

SESIONES ORDINARIAS
2008
ORDEN DEL DIA N° 1002

**COMISION BICAMERAL PERMANENTE
DE TRAMITE LEGISLATIVO - LEY 26.122**

Impreso el día 14 de octubre de 2008

Término del artículo 113: 23 de octubre de 2008

SUMARIO: **Decreto** 1.003 de fecha 25 de junio de 2008. Declaración de validez del mismo. (4-J.G.M.-2008.)

- I. **Dictamen de mayoría**
- II. **Dictamen de minoría**
- III. **Dictamen de minoría**

I

Dictamen de Mayoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) prevista en los artículos 99, inciso 3; y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo 1.003 de fecha 25 de junio de 2008, por el cual se consideran cumplidas las obligaciones restablecidas por el artículo 5° del decreto 1.606/2001, en los casos de cobros de exportaciones de productos nacionales que sean efectivizados mediante el sistema de pagos en moneda local para el comercio entre los Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur), en las condiciones que determine el Banco Central de la República Argentina.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto, y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

1. Declarar la validez del decreto 1.003 de fecha 25 de junio de 2008.
2. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 17 de septiembre de 2008.

Diana B. Conti. – Luis F. J. Cigogna. – Nicolás A. Fernández. – Silvia E. Gallego. – Marcelo A. H. Guinle. – Jorge A. Landau. – Miguel A. Pichetto. – Agustín O. Rossi. – Patricia Vaca Narvaja.

INFORME

Honorable Congreso:

I. *Antecedentes*

La Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, establecía en forma clara y terminante la doctrina de la separación de las funciones del gobierno, precisando uno de los contenidos básicos asignados a la forma republicana prevista en su artículo 1°.

La clásica doctrina de la división de los poderes, concebida por el movimiento constitucionalista como una de las técnicas más eficaces para la defensa de las libertades frente a los abusos gestados por la concentración del poder, y que fuera complementada con la teoría de los controles formulada por Karl Loewenstein, revestía jerarquía constitucional y era uno de los pilares elementales sobre los cuales se estructuraba la organización gubernamental de la Nación.

Resulta preciso destacar que, la reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los constituyentes de 1853/60 se planteaba.¹

¹ Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos fueran sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución Argentina*, 1890.

En una postura distinta, se ubica Linares Quintana, siguiendo el criterio ortodoxo de que lo que no está previsto en la ley no se puede hacer.

A partir de la reforma, la facultad que la Constitución Nacional le atribuye excepcionalmente al Poder Ejecutivo, más allá de las posturas doctrinarias ha adquirido “carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche, o bien, en la superación de las fuentes constitucionales. En tal sentido, su validez constitucional encuentra apoyo expreso en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución reformada”.²

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación se establecieron mecanismos tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificados en nuestra Constitución Nacional: a) los decretos de necesidad y urgencia; b) los dictados en virtud de delegación legislativa y c) los de promulgación parcial de las leyes.

Estos decretos han sido consagrados expresamente en los artículos 99, inciso 3, 76, 80, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional.

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

CAPÍTULO TERCERO. *Atribuciones del Poder Ejecutivo.* Artículo 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 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 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 considerarán las Cámaras. 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”.

CAPÍTULO CUARTO. *Atribuciones del Congreso.* Artículo 76. “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”.

CAPÍTULO QUINTO: *De la formación y sanción de las leyes.* Artículo 80. “Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. 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”.

CAPÍTULO CUARTO: *Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo:* Artículo 100:

.....

”12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la comisión bicameral permanente.

”13. Refrendar juntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la comisión bicameral permanente.”

La introducción de los institutos denominados “decretos de necesidad y urgencia” y “facultades delegadas” en el nuevo texto constitucional de 1994, implica poner reglas a una situación de excepción y, por lo tanto, al estricto control que la Constitución Nacional le atribuye al Congreso Nacional.

Sin embargo ella no ha previsto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso sino que lo ha dejado subordinado a una ley especial.

La ley 26.122 sancionada el 20 de julio de 2006 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo nacional: a) de necesidad y urgencia, b) por delegación legislativa y c) de promulgación parcial de leyes.

El título II de la ley 26.122 establece el régimen jurídico y la competencia de la comisión bicameral permanente y, en su artículo 5º, precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y ocho (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

En este sentido, a propuesta de los respectivos bloques de las Cámaras, los presidentes de la Honorable Cámara de Senadores y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación han emitido los decre-

² Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, “La Ley”, 2004-A, 1144.

tos parlamentarios 43 de fecha 18 de diciembre de 2007 y 17 de fecha 25 de febrero de 2008 y las resoluciones 1.008 de fecha 18 de diciembre de 2007 y 1.171 de fecha 27 de diciembre de 2007 respectivamente, designando a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

Entre los administrativistas, Juan Carlos Cassagne define a los reglamentos como “todo acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula por tanto, situaciones objetivas e impersonales”.³

Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la administración pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del derecho administrativo, habida cuenta de que no sólo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

En lo que concierne a la naturaleza de la actividad reglamentaria, la doctrina clásica consideraba que constituía una actividad administrativa, mientras que para Cassagne “la actividad reglamentaria traduce una actividad materialmente legislativa o normativa, ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia, traduciendo una actividad jurídica de la administración que se diferencia de la administrativa por cuanto ésta es una actividad inmediata, práctica y concreta tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, encuadrada en el ordenamiento jurídico”.⁴

Conforme la terminología utilizada por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general.

Para la LNPA el reglamento es un acto de alcance general, expresión que comprende a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico.

“Sin embargo –señala Cassagne– la figura del reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales que sólo tienen eficacia interna en la administración o que están dirigidas a los agentes públicos –instrucciones de servicio, circulares– no producen efectos jurídicos respecto a los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior”.⁵

Tal y como expresa Cassagne, la caracterización jurídica de los reglamentos surge de la circunstancia de encontrarse sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio, circulares y demás reglamentos internos.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la administración.

La sustancia de un acto de alcance general de contenido normativo, que integra el ordenamiento jurídico, es la del “reglamento”, con independencia del órgano o ente estatal que lo produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos.

Conforme la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes, los primeros se clasifican según la doctrina en ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.⁶

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución son los que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

Por su parte, el dictado de reglamentos autónomos o independientes corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.⁷

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los regla-

³ Cassagne, Juan Carlos, obra citada.

⁴ Cassagne, Juan Carlos, obra citada.

⁵ Cassagne, Juan Carlos, obra citada.

⁶ Clasificación desarrollada en Cassagne, Juan Carlos, obra citada.

⁷ Definición señalada en Cassagne, Juan Carlos, obra citada.

mentos delegados,⁸ al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, seguidamente enuncia una serie de requisitos concurrentes para viabilizar el supuesto de excepción.

Los mencionados requisitos se refieren a las materias determinadas de administración o de emergencia pública; con plazo fijado para su ejercicio y, dentro de las bases que el Congreso establece para el caso.

Tal y como sostiene Julio Comadira, la fijación como regla de la improcedencia de la delegación legislativa es coherente con el sentido de la prohibición contenida en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.⁹

Y tal como lo ha expresado Cassagne:¹⁰ "...La concepción de la denominada doctrina de la separación de los poderes o, según prefieren algunos, de la división de los poderes, elaborada por Montesquieu (bajo la innegable influencia de Locke), ha dado lugar a numerosas y diferentes interpretaciones jurídicas que olvidan la naturaleza eminentemente política y hasta sociológica de esta teoría. Precisamente, al abordar el estudio del poder reglamentario, en cualquier ordenamiento constitucional positivo, hay que analizar primero el sistema, su realidad y los antecedentes que le han servido de fuente, pues recién después de esa labor el intérprete estará en condiciones para determinar el modo en que la Constitución ha recepcionado el principio divisorio en lo que atañe a la articulación entre la ley y el reglamento.

"La teoría expuesta por Montesquieu en *El espíritu de las leyes* reposa, como es sabido, en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, por lo cual considera imprescindible la institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante, permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.¹¹

"Lejos de predicar la primacía del Poder Legislativo o el acantonamiento de las funciones típicas

de cada poder (en sentido orgánico la concepción de Montesquieu) antes que transferir el monopolio de la actividad legislativa al Parlamento (como pretendió Rousseau) se ocupó de la división del Poder Legislativo, asignando al Poder Ejecutivo funciones colegislativas (vgr. veto, iniciativa y convocatoria) y estableciendo un sistema bicameral, con el objeto de impedir el predominio y el abuso del órgano parlamentario. El centro de la concepción, aun cuando el principio no tuvo acogida en las Constituciones que se dictaron durante la Revolución Francesa, lo constituye, sin duda, la ubicación del Poder Judicial en el esquema divisorio, concebido como órgano imparcial para juzgar y resolver las controversias, con independencia de los otros dos poderes..."¹²

"...La atribución de la potestad-reglamentaria al Ejecutivo responde a los principios de equilibrio, que están en la base de la teoría de Montesquieu, permitiendo su ejercicio no sólo para reglamentar las leyes del Congreso, sino también para dictar normas generales en determinadas situaciones que derivan tanto de sus propias facultades como órgano jerárquico superior de la administración pública (ex artículo 86, inciso 1, Constitución Nacional) como de las atribuciones vinculadas al estado de necesidad y a la eficacia de la realización de los fines constitucionales (esto último, a través de la figura de la delegación), facultades que deberá ejercer, en cualquier caso, bajo el control permanente del Congreso..."¹³

Conforme lo expuesto ut supra, como excepción a la prohibición, se habilita una delegación circunscrita a "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 locución materias determinadas de administración fue utilizada por Rafael Bielsa en su obra *Derecho constitucional* para referirse a los aspectos sobre los cuales la delegación legislativa puede incursionar válidamente.

Sin embargo, Bielsa no dio un concepto positivo de las materias mencionadas y, en cierto modo, las definió por exclusión al considerar que ellas no podían significar la remisión del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio.¹⁴

Por su parte, Marienhoff sobre la base de la distinción entre administración general y especial, se-

⁸ Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

⁹ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, "La Ley", 2003.

¹⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia*, "La Ley", 1991-E, 1179.

¹¹ Cassagne, Juan Carlos, obra citada.

¹² Cassagne, Juan Carlos, obra citada.

¹³ Cassagne, Juan Carlos, *La configuración de la potestad reglamentaria*, "La Ley", 2004-A, 1144.

¹⁴ Comadira, Julio Rodolfo, obra citada.

ñala que el concepto “administración general” no es sinónimo de “administración total”, puesto que existen ciertos ámbitos de la función administrativa asignados directa y expresamente por la Constitución al Congreso.¹⁵

Desde este punto de vista, la delegación autorizada excepcionalmente por el Congreso se referiría sustancialmente a las materias de administración confiadas por la Constitución a aquél, con exclusión, por tanto, del resto de las materias propias de la función administrativa las cuales corresponderían originariamente al Poder Ejecutivo y no necesitarían, por lo tanto, de delegación para ser asumidas por éste.

