sobresale y sorprende este último, el Decreto 27/18, por modificar, sustituir y derogar a 30 leyes dictadas por el Congreso y 7 decretos de «sustancia legislativa». De tal forma, no es ocioso volver a reiterar nuestro razonamiento inicial: «¿es acaso un acto republicano modificar 30 leyes del Congreso con un solo decreto?»

Veamos primero la legislación modificada o derogada por el DNU 27/18, discriminando a decretos y leyes:

Grupo «A»:

1. Decreto-Ley 19.492/44 (Navegación y Comercio de Cabotaje).

2. Decreto-Ley 5965/63 (Letra de Cambio y Pagaré).

3. Decreto-Ley 6673/63 (Modelos o Diseños Industriales).

4. Decreto Delegado 1023/01 (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional).

5. Decreto de Necesidad y Urgencia 1382/12 (Agencia de Administración de Bienes del Estado).

6. Decreto de Necesidad y Urgencia 1416/13 (Agencia de Administración de Bienes del Estado).

7. Decreto de Necesidad y Urgencia 1570/01 (Entidades Financieras).

Grupo «B»:

8. Ley 13.003 (Seguro de vida colectivo para el personal del Estado).

9. Ley 13.064 (Obra Pública).

10. Ley 14.147 (Abastecimiento Autónomo del Ejército).

11. Ley 17.319 (Hidrocarburos).

12. Ley 17.418 (Ley de Seguros).

13. Ley 18.924 (Casas, Agencias y Oficinas de Cambio)

14. Ley 19.511 (Ley de Metrología).

15. Ley 19.550 (Ley de Sociedades).

16. Ley 19.971 (Registro Industrial de la Nación).

17. Ley 20.744 (Ley de contrato de Trabajo).

18. Ley 21.932 (Industria Automotriz).

19. Ley 22.362 (Ley de Marcas y Designaciones).

20. Ley 22.359 (Fondo Nacional del Menor y la Familia).

21. Ley 22415 (Código Aduanero).

22. Ley 24.076 (Gas Natural. Marco regulatorio).

23. Ley 24.093 (Ley de Actividades Portuarias).

24. Ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor).

25. Ley 24.449(ref.LEG851) (Ley Nacional de Tránsito).

26. Ley 24.467 (Pymes).

27. Ley 24.481 (Ley de Patentes de Invención y modelos de utilidad).

28. Ley 24.452 (Ley de Cheques).
29. Ley 24.633 (Circulación Internacional de Obras de Arte).
30. Ley 25.065 (Tarjeta de Crédito).
31. Ley 25246 (Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo. Unidad de Información Financiera).
32. Ley 25.300 (Ley de Fomento para la Micro y Pequeña y Mediana Empresa).
33. Ley 25.506 (Firma Digital).
34. Ley 26.047 (Registros Nacionales).
35. Ley 26.940 (Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral).
36. Ley 27.161 (Empresa Argentina de Navegación Aérea).
37. Ley 27.349 (Apoyo al Capital Emprendedor).

Como puede apreciarse, de la información emergente del grupo «A» encontramos que se modificaron 7 (siete) decretos de «sustancia legislativa» (tres decretos-leyes, un decreto delegado y tres DNU), y de la información emergente del grupo «B» observamos que se han modificado 30 leyes sancionadas por el Congreso, siendo de las más variadas las materias de reforma (eje: civil y comercial, laboral, bancaria, cambiaria, financiera, societaria, registral, aeronavegación, administrativa, etc.), llegando a regularse hasta materias prohibidas para un DNU (v. gr.: la tributaria y penal), lo cual analizaremos posteriormente en el punto III de este trabajo.

Si hay que formular una primera conclusión sobre lo observado, no resultará difícil sostener que, ante semejante avasallamiento institucional, la «división de poderes» pasó a ser una mera formalidad, o dicho con otras palabras, la «forma de gobierno republicana» podrá tener vigencia normológica en la Constitución Nacional «formal», pero en la actualidad distará mucho de tener la deseada «vigencia sociológica» que Germán Bidart Campos ubicaba en la Constitución Nacional «material». Repárese lo paradójico que resulta que la plataforma electoral del partido político que sostiene al actual PEN (2), formula justamente como una «declaración de principio» el innegociable fortalecimiento del «sistema republicano». Pero de tal contexto descrito, parece emerger una incoherencia entre lo declarado en el plano formal de la política del Gobierno, con lo gestionado en la realidad por el PEN, pues gobernar con tantos DNU, evitando la función legislativa del poder, no es para nada una práctica republicana.

