

**A un año de la asunción de Javier Milei y del DNU 70/23**

**Los intentos para modificar la reglamentación del régimen de DNU - ¿Sostenimiento del principio republicano u oportunismo político?**

*Por Alfredo M. Vitolo[[1]](#footnote-1)(\*)*

“*Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernasen a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las controlarías externas que las internas del gobierno...”*[[2]](#footnote-2)

Con esta frase, James Madison en El Federalista, al comentar y ponderar la recientemente sancionada constitución de los Estados Unidos, modelo de la nuestra, señaló la necesidad de que el gobierno creado por la Constitución fuese un gobierno equilibrado, en donde los diversos órganos estatales se controlasen recíprocamente a fin de evitar que el individuo quedase sometido a la voluntad de una persona o un grupo. Nacía así el sistema conocido como de “frenos y contrapesos”.

Siguiendo esta regla, nuestra constitución puso la función legislativa, la potestad de hacer la ley, en cabeza del Congreso Nacional, con intervención del Poder Ejecutivo como colegislador, haciendo que la ley fuese un acto complejo, en donde interviniesen los dos órganos gubernamentales representantes de la voluntad popular.

Conforme el diseño original, el presidente tenía potestad de iniciativa y de veto legislativo, pero de ninguna manera podía, por sí solo, “hacer la ley”, ni siquiera mediando autorización del Congreso.

No obstante, el acrecentamiento histórico de las potestades ejecutivas, fundado en la idea de que los cuerpos legislativos carecen de la velocidad y eficacia que el manejo de la cosa pública requiere hoy día, sumado al surgimiento de liderazgos personalistas y el consecuente desprestigio de los congresos y parlamentos determinó, hace ya varias décadas, que los poderes ejecutivos avanzaran sobre potestades eminentemente legislativas, dando lugar al surgimiento del fenómeno conocido como hiperpresidencialismo. Este fenómeno, de raíz global, en nuestro país se vio potenciado por décadas de gobiernos de facto, en donde el poder ejecutivo de hecho asumía tanto las potestades ejecutivas como las legislativas y que llevó al convencimiento generalizado de que “gobierno” es sinónimo, exclusivamente, de “Poder Ejecutivo”.

Como una consecuencia de este fenómeno se generó -también como un fenómeno global- la práctica ejecutiva de dictar, argumentando urgencia y la imposibilidad de esperar los tiempos que lleva el debate en el Congreso, actos sustancialmente legislativos, soslayando la actuación de los cuerpos legislativos.

En los regímenes parlamentarios, en donde la estructura de división de poderes es más tenue, el fenómeno fue aceptado con más naturalidad, dado que, en definitiva, los ejecutivos dependen para su actuación de la confianza parlamentaria. En cambio, el desarrollo y aceptación del instituto de los decretos de necesidad y urgencia fue más difícil en los regímenes presidencialistas como el nuestro.

Su utilización en Argentina se potenció a partir de la crisis que llevó al fin anticipado al gobierno de Raúl Alfonsín. Entonces, el gobierno del presidente Carlos Menem recurrió a esta herramienta con notoria frecuencia (hasta entonces en toda la historia argentina los Decretos de Necesidad y Urgencia sólo habían sido utilizados muy esporádicamente) y, a pesar de la generalizada crítica de la doctrina, su utilización fue convalidada por nuestra Corte Suprema en el caso Peralta c/Estado Nacional[[3]](#footnote-3).

Ante este desborde, en gran medida incontrolado, el constituyente de 1994 no le quedó más alternativa que reconocer expresamente el instituto dándole existencia constitucional e intentando ponerle límites. Sin embargo, no lo logró.