En este orden de ideas, Comadira expresa que “la idea subyacente en el pensamiento de Marienhoff integrada a una concepción de las funciones jurídicas del Estado que atiende al régimen positivo propio de cada una de éstas permite, obtener una conceptualización de aquellas materias coherentes con las exigencias jurídico políticas del principio de división de poderes tal como él ha sido recogido por la Constitución”.¹⁶

Respecto de los asuntos de emergencia pública, es preciso destacar que el concepto de emergencia no es un concepto desconocido en el derecho público argentino.

“La emergencia aparece contemplada en el texto constitucional junto con las materias determinadas de administración, pero ella no es una materia, sino una situación a la cual, por tanto, puede en sí misma exigir, teóricamente la delegación en cualquier materia”.¹⁷

“Los asuntos de emergencia pública están tipificados para los supuestos en que la emergencia se transforma en una exigencia pública donde la ley tiene que venir prontamente en socorro para resolver la situación”.¹⁸

El segundo requisito concurrente para viabilizar el supuesto de excepción expresado en el artículo 76 de la Constitución Nacional, se refiere a una exigencia de orden temporal, es decir, al establecimiento de plazos concretos para la delegación legislativa.

Vinculado con el tema del plazo se inscribe la regulación del instituto de la caducidad. La Constitución ha previsto la extinción de esta competencia, que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo previsto. La norma dispone que la caducidad resultante del plazo estipulado o previsto no importará la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas como consecuencia de la delegación legislativa.¹⁹

El tercer aspecto vinculado con la delegación legislativa requiere que los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación deben hacerse sobre las bases fijadas en la delegación, es decir, se deben fijar las pautas orientativas de la transferencia de competencia que permitan establecer claramente la finalidad en orden a la cual se otorga la delegación.²⁰

El tratamiento de los reglamentos delegados antes de la reforma constitucional de 1994, es decir, en el marco de la Constitución histórica de 1853-1860, estuvo caracterizado en la jurisprudencia argentina a través de la elaboración de una correcta doctrina respecto de la delegación de facultades.

La primera sentencia data del año 1927, en el caso “Delfino”.²¹ En el mencionado caso se debatía la validez de una multa de cincuenta pesos impuesta por la entonces Prefectura General de Puertos a los agentes del buque alemán “Bayen”, en el marco de lo dispuesto por los artículos 43 y 117 del reglamento del puerto de la Capital aprobado por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

El primer artículo citado prohibía a los buques arrojar al agua o a tierra en el interior del puerto objeto alguno, y el segundo, por su parte, consignaba que la infracción a la referida prohibición resultaba castigada con una multa de cincuenta pesos.

El afectado había sostenido la inconstitucionalidad de ambas cláusulas reglamentarias, pues las dos, configuraban a su juicio, una indebida delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, quien, según el apelante, carecía de atribuciones para crear sanciones penales de un presunto poder de policía que la Constitución ha puesto exclusivamente en manos del Poder Legislativo.

La Corte, luego de la descripción de los hechos, recuerda, en primer lugar, que la ley 3.445 había puesto la policía de los mares, ríos, canales y puertos sometidos a jurisdicción nacional a cargo exclusivo de la Prefectura General de Puertos y demás organismos de ella dependientes. Y destaca también que hasta tanto se sancionara el Código de Policía Fluvial y Marítima, serían atribuciones de aquélla vigilar el cumplimiento de las disposiciones sanitarias, cuidar la limpieza de los puertos, remover los obstáculos a la navegación y juzgar las faltas o contravenciones a las ordenanzas policiales cuando la pena no excediera de un mes de arresto o de cien pesos de multa.²²

¹⁵ Comadira, Julio Rodolfo, obra citada.

¹⁶ Comadira, Julio Rodolfo, obra citada.

¹⁷ Comadira, Julio Rodolfo, obra citada.

¹⁸ Dromi, Roberto, obra citada.

¹⁹ Dromi, Roberto, obra citada.

²⁰ Dromi, Roberto, obra citada.

²¹ “A. M. Delfino y Cía.”, “Fallos”, 148:430, del 20 de junio de 1927.

²² Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, “La Ley”, 2003.

En este orden de ideas, a partir del citado fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolla su doctrina en materia de delegación de facultades, la cual puede sintetizarse a través de los siguientes enunciados.²³

Sienta como principio esencial uniformemente admitido para el mantenimiento e integridad del sistema adoptado por la Constitución y proclamado en el artículo 29 de ésta, la improcedencia de que el Congreso delegue en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración ninguna de las atribuciones o poderes expresa o implícitamente a él conferidos por la Constitución.

Asimismo, brinda un concepto de delegación que extrae del jurista Esmein al afirmar que élla no existe propiamente sino cuando una autoridad o persona de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ellas situación que, en el caso, no considera configurada por la ley.

En dicho fallo, la CSJN distingue entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores o detalles necesarios para la ejecución de aquélla y afirma que lo primero no es procedente, mientras que en cambio, lo segundo sí, aun en países en que, como en Estados Unidos, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo no está contemplado en la Constitución.

En efecto, la Corte considera que el poder reglamentario compete en nuestra Constitución tanto al Congreso como al Poder Ejecutivo. Al primero de un modo específico y para objetos ciertos y determinados, o bien genérico e indeterminado. Al segundo, específicamente para expedir las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (antiguo inciso 2, artículo 86).

Ahora bien, la Corte afirma que ambos poderes reglamentarios poseen idéntica naturaleza, de forma que la extensión de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo derivaría de una autorización legal implícita conferida por el Legislativo a la discrecionalidad de aquél, sin más limitación que la de no alterar el espíritu de la ley.

En cambio, en el fallo “Mouviel”²⁴ la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la cláusula del Estatuto de la Policía Federal que facultaba al jefe de ésta a emitir y aplicar edictos dentro de la competencia asignada por el Código de Procedimientos en lo Criminal (ley 2.372), para reprimir actos no previstos por las leyes en materia de policía de seguridad,

y dictar las reglas de procedimiento para su aplicación.²⁵

Sin embargo, la CSJN no dejó de recordar su propia jurisprudencia en el sentido de que no existe delegación de funciones legislativas sino simple ejercicio de la facultad reglamentaria contemplada en el antiguo inciso 2 del artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando se confiere “al poder administrador [...] la facultad de fijar específicas normas de policía, crear infracciones y fijar las sanciones correspondientes dentro de límites establecidos por la misma ley”.

No obstante, reivindicó en el caso, la competencia exclusiva del Poder Legislativo para legislar en materia represiva por leve que sea y destacó que la ley anterior requerida por el artículo 18 de la Constitución Nacional exige, indisolublemente, la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar.

En el fallo “Cocchia”²⁶ la CSJN debió decidir sobre la constitucionalidad del decreto 817/92, que había suspendido la vigencia de diversos convenios colectivos, fijando nuevas pautas para el régimen laboral de la actividad de los actores, derogado todo acto normativo opuesto a éstas y convocado a las partes a la negociación y firma de un nuevo convenio con arreglo a ciertas limitaciones.

La CSJN valorando las normas citadas en los considerandos del precitado decreto –leyes 23.696, 24.093 (posterior al dictado del decreto 817/92 pero a juicio de la Corte tácitamente ratificatoria de él), en el Tratado de Asunción, entre otras– y el proceso de transformación encarado en aquel entonces por el Poder Legislativo, para lo cual se facultó al Poder Ejecutivo a adoptar decisiones dirigidas a materializar las pautas fijadas, halla un bloque de legalidad definidor de una clara política legislativa acorde con la Constitución respecto de la cual el decreto referido no sería más que uno de los instrumentos cuya implementación el legislador confió en el Poder Ejecutivo.²⁷

En síntesis, el inicio de la elaboración doctrinaria de la CSJN respecto de la delegación legislativa antes de la reforma constitucional de 1994, se puede sintetizar en el siguiente razonamiento: la delegación como principio no procede; ella no se configura sin embargo al menos propiamente cuando el Congreso sólo autoriza al Ejecutivo a reglar pormenores o detalles necesarios para la ejecución de la ley; a partir de un poder reglamentario compartido, el Congreso puede habilitar con amplitud al Ejecutivo expresa o implícitamente a reglamentar la ley.

²³ Síntesis desarrollada en Comadira, Julio Rodolfo, obra citada.

²⁴ “Raúl O. Mouviel y otros”, “Fallos”, 237:636, del 17 de mayo de 1957.

²⁵ Comadira, Julio Rodolfo, obra citada.

²⁶ “Cocchia, Jorge c/ Estado Nacional”, “Fallos”, 316:2624, del 2 de diciembre de 1993.

²⁷ Comadira, Julio Rodolfo, obra citada.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, la CSJN se expidió en fallos tales como “Massa”²⁸ y “Rinaldi”²⁹ entendiendo que la existencia de una crisis económica habilita a los órganos legislativo y ejecutivo para dictar medidas razonables destinadas a paliar sus efectos; mientras que el mérito, la oportunidad y conveniencia de tales medidas, escapan a la órbita judicial y no pueden ser revisadas en abstracto.

En este sentido, resulta de una claridad significativa el dictamen emitido por el procurador general de la Nación en relación al precitado fallo “Rinaldi”, al destacar que la crisis que demostró toda su intensidad y gravedad a fines de 2001 condujo, entre otras cosas, como es bien conocido, a la declaración legal del estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (ley 25.561).³⁰

“La doctrina de la emergencia no es tema novedoso en la historia argentina ni en la jurisprudencia del Tribunal. Sin embargo, cabe atribuir características particulares y de inusitada gravedad a la crisis [...] que hizo eclosión por aquella época”.³¹

“En efecto, es un hecho de público y notorio conocimiento que la Argentina se vio enfrentada al impacto de una crisis terminal de descomunales consecuencias sobre el bienestar del conjunto de la población. La abrupta caída de los niveles de producción y consumo, acompañados por un franco retroceso en las variables sociales, generaron el comienzo del derrumbe del régimen de política económica implementado durante la década del noventa”.³²

Asimismo, el precitado dictamen enfatiza que no se puede perder de vista el contexto económico, social e institucional en que se tomaron las medidas adoptadas para conjurar el estado de crisis, pues de lo contrario se corre el riesgo de encontrar soluciones abstractas y, por lo mismo, desvinculadas de la realidad nacional.³³

En este orden, cabe recordar un trabajo de Jorge Carlos Albertsen, *Sentido y alcance de la delegación legislativa en la reforma constitucional*, Universidad Austral, 1995 (bajo la tutoría de Alfonso Santiago, h.), en el cual el autor desarrolla con precisión la relevancia de la reforma introducida en el artículo 76 de la Constitución Nacional en 1994.

²⁸ “Fallos”, CS 329:5913.

²⁹ “Fallos”, CS 330:855.

³⁰ “Fallos”, CS 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8-2-2007.

³¹ “Fallos”, CS 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8-2-2007.

³² “Fallos”, CS 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8-2-2007.

³³ “Fallos”, CS 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8-2-2007.