En una segunda conclusión sobre lo observado, no puede omitirse en referencia al sostenimiento institucional de la forma de gobierno republicana, que la cabeza de otro de los poderes del Estado nacional, y aquí nos referimos a la CSJN, ha sostenido que «hay que desalentar definitivamente los "experimentos institucionales" que intenten forzar a los principios republicanos» (3). La Corte Suprema, en el caso citado (4) y bajo una argumentación muy precisa, expresó que hay que, por fin, garantizar la «eficacia» de los derechos constitucionales (inc. 6 del fallo), lo que, en otras palabras, significó advertir que como último intérprete de la CN asegurará sin tapujos la «vigencia sociológica» del principio republicano. Tan es así, que

en el inc. 11 de la sentencia citada, el Alto Tribunal manifiesta expresamente que «el Estado de Derecho requiere de instituciones "maduras"». Finalmente, el máximo tribunal de nuestro país no emite solo una resolución de tipo advertencia, dirigida a las «instituciones», ya sean provinciales o nacionales -podríamos decir con mayor rigor una verdadera «sentencia exhortativa» (5)-, sino que también advierte a los propios partidos políticos que deben desalentar estos experimentos institucionales que buscan o tienen por objeto forzar los principios republicanos.

Debe entonces recordarse, a todas luces, que la jurisprudencia hoy reeditada de la CSJN (6) ha sostenido lo siguiente: «. que no se ha eliminado el sistema de separación de funciones previsto en el art. 1 CN por haberse incorporado los DNU a la Carta Magna, dado que la reforma del 94 buscó atenuar al PEN y fortalecer el PLN».

III. OCHO RAZONES POR LAS CUALES EL DNU 27/18 ES INCONSTITUCIONAL

Resultan escandalosos por la grosera ostensibilidad que invisten los incumplimientos del DNU 27/18 a los requisitos expresos exigidos por la Constitución Nacional para la sanción de un DNU.

De tal forma, es imperioso recordar lo que prescribe la CN en el art. 99 inc. 3, párr. 2.º: «. el PEN "no podrá en ningún caso" bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo». Como se observa, el convencional constituyente ha sido explícito («no podrá»), al igual que con la delegación legislativa (art.76 de la CN) («se prohíbe»), lo que marca desde un comienzo su «interpretación estricta» pues lo que está en juego es la división de poderes, como señalamos en el punto anterior de este trabajo.

Pero el párr. 3.º del mismo artículo, establece la «excepción» a la regla en el marco de 2 parámetros que habilitan al presidente a que pueda emitir un DNU: ellos son a. circunstancias excepcionales, b. necesidad y urgencia. La mención de la «excepcionalidad» se adita de un término que no soporta tergiversaciones oportunistas cuando dice así: «... circunstancias excepcionales que hacen "imposible" el seguimiento del procedimiento legislativo», entendiendo que «imposible» no equivale a «inconveniente» o «difícil», la emergencia debe hacer entonces «imposible legislar».

La interpretación judicial «vigente» de la CSJN sobre los 2 parámetros señalados que habilitan al presidente a que pueda emitir un DNU, emerge de la doctrina sentada en el caso «Consumidores Argentinos» (7), interpretación que es restrictiva, siguiendo los criterios de Video Club Dreams (8), Verrochi (9), Smith (10) y Pcia. de San Luis (11).

Las «emergencias» son 'situaciones de excepción', acontecimientos fácticos anormales, casos críticos que resultan extraordinarios porque perturban el orden constitucional. Hay que caracterizarla y distinguirla de los «institutos de emergencia», los cuales son creaciones jurídicas, así por ejemplo el estado de sitio. Situaciones de emergencia serán entonces eventos de carácter físico, por ejemplo: un terremoto o una epidemia, o de carácter político, p. ej.: una revolución o de carácter económico, p. ej.: legislaciones restrictivas del derecho de propiedad. Nuestra CSJN antiguamente se refirió a la emergencia en el «caso Perón» del 21/6/1957, donde expresó que tales situaciones derivan de «acontecimientos extraordinarios que demandan también remedios extraordinarios». No podemos dejar de advertir lo difícil que es conceptuarla, la CSJN delinea algunas pautas en el caso «Peralta» (12) del 27/12/90 en referencia al aspecto económico, sosteniendo que se trata de una situación extraordinaria que

gravita sobre el orden económico-social y origina una situación de necesidad a la que hay que ponerle fin, autorizando al Estado a restringir derechos tutelados por la CN.

