

**SESIONES ORDINARIAS**  
**2009**  
**ORDEN DEL DIA N° 1697**

**COMISION BICAMERAL PERMANENTE DE TRAMITE LEGISLATIVO**  
**(LEY 26.122)**

**Impreso el día 20 de abril de 2009**

Término del artículo 113: 29 de abril de 2009

Abril de 2009

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 206 de fecha 19 de marzo de 2009. (1.362-D.-2009.)

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

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

I

**Dictamen de mayoría**

*Honorable Cámara:*

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 P.E.-10/09 referido al decreto del Poder Ejecutivo nacional 206 de fecha 19 de marzo de 2009 mediante el cual se crea el Fondo Federal Solidario, con la finalidad de financiar, en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo compongan para el financiamiento de gastos corrientes.

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**

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto 206 de fecha 19 de marzo de 2009.

Art. 2° – Comuníquese.

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

Sala de la comisión, 27 de marzo de 2009.

INFORME

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 fue 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.

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.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 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”.<sup>2</sup>

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 5°, 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 instrumentos legales correspondientes, designando

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

a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un criterio amplio al analizar las circunstancias de carácter excepcional que operan como supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

De Vega García afirma con acierto que la función del supuesto fáctico es doble, porque por una parte se constituye en la situación de hecho –la necesidad urgente– habilitante para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las facultades legislativas indispensables e inevitables para la solución de la crisis; por otro lado, esta situación de hecho se convierte también en condición de contenido de la norma de necesidad y urgencia, “porque parece lógico que sus preceptos contengan la respuesta más adecuada al supuesto que el gobierno alega al dictar este tipo de instrumentos”.<sup>3</sup>

Es de vital importancia esta definición, ya que serán luego los órganos de control quienes deberán valorar si se han reunido los requisitos en el supuesto de hecho que autoriza al Poder Ejecutivo a hacer uso de dicha facultad.

La doctrina en general se refiere al supuesto fáctico como aquel acontecimiento o situación que determina la emergencia que ocasiona la crisis institucional que impide al Poder Ejecutivo ejercer sus facultades constitucionales de un modo más adecuado, llevando al estado de necesidad política que desemboca en la asunción de dichas facultades por parte del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, Pérez Hualde, Lagaz y Lacambara entienden que existe aún un supuesto previo que es el de la vigencia de un sistema republicano que contemple en especial uno de los requisitos básicos, como lo es el principio de división de poderes.

En conclusión, al supuesto fáctico lo precede un supuesto institucional complejo que se compone de la existencia de un sistema con división de poderes o de funciones de distintos órganos y con un procedimiento de elaboración de leyes. Si no existen estos antecedentes, no se dará la posibilidad de existencia del decreto de necesidad y urgencia.

Superado este debate doctrinario, el dictado del Poder Ejecutivo de normas de rango legislativo so pretexto de la existencia de una situación de hecho que impide el pronunciamiento por parte del órgano al cual, según la Constitución, le corresponde actuar, no es un fenómeno novedoso para el derecho político.

Entre sus antecedentes más antiguos, se detecta la presencia de estos instrumentos en la Carta de Restauración Francesa y en la Ley Fundamental de Prusia de 1850.

<sup>3</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

Asimismo, son numerosas las Constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia, estableciéndolas en sus textos en forma expresa, tales como la Constitución de la República Española y, en Sudamérica, las Constituciones de Brasil, Colombia y Perú, entre otras.

En este sentido, éste es el marco fáctico en el cual la Convención Constituyente de 1994 introdujo los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional Argentina, receptados en el artículo 99, inciso 3.

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.<sup>4</sup>

Conforme la postura desarrollada por Germán Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia, en este caso, parece ser sinónimo de imprescindible. Se agrega “urgencia”, y lo urgente es lo que no puede esperar. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.<sup>5</sup>

Por su parte, la convalidación del dictado de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Peralta”,<sup>6</sup> ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

En el caso precitado, los actores iniciaron una acción de amparo ante el dictado del decreto 36/90 que convertía los contratos bancarios a plazo fijo en bonos de deuda pública (Plan Bonex).

