

Fuentes y procedimiento administrativo

Cuestiones actuales y perspectivas

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

Ediciones
IRAP

Fuentes y procedimiento administrativo: cuestiones actuales y perspectivas /
Jorge Albertsen ... [et. al.];
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Rap, 2019.
640 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-694-021-4

1. Derecho Administrativo. I. Albertsen, Jorge.
CDD 342

© Ediciones *Rap* s. A.
Talcahuano 638, Piso 4, of. H (C1013AAN)
Ciudad de Buenos Aires - República Argentina
4373-6210/4373-1703/4373-1677
consulta@revistarap.com.ar
www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN: 978-987-694-021-4

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica
y cualquier sistema de almacenamiento de información
sin autorización escrita del Editor.

Las colaboraciones firmadas incluidas en la presente
publicación no representan necesariamente
la opinión de la Dirección del sello editorial.

Este libro se terminó de imprimir en junio del año 2019
en los talleres de Latingráfica sites en la calle Rocamora 4161,
Ciudad de Buenos Aires (CP 1872), Tel.: 4867-4777

EL CONTROL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN EL MARCO DE LA LEY N° 26.122

IGNACIO M. DE LA RIVA

1. DINÁMICA DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO

El tema que me ha sido propuesto nos exige volver a prestar atención al sistema tripartito de división de poderes, que no es otra cosa que un mecanismo de control recíproco entre las tres órbitas de gobierno, con vistas a prevenir un ejercicio abusivo del poder que redunde en perjuicio de los derechos individuales.

Es, pues, evidente que a lo largo del tiempo se ha verificado un notorio incremento de la cuota de poder normativo en manos del Poder Ejecutivo, desdibujándose así los perfiles del principio de legalidad¹. Se trata de un fenómeno generalizado en el Derecho comparado, que supone un avance del Ejecutivo sobre áreas que históricamente estaban reservadas al legislador².

Frente a este hecho, resulta indispensable contar con instrumentos adecuados para mantener dentro de su quicio el ejercicio de esta potestad legislativa de carácter extraordinaria reconocida al Presidente de la República, que se traduce, fundamentalmente, en el dictado de decretos de necesidad y urgencia y de decretos delegados, pero también en el veto parcial de los proyectos aprobados por el Congreso.

¹ Una descripción de las causas de este proceso puede verse en Thury Cornejo, Valentín, *Sistema político y aprendizaje constitucional. (A 10 años de la reforma de 1994)*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005, pp. 126 a 129.

² Al establecer las razones que explican este fenómeno, la doctrina española destaca como uno de los motivos el hecho de que, “frente a la solemnidad, lentitud, intermitencia del funcionamiento de los Parlamentos, [se contraponen] la habitualidad, rapidez, continuidad de la producción reglamentaria” (cfr. García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 18ª ed., Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2017, p. 213).

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

La constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia³, de los decretos delegados⁴ y de los decretos de promulgación parcial de leyes⁵, contaba con el respaldo de la Corte Suprema ya antes de la reforma constitucional de 1994. La enmienda introducida por los constituyentes en este punto no hizo otra cosa, entonces, que formalizar atributos que ya estaban presentes en la Constitución real, con el propósito de asignarles perfiles más precisos a través de la imposición de ciertos recaudos que hacen a su validez.

El texto constitucional reformado se ha ocupado por separado de cada una de las tres situaciones más arriba mencionadas.

En primer lugar, respecto de los reglamentos delegados, el Artículo 76 de la Constitución Nacional "prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo 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".

En lo referido a los decretos de necesidad y urgencia, el Artículo 99, inciso 3º, dispone, a su vez, que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros". El mismo precepto establece asimismo que, una vez dictado el decreto, "el Jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras". Además, la norma constitucional comentada delega al Congreso la reglamentación del tema, al disponer que "una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

Finalmente, por cuanto concierne al veto parcial, el Artículo 80 de la Constitución Nacional "reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles". Y a continuación dispone: "Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia".

³ Ver el precedente del caso "Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Nación Argentina - Ministerio de Economía - BCRA-", *Fallos*, 313:1513.

⁴ Cfr. la sentencia del caso "Cocchia, Jorge Daniel c/ Nación Argentina y otro", *Fallos*, 316:2624.

⁵ Cfr. *Fallos*, 189:156 y 268:352.