Cerrando la idea, la legislación de excepción -emergencia- será válida en su dictado cuando respete ciertos requisitos entre los cuales se halla su transitoriedad, pues las constantes «prórrogas» -como sucedió en nuestro país con las prórrogas a la Ley 25.561- perpetúan su conservación y la excepción se convierte en regla, dando por resultado inseguridad jurídica y más emergencia. Traducido lo dicho, un país que hace política apelando constantemente a los institutos de excepción termina por avasallar la estructura de un verdadero Estado de derecho por desdibujar el principio republicano de «división de poderes».

Pero en la actualidad, el Ejecutivo no respaldó sus decisiones en el basamento de la «emergencia» -minimizado el rol del Parlamento-, sino que muta y recurre al concepto de la «urgencia». Así, los 36 «DNU» citados del macrismo no expresan en su motivación la existencia de alguna situación fáctica generadora de «emergencia», sino que por el contrario se intenta exponer -y solo en algunos casos- situaciones de hipotéticas «urgencias». El PEN así se desborda de sus límites, observándose que en la fundamentación de la toma de sus decisiones sustancialmente legislativas «mutó» del concepto de emergencia al concepto de que todo es de «urgencia».

Veamos concretamente lo que se expresó en la exposición de motivos del DNU 27/18:

«Que las medidas hasta aquí descriptas deben ser tomadas en tiempo oportuno, de modo que contribuyan eficazmente al "bienestar general de la población", así como al "mejoramiento de la productividad, de la economía en general" y de los sectores específicamente involucrados». (El entrecomillado interno me pertenece).

«Que, encontrándose en "receso el Honorable Congreso de la Nación, el transcurso del tiempo que inevitablemente insume el trámite legislativo" implicaría un importante "retraso en el dictado de las normas en cuestión", lo que obstaría al cumplimiento efectivo de los objetivos del presente Decreto». (El entrecomillado interno me pertenece).

«Que están dadas, por ende, las condiciones previstas en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional».

«Que "la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible" seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes». (El entrecomillado interno me pertenece).

«Que la presente medida se dicta "de acuerdo" a las facultades emergentes del artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional». (El entrecomillado interno me pertenece).

Conforme a la transcripción literal de la exposición de motivos del DNU 27/18, los fundamentos jurídico-constitucionales invocados por el PEN, son los siguientes:

- A. El bienestar general de la población.
- B. El mejoramiento de la productividad.
- C. La economía en general del país.

D. El receso estival del Congreso.

E. El retraso de tiempo que insume el trámite parlamentario normal para la sanción de las leyes.

F. Lo «excepcional» de las situaciones anteriormente planteadas en los ítems precedentes.

Como brevemente apuntamos más arriba, el uso por el PEN del DNU está como «regla» prohibido por la CN, salvo que al Congreso le sea imposible legislar por causas de carácter físico (un terremoto o una epidemia), de carácter político: (p. ej.: una revolución) o de carácter económico (una crisis). La «razonabilidad» de su utilización se circunscribirá al estándar, tal como reza que «acontecimientos extraordinarios demandan remedios extraordinarios».

De tal forma, ¿el receso estival del Congreso, previsto en el texto constitucional, es un acontecimiento extraordinario?, ¿el deseo de mejorar la productividad y la economía general del país configura «per se» una situación de emergencia pública? ¿El tiempo que demande la sanción de una ley formal en el Congreso, habilita por sí a cerrarlo o prescindir de su esencial función constitucional?. Un concepto jurídico indeterminado «bienestar general», ¿es un elemento fundante de la existencia de emergencia pública?

Pensamos que la «Reforma del Estado» impulsada recientemente por el Gobierno a través del DNU 27/18, no se instrumenta entonces en el marco de «acontecimientos fácticos anormales» del país, o ante «casos críticos» que resultan extraordinarios por perturbar el orden constitucional.

Pero además de esta grosera y ostensible ausencia del cumplimiento por el PEN de los requisitos de excepción, estrictamente exigidos por la CN y la CSJN para el dictado del DNU, tampoco se cumplió escandalosamente con el requisito del «refrendo ministerial» del DNU (13), pues falta la firma de 2 (dos) ministros del Ejecutivo, nos referimos a la firma del Dr. Oscar Raúl Aguad (Ministro de Defensa) y a la del Dr. German Garavano (Ministro de Justicia y DD. HH.). El texto constitucional expresa literalmente en el art. 99, inc. 3, que los DNU «. serán decididos "en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos", conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros».