Con una muy mala técnica legislativa, producto de la falta de más amplios consensos políticos, el nuevo artículo 99.3. de la Constitución, tras una prohibición genérica redactada en términos grandilocuentes, pero de escasos efectos prácticos[[4]](#footnote-4), habilitó la posibilidad de que el presidente de la Nación pudiese recurrir al dictado de decretos de necesidad y urgencia “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. No obstante, por la misma razón de falta de acuerdos, los constituyentes omitieron regular el papel que debería tener el Congreso Nacional de convalidar o rechazar la acción presidencial una vez que el decreto de necesidad y urgencia hubiera sido dictado. Así, la Constitución delegó determinar este rol al propio Congreso[[5]](#footnote-5).

De este modo, se configuró una verdadera situación patológica al no preverse en la Constitución los necesarios contrapesos jurídicos al accionar del Poder Ejecutivo, situación que infectó el delicado equilibrio que debe existir entre los poderes del estado.

A partir de entonces, los presidentes, de todos los signos políticos, hicieron uso y abuso de esta facultad transformándola, de hecho, en una herramienta más del accionar ejecutivo.

Por su parte, los diferentes Congresos, con bloques fuertes -si no mayoritarios- de apoyo a las políticas del ejecutivo de turno, se negaban a dictar la reglamentación que dejara claro los límites de la acción presidencial. Desde 1994 y hasta 2006, doce años, tres períodos presidenciales, los diferentes bloques opositores en cada oportunidad -sin distinciones políticas en esto-, con carácter más testimonial que buscando efectivamente regular el instituto, presentaron diversos proyectos de ley, sin que lograsen pasar de las correspondientes comisiones. Nadie quería -desde la política, y más allá de argumentaciones retóricas- encorsetar una potestad que podrían querer utilizar en caso de llegar al gobierno[[6]](#footnote-6).

En 2006, aprovechando la coyuntura política, durante la presidencia de Néstor Kirchner, el Congreso finalmente, con el voto oficialista, aprobó la ley 26.122 que reguló el rol del Congreso en la aprobación de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Contrariando los proyectos limitativos, la nueva ley estableció, en lo que importa para este trabajo, que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo con fundamento en el artículo 99.3 de la Constitución Nacional mantendrían plena vigencia mientras no fuesen rechazados por ambas cámaras del Congreso. Por su parte, la ley no fijó plazo para que las cámaras traten la cuestión en el recinto (a pesar de que el texto constitucional requiere que su consideración sea inmediata).

De este modo, lejos de restringir el uso del instituto, el nuevo régimen legal no hizo sino consolidar su utilización por los ejecutivos quienes, apoyados en la nueva norma, fácilmente podrían bloquear el rechazo legislativo mientras una cámara no se pronunciase o lo aprobase, manteniendo, *sine die*, la vigencia del decreto de necesidad y urgencia.

Este aspecto recibió rápidamente la crítica de prácticamente totalidad de la doctrina, que consideró la ley inconstitucional por violentar el espíritu de la norma constitucional.

Sin embargo, la política hizo caso omiso a esas críticas y utilizó la herramienta con asiduidad, ante el silencio sobre el punto de los tribunales, quienes sólo llegan a invalidar el accionar ejecutivo mucho tiempo después, y en muy limitados casos, casos éstos que, al decir de Alberto Bianchi, constituían casos “fáciles” por oposición a casos más complejos -los que podrían involucrar cuestiones políticamente sensibles-, en donde los tribunales omitieron -y omiten hasta hoy- pronunciarse sobre la validez del accionar ejecutivo[[7]](#footnote-7).

Así, tal como señala el informe preparado por el Observatorio de Decretos sujetos a Control Legislativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, desde la reforma constitucional de 1994 hasta el 10 de diciembre de 2023 (fin del mandato presidencial de Alberto Fernández) se dictaron 880 (ochocientos ochenta) decretos de necesidad y urgencia, de los cuales 377 son posteriores a la entrada en vigencia de la ley 26.122[[8]](#footnote-8).

Ahora bien, ¿cuántos de esos decretos de necesidad y urgencia fueron invalidados por el Congreso? La respuesta es contundente: NINGUNO.