Los reformadores, sin embargo, no aprobaron un régimen exhaustivo en estas materias, sino que optaron por dejar en manos del Poder Legislativo la tarea de precisar “el trámite y los alcances de la intervención del Congreso” con relación a los decretos de necesidad y urgencia y a la promulgación parcial de leyes. Esta técnica, consistente en trasladar al legislador la responsabilidad de dictar el régimen reglamentario dirigido a complementar las pautas constitucionales en determinados terrenos, resulta ser una modalidad a la que el reformador ha acudido con excesiva asiduidad⁶, y cada vez que lo ha hecho ha dotado al legislador de un margen de discreción considerable para completar los aspectos del régimen no definidos en el texto constitucional. En el caso que nos ocupa, como luego veremos, son varias —y muy relevantes— las cuestiones vinculadas con el control de los decretos legislativos sobre las cuales la Carta Fundamental exhibe una textura abierta, lo cual ha permitido al Congreso terminar de modelar el sistema de control de dichos actos con un protagonismo y amplitud de criterio por encima de lo aconsejable.

En este caso particular, el mandato dirigido al legislador fue satisfecho con una demora de más de una década con ocasión de la sanción de la Ley N° 26.122⁷, mediante la cual el Congreso dictó el régimen que le fuera encomendado, incluyendo también el caso de los decretos delegados. Se trata, indudablemente, de una ley clave para resguardar el equilibrio político en las delicadas y por muchas veces complejas relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

3. LA COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE

Si bien los reformadores de 1994 previeron la creación de la Comisión Bicameral Permanente, atribuyéndole un papel destacado en el control de la actividad legislativa que excepcionalmente fuera a desplegar el Poder Ejecutivo, ellos han sido bien parcos a la hora de precisar en el texto los alcances de las funciones de dicho cuerpo asesor⁸.

⁶ Sin pretender agotar el elenco de casos, pueden traerse a colación los siguientes ejemplos: régimen de iniciativa popular (Art. 39), la ley de coparticipación (Art. 75, incs. 2° y 3°), la ley que identifica los intereses federales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 129) y la ley que regula el Consejo de la Magistratura (Art. 114). Si bien esta modalidad permitió en su momento salir del paso frente a situaciones que no gozaban de consenso en el seno de la Asamblea Constituyente, ha demostrado no ser muy eficaz en el transcurso del tiempo, dadas la demora que invariablemente ha exhibido el legislador en cumplir ese tipo de mandatos.

⁷ BO 28-7-2006.

⁸ Cfr. los Artículos 99, inc. 3°, y 100, incs. 12 y 13, de la Constitución Nacional.

Es preciso observar a este respecto que, aun cuando la Constitución establezca que los decretos dictados en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso están sujetos al “control” de la Comisión, ninguna duda cabe de que la tarea que ella desarrolla es meramente consultiva, en tanto se traduce en dictámenes que debe elevar al cuerpo legislativo con relación a los decretos que caen bajo su supervisión. La ley sancionada por el Congreso ha contribuido a superar, a este respecto, las dificultades suscitadas por el escueto texto constitucional en lo que hace a la intervención de la Comisión en materia de control de los decretos dictados por delegación legislativa.

Es, por consecuencia, en la Ley N° 26.122 donde habremos de encontrar tales precisiones. En efecto, tras definir el objeto del régimen⁹, el articulado de la ley aborda lo atinente a la composición y a las reglas de funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente. Según puede leerse en el texto legal, los dieciséis miembros que integran la Comisión (ocho diputados y ocho senadores) deben respetar la regla de la proporcionalidad representativa de los partidos políticos presentes en cada Cámara, tal como ha sido previsto por la Constitución¹⁰.

Fiel a la denominación del órgano, la ley ratifica, además, su carácter permanente¹¹, lo cual supone que deberá reunirse para tratar inmediatamente cualquier decreto legislativo, con prescindencia de que se dicte durante períodos de receso del Congreso. Lamentablemente, el legislador ha omitido prever si en tales circunstancias el Poder Ejecutivo deberá convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, o si el cuerpo legislativo estará habilitado, en su defecto, a autoconvocarse. Cualquiera que sea el caso, la convocatoria del pleno del Congreso parece indispensable, ya que de otro modo la labor desplegada por la Comisión resultará de dudosa eficacia, en tanto su función se limita a prestar asesoramiento a las Cámaras que asiste, siendo estas las verdaderas responsables de controlar (y, llegado el caso, dejar sin efecto) los decretos bajo análisis.

La intervención de la Comisión Bicameral Permanente se expresa a través de la emisión del pertinente dictamen¹², el que, según se desprende del texto de la ley, deberá limitarse a examinar la *validez* de los decretos sujetos a control¹³. Esta restricción no guarda congruencia con el hecho de que el Congreso, al cual la Comisión asesora, desplegará un control amplio, en tanto la ratificación o rechazo del decreto por parte de aquel podrá deberse a motivaciones ajenas a las consideraciones meramente jurídicas que está autorizado a exponer el cuerpo asesor¹⁴.

⁹ Cfr. el Artículo 1° de la Ley N° 26.122.