En dicho trabajo, el precitado autor señala: “Hasta la reforma de 1994, las disposiciones de carácter legislativo dictadas por el Poder Ejecutivo, fueron interpretadas por la Corte Suprema y por buena parte de la doctrina, como el ejercicio de la potestad que la Constitución Nacional consagra en el artículo 86, inciso 2; hoy 99, inciso 2. Es decir que cuando el Poder Ejecutivo dictaba una disposición de carácter legislativo, lo hacía en ejercicio de una facultad propia, la reglamentaria, y no de una facultad delegada. Después de la reforma, el instituto ha sido incorporado, expresamente, al texto constitucional de manera que hoy existe la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte disposiciones de carácter legislativo en ejercicio de las facultades delegadas. Por ello creo que no puede establecerse un paralelo entre las bases que constituyen los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria, y las del ejercicio de una facultad delegada. En el ejercicio de la potestad reglamentaria, el Poder Ejecutivo debe cuidar de no alterar el espíritu de la ley a través de su reglamentación; en cambio en el ejercicio de una potestad delegada, hace la ley, creando su espíritu.”

Por todo lo expuesto, es criterio de esta comisión analizar en lo pertinente la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio.

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo 1.003 de fecha 25 de junio de 2008, por el cual se consideran cumplidas las obligaciones restablecidas por el artículo 5° del decreto 1.606/2001, en los casos de cobros de exportaciones de productos nacionales que sean efectivizados mediante el sistema de pagos en moneda local para el comercio entre los Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur), en las condiciones que determine el Banco Central de la República Argentina.

II.a. Análisis del decreto

La ley 26.122, en el capítulo II del título III se refiere a los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente respecto de la delegación legislativa estableciendo en su artículo 13 que esta comisión debe expedirse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio.

La lectura del artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: *a)* la firma del señor jefe de Gabinete de Ministros; y *b)* el control por parte de la Comisión Bicameral Permanente, y como requisitos sustanciales conforme a las atribuciones conferidas por el artículo 76 de la Constitución Nacional: *a)* materias determinadas de administración o de emergencia pública; *b)* con plazo fijado para su ejercicio; y

c) dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

El decreto 1.003/08 en consideración ha sido dictado por la señora presidenta de la Nación, doctora Cristina Fernández de Kirchner, y refrendado por el señor jefe de Gabinete de Ministros, doctor Alberto A. Fernández, y el señor ministro de Economía y Producción de la Nación, licenciado Carlos R. Fernández, de conformidad con el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional.

Asimismo, se encuentra cumplido el último requisito formal referido al control por parte de esta comisión, al cumplimentar con lo establecido por la ley 26.122 artículo 13 respecto de la obligación del Poder Ejecutivo de someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente dentro de los 10 días.

Se eleva el despacho de esta comisión, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 13 de la ley 26.122.

La posición adoptada por la comisión tiene fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional que establece “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita ficta” y en el principio de seguridad jurídica que exige que se mantenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto el sea derogado formalmente por el Congreso.³⁴

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 1.003/08.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último considerando del citado decreto que el mismo se dicta en uso de las facultades del artículo 99, inciso 1, de la Constitución Nacional, y por el artículo 2° de la ley 25.561 –prorrogada por las leyes 26.204 y 26.339– mediante la cual se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, facultando al Poder Ejecutivo nacional para dictar regulaciones cambiarias.

De este modo, el decreto en análisis cumple con la expresión de voluntad del Congreso al sancionar la mencionada ley 25.561 de emergencia económica (artículos 1° y 2°), bases de la delegación, a la vez que da satisfacción a los compromisos internacionales contraídos en el Mercosur, tal y como se detalla en los párrafos subsiguientes.

³⁴ Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos, Pérez Hualde, Cassagne, entre otros quienes han señalado que ni siquiera una ley que reglamente el trámite y alcance de la intervención del Congreso podrá prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia.

Conforme el trabajo elaborado por Jorge Carlos Albertsen, citado ut supra, se destaca que “existe una marcada diferencia entre el dictado, por parte del Poder Ejecutivo, de una disposición de carácter legislativo, cuando la misma ha sido dictada en virtud de la circunstancia excepcional que prevé el tercer párrafo del inciso 3 del artículo 99 y cuando la misma es el resultado del ejercicio de una delegación legislativa. En el primer caso no existe una actuación previa del Congreso, mientras que en el segundo, éste ya ha puesto de manifiesto su voluntad de transferir su potestad al Poder Ejecutivo, respecto a una materia determinada, con plazo para su ejercicio y de conformidad con ciertas bases. Esta circunstancia justifica que el control de la Comisión Bicameral Permanente, sea mayor en el caso de los decretos de necesidad y urgencia (en los que el Poder Ejecutivo ha dictado la disposición de *motu proprio*) que en el caso de la delegación legislativa (a través de la que el Poder Legislativo le ha encomendado al Poder Ejecutivo el dictado de una ley, estableciendo las “bases de la delegación”). En el primer caso el Congreso tiene una participación *ex post*, mientras que en el segundo tiene una participación *ex ante*”.

Es dable recordar que, en oportunidad de la XXXIII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común del Sur (Mercosur), realizada en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, entre los días 27 y 28 de junio de 2007, a la que asistieron las delegaciones de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela, se dictó la decisión 25 de fecha 28 de junio de 2007, creando el sistema de pagos en moneda local para el comercio realizado entre los Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur).

En los considerandos del decreto objeto de análisis del presente dictamen, el Poder Ejecutivo nacional destaca que, el uso facultativo de moneda local en el comercio practicado entre los países del Mercado Común del Sur (Mercosur) busca profundizar la integración regional, incrementar el intercambio de bienes entre sus integrantes y reducir los costos financieros en las transacciones comerciales entre sus miembros.

Es dable precisar que, la precitada decisión 25/07 del Consejo del Mercado Común del Sur (Mercosur) prevé que las condiciones de operación del sistema de pagos en moneda local para el comercio entre los Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur) será definidas mediante convenios bilaterales entre los bancos centrales de los respectivos Estados Parte.

Mediante el artículo 5° del decreto 1.606 del 5 de diciembre de 2001 se restableció la vigencia del artículo 1° del decreto 2.581 del 10 de abril de 1964 y del artículo 10 del decreto 1.555 del 4 de septiembre

de 1986, cuyas disposiciones instauran la obligación de ingresar al país y negociar en el mercado único de cambios, dentro de los plazos que establezca la reglamentación pertinente, el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales.

En este orden de ideas, el decreto 2.581/64 en su artículo 1° establece que “A partir de la fecha, el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales, hasta alcanzar su valor FOB o CIF, según el caso, deberá ingresarse al país y negociarse en el mercado único de cambio dentro de los plazos que establezca la reglamentación pertinente.”

Por su parte, el artículo 10 del decreto 1.555/86 determina que “El banco interviniente procederá a pagar a los exportadores los importes que resulten, con la documentación suministrada por la Administración Nacional de Aduanas, utilizando el tipo de cambio, para la conversión de la moneda extranjera en moneda nacional de curso legal, cierre comprador del Banco de la Nación Argentina del día anterior al de efectuarse su pago o acreditación en cuenta al exportador siempre que previamente se hayan negociado las divisas correspondientes, o se haya entregado la documentación pertinente en los casos de operaciones financiadas de acuerdo con las normas establecidas por el Banco Central de la República Argentina. Esta disposición no se aplicará en los casos en que la negociación de las divisas para el pago de la exportación se efectúe con posterioridad a los plazos fijados por las disposiciones vigentes. En tales casos, para el pago de la devolución de tributos se utilizará el mismo tipo de cambio que corresponda aplicar a la negociación de divisas”.

Es por ello que, el Poder Ejecutivo nacional entiende que, a los fines de permitir la implementación del sistema de pagos en moneda local entre los Estados Parte del Mercado Comun del Sur (Mercosur), corresponde considerar cumplida la obligación de ingresar y negociar divisas en los casos de exportaciones de productos nacionales que sean abonadas mediante el mismo.

En otro orden, la ley 19.359 y sus modificatorias (texto ordenado decreto 480/95) regula el régimen penal cambiario, determinando que el Banco Central de la República Argentina es el organismo que llevará a cabo el cumplimiento de esta ley y toda la operatoria que por ella se determina.

De este modo, de acuerdo con el artículo 5° de la precitada ley 19.359, el Banco Central de la República Argentina tiene a su cargo la fiscalización de las personas físicas y jurídicas que operen en cambios y la investigación de las infracciones en ella previstas.

Asimismo, el Banco Central de la República Argentina, se encuentra facultado para el dictado de normas en materia cambiaria, conforme la legislación vigente, y para ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija, en virtud de lo dispuesto por los

artículos 3° y 29, inciso *b*) de su carta orgánica aprobada por el artículo 1° de la ley 24.144 y sus modificaciones.

La mencionada carta orgánica del Banco Central de la República Argentina en su capítulo I, artículo 3°, establece que “Es misión primaria y fundamental del Banco Central de la República Argentina preservar el valor de la moneda. Las atribuciones del banco para estos efectos, serán la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en la economía y el dictado de normas en materia monetaria, financiera y cambiaria, conforme a la legislación vigente.

En consecuencia, resulta adecuado a la normativa y a los compromisos internacionales encomendar al Banco Central de la República Argentina a reglamentar el sistema de pagos en moneda local y ejercer la fiscalización de las operaciones que por el mismo se cursen, dictando las normas que para ello resulten necesarias.

III. *Conclusión*

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 1.003/08, los requisitos formales y sustanciales establecidos en los artículos 76 y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y de conformidad con los términos del artículo 13 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.003 de fecha 25 de junio de 2008.

Diana B. Conti.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros por medio del cual se comunica el dictado del decreto de delegación legislativa (DD) 1.003/2008, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 76 y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y por los artículos 2°, 13 y 19 de la ley 26.122.

Por los fundamentos que se exponen en el informe acompañado, y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

1. Aprobar el decreto delegado 1.003/2008 debido a que la ley 25.561 –con sus sucesivas prórro-

gas— establece una delegación sobre materias determinadas de administración en el Poder Ejecutivo nacional, y todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 76 y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y los artículos 13 y 19 de la ley 26.122.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional (artículo 26 de la ley 26.122), juntamente con sus fundamentos.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 17 de septiembre de 2008.

Oscar R. Aguad. – Luis P. Naidenoff.

INFORME

Honorable Congreso:

1. Intervención legal

1.1. La Comisión Bicameral y las Cámaras

El Congreso Nacional, luego de doce años de producida la última reforma constitucional, ha dado cumplimiento formal a la previsión del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional (CN) sobre los decretos de necesidad y urgencia (DNU), al sancionar la “ley especial” que rige el trámite y el alcance de la intervención del Congreso y conformar la Comisión Bicameral Permanente, recaudos ambos exigidos por dicha enmienda para dar validez a este tipo de normas.

La parte final de la norma dice: “...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.”

“La especialidad otorga a la ley un relevante papel en cuanto a que su contenido es específico del instituto que regula y, en caso de antinomias con otras normas, se convierte en criterio para resolver dándole preferencia tal como ocurre con otros criterios como el jerárquico normativo o el cronológico”.¹

Respecto de la intervención de las Cámaras y la Comisión Bicameral Permanente el artículo 99, inciso 3, en lo pertinente, dispone: “... 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 considerarán las Cámaras...”.

El artículo 100, incisos 12 y 13, CN, lo siguiente: “... Al jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: ... 12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.” “13. Refrendar juntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.”

Respecto de la intervención de la Comisión Bicameral Permanente el artículo 2º de la ley 26.122 establece: “La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3; y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno; y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3; 76; 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional.”

El artículo 13 de la ley citada dispone además que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio.”