Es más, el control legislativo de la acción ejecutiva fue tan laxo que, al 10 de diciembre de 2023, según el mismo estudio, existían en la Comisión Bicameral Permanente, solo de los gobiernos de Mauricio Macri y Alberto Fernández, un total de setenta y nueve decretos de necesidad y urgencia que, a pesar del mandato constitucional, no fueron puestos a consideración de la Comisión. Entre éstos, podemos encontrar los que auto prorrogaron las facultades delegadas concedidas al Ejecutivo por el Congreso en el marco de la emergencia del COVID-19[[9]](#footnote-9) y el (no menos importante y urgente) decreto que declaró feriado el día de la llegada a Argentina de los jugadores de la selección nacional de fútbol tras salir campeones del mundo en Qatar en diciembre de 2022[[10]](#footnote-10). A estos debemos sumar decretos de períodos presidenciales anteriores, sin tratamiento en la Comisión Bicameral o que no pasaron por el recinto de las cámaras. Durante este período, sólo siete decretos fueron rechazados por una de las cámaras del Congreso, sin que la otra se pronunciase[[11]](#footnote-11). Hasta 2019, el 82,3% de los decretos de necesidad y urgencia no fue tratado por ambas Cámaras del Congreso[[12]](#footnote-12). Y, como señala Mariela Puga, sólo un 4% de los decretos de necesidad y urgencia dictados hasta el año 2018 fue aprobado expresamente por el Congreso[[13]](#footnote-13).

Y la realidad es que nadie, salvo algunos artículos académicos aislados, se escandalizó por esta anómala situación.

Desde el dictado de la ley 26.122 en 2006, diversos legisladores presentaron proyectos de reforma del régimen de la ley 26.122, con la intención de volver el sistema a su quicio constitucional. Conforme el estudio efectuado por Verónica Nolazco, desde 2008 se han presentado, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, más de 100 proyectos tendientes a modificar la ley que regula el régimen de los decretos de necesidad y urgencia. Sin embargo, ninguno de los proyectos pasó la instancia de comisión (con una única excepción, que alcanzó la media sanción, sin tratamiento por la otra cámara) y fueron perdiendo estado parlamentario[[14]](#footnote-14).

Todo lo expuesto lleva a una única conclusión: el Congreso, por razones políticas, abdicó voluntariamente su rol de contrapeso del accionar del poder ejecutivo.

Sobre fines de 2023, tras una nueva crisis, triunfó en las elecciones presidenciales, contra muchos pronósticos, Javier Milei, un *outsider* de la política y fuerte crítico del accionar de los partidos tradicionales. En razón de nuestro régimen electoral, Milei no cuenta con mayoría, ni siquiera con una poderosa minoría en el Congreso[[15]](#footnote-15). Al procurar superar la crisis en la que nos encontrábamos utilizando -tal como había anticipado en su discurso inaugural- un decreto de necesidad y urgencia, actuando en forma no diferente de como habían actuado los presidentes anteriores surgieron inmediatamente desde los sectores opositores al gobierno críticas despiadadas. Abundaron las referencias al accionar “abiertamente inconstitucional” y “violatorio de la institucionalidad republicana” del nuevo Presidente.

El Decreto 70/23, del cual se cumple estos días un año, proponiendo una profunda reforma del estado, fue rápidamente rechazado por el Senado (sin que a hoy la Cámara de Diputados se haya todavía pronunciado)[[16]](#footnote-16), mientras que, en septiembre pasado, por primera vez en la historia, el Congreso rechazó un DNU, el 656/24 sobre asignación de fondos al sistema de inteligencia nacional[[17]](#footnote-17).