A dicha precariedad jurídico-constitucional del DNU, debe agregarse que prescribió sobre «materias expresamente prohibidas» por la CN, tales como la materia penal y tributaria.

En conclusión, por todo lo analizado, encontramos 8 (ocho) «razones» por las cuales puede declararse la inconstitucionalidad del DNU 27/18. Ellas son las siguientes:

1. El DNU es inconstitucional por violar la división de poderes y en consecuencia a la forma de Gobierno republicana (art. 1 de la CN).
2. El DNU es inconstitucional porque no ha sido refrendado por 2 (dos) Ministros del PEN.
3. El DNU es inconstitucional por no fundamentarse en circunstancias excepcionales que hicieren imposible sancionar las leyes por el Congreso de la Nación, esto es, razones de «urgencia o emergencia» conforme lo interpretado por la Jurisprudencia vigente de la CSJN.

4. El DNU es inconstitucional por violar el «principio de razonabilidad» (art. 28 de la CN).

5. El DNU es inconstitucional por legislar en materia prohibida como la tributaria: Ello, porque modifica a la Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor, cual es una Ley de ostensible materia tributaria (tan solo ello se prueba remitiéndonos a su capítulo II, cual se dedica al tratamiento impositivo del contenido de la materia regulada por la ley).

6. El DNU es inconstitucional en cuanto modifica por disposición de su art. 65 al art. 33 de la Ley 19.511, imponiendo multas. La multa es una sanción de naturaleza penal, en consecuencia, una materia prohibida de regulación por medio de un DNU.

7. El DNU es inconstitucional en cuanto modifica por disposición de su art. 135, al art.5 de la Ley Nº 24.633, el cual regula "derechos de importación" (o sea, tributos nacionales), y en consecuencia también es una "materia prohibida" de regulación por medio de un DNU.

8. El DNU es inconstitucional en cuanto modifica la Ley Nº 25246 (de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo), cual es una Ley de naturaleza penal, y en consecuencia una "materia prohibida" de regulación por medio de un DNU.

IV. LA PERSISTENCIA DEL PEN EN DESCONOCER LA ALTA AUTORIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN EN MATERIA DE DNU

Habiendo sido evaluada en la motivación del DNU (14) su fundamentación, podemos nuevamente afirmar que se «mantiene» y persiste una vieja costumbre o práctica política de «no» observar la alta autoridad que inviste la doctrina judicial vigente y vinculante de la CSJN, cual es la intérprete final de la CN y, en consecuencia, del art. 99, inc. 3.

Es oportuno entonces exponer los puntos sobresalientes de la jurisprudencia vigente de la CSJN en materia de DNU, cual fue impresa en el «leading case» «Consumidores Argentinos» (15). Dichos puntos fueron los siguientes:

a. Que los «requisitos» de los DNU, son de «interpretación restrictiva» (inc. 5 del fallo).

b. Que la finalidad de la reforma constitucional del 94 ha sido:

1. atenuar el presidencialismo.

2. fortalecer el Congreso.

3. fortalecer los mecanismos de control.

4. perfeccionar el equilibrio de poderes.

c. que los DNU deben interpretarse de acuerdo con los principios del Estado Constitucional (inc. 6 del fallo),

d. que el principio que organiza el poder, es la «división de funciones, por lo que el PEN no puede sustituir la actividad del PLN» o liberarse del control judicial (inc. 7 del fallo).

e. que la doctrina del caso Verrochi debe guiar a los tribunales de justicia en cuanto

determinen el alcance de los DNU (inc. 8 del fallo).

f. que no hay dudas de que los DNU se dictan bajo condiciones de «rigurosa excepcionalidad» (inc. 10 del fallo).

g. en cuanto a la necesidad y urgencia, es menester evaluar el «presupuesto fáctico» que justifica el dictado del DNU. Ello porque si para el PLN (en cuanto dictó leyes de emergencia) la CSJN se los ha verificado en distintas causas, con más razón debe verificarlos respecto del PEN (inc. 11 del fallo).

h. que el principio fundamental de nuestro sistema político es la «división de poderes».

i. que de la evaluación de los presupuestos fácticos hay que excluir lo siguiente:

1. los criterios de mera conveniencia del PEN.

