

*La urgencia: Milei y la República**

Por Juan F. Armagnague

1. El decreto de necesidad y urgencia

El decreto de necesidad y urgencia (DNU) 70/23 es *nulo* de nulidad absoluta por las siguientes consideraciones:

a) El art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional ha sido violado pues no ha seguido su texto: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios por esta Constitución para la sanción de las leyes... podrá dictar DNU”.

El principio general es que el presidente no puede legislar sobre materias que son propias del Congreso, tales como la ley del Banco Nación; sobre la ley de contrato de trabajo; sobre convenciones colectivas de trabajo; sobre el Código Civil y Comercial; Código Aduanero; medicina prepaga; ley de sociedades comerciales; por citar ejemplos del diario vivir.

b) Porque no existe “imposibilidad” de seguir el trámite de sanción de las leyes, ya que el presidente debió, previamente, convocar a sesiones extraordinarias y luego enviar un proyecto de ley. Por el contrario, eligió el atajo corto de dictar un DNU y luego convocar a sesiones extraordinarias.

De este modo, de acuerdo a la ley 26.122 para que el DNU se mantenga vigente, basta con que una sola de las Cámaras lo avale, aunque la otra lo rechace. Se rompe, pues, el consentimiento de ambas Cámaras del Congreso. Ha vulnerado la forma republicana de gobierno que tanto pregonó el presidente en su campaña electoral.

c) Por tanto no hay emergencia grave que requiera de medidas urgentes ya que el Congreso no se encuentra en receso, por lo que el Poder Ejecutivo no puede conjurar esta excepcionalidad, por cuanto carece de atribuciones constitucionales para ello.

d) El decreto 70/23 bajo el pretexto de solucionar “transitoriamente” problemas atinentes a la presunta emergencia, no puede dictar normas para situaciones permanentes del gobierno.

e) Que la sanción para este DNU es la “nulidad absoluta e insanable”, ya que no puede ser confirmada en modo alguno y tiene efectos retroactivos.

f) El Poder Ejecutivo no puede acumular diferentes categorías de DNU en un solo decreto. En efecto, el DNU 70/23 ha acumulado facultades propias del Congreso, con atribuciones del Poder Ejecutivo. De este modo, sigue las huellas del pensamiento antidemocrático de Menem a través del decreto de “desregulación” 2284 de 1991 que desreguló el comercio interior, el exterior, los entes reguladores, modificó el sistema de seguridad social y normas sobre las convenciones colectivas, entre otras.

* Bibliografía recomendada.

Esto fue reiterado por la administración Macri a través del decreto 27/2018 que modificó y derogó leyes sobre sociedades comerciales, contrato de trabajo, donde tampoco existía ni la “necesidad” ni menos la “urgencia”, al igual que el presente decreto de la administración Milei.

En síntesis: a) el decreto 70/23 confunde lo ordinario con lo extraordinario; lo excepcional se torna cotidiano y lo provisorio en permanente; se mezclan facultades ejecutivas con atribuciones del Congreso y esto constituye una tarea extremadamente dificultosa para el futuro contralor del mismo; b) la emergencia siempre es transitoria, jamás puede ser interpretada en forma permanente: c) la gran cantidad de materias que contiene el decreto 70/23 tienen pretensión de permanencia y, por ende, no tienen vocación de transitoriedad, por lo que no hubo, ni hay necesidad ni urgencia de dictarlo por el Poder Ejecutivo.

Por ello, creemos que se rompe con la forma republicana de gobierno, vulnera derechos y garantías constitucionales y carece de la razonabilidad que debe presidir todo acto de gobierno, máxime que viene con la pretensión de ejemplaridad, que en el decreto, no ha existido en modo alguno.

2. Las emergencias constitucionales: Cuestiones generales. Clases

La emergencia puede describirse semánticamente como un suceso, un accidente que sobreviene. También puede identificarse como algo que “emerge” como si se tratase de un iceberg dentro de las circunstancias políticas o económicas del país.

En el derecho público se trata de un estado caracterizado por la excepcionalidad, por la transitoriedad, no pudiendo extenderse por largo tiempo pues ello supondría consagrar una emergencia casi estable, contraria al principio de razonabilidad.

En general, las emergencias pueden clasificarse en políticas y económicas.

Escapa al propósito del presente trabajo, analizar las emergencias políticas que sufrió el país durante cincuenta años desde 1930 hasta 1983 por los sucesivos golpes militares que provocaron situaciones de emergencia. Ello se vio reflejado en las acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10 de septiembre de 1930 (*Fallos*, 158:290) y del 7 de junio de 1943 (*Fallos*, 195:5) donde reconoció, con fundamentos relacionados al “hecho consumado”, a gobiernos militares que recientemente habían asumido la conducción política del país. Entre otras cosas, las acordadas expresaron que “El gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es pues un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas, en cuanto ejerce la función administrativa y política ‘derivada de su posesión de la fuerza’ como resorte de orden y seguridad social”.

La Constitución Nacional consagraba como única emergencia política la prevista para el Estado de sitio consagrada en el art. 23 de su texto.