Los siguientes artículos de la ley también refieren a las Cámaras y la Comisión Bicameral Permanente, en lo pertinente, de la siguiente manera:

Incumplimiento. Artículo 18: En caso de que el jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de Gabinete.

Despacho de la Comisión Bicameral Permanente. Artículo 19: La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los capítulos I, II, III del presente título.

Tratamiento de oficio por las Cámaras. Artículo 20: Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente

¹ Pérez Hualde, Alejandro. *Decretos de necesidad y urgencia: su ley especial. Derecho constitucional de la reforma de 1994 –II–*. Ed. Depalma Buenos Aires. 1995; páginas 226 y subsiguientes.

haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional.

Plenario. Artículo 21: Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento.

Pronunciamiento. Artículo 22: Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.

En función de lo expuesto esta Comisión Bicameral actúa en el marco de su competencia ejerciendo su control y elevando su despacho,² respecto de lo actuado por el Poder Ejecutivo nacional, para su expreso tratamiento por el plenario de las Cámaras de acuerdo con lo dispuesto por la CN y la ley 26.122.

2. Análisis del DD

El rechazo del DD propuesto en el proyecto de resolución, y motivo del informe, se funda en las razones y consideraciones siguientes:

2.1. Consideraciones generales

2.1.1. En primer lugar es preciso destacar que el decreto ha sido dictado invocando el artículo 99 inciso 1 de la Constitución Nacional.

Sentado ello, y de acuerdo a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional por nuestra Carta Magna, no corresponde a esta Comisión expedirse en los términos del artículo 99, inciso 1, por tratarse de atribuciones constitucionalmente otorgadas.

Sin embargo, textualmente el artículo 76 dice: “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.”

2.1.2. No caben dudas que el “presupuesto habitante” para el dictado de un decreto delegado reside en que el mismo verse sobre materias determinadas de administración o de emergencia pública dentro de un plazo fijado para su ejercicio y de

acuerdo a las bases establecidas para la delegación legislativa.

Según lo dispone la Constitución Argentina en su artículo 99, inciso 2, entre las atribuciones del presidente de la Nación se encuentra la de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu.

2.1.3. Respecto del rol que debe cumplir el Congreso en el tratamiento de un decreto delegado (DD) que llegare a su seno, es de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

Habrán dos aspectos que el Congreso no podrá soslayar conforme la consagración constitucional: *a)* la necesidad de su intervención en la consideración de la norma de excepción; y *b)* la necesidad de que debe existir una manifestación expresa (de aprobación o rechazo) ya que el artículo 82 de la Constitución Nacional y el artículo 22 de la ley 26.122 excluyen todo intento de considerar convalidado un DD por el mero silencio.

2.1.4. Por último diremos que la ley 26.122 (artículos 22 y 26) obliga al Congreso a resolver dentro de las alternativas de lo ordenado: aceptación o rechazo de la norma, impidiendo cualquier modificación del texto remitido.

Textualmente el artículo 23 ordena: *Impedimento.* Artículo 23: Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.

2.2. Razones formales

El decreto delegado, remitido por el jefe de Gabinete, que constituye el objeto de este análisis, establece lo siguiente:

DD, número 1.003/2008, publicado en el Boletín Oficial del 26 de julio de 2008, bajo el número 31.434, página 20, dictado por el Poder Ejecutivo nacional; establece que se consideran cumplidas las obligaciones restablecidas por el artículo 5° del decreto 1.606 del 5 de diciembre de 2001 en los casos de cobros de exportaciones de productos nacionales que sean efectivizados mediante el sistema de pagos en moneda local para el comercio entre los Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur) en las condiciones que determine el Banco Central de la República Argentina (BCRA) (artículo 1°); y asimismo, encomienda al Banco Central de la República Argentina (BCRA) reglamentar el sistema de pagos en moneda local entre los Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur) y ejercer la fiscalización de las operaciones que por el mismo se cursen, dictando las normas que para ello resulten necesarias (artículo 2°) sustituye los artículos 7°, 8° y 9° de la ley para el Instituto de Ayuda Financiera

² “La comisión se limita a elevar su despacho que –como señala Bidart Campos– no resulta vinculante para el Congreso”. Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI. *La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires. 1995, página 444.

para Pago de Retiros y Pensiones Militares; modificada por la ley 25.659. Asimismo, crea la Comisión Fiscalizadora del Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares.

2.2.1. De acuerdo con el artículo 13 de la citada ley 26.122 (“...El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio...”) es menester analizar si el DD en análisis cumple con los requisitos formales y sustanciales para su emisión exigidos por la norma constitucional.

El decreto delegado, objeto de análisis, desde el punto de vista formal reúne y cumplimenta a nuestros entender los requisitos exigidos por la CN y la ley especial para su aceptación. A saber:

- La firma del señor presidente de la Nación.
- La firma de los señores ministros y del señor jefe de Gabinete de Ministros.
- Que haya sido publicado en el Boletín Oficial.

2.3. Razones Sustanciales

Con relación a los requisitos sustanciales; conforme a las atribuciones conferidas por el artículo 76 de la Constitución Nacional:

- Materias determinadas de administración o de emergencia pública.
- Con plazo fijado para su ejercicio.
- Dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La delegación que la Constitución permite, exige que sea ejercida “dentro de las bases [...] que el Congreso establezca” (artículo 76, CN), es decir previo dictado de una ley a través de la cual el Poder Legislativo delegue en el Poder Ejecutivo la facultad de emitir disposiciones de carácter legislativo que verse sobre determinadas materias, siempre que ello no altere el límite establecido por el artículo 28 de la Constitución Nacional.

El rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos para la adopción jurídica de remedios extraordinarios. Por ello, aun cuando se admitan restricciones como respuesta a una crisis, aquellas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad; por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior.

Tomamos como fundamento el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estableció que “los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los partibulares”. (CSJN. “Fallos”, 326:417 “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/Amparo”, sentencia del 5-3-2003).

Sometiendo a esta prueba (*test*) de constitucionalidad al DD 1.003/2008 remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que reúne los requisitos sustanciales exigidos por la norma reglamentaria.

Asimismo, véase que de los fundamentos invocados, se advierte la existencia de la ley 25.561, de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, habilita al Poder Ejecutivo nacional a dictar normas sobre la materia delegada establecida en las bases de delegación, y específicamente, dentro de lo previsto por el artículo 2°.

3. Conclusión

Debemos reflexionar políticamente sobre el dictado de esta norma de excepción.

Recordemos que esta comisión, es un reaseguro que la Constitución de 1994 incorporó como instancia de seguimiento y de control ante la incorporación constitucional de la posibilidad excepcional del presidente de emitir normas de carácter legislativo. Sin la existencia de este cuerpo y sin la posibilidad de tener un tratamiento legislativo, en el ámbito de la Comisión Bicameral Permanente, de los decretos de necesidad y urgencia, las facultades delegadas al Poder Ejecutivo y la promulgación parcial de leyes, se viola la esencia republicana y los principios del Estado de derecho.

La Corte sostuvo en el precedente “Delfino y Cía.”,³ en mención del antiguo artículo 86, inciso 2, de la Constitución Nacional “Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de regular los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aún, en aquellos países en que, como en los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución.”

“...el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresamente conferidos”.

“Habría una especie de autorización legal implícita –concluyó– dejada a la discreción del Poder Ejecutivo, sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues como es obvio el Poder Ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquélla, ni crear la ley ni modificarla”.

Más allá de la legalidad de la instrumentación de la medida, que no está en discusión, en este caso en particular se establece una excepción a las previsiones del decreto 1.606/2001 a fin de amoldar la

³ CSJN. “Fallos”, 148:430, “Delfino y Cía.”, sentencia de 1927.

legislación cambiaría a un “sistema de pagos en moneda local para el comercio entre los Estados Parte del Mercado Común del Sur”. Asimismo, es necesario destacar, que estas decisiones deben pasar por el Congreso nacional en forma plena, o sea, que se sancionen por medio de una “ley de la Nación”, a fin de que se realice una mayor discusión en el órgano legislativo.

En tal sentido, desde el bloque radical venimos manifestando que no existen los presupuestos de hecho (emergencia económica) que dieron origen a la ley 25.561 que fue sucesivamente prorrogada por diversas leyes.⁴

Es importante destacar que Corte Interamericana de Justicia, revalorizando la función legislativa, expresó que “La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo a lo establecido por la Constitución”. Opinión Consultiva OC –6/86– Citada por Alfonso Santiago - Valentín Thury Cornejo, en *Tratado sobre la dele-*

⁴ Es importante destacar las palabras del senador nacional Gerardo Morales, al expresar: “Voy a fundar nuestro voto negativo, nuevamente, a este proyecto de ley de emergencia. ...”

”En verdad, esta es la primera ley de la gestión Cristina Fernández de Kirchner como presidenta de los argentinos...”

”...Creemos que si aprobamos esta norma, que es la primera ley que se trata en el inicio de la gestión de la presidenta electa y en funciones –y en la que dice justamente todo lo contrario de lo que se anunció en el discurso inicial, en cuanto al nuevo rol del Congreso de la Nación, que hasta acá se ha venido convirtiendo, como hemos dicho permanentemente, en una escribanía, que ratifica o no los proyectos del Poder Ejecutivo–, no se va a cumplir. Porque este proyecto de ley viene bastante poco fundado. Parece un mero trámite. Si me permiten, voy a leer éste y dos párrafos más. En el argumento central del proyecto que envió el Poder Ejecutivo dice que persisten aún situaciones que deben ser atendidas dentro del contexto normativo de emergencia, a fin de afianzar este proceso de recuperación.

”...la persistencia de la crisis y la ausencia de imaginación han hecho que una emergencia le siga a otra emergencia, y a esta una nueva y el retorno a la anterior, convirtiéndose la normalidad y la estabilidad en utopías. La imaginación disponible se ha agotado en la Argentina en los últimos años en la búsqueda de la emergencia más efectiva medida en términos de sutileza y perversión; extraviándose no sólo el camino de la normalidad sino la intención misma de buscarla. Es evidente a esta altura que la emergencia tiene su propia lógica, y que esta lógica es la dominante en el país. La lógica de la emergencia permanente, de la emergencia como sistema, de la emergencia como modo de vida es la lógica de la contradicción...” (versión taquigráfica, 12-12-2008, páginas 21 y 22).

gación legislativa, Buenos Aires, ABACO, 2003, página 249).

Sin perjuicio de lo expresado, por imperio de la legislación vigente, y toda vez que la norma objeto de este análisis reúne los recaudos formales y materiales, esta Comisión Bicameral Permanente propone su aprobación.

Oscar R. Aguad. – Luis P. Naidenoff.

III

Dictamen de comisión

(en minoría)

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo nacional 1.003 de fecha 25 de junio de 2008.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto, y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

1. Declarar la invalidez del decreto 1.003/08.
2. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 17 de septiembre de 2008.

Marcela V. Rodríguez.

