

Ferreya, Raúl Gustavo (marzo 2006). *Los decretos por razones de necesidad y urgencia (DNU) : ¿Quién hace las leyes?*. En: Encrucijadas, no. 36. Universidad de Buenos Aires. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <<http://repositorioubasib.uba.ar>>

Los decretos por razones de necesidad y urgencia (DNU)

¿Quién hace las leyes?

Si bien no hay patentes de invención que aseguren un sano funcionamiento de los sistemas y formas de gobierno, no parece haber mayores dudas respecto de la patología que significa el decretismo presidencial. Si la correlación de los significados de la Constitución debe ser articulada por la producción legal del Congreso, los actos legislativos del Ejecutivo sobre la zona de reserva del Parlamento ponen en jaque tal postulado.

por Raúl Gustavo Ferreyra

Profesor de Derecho Constitucional. Investigador adscripto Instituto Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA.

Al cabo de más de dos años de desempeño constitucional, el actual presidente de la Nación dictó un importante número de “decretos por razones de necesidad y urgencia” (DNU), según evidencia un reciente estudio. Curiosamente, tal producción ocurrió pese a disponer de suficiente apoyo en ambas Cámaras del Congreso Nacional, indicio que sugiere que no hubiese sido imposible, en principio, seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, esto es: producción a cargo del Poder Legislativo. Comparativamente, dichas disposiciones de naturaleza legislativa igualan o superan la cantidad de DNU emitidos por cada uno de los tres presidentes constitucionalmente elegidos por el pueblo –en comicios– entre 1983 y 1999, al analizar el primer bienio de actividad, respectivamente.

Respecto de los DNU dispone la Constitución federal: “Art. 99. - El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. 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 de 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”. Y, con relación a la delegación legislativa la disposición fijada en el artículo 76 constitucional, establece que: “...Se 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. 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”.

Emitir un DNU es una actividad que desarrolla el Presidente, de modo excepcional, sobre una materia propiamente atribuida por la Constitución al Congreso. Otra forma igualmente negativa de legislar, desde lo teórico, es mediante “delegación legislativa” (DL): el Congreso ha delegado también al Poder Ejecutivo sobre ciertas bases específicas legislar respecto de materias vinculadas con la emergencia pública, a partir de enero de 2002 y, al

menos, hasta fines de diciembre de 2005 (conf. arg. ley 25.972), empero ya lo venía haciendo desde antes de esa fecha.

No corresponde decir aquí que la Comisión Bicameral Permanente prevista por la Constitución federal para controlar políticamente DNU emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional, pese a que transcurrieron más de once años, aún no ha sido formada, ni que la cantidad de DNU emitidos entre julio de 1989 hasta el 25 de mayo de 2003 configuró un verdadero abuso del Derecho, por decirlo suavemente y en términos dogmáticos.

Sí corresponde observar, de manera seria, que los datos no apuntan al mejoramiento de la calidad institucional. Precisamente, que el Congreso no adopte por completo su irrenunciable rol constitucional de hacedor de la ley, poniendo también en pleno funcionamiento su trascendental tarea de control político de la administración, indica un debilitamiento de sus potestades.

El Poder Legislativo

El Congreso es el primero de los órganos que la Constitución describe al programar el gobierno federal, antes que el Poder Ejecutivo y que el Poder Judicial. Dicha ubicación en el texto constitucional se halla indisolublemente ligada a una preferencia política, porque el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución; ergo, los diputados, que representan al pueblo de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires confirman la presencia del principio democrático, y los senadores, que representan a los estados locales, confirman la forma de Estado federal. La unión de democracia y federalismo en la letra constitucional significa que en el Congreso se deposita la soberanía popular, es decir el consentimiento autorizado del pueblo para configurar la convivencia. Además, la aludida ubicación viene obligada por la lógica de los antecedentes: primero debe hacerse la ley, posteriormente reglamentarse y, por último, aplicarse, en caso de ser menester, por los jueces. Tales razones no inciden en el equilibrio de potestades con los otros poderes. Entonces, atribución básica del Congreso es hacer la ley.

¿Qué significa?

Expedir los actos necesarios para poner la Constitución en marcha, en tanto no sea autoaplicativa. ¿Y por qué debe ser el Congreso el que produzca las leyes? Porque es imposible que la mayoría que encarna el Presidente sea superior a la base de representación que encarna el Congreso. Al Presidente lo votan muchos; al Congreso, todo el cuerpo electoral. Además, la discusión plural y pública da fundamento a la afirmación teórica de que el Congreso es el órgano cuya superioridad democrática, por su inmejorable y exclusiva posición, garantiza el desarrollo de las determinaciones fijadas por la Constitución.

La reforma constitucional de 1994 implicó una acentuación del contenido autocrático de su sistema de gobierno presidencialista, porque autoriza al líder constitucional a legislar sobre competencias del Congreso, en circunstancias excepcionales, que, a la postre, terminan siendo habituales.

La pregunta es inevitable: ¿qué ventaja se obtiene, objetivamente, con la autorización al Presidente para legislar? Ninguna. Un poder se absolutiza cuando carece de restricciones o cuando los límites impuestos por las reglas de juego son inconsistentes, insuficientes o

ineficaces.

Tanto los DNU como la DL eliminan fuertemente la deliberación democrática, la que, por otra parte, no asegura hallar verdades ético-políticas. Pero la deliberación democrática sí asegura, como axioma de la política constitucional, un procedimiento inigualable que afirma la libertad de cada ciudadano cuando dispuso elegir a su representante parlamentario.

No hay patentes de invención que aseguren un sano funcionamiento de los sistemas y formas de gobierno, pero no parece haber mayores dudas respecto a la patología que significa el decretismo presidencial. Si la correlación de los significados de la Constitución debe ser articulada por la producción legal del Congreso, como se indicó, los actos legislativos del Presidente sobre la zona de reserva del Parlamento ponen en jaque tal postulado.

Hace 153 años, el padre intelectual de la Constitución, Juan Bautista Alberdi, en su proyecto de Constitución de la Confederación Argentina, al referirse a las atribuciones del Congreso, tituló en su texto: "Del modo de hacer las leyes". No es necesario contar que, aunque reconoció iniciativa legislativa al presidente y potestad para promulgar las leyes, desdijo por completo la posibilidad de que el presidente propiamente legislase. Sin embargo, el hecho de que el poder constituyente reformador en 1994 le haya reconocido esta potestad al presidente, con independencia de la valiosidad que merezca su introducción en el texto constitucional, hace pensar que el ejercicio de la misma no puede nunca quedar alejada de la racionalidad exigida para la elaboración y ejecución de todos y cada uno de los actos de gobierno republicano. Consecuentemente, cuesta decidir constitucionalmente que el Presidente no deba dictar decretos por razones de necesidad y urgencia hasta tanto no se conforme la Comisión Bicameral, porque la potestad la tiene atribuida por la CN, y la omisión de otro poder no puede tornarse en detrimento de sus competencias. Pero también, tiene el mismo costo o superior, la admisión de que la práctica del dictado de DNU, a la que se añade la práctica de la legislación delegada, no terminen conspirando contra el ejercicio racional, equilibrado y controlado de las funciones estatales.

Finalmente, la única solución estratégica sobre la cuestión es afrontarla como prescribe la letra constitucional, es decir, transformar la realidad política por un nuevo modelo. En tales condiciones, se impone, pues, la apertura de la deliberación pública y, eventualmente, la reforma de la Constitución federal, ya sea para suprimir del sistema constitucional esta potestad presidencial o para atenuarla seriamente.