¹⁰ Cfr. el Artículo 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional y el Artículo 3° de la Ley N° 26.122. Con razón crítica la doctrina la omisión del legislador de señalar cómo deben distribuirse los lugares en el seno de la Comisión para resguardar, efectivamente, la proporcionalidad exigida por la Constitución [cfr. Santiago, Alfonso (h) y Veramendi, Enrique, "Comentarios iniciales a la ley 26.122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo", en SJA de fecha 1/11/2006, LexisNexis].

¹¹ Cfr. el Artículo 6° de la Ley N° 26.122.

¹² Cfr. el Artículo 8° de la Ley N° 26.122.

¹³ Cfr. los Artículos 10, 13 y 14 de la Ley N° 26.122.

Las particularidades de este examen de validez a cargo de la Comisión, frente a cada uno de los tres tipos de decretos sometidos a su control, han sido estudiadas en detalle por Claudio Matías Posdeley en su trabajo "Apuntes sobre el rol y las funciones de control de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo", en AA.VV., *El control de la actividad estatal I*, dirigido por Enrique M. Alonso Regueira, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, pp. 600 a 604.

¹⁴ Esta disociación entre el alcance del control encomendado a la Comisión Bicameral y aquel que, en definitiva, ejercerá el Congreso, no ha pasado inadvertida para la doctrina, que no se ha privado de cuestionar tal asimetría. Ver, al respecto, Badeni, G., "Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente", cit.; Pérez Sammartino, Osvaldo A., "La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad", *La Ley*, Suplemento de Actualidad del 17 de agosto de 2006, p. 1, y Pérez Hualde, Alejandro, "La postergación institucional", *La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo, octubre de 2006, p. 1.

4. TRÁMITE PARA EL CONTROL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

El procedimiento conforme con el cual se debe sustanciar el control de los decretos que son objeto de la Ley N° 26.122 solo alcanza a visualizarse íntegramente a partir de una lectura armónica que abarque los pertinentes preceptos de la Constitución y de la propia ley mencionada. Merced a esa mirada de conjunto, es dable inferir que el recorrido de esa tarea de control discurre a través de las siguientes fases:

a) Una vez dictado el decreto, el Jefe de Gabinete (en el caso de los decretos de necesidad y urgencia, y de aquellos que disponen un veto parcial) o el Presidente de la Nación (en el caso de los decretos delegados) cuentan con diez días para someterlo a consideración de la Comisión Bicameral Permanente¹⁵.

b) La Comisión debe, acto seguido, emitir y elevar su dictamen a las Cámaras en idéntico plazo de diez días¹⁶. Va de suyo que tal dictamen no resulta vinculante para el órgano legislativo¹⁷.

c) Frente al eventual incumplimiento de los plazos antedichos, tanto la Comisión Bicameral como las Cámaras podrán abocarse, respectivamente, al tratamiento del decreto sujeto a control¹⁸.

d) Contrariamente a lo que sucede para la sanción de las leyes, cuyo tratamiento está sujeto a la intervención sucesiva de ambas Cámaras del Congreso¹⁹, para el control de los decretos legislativos ellas actúan en paralelo y de manera simultánea. Ni la Constitución ni la ley fijan un plazo para que las Cámaras se pronuncien, sino que se limitan a estipular que su intervención debe ser “inmediata”²⁰.

e) El pronunciamiento de cada Cámara debe formalizarse a través de una “resolución”, respaldada por el voto mayoritario de sus miembros presentes, la cual expresará la aprobación o rechazo del decreto sujeto a control²¹.

¹⁵ Cfr. los Artículos 80 y 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, y Artículo 12 de la Ley N° 26.122.

¹⁶ Cfr. los Artículos 80 y 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, y Artículo 19 de la Ley N° 26.122.

¹⁷ En igual sentido, Barra, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, T. 1, cit., p. 438; Badeni, Gregorio, “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”, cit.; y Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 698.

¹⁸ Cfr. el Artículo 18 de la Ley N° 26.122.

¹⁹ Cfr. los Artículos 77 y siguientes de la Constitución Nacional.

²⁰ Cfr. el Artículo 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, y los artículos 20, 21 y 22 de la Ley N° 26.122. Se ha criticado que ni la normativa constitucional ni el régimen legal que la reglamenta hayan fijado un plazo para que el Congreso se expida ratificando o rechazando el decreto dictado (cfr. Badeni, G., “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”, cit.). Sin embargo, dado que no se ha previsto qué efectos tendría la falta de pronunciamiento por parte del Congreso, no se advierte qué utilidad pudiera tener la presencia de semejante término perentorio.

²¹ Cfr. el Artículo 22 de la Ley N° 26.122.

f) Las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto serán remitidas al Poder Ejecutivo para su publicación en el Boletín Oficial²², sin dar lugar a la posibilidad de veto por parte del órgano ejecutivo²³.