INFORME

Honorable Congreso:

1. *La evolución e incorporación de la delegación de facultades en nuestro ordenamiento*

Es conveniente comenzar con un breve repaso histórico de la incorporación de las delegaciones legislativas en nuestra práctica jurídica. En este sentido, pueden identificarse tres grandes etapas. La primera está caracterizada por un fuerte rechazo doctrinario de los principales juristas de nuestro derecho constitucional, quienes consideraban totalmente prohibida toda posible delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo. Tal es así, que dos de los principales manuales de la materia ni siquiera analizaban la cuestión.¹

¹ Ver González Calderón, J. A.: *Curso de derecho constitucional*, VI edición, revisada por E. J. Miqueo Ferrero, Desalma, 1981, páginas 303-305. González, J.V.: *Manual de la Constitución Argentina*; Angel Estrada y Cia. Ed.

En la misma línea, el propio Linares Quintana descalificaba este instituto de manera categórica al analizarlo bajo una dicotomía extrema: “en lugar de hacerla exposición de sus extensas argumentaciones para fundar su posición, debieran formular el verdadero planteo del problema: o aceptan o rechazan la división de poderes”.²

En la segunda etapa, a través de varios *leading cases*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido incorporando, no sin ciertas dudas, esta práctica en nuestro país, la que contribuyó a la configuración y el fortalecimiento de un hiperpresidencialismo atrofiado.³ En primer lugar, debemos hacer referencia al caso “Delfino”.⁴ En el mismo se discutía una multa impuesta por la Prefectura General de Puertos a los agentes del vapor alemán “Bayen”, por infracción al Reglamento del Puerto de la Capital. El apelante sostenía que las normas que determinaban esa pena eran inconstitucionales por constituir una delegación de facultades legislativas, y que el Poder Ejecutivo carecía de atribuciones para crear sanciones penales de un presunto poder de policía que la Constitución ha puesto exclusivamente en manos del Poder Legislativo.

Al rechazar ese planteo, la Corte dijo que “no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella”, subrayando la “distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla”. En esta instancia, la Corte crea la distinción –que luego veremos en mayor detalle– entre delegación propia e impropia.

Además, interpretó que “cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino a título de una facultad propia [...] cuya mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo” de donde deduce “una especie de autorización legal implícita dejada a la discreción del Poder Ejecutivo sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues, como es obvio, el Poder Ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquélla ni crear la ley, ni modificarla”.

² Linares Quintana, S. V.: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1963, tomo VIII, páginas 183-184.

³ Nino, C.: *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 1992, páginas 569-656.

⁴ CSJN; 20-6-1927; “A. M. Delfino y Cía.”; *La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial*.

El segundo caso relevante es “Mouviel”,⁵ donde dos imputados, ante la condena a sufrir penas de arresto por infracción a los edictos policiales sobre “desórdenes” y “escándalo”, interpusieron recurso extraordinario, sosteniendo que el régimen de faltas vigente y las sentencias de 1ª y 2ª instancias son violatorias de la Constitución Nacional, dado que la concentración de las facultades judicial, ejecutiva y legislativa en materia de faltas por parte del jefe de Policía violaría el principio de la división de los poderes establecido por la Constitución. La Corte hizo lugar al recurso, revocando la sentencia. Al hacerlo, expresó, sobre la base del principio de legalidad penal, que “existe la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (artículo 18). Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido (artículo 86, inciso 2)” (“Fallos”, tomo 191, página 245).

Aún más categóricamente expresó que “en el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (artículo 1º) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco al Poder Ejecutivo le es lícito, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el artículo 86, inciso 2, de la Constitución, sustituirse al legislador y por supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley previa que requiere la garantía constitucional del artículo 18”.

En tercer lugar, y sólo 3 años después de “Mouviel”, la Corte volvió a expresarse sobre la delegación de facultades en “Prattico”.⁶ El caso gira en torno a un aumento de salarios que había decretado el presidente invocando una ley que, “con el objeto de reprimir la especulación, el agio y los precios abusivos”, facultaba al Ejecutivo a “fijar las remuneraciones”. La Corte adoptó una visión permisiva al asumir que “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y va-

⁵ CSJN; 17/05/1957; “Mouviel, Raúl O. y otros”; *La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial*.

⁶ CSJN; 20/05/1960; “Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.”; *La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial*.

riables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo” y puso como requisito –verificado en el caso– el de que “la política legislativa haya sido claramente establecida”.

Finalmente, el fallo destacó que la norma examinada era transitoria y tenía carácter de emergencia, circunstancia a la que le asignó una importancia “decisiva” para habilitar lo que describió como “un ejercicio de los poderes del Estado diverso del ordinario”.

Por último es de destacar el caso “Cocchia”⁷ donde se demandaba la inconstitucionalidad del decreto PEN 817/92 que había derogado un convenio colectivo de trabajo.

El dictamen de la mayoría puntualizó que la norma impugnada “no es más que uno de los instrumentos cuya implementación el legislador confió en el Poder Ejecutivo para llevar a cabo la política de reforma del Estado por aquél decidida” en lo que calificó como “un sistema jurídico” integrado en la emergencia por las leyes 23.696, 23.697 y 23.928, “tendiente a proteger y estimular el marco de libertad indispensable para el funcionamiento de una economía de mercado en la cual el Estado asume un papel exclusivamente subsidiario”. Sobre esa base, la mayoría reconoce en ese “bloque de legalidad” el soporte de “un programa de gobierno aprobado por el Congreso” que reputa idóneo para tener por configurado el estándar de “Prattico” de “una clara política legislativa”.

Asimismo, Boggiano, sostuvo que actualmente se requiere una estrecha colaboración en las ramas legislativa y ejecutiva, relación que “encontraría una injustificada e inconveniente limitación si sólo se permitiera al Congreso encomendar al Ejecutivo la reglamentación de detalles y pormenores”, y admite una flexibilización de “Prattico” al conceder que “el estándar debe estar dotado de la razonabilidad prácticamente exigible de acuerdo con las circunstancias en medio de las cuales se sancionó”⁸.

Las disidencias en éste fueron contundentes. Fayt y Belluscio expresaron que “la pretensión del Estado nacional entraña una suerte de delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este tribunal”. Y realizan una distinción al sostener que “la tendencia se muestra más favorable a admitir la delegación cuando se trata de materias técnicas”, mientras que “cuando están involucrados derechos individuales, la garantía del

debido proceso exige que la restricción tenga su origen en una ley en sentido formal y material”. Por último, estimaron que la cuestión y los precedentes del tribunal confluyen en propiciar una interpretación estricta, afirmando así que “toda duda conduce a la indelegabilidad”⁹. En síntesis, “Cocchia”, tal como afirma Sagüés, produjo el último intento de dar algún barniz de constitucionalidad formal a la prácticamente consumada delegación de atribuciones parlamentarias en el presidente y así la reforma de 1994 tuvo que rendirse ante la evidencia de los hechos resignándose a procurar un encuadre de ese fenómeno.¹⁰

Finalmente, la tercera etapa se caracteriza por el reconocimiento normativo-constitucional de la delegación de facultades en el artículo 76 de la Constitución Nacional a partir de la reforma llevada adelante en el año 1994. Reconocimiento que en los acápites siguientes veremos en mayor detalle.

2. La interpretación restrictiva del artículo 76 de la Constitución Nacional

a. Introducción

Una primera aclaración en torno a lo regulado por el artículo 76 es la obligatoriedad de su interpretación restrictiva. Creemos que varios son los argumentos a favor de ello.

En este sentido cabe aclarar que la regla general y pauta interpretativa que motiva la actuación del Poder Ejecutivo en el dictado de normas de carácter legislativo es su total prohibición, bajo pena de nulidad absoluta e insanable. Únicamente en casos excepcionales le está permitido al Ejecutivo emitir disposiciones de este tipo, bajo estricto cumplimiento de los requisitos fijados en la propia Constitución.

Esta es la conclusión a la que se arriba de una lectura de las normas atinentes de nuestra Constitución, especialmente si tenemos en cuenta un criterio sistemático de interpretación, de modo que todas las normas del sistema que forman la Constitución Nacional puedan ser interpretadas de manera que se concilien entre ellas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la primera regla interpretativa es darle pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, con los principios y garantías de la Constitución.¹¹

La Constitución contiene varias disposiciones expresas en relación con la cuestión que nos ocupa. Una de ellas está en el artículo 99, inciso 3. La

⁷ CSJN, 2-12-1993; “Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro”; *Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho* - “La Ley” 1994-B, 643.

⁸ Considerando 29.

⁹ Considerando 14.

¹⁰ Sagüés, N.; *Elementos de derecho constitucional*, III edición, tomo I, Astrea, 2003, página 603.

¹¹ “Fallos”, 281:147 y otros.

otra disposición es del artículo 76, que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en aquellas 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. Finalmente, otra norma a tener en cuenta en este análisis es la vieja cláusula de defensa de la democracia que está contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “El Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quede a merced del gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que lo formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Es el juego sistemático de estas normas del cual debe surgir la interpretación correcta de la Constitución Nacional en esta materia. Así, tanto el artículo 76 como el artículo 99, inciso 3, establecen un principio prohibitivo expreso en materia de uso de atribuciones legislativas por parte del órgano Ejecutivo. Señalan claramente que no puede el Poder Ejecutivo asumir funciones legislativas ni puede el Congreso delegar estas funciones de modo tal que esta prohibición genérica ya nos señala la primera pauta de interpretación de esta norma constitucional.

De esta prohibición genérica se desprende claramente que la interpretación debe ser en un sentido estricto, es decir que en caso de duda debe estarse claramente por la prohibición y no por la habilitación. La habilitación, las materias y los contenidos allí especificados constituyen una excepción al principio prohibitivo expresado en los primeros párrafos de ambos artículos y que, además, se encuentra plenamente reforzado y sancionado penalmente por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En este mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia. Así, en el caso “Verrocchi”,¹² la Corte expresó que “los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el artículo 1° de la Constitución Nacional... Considérese que la reforma fue fruto de la voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista”.¹³ Y agregaron: “El texto nuevo es elocuente [...] la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias que

constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”.¹⁴ En el caso “Guida”,¹⁵ Petracchi¹⁶ recordó la formulación de este principio general. Y esta doctrina se repite en la causa “Kupchik”,¹⁷ en el voto de mayoría.¹⁸

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo una postura similar respecto a las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo. En este sentido, expresó que dichos actos son válidos siempre que “estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.¹⁹

b. Las intenciones de los constituyentes

Otro argumento a favor de una interpretación restrictiva del artículo 76 es la intención original que motivó dicha disposición normativa. Ante las dudas en la interpretación de las diferentes cláusulas constitucionales, el abordaje originalista (aunque con ciertos límites) resulta un método jurisprudencial y doctrinariamente aceptable.²⁰

Como lo sostiene Gelli, “los excesos en la práctica de la delegación legislativa llevaron a los convencionales constituyentes de 1994 a establecer el principio de la prohibición”.²¹ En el mismo orden de ideas, Bidart Campos expresó que “a) la delegación excepcionalmente autorizada por el artículo 76 corresponde a la ‘plena’ que antes de la reforma se hallaba implícitamente prohibida y, de haberse llevado a cabo, era inconstitucional; b) la delegación que se denominaba impropia no ha quedado prohibida, ni encuadrada en el artículo 76, y puede en el futuro tener cabida como antes dentro del perímetro que le trazó la jurisprudencia de la Corte Suprema; por ende, b) la delegación impropia no precisa que el Congreso se restrinja a las materias ni al plazo que estipula el artículo 76”.²²

¹⁴ Considerando 8°.