Pero el objeto de nuestras reflexiones estará enderezado al tratamiento de las emergencias económicas para analizar luego el régimen de los decretos de necesidad y de urgencia (en adelante DNU) incorporados en la reforma constitucional de 1994 en el art. 99, inc. 3° del texto fundamental.

3. Jurisprudencia anterior al caso “Peralta”

En general, la Corte Suprema de Justicia en fallo “Avico c/De la Pesa” (*Fallos*, 172:21) del año 1934, ha tomado el precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como requisitos de admisibilidad para la ley que ordena medidas de corte económico, el caso “Home Building & Loan vs. Blaisdell”, los siguientes, a saber: *a*) que ante una situación de emergencia, es deber del Estado amparar los “intereses vitales de la comunidad”; *b*) que la ley a dictarse debe proteger a dichos intereses, sin interesarse por los intereses particulares; *c*) la razonabilidad de las restricciones; *d*) que la vigencia tenga un plazo razonable hasta que desaparezcan las causas que dieron origen a la declaración.

El caso “Avico” ratificó la ley de moratoria hipotecaria al señalar que, si bien los derechos que el contrato acuerda al acreedor constituyen su propiedad, como todos los bienes que componen su patrimonio, también “la Constitución no consagra derechos absolutos”.

Este criterio del cimero Tribunal continuó en el caso “Russo c/Delle Donne” (*Fallos*, 243:467) donde reconoció la constitucionalidad de las leyes que “suspenden temporariamente los efectos de los contratos libremente convenidos, así como los efectos de las sentencias firmes”.

Este temperamento se reiteró en el caso “Práctico” (*Fallos*, 246:342); “Cine Cañao” (*Fallos*, 247:121); “Porcelli” (CS, 20/4/89), entre otros.

No pretendemos analizar los demás precedentes históricos y jurisprudenciales de nuestro país desde 1853 hasta la reforma constitucional de 1994 y que han sido tratados exhaustivamente por Pablo Manili.

Solo nos detendremos en el caso “Peralta” (*Fallos*, 313:1513), ya que la diferencia entre este precedente y los anteriores, es que se trató de un DNU dictado durante la administración Menem y no por leyes sancionadas por el Congreso como los casos mencionados.

4. El caso “Peralta”

En el caso “Peralta” la Corte Suprema ratificó el canje obligatorio de los depósitos bancarios a plazo fijo, por certificados de bonos externos, alterando de este modo dicho decreto los términos de un contrato celebrado entre terceros.

Los fundamentos del fallo fueron los siguientes, a saber: *a*) debe reconocerse la constitucionalidad de las normas que suspenden temporariamente los efectos de las sentencias firmes como de los contratos, en la medida que no se altere la sustancia de los mismos, a fin proteger el interés público cuando existen graves perturbaciones de orden económico; *b*) que el ejercicio del poder público sobre las personas y bienes se extienden a los efectos económicos y sociales en favor del bienestar general; *c*) el poder del Estado cuando existen circunstancias de perturbación económica y social, debe ser ejercido más enérgicamente que en situaciones normales; *d*) no son inconstitucionales las normas cuando por razones de necesidad, limitan temporalmente la percepción de beneficios derivados de la propiedad.

Pero lo grave del caso “Peralta” es que otorgó al silencio del Congreso, el valor de la aprobación ficta o tácita.

En efecto, en el considerando 25 del voto de la mayoría “automática” en tiempos de la administración Menem, se estableció un nefasto precedente al decir que “El Congreso no ha tomado decisiones que manifiesten su rechazo a lo establecido en el art. 36/90, cuyo art. 9° da cuenta de su sanción al legislador; antes bien, en el texto de la ley 23.871, su art. 16, se refiere a la conversión obligatoria de activos financieros dispuesta por el Poder Ejecutivo; esto significa que el Congreso Nacional ha tenido conocimiento de modo y por un lapso suficiente de la situación planteada en autos, sin que haya mediado por su parte rechazo de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo, ni repudio de conductas análogas por parte de aquel, que por el contrario ratifica”.

La reforma constitucional de 1994 con el fin de terminar con las denominadas sanciones tácitas o fictas, sancionó el actual art. 82 que dice: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

De allí que esta disposición debe correlacionarse con el art. 99, inc. 3° de la carta magna nacional que establece el régimen de los DNU.

5. La reforma constitucional de 1994

El uso y abuso que realizaron las administraciones de Menem (con anterioridad a la reforma de 1994), Kirchner, Cristina Fernández de Kirchner y Alberto Fernández, después de la sanción de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a la oportunidad no hay dudas que en dichas épocas se cometieron y se reiteran los abusos en tal sentido, aún al día de la fecha de las presentes reflexiones.

Es decir que antes y después de la reforma constitucional se han producido, abusos. Esta mera constatación histórica y actual demuestra que dichos abusos no dependen de la existencia o inexistencia de la cláusula constitucional del art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional. Depende, en realidad, de la vocación que tuvieron o tienen los ejecutivos de turno de subordinarse o no a las reglas vigentes y a la voluntad del Congreso de hacerlas cumplir. Todo depende que el cumplimiento de la Constitución y de la lealtad a la misma que profesen quienes ejercen los poderes públicos, tanto por parte del Ejecutivo como del Congreso para que éste no sea un mero instrumento refrendatario de actos presidenciales.