5. ALCANCES Y EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO

La modalidad de actuación simultánea de ambas Cámaras no solo va en beneficio de una mayor celeridad en el trámite, sino que es claro indicio de que la labor desplegada por los legisladores en este caso es ajena a la que desarrollan en orden a la sanción de las leyes. Se trata, en efecto, de una tarea de mero control de lo actuado por el Poder Ejecutivo.

De allí que el cuerpo legislativo no esté habilitado a introducir enmiendas al texto sometido a su control, sino que debe limitarse (en el seno de cada una de las Cámaras) a aceptar o rechazar el decreto dictado²⁴. En todo caso, si el órgano legislativo aspira a modificar los alcances de la normativa dictada, deberá impulsar y sancionar una ley con tal destino, conforme con el procedimiento previsto al efecto en la propia Constitución.

Ya se ha señalado que el acogimiento o rechazo del decreto por parte de las Cámaras del Congreso puede tanto tener su origen en razones que hagan a su invalidez, como deberse a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. Tal amplitud en la potestad revisora conferida es conteste con la titularidad de la función legislativa que el cuerpo ostenta *iure proprio*²⁵. La irrupción del Ejecutivo en ese ámbito al dictar decretos de necesidad y urgencia o decretos delegados se origina en razones circunstanciales²⁶, que no desplazan de forma permanente o definitiva hacia su órbita aquella titularidad originaria de la potestad legislativa en cabeza del Congreso.

²² Cfr. el Artículo 26 de la Ley N° 26.122.

²³ Cfr. Santiago, A. (h) y Veramendi, E., "Comentarios iniciales a la Ley N° 26.122...", cit.

²⁴ Cfr. el Artículo 23 de la Ley N° 26.122.

Conforme lo señala la doctrina, la exteriorización de la voluntad de las Cámaras a través de resoluciones impide, además, que el Poder Ejecutivo pueda ejercer su poder de veto, puesto que —cabe insistir— no se trata en el caso de un proyecto de ley. En igual sentido, ver Renella, M. P., "Control parlamentario de los decretos...", cit., p. 733).

²⁵ Es de hacer notar, sin embargo, que la vastedad de las facultades revisoras atribuidas al Congreso, inobjetable en términos generales, ha generado alguna duda en el caso particular de los decretos que promulgan parcialmente las leyes, aduciéndose que un control tan amplio en manos de aquel cuerpo podría conducir a resultados que no concilian con la distribución de competencias plasmada en el texto constitucional en esa materia, dada la mayoría calificada —dos tercios— de ambas Cámaras que la Constitución exige para que prospere el proyecto originalmente sancionado por el Congreso [cfr. Santiago, A. (h), y Veramendi, E., en el trabajo, varias veces citado, "Comentarios iniciales a la Ley N° 26.122..."]. Debe advertirse, no obstante, que la tarea fiscalizadora asignada por la Ley N° 26.122 a las Cámaras legislativas recae sobre el proyecto (parcialmente) promulgado, y no sobre las partes de este que han sido vetadas. Para torcer la suerte de estas últimas, será siempre indispensable insistencia del Congreso mediante las mayorías agravadas previstas en el Artículo 83 de la Constitución, lo cual desvanece, a mi juicio, la fuerza del argumento antes señalado.

²⁶ No está de más recordar el mandato constitucional que, insistentemente, "prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo" (Art. 76) y reitera que dicho órgano "no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" (Art. 99, inc. 3°). Frente a tan enfáticas disposiciones, es forzoso concluir que el Poder Ejecutivo, en circunstancias ordinarias, no legisla.

Un aspecto crucial del régimen legislativo aprobado reside en el hecho de que solo ante el rechazo del decreto por parte de ambas Cámaras se producirá su derogación, la que surtirá efectos una vez cumplido el recaudo atinente a la publicación de las resoluciones que así lo hayan decidido, quedando a salvo los derechos adquiridos al amparo de su vigencia²⁷, por obvias razones de seguridad jurídica²⁸.

He aquí, pues, uno de los aspectos a mi juicio más criticables de la reglamentación del marco constitucional por parte del régimen legal comentado. La circunstancia de que la derogación del decreto legislativo esté supeditada al rechazo de ambas Cámaras (y no al de una sola de ellas) supone una profunda alteración del equilibrio de fuerza entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, dado que permite al primero adoptar disposiciones que, de ordinario, hubieran competido al legislador, y contar con que ellas no serán revertidas en tanto cuente con mayoría propia en al menos una de las Cámaras del Congreso²⁹. Si la voluntad legislativa nace, en nuestro país, del consuno de ambas Cámaras, no se comprende cómo puede reconocerse validez y permanencia a la voluntad legislativa expresada en circunstancias excepcionales por el Poder Ejecutivo, merced a la aprobación posterior (o al mero silencio) de una sola de esas mismas Cámaras³⁰.

²⁷ Cfr. el Artículo 24 de la Ley N° 26.211.