¹⁵ CSJN; 2-6-2000; “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo”; “La Ley” 2000-C, 828.

¹⁶ Considerando 8° de su disidencia.

¹⁷ CSJN; 17-3-1998; “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central y otro”; “Fallos”, 321:366.

¹⁸ Considerando 14.

¹⁹ Corte IDH; Opinión Consultiva OC-6/86; de 9 de mayo de 1986, párrafo 36.

²⁰ Gargarella, R.; *La justicia frente al gobierno*; Astrea, 1996, capítulo II.

²¹ Gelli, M. A.; *Constitución Nacional. Comentada y concordada*, “La Ley”, 2002, página 620.

²² Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 2004, tomo III, página 159.

¹² CSJN; 19-8-1999; “Verrocchi, Ezio c/Administración Nacional de Aduanas”; “La Ley” 2000-A, 88.

¹³ Considerando 7°.

En pocas palabras, la intención del constituyente fue doble: por un lado, reconocer de modo expreso al fenómeno de la delegación que se encontraba ausente hasta entonces en la letra de la Constitución para fijar su funcionamiento y darle cierto margen de seguridad jurídica. Por otro lado, quiso establecer ciertos límites a dicha delegación que, de acuerdo con la nueva norma, está sujeta a diversos condicionamientos, que luego analizaremos en detalle. Por ello, la intención del constituyente de limitar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo es uno de los principales argumentos para realizar una interpretación restrictiva del artículo 76 de la Constitución Nacional.

c. El sistema de división de poderes

Por último, la interpretación de este artículo no puede desdecirse del diseño institucional plasmado por nuestra Constitución Nacional. Es de recordar que la doctrina de la separación de los poderes es una garantía a las libertades individuales. Ha dicho Justo López que este principio “constituye una respuesta al problema relativo a si la conducta de los gobernantes [...] debe o no estar encuadrada y limitada por normas jurídicas de derecho positivo. Esa respuesta, y por tanto esa doctrina, se concreta en la afirmación de que –con la finalidad de asegurar la libertad de los seres humanos– la actividad estatal –es decir, la de aquellos que se imputa al Estado– no debe estar totalmente en las mismas y únicas manos, sino que debe estar repartida entre distintos órganos”.²³

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 ya establecía en su artículo 16 que “La sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de poderes, carece de Constitución”. Tal como Locke –precursor de la doctrina– la planteaba, la teoría de la división o separación de poderes ofrecía las siguientes características: a) es un sistema contra la “opresión” del poder tiránico; b) la separación entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo encuentra fundamento racional en la necesidad de la aplicación constante de las normas generales; c) debe existir la supremacía del legislativo.²⁴

Montesquieu reformuló la doctrina de la división de poderes en la forma que hoy es reconocida, destacando siempre su carácter de garantía a la libertad de las personas. Fue él quien visualizó las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Tales funciones pueden o no ser ejercidas por el mismo órgano. “En el primer caso, no hay libertad; para que ésta exista ‘es necesario un gobierno tal, que

ningún ciudadano pueda temer a otro’ y para ello deben atribuirse los distintos ‘poderes’ (con sus ‘funciones’ respectivas) a distintos ‘órganos’. Este es el sistema adecuado para salvaguardar la libertad. La tendencia del poder es hacerse despótico. Sólo el poder es capaz de frenar al poder”.²⁵

Más recientemente, Lowenstein ha destacado también que los destinatarios del poder salen beneficiados si las distintas funciones son realizadas por órganos diferentes: “La libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes”.²⁶

A tal punto es importante este principio, que Bidart Campos considera a la forma republicana de gobierno como un contenido pético de la Constitución.²⁷

El sistema republicano adoptado por nuestro país –que, entre otras cuestiones, incluye la división de poderes– se inscribe dentro de esta posición. Si la finalidad del principio de separación de poderes es controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas, la violación a este principio importa la violación a las garantías individuales. Así se ha manifestado la doctrina: “La finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitaría la centralización en la toma de decisiones públicas. Por eso la concentración del poder es rechazada enérgicamente en el artículo 29 de la Constitución Argentina”.²⁸

Como consecuencia de este principio, el artículo 29 de la CN prescribe que “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”.

Efectivamente, el artículo 29 fue concebido por los constituyentes como una declaración de defensa del sistema republicano consagrado en el artículo 1° de la Ley Suprema. Sostiene al respecto Gelli “El artículo 29 de la Constitución Nacional, protege expresa y preferencialmente los derechos a la vida, al honor y a la integridad del patrimonio, de las arbitrariedades de los gobernantes y garantiza la di-

²³ Mario Justo López, *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, II edición, página 391. El resaltado es propio.

²⁴ Locke, J.; *Tratado sobre el gobierno civil*, FCE, 2004, Buenos Aires.

²⁵ Mario Justo López, obra citada, página 393.

²⁶ Loewenstein, K.; *Teoría de la Constitución*; Barcelona, Ariel, página 153.

²⁷ Bidart Campos, G.; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, página 195.

²⁸ Gelli, M. A.; obra citada, página 19.

visión e independencia de los poderes como una seguridad de aquellos derechos”.²⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el alcance de las prohibiciones contenidas por el artículo 29 CN,³⁰ al afirmar que “La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza”.³¹

Al constituir la división de poderes una garantía a las libertades individuales, su violación constituye, entonces, una violación actual a nuestras garantías constitucionales. Así, la doctrina ha destacado que “de las declaraciones y derechos subjetivos pueden inferirse garantías institucionales, tales como [...] la división de poderes [...]”.³²

En efecto, una interpretación armónica con nuestro diseño institucional exige un criterio restrictivo al analizar las pautas de la delegación de atribuciones legislativas al Ejecutivo, a los fines de una protección integral de los derechos y las garantías fundamentales de los ciudadanos de una república constitucional.

3. Los requisitos del artículo 76 CN

a. ¿Qué tipo de delegación se permite?

Como lo vimos, la jurisprudencia sostuvo que la delegación legislativa puede ser “propia” o “impropia”. Por la primera de ellas, se entiende la delegación de la atribución de “hacer la ley”, es decir, la transferencia de competencias de un poder a otro.

Tal como nos referimos en el acápite previo, debemos hacer una interpretación absolutamente restrictiva, dado que la intención del Constituyente ha sido la de prohibir —como regla— toda clase de delegación legislativa.³³ Por ello, la delegación propia se encuentra prohibida por el artículo 76 de la Constitución, que únicamente autoriza la denominada delegación impropia, que consiste en la posibilidad de delegar la atribución de dictar ciertos detalles o pormenores de la ley, respetando las pautas establecidas por el propio legislador.

En efecto, el citado artículo 76 de la Constitución Nacional únicamente admite este tipo de delegación

en el Poder Ejecutivo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, en forma excepcional bajo estricto cumplimiento de las exigencias allí previstas.

b. Materias determinadas de administración y emergencia pública

El texto del artículo 76 sostiene que la delegación sólo es admitida en “materias determinadas de administración” o de “emergencia pública”. Ahora bien, ¿cuáles son las situaciones específicas comprendidas en la cláusula constitucional?

A pesar de la imprecisión y vaguedad conceptual de ambos conceptos,³⁴ se ha afirmado que “materias determinadas de administración” son las “cuestiones materialmente administrativas y que, por ello, corresponden en principio al ámbito de competencia del Poder Ejecutivo aunque por expresa disposición constitucional han sido atribuidas al Poder Legislativo”.³⁵

Por otro lado, respecto al concepto de “emergencia pública”, la doctrina de manera mayoritaria ha coincidido en que ésta se caracteriza básicamente por una situación, una circunstancia o un hecho de gravedad tal que imponga la necesidad de que el Estado dé una solución inmediata a aquél. Este concepto constitucional indeterminado requiere “que se produzca una grave situación susceptible, según el criterio del Congreso, de afectar la subsistencia del Estado”.³⁶ Es decir, la “emergencia pública” es un presupuesto fáctico impreciso y, por ello, con dificultades en fijar sus límites.

Por ello, mismo Salvador de Arzuaga expresó que “emergencia” es una “situación fáctica excepcional que altera negativamente a la sociedad o alguno de sus sectores, impidiendo la concreción del bien común al desestabilizarla institucional, económica o socialmente. De allí que la emergencia pública no es una materia, sino una circunstancia imprevisible

³⁴ Para un análisis pormenorizado de las consecuencias disvaliosas de la mala utilización del lenguaje en el plano jurídico ver Carrió, G.; *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, 1973.

Respecto a esta dificultad en la interpretación de los decretos delegados ver Colautti, C.; *La delegación de facultades legislativas y la reforma constitucional*, “La Ley” 1996-B, 856; Bidart Campos, G.; *Tratado elemental de derecho constitucional*, tomo VI, página 342; Sabsay, D. y Onaindia, J.; *La Constitución de los argentinos*, página 243, Errepar.

³⁵ Balbín, C.; obra citada, página 104.

³⁶ Pérez Hualde, A.; *Decretos de necesidad y urgencia*, página 63, Depalma, 1995.

²⁹ Obra citada, página 261.

³⁰ “Fallos”, 309:1689.

³¹ Del considerando 6° del voto conjunto de los jueces Petracchi y Bacqué, en la denominada “Causa 13”; en igual sentido se pronunció el ministro Fayt en el caso “Basilio Arturo Lami Dozo”, “Fallos”, 306 (1): 911, considerando 7°.

³² Gelli, M. A.; obra citada, páginas 11 y 12.

³³ Balbín, C.; *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*; “La Ley”, 2004, página 102.

o que siendo previsible es inevitable, de tal manera que ella podrá referirse a distintas materias”.³⁷

Esta línea también ha sido desarrollada jurisprudencialmente por la CSJN en varias oportunidades. En el caso “Peralta”,³⁸ la Corte definió este concepto como “una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, que origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”. Recordando, asimismo, que “el fundamento de las leyes de emergencias es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial [...], a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto”.

En el caso “Provincia de San Luis”,³⁹ la Corte agregó que “las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica”.

c. Presupuestos habilitantes

Según la Constitución, toda delegación de facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo, tiene dos presupuestos para su validez:

1. Que se fije un plazo para el ejercicio de las facultades delegadas.

2. Que se ejerzan dentro de las bases de la delegación que el Congreso debe establecer.

Este requisito responde a la necesidad de superar la tensión existente entre la delegación legislativa y la división de poderes. Por ello, como ya se adelantó, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo la función de legislar (artículo 29 y 76, y artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, que prohíbe al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo), pero sí puede transferir, en ciertas ocasiones, ciertos poderes para llenar los detalles no contemplados en la ley. A tal fin, la norma delegante debe establecer un patrón inteligible o política legislativa, que sirva de guía al órgano delegado y le impida apartarse de sus funciones.

³⁷ Salvador de Arzuaga, C.; *Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa*, “La Ley”, tomo 1997-A, página 977. Ver también en el mismo sentido, la definición aportada por Cassagne sobre emergencia: “ésta requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia pública susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso”, en Cassagne, J. C.; *Potestad reglamentaria y reglamentos delegados de necesidad y urgencia*, en RAP 309, páginas 47 y subsiguientes.