El silencio cómplice del Congreso frente el accionar de todos los presidentes desde la restauración democrática, y el brusco cambio actual de postura nos lleva a preguntarnos ¿es posible creer que las críticas que hoy se escuchan de sectores opositores al actual gobierno contra la utilización de los decretos de necesidad y urgencia son reales y demuestran real preocupación por cumplir con las prácticas republicanas e institucionales? Es difícil de sostener. El presidente Javier Milei no ha dictado más DNUs que sus antecesores en igual período de gobierno, a pesar de su debilidad legislativa y de la profundidad de la crisis.

En mi opinión, las críticas al accionar del presidente parecen más ser argumentos políticos, de enfrentamiento con quien cuestiona la actividad de la política desde una lógica nueva, disfrazados de argumentaciones jurídico-constitucionales. Cualquiera que se asome a los debates en el Congreso podrá hacerse una idea del porqué de mi afirmación. Quienes, desde la política, nunca en años anteriores se preocuparon por cuestionar los decretos de necesidad y urgencia cuando su partido político gobernaba, ni se manifestaron preocupados por sostener la pureza de las instituciones en tiempos de profundas crisis, hoy se transforman, repentinamente, en apóstoles de la institucionalidad y la calidad republicana. No es creíble.

No cabe duda de la necesidad de reformar la ley 26.122. La salud republicana lo exige. Es indispensable establecer un sistema que preserve el correcto juego institucional entre el poder ejecutivo y el congreso, permitiendo que la ley sea la expresión de la voluntad general y consolide la seguridad jurídica necesaria para la convivencia de la sociedad. Tuve la oportunidad de exponer sobre ello en el plenario de las comisiones de Asuntos Constitucionales y Peticiones, Poderes y Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación hace solo dos meses, y a mis conclusiones allí me remito[[18]](#footnote-18).

Sin embargo, en esta cuestión, el debate debe realizarse en forma desapasionada y alejada de las cuestiones de coyuntura y de intereses políticos partidarios. No es posible utilizar una cuestión institucional de tanta trascendencia como herramienta de oscuras operaciones político-partidarias para “llevar agua al molino propio”. Son la buena fe y la ética republicana, las que deben primar en el debate.

Por eso, quiero finalizar este trabajo recordando las sabias palabras de Alberdi, expuestas en las Bases: *“La política no puede tener miras diferentes de las miras de la constitución. Ella no es sino el arte de conducir las cosas de modo que se cumplan los fines previstos por la constitución… La mejor política, la más fácil, la más eficaz para conservar la Constitución, es la política de la honradez y de la buena fe; la política clara y simple de los hombres de bien, y no la política doble y hábil de los truhanes de categoría”*[[19]](#footnote-19).

Ojalá podamos hacer de esta máxima la regla de conducta de nuestros gobernantes para que no puedan ser considerados “truhanes de categoría” y lograr así, finalmente, la consolidación democrática que tanto necesitamos.