²⁸ Más allá de la mayor o menor simpatía que tal solución normativa pueda generar, resulta innegable que atribuir consecuencias jurídicas firmes y definitivas al decreto durante el tiempo de su vigencia, y con independencia de su suerte ulterior, es la alternativa que mejor casa con las exigencias básicas de la seguridad jurídica. Así lo destaca Cassagne en su trabajo "El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su posterior evolución hasta la reforma Constitucional de 1994", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario*, Buenos Aires, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2003, pp. 273 y sigs., especialmente pp. 304 y 305.

²⁹ Sobre este punto ya me he pronunciado en una oportunidad anterior. Ver mi trabajo "Los decretos sujetos al control del legislador en el marco de la ley 26.122", en AA.VV., *Fuentes del Derecho Administrativo*, bajo la dirección de Gustavo Boullade, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 147 a 169.

La experiencia acumulada a lo largo de más de una década de vigencia del sistema de control previsto en la Ley N° 26.122 pone en evidencia la absoluta ineficacia del régimen aprobado, a punto tal que durante todos estos años ningún decreto de necesidad y urgencia, delegado o de observación y promulgación parcial de las leyes fue dejado sin efecto por el Congreso en ejercicio de los poderes de control que le han sido atribuidos [cfr. el minucioso trabajo publicado por Alfonso Santiago (h), Enrique Veramendi, Santiago M. Castro Videla y Patricio D'Acunti bajo el título "La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo (Balance y reflexiones a doce años de su conformación)", *La Ley*, 14-3-2019, p. 11].

³⁰ A similar conclusión arriba Sagüés, quien señala con todo acierto que, al faltar consentimiento de una Cámara, no puede sostenerse que el Poder Legislativo haya admitido el decreto sometido a su control, ya que tal aprobación demanda un acto complejo de acuerdo interparlamentario (cfr. Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, T. 1, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 613). Por su parte, también Susana Cayuso critica la solución legal adoptada en este punto, estimando que el tratamiento del decreto por separado por ambas Cámaras no resulta constitucionalmente sustentable (ver su trabajo "La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente", *La Ley*, 2006-D, 1435).

Por otra parte, ha de quedar en claro que la eficacia del decreto legislativo no depende de su ratificación por parte del Congreso, sino que opera desde el momento de su publicación (o a los ocho días de esta, en caso de que la norma guarde silencio sobre el punto)³¹. El pronunciamiento ratificatorio del cuerpo no hace, por tanto, al perfeccionamiento del acto legislativo, sino que pertenece únicamente a la tarea de control que toca desarrollar a aquel *ex post facto*³². Por esta misma razón, tampoco cabe atribuir efecto alguno a la omisión del Congreso en pronunciarse³³.

³¹ Tal solución aparece expresamente consagrada en el caso de los decretos de necesidad y urgencia, frente a los cuales la lectura armónica de la Ley N° 26.122 conduce, en efecto, a la conclusión expuesta. Ver, en particular, su Artículo 17, que dispone que los “[...] decretos a que se refiere esta ley [...] tiene plena vigencia de conformidad a lo establecido en el Artículo 2 del Código Civil”, y su Artículo 24, que prescribe que “[...] el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación [...], quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”.

Es interesante apuntar que la última norma citada guarda coherencia con la cláusula constitucional que establece que “la caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa” (Art. 76, segundo párrafo).

³² Contra lo expuesto, Marcela Basterra sostiene que el decreto de necesidad y urgencia reviste el carácter de un acto complejo, cuya validez constitucional requiere de la concurrencia de dos voluntades, la del Poder Ejecutivo que lo dicta, y la del Poder Legislativo que ha de controlar la presencia de los presupuestos que hacen a su procedencia. De allí que afirme que, si no media un pronunciamiento expreso del órgano legislativo que ratifique o rechace el decreto, este perdería validez (ver su trabajo “El alcance del control en materia de decretos de necesidad y urgencia. Estándares actuales”, *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 4, diciembre 2011, pp. 123 y siguientes).

Lo que no explica la autora citada es cómo incide en su planteo la ausencia de todo plazo previsto en el ordenamiento (constitucional y legal) para que las Cámaras del Congreso se expidan. Frente a tal vacío, de asumirse la tesis que propone, quedaría en la más completa incertidumbre el momento a partir del cual el decreto perdería validez, a no ser que se interpretase (contra toda lógica) que su entrada en vigor queda suspendida hasta el momento en su ratificación parlamentaria tenga lugar. En efecto, como con todo acierto sostiene María Paula Rennella, “si se tratara de un acto complejo, como sucede con la sanción de las leyes, en las que el Poder Ejecutivo debe concluir con el procedimiento de dictado de la ley promulgándola, el decreto no tendría vigencia ni produciría efectos hasta tanto no se pronunciara el Congreso” [ver su artículo titulado “Control parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados”, en AA.VV., *Control de la Administración pública (Administrativo, Legislativo y Judicial)*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 730].