³⁸ CSJN; 27-12-1990; “Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional”; “La Ley”, 1991-C, 158.

³⁹ CSJN; 5-3-2003; “Provincia de San Luis c/Estado Nacional”; “La Ley”, 2003-E, 472.

Lo que no puede hacer es una entrega en blanco de la competencia, sino que debe establecer con toda claridad los límites y condiciones bajo las cuales estas atribuciones serán ejercidas (éste es el criterio de la Corte Suprema sostenido en el *leading case* “Delfino”). Es decir, el Congreso debe indicar suficientemente el campo en el cual la administración ha de actuar, de manera tal que se sepa si aquella se ha mantenido dentro de la voluntad de la ley.

Este fue el criterio sostenido por diversos miembros de la Convención Constituyente de 1994. Sostuvo al respecto García Lema que “el Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades”. Posteriormente y ya en una obra doctrinaria, agregó este autor que “la idea que anima esta prohibición (de la delegación legislativa), es que el Congreso no está habilitado para delegar en bloque en el presidente todas sus facultades legisferantes, porque ello está impedido por el artículo 29 de la Constitución [...] Como consecuencia de esa regla, la delegación legislativa tampoco puede importar la transferencia, lisa, llana y definitiva de legislar sobre ciertos asuntos. Este segundo principio, establecido en la doctrina, ha sido ahora reconocido normativamente en el mencionado artículo 76, cuando preceptúa que el Congreso debe fijar “las bases de la delegación”.⁴⁰

Respecto al plazo exigido por el artículo 76 de la Constitución Nacional, éste debe ser previsto y estipulado en la norma delegante como *conditio sine qua non* de la delegación legislativa de emergencia.⁴¹ Es decir, la ley delegante debe establecer un plazo máximo para no subvertir la limitación temporal que la Constitución exige expresamente cuando se ha optado por delegar.

d. El sujeto pasivo de la delegación

De la lectura de la Constitución, y sobre la base de un criterio restrictivo de interpretación, se puede deducir que el único sujeto habilitado para ser delegado es el presidente.

Como señaláramos, con la reforma del año 1994, el Constituyente intentó, a través del artículo 76 de la Constitución Nacional, poner un límite a la costumbre del Congreso de efectuar delegaciones legislativas en órganos inferiores y entes de la administración. Así, diversos doctrinarios sostienen la postura de que sólo se pueden delegar facultades legislativas en el presidente de la Nación.

⁴⁰ García Lema, A.; *La delegación legislativa*, en la obra colectiva *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, páginas 400/402.

⁴¹ Arballo, G.; *Reglamentos delegados de administración y reglamentos delegados de emergencia*, disponible en www.saberderecho.blogspot.com.

Bidart Campos, por ejemplo, expresa que la delegación no puede hacerse directamente a favor de organismos de la administración pública por la “sencilla razón de que si en el artículo 100, inciso 12, se prevé para el caso de la formalidad de un decreto, es obvio que éste tiene que emanar del poder ejecutivo, ya que los órganos administrativos no dictan sus resoluciones ni adoptan sus decisiones como forma de decreto”.⁴²

En el mismo sentido, García Lema expresó que “no procede la subdelegación de la potestad presidencial de dictar decretos delegados ya sea en el jefe de Gabinete o en los ministros, ya fuere en otros organismos dependientes de su administración, descentralizados y autárquicos, excepto que dicha subdelegación resultare permitida expresamente del texto de la ley regulatoria”.⁴³ Por otro lado, continúa dicho autor, sosteniendo que “si se admitiese una delegación legislativa en organismos descentralizados o autárquicos (es decir, no dirigida al Poder Ejecutivo) el uso de facultades delegadas por esos organismos se escaparía al control de la Comisión Bicameral Permanente”.⁴⁴

En definitiva, si el decreto delegado excediese algunas de estas pautas constitucionales y legislativas, fuese dictado fuera del plazo legal o no respetase los límites materiales “resultará nulo de nulidad absoluta”.⁴⁵

4. La ley 26.122

Tal como lo sostiene el dictamen del Consejo por la Consolidación de la Democracia, además del rol legisferante del Congreso, “no se debe dejar de lado otros que tienen mucha trascendencia, como por ejemplo el rol de control sobre el Poder Ejecutivo.” Esta función “resulta indispensable para el correcto desarrollo de las instituciones estatales democráticas y las defensas de las garantías individuales”.

Respecto a la función de control de los órganos de gobierno antes mencionada, el mismo artículo 99, inciso 3, prevé que “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 considerarán las Cámaras. 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”.

Por lo que resulta patente que dicho artículo le atribuye al Congreso Nacional el importantísimo deber de proteger el sistema republicano y la división de poderes y, con esto, aminorar la forma híperpresidencialista de gobierno.

El Congreso Nacional, desoyendo el mandato constitucional, demoró 12 años la sanción de la norma que reglamenta la Comisión Bicameral Permanente encargada de controlar la legalidad de las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo. La ley 26.122 merece severas críticas, que ponen en tela de juicio su constitucionalidad. Debe rechazarse firmemente la idea de que la Constitución ha dejado amplios márgenes a la ley reglamentaria para fijar el alcance y el trámite de la intervención parlamentaria. La regulación prevista en la Carta Magna debía respetar límites muy precisos, determinados por la división de poderes, el carácter restrictivo y excepcional del reconocimiento de las facultades legislativas al Ejecutivo y la prohibición tajante de todo tipo de sanción ficta, entre otros principios y reglas constitucionales.

Por su parte, Cayuso sostiene que “tal tipo de reglamentación no podría sortear la tacha de inconstitucionalidad”.⁴⁶

La ley 26.122 adolece de diversos problemas constitucionales, entre los que se destacan los siguientes:

a. Pronunciamiento de ambas Cámaras

La Constitución Nacional ha establecido que el Poder Legislativo estará conformado de manera bicameral: por un lado, la Cámara de Diputados y, por otro, el Senado. Cada una representa por una parte al pueblo de la Nación —y con ello el principio democrático— y a los estados locales resguardando, así, el sistema federal.⁴⁷ El bicameralismo permite una instancia de revisión más a las decisiones tomadas e implica un debate más amplio y representativo, con lo cual aquellas normas que surjan de esta mayor deliberación tendrán mayor legitimidad. Así, la Carta Magna establece en el artículo 78 que “Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley” y en el artículo 82 que “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.”

Una interpretación armónica de ambos artículos permite concluir que por un lado, se requiere el pronunciamiento expreso y positivo y, por otro, que ambas Cámaras deben pronunciarse. Pero la ley

⁴² Bidart Campos, G.; obra citada, página 345.

⁴³ García Lema, A.; *La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava*; ED, tomo 182, página 1285.

⁴⁴ Obra citada, página 1285.

⁴⁵ Balbín, C.; obra citada, página 113.

⁴⁶ Susana Cayuso, *La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente*; “La Ley”, 2006-D, 1435.

⁴⁷ Gelli, M. A.; *Constitución Nacional, comentada y concordada*; “La Ley”, 2002, página 439.

26.122 determina que para que un DNU sea rechazado se requiere la voluntad afirmativa tanto de la Cámara de Diputados como de la de Senadores. Así, el artículo 22 expresa que “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser —expreso conforme lo establecido en el art. 82 CN. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.” Y el artículo 24 expresa que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. Cabe preguntarse qué sucedería si una de las dos Cámaras se pronuncia a favor de la validez del decreto y la otra en su contra. La solución que parece aportar la ley en cuestión sería que dicho decreto es válido, contraviniendo la letra de la Constitución.⁴⁸

En conclusión, la sanción de una ley bajo los procedimientos constitucionales requiere de la aprobación de ambas Cámaras, por lo que el tratamiento de los decretos de promulgación parcial debe cumplir con los mismos recaudos para ganar validez.

b. El silencio del Congreso Nacional

¿Qué sucede si el Congreso no se pronuncia ni a favor ni en contra de la validez?

Volvamos a recordar el artículo 82 de la Constitución Nacional: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. La Constitución Nacional es clara al respecto: el silencio no puede ser considerado como voluntad positiva. Sostiene Quiroga Lavié: “La exigencia constitucional de manifestación expresa de la voluntad de las Cámaras, así como la prohibición de la sanción ficta, se aplica a toda la actividad que realicen aquéllas dentro de su competencia. Por ello la norma no especifica que se trata de la sanción de las leyes, sino

que lo sostiene para “todos los casos”. Las resoluciones de ambas Cámaras o de las comisiones bicamerales, cuando estén habilitadas para ello, especialmente si ejercen la potestad de control de los actos del Ejecutivo, precisan también de manifestación expresa. [...] Frente a la clara prohibición constitucional de la sanción tácita de las leyes, no podrá inferirse un razonamiento lógico de ninguna naturaleza dirigido a convalidar una habilitación legal en sentido contrario”.⁴⁹

Pero la ley 26.122 establece en sus artículos 22 y 24 que “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional” y que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”, respectivamente.

Se puede inferir que la voluntad política ha sido la de otorgarle al silencio un carácter convalidante, contrario a la norma constitucional.⁵⁰ Al respecto Cayuso afirma que el principio que se desprende de la regla enunciada en el artículo transcrito, “es que no habiendo pronunciamiento expreso del órgano legislativo, sea ratificando o rechazando, los decretos pierden validez y son nulos de nulidad absoluta. La regla constitucional es la invalidez salvo que se den determinadas condiciones, por lo tanto la disposición infraconstitucional que invierte el principio general es inconstitucional”.⁵¹

En esta misma línea, María Angélica Gelli sostiene que el “silencio” de las Cámaras o el rechazo de alguna de ellas “implicará la caducidad del decreto”, ya que “el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio”.⁵²

Por último, es interesante resaltar que la interpretación sobre la validez del silencio como aprobación ficta o tácita es opuesta a la que rige en las constituciones de España, Italia y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por citar sólo unos casos, en las que si los decretos de necesidad y urgencia no son ratificados en un plazo determinado (en general de 30 o 60 días) pierden vigencia. Este criterio es el único compatible con el principio republicano de la división de poderes establecido en el primer artículo de la Constitución Nacional.⁵³

⁴⁸ En esta línea, el doctor Carlos S. Fayt en el ya citado caso “Guida”, sostuvo: “Que el origen y desarrollo descrito del carácter de responsable político de la administración general del país que ostenta el presidente de la Nación (artículo 99, inciso 1, CN) y en virtud del cual se encuentra facultado para el dictado de decretos de necesidad y urgencia en casos como el presente, no ha sido desconocido en modo alguno por el constituyente de 1994. En efecto, no se ha ignorado que la energía en el Ejecutivo es una cualidad sobresaliente en la definición de un gobierno eficaz, y por lo tanto, respetuoso del principio republicano de gobierno. Es del caso señalar, que el mismo respeto por este principio ha inspirado la reforma relativa a la necesaria intervención del Congreso. Así, una vez conjurado el peligro de la ineficacia, su actuación transforma a este tipo de decretos en un acto complejo en el que forzosamente el Poder Legislativo debe intervenir, a fin de otorgarle la legitimidad necesaria”. CSJN, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, resuelto 2 de junio de 2000.