2. la discrecionalidad en la elección u opción de impulsar la sanción de una ley o un DNU (inc. 13 del fallo).

j. que la CSJN en la causa Verrochi fijó 2 pautas como requisitos de la excepcionalidad:

1. imposibilidad de dictar la ley formal por su trámite ordinario o que las Cámaras no puedan reunirse dada la fuerza mayor, una acción bélica o desastre natural,

2. urgencia tal que no se pueda esperar la sanción de la ley.

Como puede verificarse, el «DNU 27/18» desconoce en un modo manifiesto a la doctrina del caso «Consumidores Argentinos», pues la decisión del PEN dista mucho de fortalecer al Congreso, y de respetar al principio republicano y a la división de poderes, enmarcándose su dictado por el contrario, en «criterios de mera conveniencia» del PEN y en su pura discrecionalidad de optar por «saltar» al Congreso por el tiempo que insume el trámite de sanción de una ley formal.

No resulta «razonable» fundamentar una hipotética «urgencia» del dictado del DNU en tan solo la «mejora de la productividad y la economía general» del país, procediendo a bloquear peligrosamente las atribuciones del Congreso. La pauta de «razonabilidad» fue precisada por la CSJN en el año 2002 a través del caso «Smith» (16), y allí se estableció que los medios elegidos por el PEN para alcanzar los fines propuestos no debían ser irrazonables. Está claro que lo irrazonable es también «arbitrario». De esta forma, resulta irrazonable violentar con un DNU la «división de poderes» (propia del sistema republicano, art. 1 de la CN), tan solo para fijar antojadizamente una «mejora de la productividad» o para lograr una mejora de la «economía general» del país o el «bienestar general» de la población, dado que no existe una «fuerza mayor» tal (por ejemplo: desastre natural), que haya impedido la intervención y funcionamiento del Congreso.

V. CONCLUSIONES

Con un nuevo Gobierno en ejercicio del poder democrático, lamentablemente se vuelve a reeditar el debate sobre el impacto negativo que los DNU generan en la división de funciones del poder. Estamos muy lejos de haber logrado el objetivo declarado por los convencionales

constituyentes de 1994 de «atenuar al presidencialismo».

Ello porque en tan solo 2 años de gestión, el macrismo lleva contabilizado un abultado número de 36 decretos de necesidad y urgencia emitidos, y la suspicacia de que uno de ellos (el N.º 27/18) ha sido ahora el primer antecedente de lo que podríamos calificar como la aparición de un «mega-DNU», atenta la semejante magnitud «reformista» que pretende alcanzar, modificando, sustituyendo y derogando a nada menos que 30 leyes formales dictadas por el Congreso y 7 decretos de «sustancia legislativa».

Empero, lo «inédito» de la medida decretada radica en que no existía un antecedente de esta característica desde la sanción de la reforma constitucional de 1994. Dicho en otras palabras, ningún Presidente tuvo la osadía de llevar adelante una «reforma del Estado» por medio de un DNU, sin existir la mas mínima emergencia pública.

Pensamos que si permanece en vigencia en el mundo jurídico este DNU 27/18, ello será porque los mecanismos constitucionales de control han fracasado. Al respecto, ya hemos dicho en otro lugar (17) que la Ley 26.122 reglamentaria de los DNU necesita de una urgente e imperiosa reforma, atenta la facultad del Congreso de derogarlos o ratificarlos, pero sin plazo perentorio (conf. art.22 de la Ley 26.122). Mientras tanto, el DNU mantiene su vigencia bajo el argumento de que el Congreso no puede expresarse tácitamente en cuanto al rechazo. En el momento de la discusión de esta ley, la oposición buscó sin éxito que se impusiera un plazo (que iba de los 15 a los 40 días) para que una vez vencido sin un pronunciamiento del Congreso los decretos quedaran automáticamente derogados.