³³ No obstante lo expuesto, es preciso señalar que existe un nutrido grupo de autores que se inclinan por sostener que, con arreglo al texto constitucional, no cabría darle al silencio del Congreso un valor convalidante de los decretos de rango legislativo sometidos a su control (cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 431 y 432; Gelli, M.A., *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., pp. 698 y 699; Badeni, G., “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”, cit.; Quiroga Lavié, Humberto, “Decreto de necesidad y urgencia en la reforma de la Constitución”, *La Ley*, 1994-D, 876 y sigs.; Gordillo, A., *Tratado de derecho administrativo*, T. 1, cit., pp. VII-28 y 29; Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 239 a 246; Pérez Sammartino, O.A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia...”, cit.; y Cayuso, Susana, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial...”, cit.).

No obstante, no faltan autores que critican que la ley no haya impuesto a las Cámaras el deber de expedirse dentro de un plazo determinado³⁴ y no haya sentado la consiguiente caducidad del decreto si al vencimiento de dicho plazo no ha mediado ratificación por parte del órgano legislativo. Lo cierto, sin embargo, es que nuestra Constitución, contrariamente a lo que ocurre en otros países cuyas constituciones atribuyen ese efecto extintivo al silencio del legislador en estos casos³⁵, no consagra semejante solución, lo cual significa –a mi modo de ver– que los constituyentes han querido dejar en manos del legislador un margen de discrecionalidad para optar entre una u otra solución. Podrá, por tanto, discutirse si la continuidad de la vigencia del decreto frente al silencio del Congreso resulta la alternativa más conveniente, pero lo que no cabe, a mi juicio, es sostener que se trate de un esquema que pueda reputarse inconciliable con el texto constitucional³⁶.

A este último respecto, es menester insistir acerca de que, cuando se invoca el Artículo 82 de la Constitución Nacional³⁷ para fundar la supuesta inconstitucionalidad del régimen legal comentado, se pasa por alto un aspecto metodológico no menor: dicha norma se encuentra inserta en el capítulo relativo a la *formación y sanción de las leyes*. Es indudable que el mecanismo estipulado por la Ley N° 26.122 para que las Cámaras del Congreso aprueben o rechacen los decretos de rango legislativo no desemboca en la sanción de una ley, sino que opera como un mero vehículo de control por el legislador de las funciones de excepción asignadas al Ejecutivo. Así lo recalca, por lo demás, el hecho de que en el cumplimiento de esa tarea de control las Cámaras se pronuncien a través de simples “resoluciones”³⁸, instrumento este por completo ajeno al trámite de sanción de las leyes.

³⁴ Cfr. Ávalos, Eduardo, “Los decretos de necesidad y urgencia en la Argentina: desde 1853 hasta nuestros días”, *Revista de la Facultad*, Vol. III, N° 1, Nueva Serie II, 2012, p. 151

³⁵ Ver, por ejemplo, el Artículo 86, inc. 2, de la Constitución española; el Artículo 77 de la Constitución italiana, y el Artículo 62 de la Constitución de Brasil. En nuestro ámbito, tal es la solución que adopta el Artículo 91 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

³⁶ En este mismo sentido, Sagüés señala que el criterio plasmado en la ley podrá discutirse desde la perspectiva de su acierto, conveniencia y cautela (él mismo, incluso, no lo comparte en ese plano), pero no en cuanto a su constitucionalidad (cfr. su trabajo “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia”, en SJA del 18/10/2006).

Participan también de la idea de que la atribución de efecto positivo al silencio del Congreso es compatible con el texto constitucional, Cassagne, Juan Carlos, “Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución reformada”, en AA.VV., *Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff)*, cit., p. 180; Barra, R. C., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, cit., pp. 441 y 442; Comadira, J. R., *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 247 a 250; Balbín, C., *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, cit., p. 124; Santiago, Alfonso (h) y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 470; Perrino, Pablo E., “La potestad normativa de la Administración económica”, en AA.VV., *El principio de legalidad y ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, T. II, Caracas, FUNEDA, 2005, pp. 265 y sigs.

³⁷ Cabe recordar que el citado precepto establece que “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente”, lo cual “excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

³⁸ Cfr. el Artículo 22 de la Ley N° 26.122.