⁴⁹ Quiroga Lavié, H.; obra citada, página 565.

⁵⁰ Millón Quintana, J. y Mococho, J. M.; obra citada.

⁵¹ Cayuso; *La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente*. “La Ley”, 2006-D, 1435.

⁵² Gelli, M. A.; obra citada, página 697.

⁵³ Pérez Sanmartino, Osvaldo A.; *La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad*; “La Ley”, Sup. Act. 17-8-2006, 1.

c. Las limitaciones impuestas al Congreso Nacional

La ley 26.122, determina en su artículo 23 que “las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes”.

Ante los supuestos fácticos que la Constitución habilita para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, resulta particularmente relevante la participación activa del Congreso Nacional, por ser el poder dotado de mayor legitimidad democrática y encontrarse en él representadas todas las perspectivas de la sociedad. Su intervención sin cortapisas es una barrera contra la discrecionalidad. Como dice Balbín, “la función del Congreso no puede quedar circunscrita solamente a la aprobación o derogación de los DNU, ya que como titular de la potestad legislativa y responsable del control sobre el Poder Ejecutivo, puede introducir modificaciones en su texto”.⁵⁴

La participación del Congreso introduciendo enmiendas o modificaciones, constituye la mejor forma de evitar una excesiva acumulación de facultades en el Ejecutivo y contribuye a la atenuación del presidencialismo exacerbado. Por otro lado es la única forma de garantizar el debido respeto a las minorías parlamentarias. Por estas razones este artículo es inconstitucional.

5. *Subsistencia del control judicial de constitucionalidad*

No está de más resaltar que el Poder Judicial preserva toda su potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación dictada bajo delegación. Por una parte, los jueces tienen el deber de someter la legislación en cuestión al escrutinio sobre su concordancia con la Constitución Nacional, como lo tienen respecto del resto de la legislación. Por otra parte, la propia ley 26.122 debe caer bajo el análisis cuidadoso de los magistrados, por tratarse de una norma que afecta delicados equilibrios de poder y regula trascendentes disposiciones constitucionales.

6. *Consideraciones específicas acerca del decreto en tratamiento*

6.1. Inconstitucionalidad de la ley delegatoria y sus prórrogas.

La norma delegatoria es inconstitucional, por lo tanto, los decretos dictados sobre esa base también lo son. En efecto, la ley 25.561 y sus prórrogas han sido dictadas en violación de diversas cláusulas constitucionales. En oportunidad del dictado de la ley 25.561, tuvimos oportunidad de decir: “La facul-

tad legislativa de que ha sido investido por el artículo 44 de la Constitución Nacional este Congreso no es ilimitada. Este Congreso tiene el poder que le otorga la Constitución, que es limitado. En la doctrina norteamericana, respecto de cláusulas que son coincidentes con las de nuestra Constitución, se ha desarrollado la noción de los límites internos y externos. Los límites internos se refieren a los poderes taxativamente acordados por la Constitución, y los externos se relacionan con el corolario del principio de la división de los poderes y la protección de los derechos individuales. Estos son los límites que tenemos para nuestro accionar. Si interpretamos sistemáticamente nuestra Constitución, vemos que el artículo 75 establece cuáles son los poderes del Congreso de la Nación, y los incisos 18 y 19 de ese artículo son muy claros respecto a que debemos proveer a lo conducente a la prosperidad del país, al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social. Por su parte, el artículo 29 prohíbe dejar la fortuna de los argentinos a merced de otras personas, llámense Fondo Monetario Internacional, bancos, etcétera. Por otro lado, todos los señores legisladores estamos limitados por nuestro propio juramento prestado al asumir el cargo en el sentido de respetar la Constitución Nacional. Ni siquiera nos salva el inciso 32, del artículo 75, referido a los poderes implícitos, porque tiene como límite los derechos ya enumerados. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha dicho que un acto del Congreso es inválido a menos que esté afirmativamente autorizado por la Constitución”.

Y, en ocasión de una de sus prórrogas, dijimos que: “La prórroga de esta ley, obviamente sigue siendo inconstitucional. Nada hay en esta iniciativa que salve estos vicios, sino que profundiza la violación de nuestro texto constitucional”.

Resulta evidente que si la ley de delegación era inconstitucional, las normas dictadas a su amparo también lo son, ya que la validez de la delegación es condición necesaria para la validez de las normas dictadas en su consecuencia.

6.2. En los considerandos se hace mención, en tono preocupante, a la posibilidad de que el nuevo sistema genere riesgos de comisión de actos ilícitos. En efecto a fojas 52 se afirma conveniente encomendar al BCRA “fiscalizar que el nuevo sistema no sea empleado como forma de evasión de la obligación de ingresar y negociar el contravalor en divisas de las exportaciones nacionales”. Ahora bien, no obra en las piezas del expediente puestas a disposición de los legisladores información alguna proveniente del BCRA acerca de este tema. Sería irresponsable aprobar esta norma sin haberse escuchado al Banco Central de la República Argentina.

6.3. El artículo 2° del decreto viola la autonomía del BCRA (ley 24.144), ya que el régimen de esta entidad le garantiza autonomía frente al Ejecutivo. En cualquier caso, solamente le corresponde al Con-

⁵⁴ Balbín, C.; obra citada, página 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde: *Decretos de necesidad y urgencia*, Ed. Depalma, 1995, página 252.

greso encomendar tareas al BCRA. Por otra parte, la decisión 25 del Mercosur dice que el nuevo sistema voluntario de pagos en moneda local resultará de acuerdos bilaterales a firmar entre los bancos centrales. El decreto no menciona esos acuerdos, sólo manda reglamentar el sistema, lo que no se ajusta a los términos de la decisión citada en fundamento del decreto.

6.4. La decisión 25 del Consejo del Mercado Común es de fecha 28 de junio de 2007. El tiempo transcurrido desde entonces demuestra que no existe urgencia alguna en aprobar esta norma por fuera del trámite legislativo ordinario. Cabe reiterar que el uso de instrumentos como la delegación legislativa no puede estar amparado por el mero cálculo de conveniencia. Se exigen fundamentos basados en una situación objetiva de emergencia o de urgencia que están ausentes en el decreto en análisis.

6.5. Adicionalmente, el decreto excede las bases de la delegación. En efecto, la ley 25.561 establece como base de la delegación, en el artículo 1º, inciso 1: "Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios". Resulta evidente que las disposiciones del decreto exceden el concepto de "reordenamiento", el que se refiere a acciones destinadas a superar un estado excepcional de desorden, situación ajena a la realidad actual. Por lo tanto, el decreto violenta las bases de la delegación.

Por todas las razones expuestas se aconseja el rechazo del decreto en análisis.

Marcela V. Rodríguez.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 25 de junio de 2008.

A la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 26.122, a fin de comunicarle el decreto 1.003 del 25 de junio de 2008 dictado en uso de facultades delegadas, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 255

Alberto A. Fernández. – Carlos R. Fernández.

Buenos Aires, 25 de junio de 2008.

VISTO las leyes 19.359 de Régimen Penal Cambiario texto ordenado 1995; 24.144; 25.561 y sus modificaciones, y 26.204; los decretos 2.581 del 10 de abril de 1964; 1.555 del 4 de septiembre de 1986; y 1.606 del 5 de diciembre de 2001, y la decisión 25 del 28 de junio de 2007 del Consejo del Mercado Común del Sur (Mercosur); y

CONSIDERANDO:

Que en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, entre los días 27 y 28 de junio de 2007, se llevó a cabo la XXXIII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común del Sur (Mercosur), con la presencia de las delegaciones de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela.

Que en la citada reunión el Consejo del Mercado Común del Sur (Mercosur) dictó la decisión 25 del 28 de junio de 2007, que creó el sistema de pagos en moneda local para el comercio realizado entre los Estados Partes del Mercado Común del Sur (Mercosur).

Que el uso facultativo de moneda local en el comercio practicado entre los países del Mercado Común del Sur (Mercosur) busca profundizar la integración regional, incrementar el intercambio de bienes entre sus integrantes y reducir los costos financieros en las transacciones comerciales entre sus miembros.

Que la decisión 25/07 del Consejo del Mercado Común del Sur (Mercosur) prevé que las condiciones de operación del sistema de pagos en moneda local para el comercio entre los Estados Partes del Mercado Común del Sur (Mercosur) serán definidas mediante convenios bilaterales entre los bancos centrales de los respectivos Estados Partes.

Que el artículo 5º del decreto 1.606 del 5 de diciembre de 2001 reestableció la vigencia del artículo 1º del decreto 2.581 del 10 de abril de 1964 y del artículo 10 del decreto 1.555 del 4 de septiembre de 1986, cuyas disposiciones instauran la obligación de ingresar al país y negociar en el mercado único de cambios, dentro de los plazos que establezca la reglamentación pertinente, el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales.

Que a los fines de permitir la implementación del sistema de pagos en moneda local entre los Estados Partes del Mercado Común del Sur (Mercosur), corresponde considerar cumplida la obligación de ingresar y negociar divisas en los casos de exportaciones de productos nacionales que sean abonadas mediante el mismo.

Que en virtud de lo dispuesto por los artículos 3º y 29, inciso b), de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, aprobada por el artículo 1º de la ley 24.144 y sus modificaciones, éste se encuentra facultado para el dictado de normas en materia cambiaria, conforme la legislación vigente, y para ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija.

Que, asimismo, de acuerdo con el artículo 5º de la ley 19.359, de Régimen Penal Cambiario, texto ordenado 1995, el Banco Central de la República Argentina tiene a su cargo la fiscalización de las personas físicas y jurídicas que operen en cambios y la investigación de las infracciones en ella previstas.

Que resulta preciso entonces encomendar al Banco Central de la República Argentina que proceda a

reglamentar el sistema de pagos en moneda local y fiscalizar que el mismo no sea empleado como forma de evasión de la obligación de ingresar y negociar el contravalor en divisas de las exportaciones nacionales.

Que la ley 25.561 declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, facultando al Poder Ejecutivo nacional para dictar regulaciones cambiarias.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Producción ha tomado la intervención que le compete.

Que las facultades para el dictado del presente decreto surgen de lo establecido por el artículo 99, inciso 1, de la Constitución Nacional y por el artículo 2° de la ley 25.561, prorrogada por la ley 26.204 y por la ley 26.339.

Por ello,

La presidenta de la Nación Argentina

DECRETA:

Artículo 1° – Consideranse cumplidas las obligaciones restablecidas por el artículo 5° del decreto

1.606 del 5 de diciembre de 2001 en los casos de cobros de exportaciones de productos nacionales que sean efectivizados mediante el sistema de pagos en moneda local para el comercio entre los Estados Partes del Mercado Común del Sur (Mercosur) en las condiciones que determine el Banco Central de la República Argentina.

Art. 2° – Encomiéndose al Banco Central de la República Argentina reglamentar el sistema de pagos en moneda local entre los Estados Partes del Mercado Común del Sur (Mercosur) y ejercer la fiscalización de las operaciones que por el mismo se cursen, dictando las normas que para ello resulten necesarias.

Art. 3° – Dése cuenta al Honorable Congreso de la Nación.

Art. 4° – Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 1.003

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

Alberto A. Fernández. – Carlos R. Fernández.