Lo cierto es que según el texto vigente de esta ley -arts. 20 y 21-, las Cámaras están obligadas a dar inmediato y expreso tratamiento de lo resuelto por la comisión y solo pueden aceptar o rechazar el DNU -art. 22 y 23(tref:LEg5085.23)-, sin facultades para modificar el contenido del mismo. Lo curioso es que «la derogación de un decreto exige la voluntad en tal sentido de "ambas" Cámaras, pero para su aprobación se "interpreta" que basta tan solo con el voto mayoritario de una sola». Ello significa que mientras para que el Congreso pueda sancionar una ley formal, una norma superior -como la CN- le exige la aprobación del proyecto por las dos cámaras del Congreso, pero para la sanción de una «ley material» de sustancia normativa como un DNU, una ley inferior -como la 26.122- exige tan solo la aprobación de una sola de la cámaras, lo cual no es una «sutileza legal», sino una «interpretación inconstitucional» de la ley, lo que debe ser corregido o por la vía del PLN a través de la sanción de una nueva reglamentación de los DNU, pues aquí se llega a la contradicción de que «se puede lo menos y no lo mas», o por la vía del PJN, a través de un fallo de la CSJN que declare la «inconstitucionalidad» de la interpretación del art.24 de la Ley 26.122, por no ajustarse a los principios y normas parlamentarias emergidas de la CN para el procedimiento de elaboración, formación y sanción de leyes, utilizando las técnicas de modulación de sentencias, llamadas de «interpretación conforme».

(1) Decimos antirrepublicana porque el PEN no respetó uno de los caracteres más significativos de una «república», como es la «división de funciones» del Poder, la cual está establecida en el art. 1 de la CN, que reza así: «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo que establece la presente Constitución».

(2) Ver <http://pro.com.ar/plataforma-electoral/> .

(3) CSJN, inc. 15, del caso «UCR Santiago del Estero c/ Pcia. Santiago del Estero s/ Acción declarativa de Certeza», U.58.XLIX (originario), fecha 22/10/2013.

(4) Nos referimos al caso «UCR Santiago del Estero c/ Pcia. Santiago del Estero s/ Acción declarativa de Certeza», U.58.XLIX (originario), fecha 22/10/2013.

(5) Esta denominación fue introducida ya hace unos años por el profesor Sagüés. Véase SAGÜÉS, Néstor, P.: «Las Sentencias Constitucionales Exhortativas (Apelativas o con Aviso), y su recepción en la Argentina, LL, 2005-F-1461. Igualmente puede consultarse al mismo autor en idéntico trabajo en www.cecoch.cl: «Las Sentencias Constitucionales Exhortativas», en la Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile, noviembre de 2006, pp. 189 a 202.

(6) CSJN: V.916.XXXII, inc. 7. Véase también, voto de Boggiano, (inc. 6).

(7) C. 923.XLIII.

(8) Fallos 164:675.

(9) ED, T-184-1097.

(10) Fallos 325:28.

(11) Fallos 326:417.

(12) CSJN, Fallos 313:1513.

(13) Refrendaron el DNU 27/18 los siguientes Ministros: Marcos Peña (Jefe de Gabinete), José Gustavo Santos (Ministro de Turismo), Patricia Bullrich (Ministra de Seguridad), Alberto Jorge Triaca (Ministro de Trabajo), Carolina Stanley (Ministra de Desarrollo Social), José Lino Salvador Baraňao (Ministro de Ciencia y Tecnología e Innovación), Alejandro Pablo Avelluto (Ministro de Cultura), Rogelio Frigerio (Ministro del Interior, Obra Pública y Vivienda), Francisco Adolfo Cabrera (Ministro de Producción), Guillermo Javier Dietrich (Ministro de Transporte), Sergio Alejandro Bergman (Ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable), Andrés Horacio Ibarra (Ministro de Modernización), Juan José Aranguren (Ministro de Energía y Minería), Nicolás Dujovne (Ministro de Hacienda), Luis Andrés Caputo (Ministro de Finanzas), Jorge Marcelo Faurie (Ministro de Relaciones Exteriores y Culto), Alejandro Oscar Finocchiaro (Ministro de Educación), Adolfo Luis Rubinstein (Ministro de Salud), Luis Miguel Etchevehere (Agroindustria). No refrendaron el DNU citado, los siguientes Ministros: el Dr. Oscar Raúl Aguad (Ministro de Defensa) y el Dr. Germán Garavano (Ministro de Justicia y DD. HH.).

(14) Nos referimos al DNU 27/18.

(15) C.923.XLIII.

(16) CSJN: Fallos 325:28.

(17) CAPARROZ, Luciano: «La persistencia del uso abusivo e inconstitucional de los DNU por el PEN», en Microjuris, 22/8/12. Cita MJ-DOC-5933-AR | MJD5933.

(*) Abogado, especialista en Derecho Administrativo, UNR. Doctorando en Derecho, UNR. Profesor Adscripto de Derecho Constitucional I, UNR. Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Autor de numerosos artículos de doctrina sobre su especialidad.