Finalmente, tampoco es óbice para cuestionar la constitucionalidad de la solución adoptada por el legislador, en cuanto a la vigencia de los decretos bajo examen, lo previsto en la Disposición Transitoria Octava de la Constitución reformada. Esta cláusula, como se sabe, amenazaba con la caducidad a la legislación delegada preexistente a la sanción de la reforma que no contuviera plazo para su ejercicio, siempre que no fuera ratificada por el Congreso dentro de los cinco años posteriores a la modificación constitucional. La disposición, sin embargo, no va dirigida a las normas dictadas en ejercicio de una delegación preexistente a la enmienda, sino que únicamente afecta a las leyes delegantes que no contuvieran plazo alguno para el ejercicio de las atribuciones que en virtud de ellos se transfieren al órgano ejecutivo. En consecuencia, el límite temporal previsto no permite inferir que los decretos dictados dentro del período de vigencia de las leyes delegantes vayan a perder vigor una vez que estas, eventualmente, sean alcanzadas por la caducidad prevista en la cláusula examinada.

6. LA TAREA DE CONTROL ASIGNADA AL CONGRESO ¿DESPLAZA TODA POSIBILIDAD DE CONTROL JUDICIAL?

El principio de división de poderes no ha de entenderse como la consagración de un régimen de absoluta separación e independencia de los órganos que encarnan las tres funciones típicas, sino como un sistema orientado a la coordinación y control recíprocos que aquellos ejercen entre sí. Así resulta, al menos, en la interpretación del principio que impera entre nosotros, signada por la idea de que el modelo reposa sobre un delicado juego de "frenos y contrapesos" entre esas tres esferas del gobierno³⁹.

En el caso particular de la Constitución argentina, en ocasiones el texto asigna determinadas atribuciones a alguna de las tres ramas del gobierno tripartito, lo cual lleva a interpretar que tal órbita debe ejercerlas con carácter singular, privativo o exclusivo⁴⁰. Frente a tales casos, la Corte Suprema advierte que "el principio de separación de poderes [...] impone que en las causas donde se impugnan actos que otros Poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que les son privativas con arreglo a lo prescrito por la Constitución Nacional, la función jurisdiccional de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuere, se haría manifiesta la invasión del campo de las

³⁹ Como se sabe, esta compleja coexistencia de órganos que ejercen un único poder público ha sido interpretada de maneras muy diversas. El caso extremo nos lo ofrece la Francia post-revolucionaria que, en un clima de absoluta desconfianza hacia los tribunales de justicia, postuló una tajante separación entre los tres Poderes, de modo de vedar toda posibilidad de que los jueces tomaran injerencia en los asuntos encomendados a la Administración, liberando a esta última de toda sujeción al control jurisdiccional (ver García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 40 a 51). No es ese, ciertamente, el modelo seguido en nuestro medio, donde los mecanismos de control recíproco entre las tres órbitas del gobierno son un elemento inherente al sistema que no suscita reparos.

⁴⁰ Sobre el sentido estricto de la noción de *facultades privativas* puede consultarse Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 719 y sigs.

potestades propias de las demás autoridades de la Nación”⁴¹. Esta admonición del más alto tribunal de la Nación no es sino derivación de una de las máximas que el mismo cuerpo sentó durante los primeros años de su labor institucional, cuando fijó como “una regla elemental de nuestro Derecho Público que cada uno de los tres altos poderes que conforman el gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere”⁴².

El tema que venimos examinando nos coloca, pues, frente a uno de esos casos en los que el constituyente ha encomendado al Congreso una tarea específica, cual es la de controlar la validez (y, según quedó dicho, también la conveniencia) de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo en el marco de los Artículos 76, 80 y 99, inciso 3°, de la Carta Magna. ¿Debemos considerar que se trata de una facultad privativa del legislador, que —en cuanto tal— detrae la materia de toda posible intervención de los tribunales en lo que hace al control de la regularidad de tales actos legislativos?

Para dar respuesta a este interrogante es menester recordar, una vez más, que la Constitución, en su Artículo 116, atribuye a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”. Esto necesariamente lleva a sostener que, en tanto la solución de la disputa judicial planteada por una parte legitimada requiera examinar la validez de un decreto legislativo, el juez a cargo de resolver la controversia deberá pronunciarse acerca de ese punto, invalidando, si fuere el caso, el decreto cuestionado.

La propia Corte, tras mantener una postura ambigua sobre el tema en el caso “Rodríguez”, a partir de su fallo en la causa “Verrocchi” ha avalado de manera enfática y constante la competencia de los jueces para revisar la validez de lo actuado por el Poder Ejecutivo al dictar decretos de necesidad y urgencia, estando aquellos habilitados incluso a examinar si concurren los presupuestos fácticos que permiten su dictado⁴³, lo cual despeja toda duda que pudiere plantearse sobre el particular. Más aún, como lo ha hecho notar la Corte, si frente a las leyes de emergencia procede la verificación de los presupuestos fácticos que justifican su dictado, con mayor razón tal escrutinio debe llevarse a cabo por parte de los jueces cuando se trata de circunstancias de excepción invocadas por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legislativas que le han sido asignadas con carácter excepcional⁴⁴.