Citar: elDial DC3572

copyright © 1997 - 2024 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

1. (\*) Abogado, UBA. Master of Laws (Harvard, Estados Unidos de América). Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías. Director del Suplemento de Derecho Constitucional de ElDial.com [↑](#footnote-ref-1)
2. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, El Federalista N° 51 (Madison). [↑](#footnote-ref-2)
3. Fallos, 313:1513 [↑](#footnote-ref-3)
4. Constitución Nacional, art. 99 inc. 3 “El Poder Ejecutivo no podrá, en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” [↑](#footnote-ref-4)
5. Constitución Nacional, art. 99 inc. 3. “…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”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Resulta muy interesante ver, sobre esta cuestión, el relato que realiza la entonces senadora Cristina Fernández al actuar como miembro informante en el Senado de la que sería la ley 26.122 y en donde se detallan las posturas cambiantes de los distintos bloques, según ellos fueran gobierno u oposición (Diario de Sesiones, Senado de la Nación, Período 104. 15ª Reunión – 13ª Sesión Ordinaria 6 y 7 de julio de 2006). En la misma sesión, el senador Jenefes, del Frente para la Victoria, expresó: “Es justo reconocer, señor presidente, que desde 1994 hasta 2006 la razón fundamental por la cual los decretos de necesidad y urgencia no fueron reglamentados conforme el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina se debió básicamente a que cada uno de los gobiernos que rigieron la vida política del país en ese lapso se encontró claramente cómodo con la situación de no dictar la reglamentación prevista que impone nuestra Constitución”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Alberto B. Bianchi, “Casos “fáciles” y casos “difíciles” en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU A propósito del DNU 70/2023”, La Ley, diario del 13 de marzo de 2024. [↑](#footnote-ref-7)
8. Observatorio de Decretos sujetos a Control Legislativo - Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Santiago Castro Videla, Luis E. Vivacqua, Alfonso Santiago y Enrique Veramendi), Balance comparativo de los DNU desde 1994 hasta el fin del mandato de Alberto Fernández (10 de diciembre de 2023), disponible en [www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/12/DNU-Informe-profesores-UA-Balance-y-comparativos-de-final-28-2-24\_actualizacion.docx.pdf?x14850&x14850](http://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/12/DNU-Informe-profesores-UA-Balance-y-comparativos-de-final-28-2-24_actualizacion.docx.pdf?x14850&x14850)). Señala este informe que estos DNU representan el 23% del total de la producción legislativa durante el período analizado (1 DNU cada 4,25 leyes dictadas por el Congreso). [↑](#footnote-ref-8)
9. Decretos 260/20, 167/21, 867/21 y 863/22. [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 842/22 [↑](#footnote-ref-10)
11. Observatorio de Decretos sujetos a Control Legislativo, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, “Los DNU en la práctica de los últimos 30 años: balance a propósito de un rechazo histórico” (Santiago Castro Videla, Luis E. Vivacqua, Alfonso Santiago y Enrique Veramendi), disponible en <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/12/Los-DNU-en-la-practica-institucional-30-anos-23-09-24.docx-1.pdf?x14850&x14850> [↑](#footnote-ref-11)
12. Mariano Palacios, Recensión, Forum, Nº 8, Universidad Católica Argentina, 2019, págs. 93 y sigs. [↑](#footnote-ref-12)
13. Mariela Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 21, Número 1, noviembre 2020, Universidad Torcuato Di Tella [↑](#footnote-ref-13)
14. Verónica Nolazco, exposición ante el Plenario de Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Peticiones, Poderes y Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, 26 de octubre de 2024, disponible en <https://youtu.be/-1p9WHxlc4k> (a partir de 1:01:32). [↑](#footnote-ref-14)
15. Los bloques del oficialismo en ambas cámaras del Congreso durante el período 2023-2025 alcanzaban al 15% en la Cámara de Diputados (39 diputados sobre un total de 257) y poco más del 8% en el Senado (6 sobre 72 senadores). [↑](#footnote-ref-15)
16. En nuestra opinión, y tal como lo expresáramos en ElDial.com en diciembre de 2023, el DNU 70/23 supera la prueba constitucional (ver Alfredo M. Vítolo, “El DNU 70/2023 y las potestades constitucionales de los poderes del estado”, [elDial.com - DC336E](https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?base=50&id=15273&t=d) [↑](#footnote-ref-16)
17. En la Cámara de Diputados, el rechazo obtuvo 156 votos a favor, 52 en contra y 6 abstenciones, mientras que en el Senado de la Nación el DNU fue rechazado por 49 votos a favor, 11 en contra y 2 abstenciones. [↑](#footnote-ref-17)
18. Alfredo M. Vítolo, exposición ante el Plenario de Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Peticiones, Poderes y Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, 26 de octubre de 2024, disponible en <https://youtu.be/-1p9WHxlc4k> (a partir de 42:06). [↑](#footnote-ref-18)
19. Juan Bautista Alberdi, Bases, Cap. XXXIV. [↑](#footnote-ref-19)