La cláusula del art. 99, inc. 3° de la Constitución federal expresa, en su parte pertinente que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Este es el principio general que preside el régimen de los DNU. Este es el fundamento regulador de la división de poderes.

Esta prohibición es absoluta cuando “se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos”.

Los dos primeros casos hacen referencia al principio de legalidad (arts. 18 y 19 de la carta magna nacional) y en cuanto a los dos últimos porque se protege el

funcionamiento y desenvolvimiento de los partidos políticos y el régimen electoral como lo informan los arts. 37 y 38 del mismo cuerpo constitucional.

Solamente cuando en circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes..., la interpretación auténtica del texto constitucional fue dada por el Convencional Constituyente Nacional, Raúl Alfonsín, quién sostuvo que las circunstancias excepcionales suponen la existencia de una “emergencia” significativa y “necesidad” súbita, que “imposibilite” que los cometidos estatales se cumplan por los medios ordinarios del procedimiento legislativo.

En igual sentido, se pronuncia Alejandro Pérez Hualde quién afirma que “La imposibilidad del empleo de los trámites ordinarios, y aún de los extraordinarios, debe ser total”.

Y al respecto, Pablo Manili agrega que la imposibilidad que el Congreso intervenga debe ser interpretada estrictamente, pues no alcanza con que el Congreso esté en receso, dado que el presidente puede convocarlo inmediatamente a sesiones extraordinarias; y puede ocurrir, al contrario, que el Congreso esté en sesiones, pero no pueda reunirse por circunstancias extraordinarias o de fuerza mayor, por ejemplo, un conflicto bélico, una catástrofe natural que impida el traslado de los congresistas a la Capital, citando al fallo “Consumidores Argentinos” de 2010.

Sin embargo, discrepamos con el fallo “Peralta” de la mayoría “automática” de la Corte Suprema de la década del noventa, cuando en el considerando 24 de la resolución dijo que: “Una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto (36/90), cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”.

Vuelve sobre el mismo tema en el considerando 29 al señalar que “La confrontación de intereses que dilatan la toma de decisiones, las presiones sectoriales que gravitan sobre ellas, lo que es también normal, en tanto en su seno están representados los Estados provinciales y el pueblo –que no es una entidad homogénea, sino que los individuos y grupos en él integrados están animados por intereses muchas veces divergentes–, coadyuvan a que el presidente, cuyas funciones le impone el concreto aseguramiento de la paz y el orden social, seriamente amenazados en el caso, debe adoptar la decisión de elegir las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergable”.

Por cierto, que no compartimos dicha posición que adoptó la Corte en su composición ampliada por Menem.

No sólo porque no existía un texto constitucional que, precisamente, se adoptó la fórmula del art. 82 del actual texto constitucional que prohíbe la sanción de leyes fictas o tácitas, para evitar el dislate de “Peralta”.

Además, discrepamos con la doctrina del caso “Peralta” pues se desprende del mismo en el sentido que el Poder Ejecutivo carecía de los poderes implícitos (art. 75, inc. 32, Const. Nac.) que sólo es facultad exclusiva y excluyente del Congreso. Este es la verdadera caja de resonancia del pueblo de la Nación y del conjunto de las Provincias, representados por la Cámara de Diputados y de Senadores.



El propio fallo “Peralta” que carece de desperdicio institucional como mala práctica en tal sentido, se encargó de señalarle al presidente de la Nación, consideraciones sobre las “circunstancias excepcionales” al decir que “La índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales” (considerando 29).

Esto es lo que ha ocurrido, aunque parezca mentira, treinta y tres años después cuando el actual presidente de la Nación se arroga facultades que no le corresponden en modo alguno, máxime con la prohibición expresa del art. 99, inc. 3° de la Constitución, al dictar el decreto 70/23.

Esta cláusula, “nació” precisamente para limitar el hiperpresidencialismo que el actual primer mandatario se ha encargado de retroceder en el respeto a las instituciones ya que, hasta la fecha del presente trabajo, ni siquiera ha convocado al Congreso a sesiones extraordinarias.

En nuestra opinión, merecería una cuestión de privilegio por parte de cualquiera de las Cámaras por haber hollado las garantías parlamentarias que tienen como finalidad la de asegurar el funcionamiento independiente del Poder Legislativo y asegurar la división de poderes herramientas básicas y elementales de todo Estado de derecho.

Nadie quiere poner cortapisas al nuevo Gobierno por su amplio triunfo electoral, es el deseo de toda la ciudadanía que quiere ver el triunfo de esta administración que constituiría el triunfo de la República, pero no es menos cierto que no puede despreciar al Congreso no solo dándole la espalda al tiempo de su jura, sino de ignorarlo al omitir su convocatoria, constituyendo un asunto de gravedad institucional al encontrarse en mora en el cumplimiento de su obligación constitucional.

© Editorial Astrea, 2023. Todos los derechos reservados.