Esta conclusión se mantiene, incluso, aun tras la eventual ratificación del decreto de necesidad y urgencia por parte del Congreso, según cabe colegir, sin mayor dificultad, de la prerrogativa que ejercen los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes⁴⁵.

⁴¹ Cfr. el fallo dictado por la Corte en la causa “Zaratiegui”, en *Fallos*, 311:2582; la misma doctrina es reiterada por el tribunal en la causa “Rodríguez”, *Fallos*, 320:2851.

⁴² *Fallos*, 53:420.

⁴³ Cfr. *Fallos*, 322:1726; 323:1934; 323:1566; 327:5559; y 333:633, entre otros.

⁴⁴ Cfr. *Fallos*, 333:633, consid. 11.

⁴⁵ En igual sentido, Canda, Fabián O., “Decretos legislativos: El control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 187.

No ha de olvidarse que la eventual aprobación por parte del Congreso de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo no alcanzará, en ningún caso, a purgar las deficiencias constitucionales que dichos actos pudieran acarrear⁴⁶.

Con respecto a los decretos de promulgación parcial de leyes, tras dejar a salvo que “lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución propia de los dos poderes constitucionalmente encargados de ellos (el Congreso y el Poder Ejecutivo, según lo establecen los Arts. 77 a 84 de la Constitución Nacional), resulta, por regla general, ajeno a las facultades jurisdiccionales de los tribunales”, la Corte aclaró, sin embargo, que “tal criterio reconoce excepción en los supuestos —como el suscitado en el *sub examine*— en que se ha demostrado fehacientemente ‘la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley’”⁴⁷.

Es necesario hacer notar, de todos modos, que esta tarea revisora de los jueces difiere notoriamente del control encomendado a las Cámaras del Congreso, tanto en sus propósitos, como en sus alcances y efectos, y de allí que no deban excluirse recíprocamente.

El control a cargo del Congreso es, ante todo, general y abstracto (en tanto tiene por objeto al decreto en sí mismo considerado), y como lógica consecuencia su resultado puede determinar la derogación lisa y llana de la norma dictada, con efectos *erga omnes*, sin perjuicio del respeto de las situaciones jurídicas que se hayan consolidado durante su vigencia.

La competencia revisora de los jueces se ejerce, en cambio, frente a un caso judicial concreto, y su objeto se limita a la resolución de esa controversia singular, lo cual hace que la decisión invalidatoria que eventualmente dicte el tribunal circunscriba sus efectos a las partes del proceso.

Pero existe, además, una diferencia sustancial en lo tocante a la intensidad del control en uno y otro caso. Mientras los jueces, como es sabido, deben limitar su escrutinio a los aspectos netamente jurídicos del acto sometido a su examen, el legislador está habilitado a llevar a cabo una ponderación amplia del decreto, de modo que su rechazo (que no necesitará siquiera estar motivado) podrá deberse a consideraciones jurídicas, políticas, técnicas o de cualquier otro tipo.

Se advierte, de este modo, que el control que ejercen el legislador, por un lado, y los jueces, por otro, sobre los decretos legislativos emanados del Poder Ejecutivo no solo no se excluyen entre sí⁴⁸, sino que resultan complementarios.

A lo sumo, el único reparo que, a nuestro juicio, podría plantearse estaría dado ante una prematura irrupción judicial que pudiese enervar el ejercicio de las facultades de control asignadas al Congreso, estando pendiente el plazo previsto para que las Cámaras se expidan

⁴⁶ Así lo ha declarado en forma expresa la propia Corte, en el precedente de autos “Luisa Spak de Kupchic y otro c/ Banco Central de la República Argentina” (*Fallos*, 321:366).

En idéntico sentido, ver Santiago, A. (h) y Veramendi, E., “Comentarios iniciales a la Ley N° 26.122...”, cit.

⁴⁷ Ver su pronunciamiento en el caso “Famyl S.A. c/ Nación Argentina” (*Fallos*, 323:2256, consid. 10°).

⁴⁸ En igual sentido, Castro Videla, Santiago M., y Maqueda Fourcade, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Buenos Aires, Ábaco, 2015, p. 611.

y sin que las mismas se hubieren todavía pronunciado sobre la aprobación o rechazo del decreto involucrado. Pero aun frente a este supuesto sería menester un análisis más detenido de la cuestión, llevado adelante en función de las circunstancias de cada caso, antes de descartar de plano la procedencia de una actuación judicial cautelar que se mostrase indispensable para preservar los derechos en juego.

En definitiva, el control de los decretos de rango legislativo a cargo del Congreso es, *stricto sensu*, un control político, mientras que la función revisora de los jueces se circunscribe al plano jurídico y queda reservada al acotado marco de los casos o controversias que se someten a su estudio por parte de sujetos legitimados para hacerlo. En tanto se atengan a estas premisas, los tribunales no deben temer estar invadiendo espacios ajenos.