Sin embargo, a pesar de su reconocimiento jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia impuso una serie de reglas que debe contener el dictado de este tipo de decretos por parte del órgano administrador para su procedencia.

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran:

“...una situación de grave riesgo social que pudiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado –ésta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto– [...] razonabilidad de las medidas dispuestas [...] relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta [...] examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas [...] inexistencia de otros

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

<sup>5</sup> Bidart Campos, Germán, “Los decretos de necesidad y urgencia”, columna de opinión, *La Ley*, 27-2-01.

<sup>6</sup> *La Ley*, 1991-C:158.

medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados [...] convalidación del Congreso, expresa o tácita...”.

Asimismo, sostuvo que “no necesariamente el dictado por parte del Poder Ejecutivo de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen”.

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundado en dos razones fundamentales: *a)* que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; *b)* porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados (considerando 24).

La Corte ha caracterizado al supuesto fáctico habilitante para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia como “una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas” (considerando 24).

En este sentido, la Corte Suprema definió la emergencia económico-social como aquella “situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad que hay que ponerle fin” (considerando 43).

Asimismo, el alto tribunal consideró la razonabilidad de la medida atendiendo a “la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen” (considerando 48).

El Poder Judicial tiene la potestad de examinar la existencia o no del estado de necesidad y razonabilidad, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la materia regulada, en un caso que sea sometido a su juicio y donde se haya afectado algún derecho constitucional.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional<sup>7</sup> controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretende lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretende superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la CSJN respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad

con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado; en el caso “Rodríguez”,<sup>8</sup> la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

Asimismo, consideró que los legisladores que habían interpuesto la acción de amparo carecían de legitimación activa; lo mismo sostuvo respecto del Defensor del Pueblo, pero consideró que el jefe de Gabinete tenía legitimación para actuar.

En esta oportunidad, la CSJN defendió la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y de su control político en cabeza del Poder Legislativo. Sostuvo que la jueza de grado carecía de jurisdicción para intervenir en el caso por ausencia de gravamen, caso, causa o controversia, pues decidió sobre un conflicto que –por su naturaleza– es ajeno a la resolución judicial, mediando –en consecuencia– una invasión de la zona de reserva de otro poder (considerando 6°).

Sin embargo, a pesar de lo dicho precedentemente, consideró que ello no implica una convalidación del decreto (de necesidad y urgencia) 842/97 “en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales –antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite– siempre que, ante un “caso concreto” –inexistente en la especie–, conforme las exigencias del artículo 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (considerando 23).

Es decir, que limita la facultad de control del Poder Judicial ante la presencia de agravio concreto (examina si se cumplieron los requisitos formales de procedencia y el límite material), siendo el Congreso –depositario de la voluntad popular– a quien la Constitución Nacional le atribuye la excluyente intervención en el contralor de los DNU (considerando 17).

En este caso, la CSJN renunció expresamente a ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, con base en la falta de caso y carencia de agravio concreto.

En cambio, en el caso “Verrocchi”<sup>9</sup> cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad

<sup>8</sup> *La Ley*, 1997-E:884.

<sup>9</sup> “Verrocchi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999-8-19, *Fallos*, 322:1726, *La Ley*, 1999-E, 590.

<sup>7</sup> Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el PEN en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos.

En el caso precitado, la CSJN ejerce un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida, al abocarse a examinar si se cumplieron las exigencias formales y materiales en el dictado de este tipo de normas, admitiendo el ejercicio de facultades legislativas por parte del PEN.

En este sentido, la CSJN considera que “se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país...” (considerando 8°).

En el considerando 9° analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y sostiene que “corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia...”.

En el considerando 11, la CSJN sostuvo que la carencia de ley que regule el trámite y alcances de la intervención del Congreso, exigía una mayor responsabilidad por parte del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo cual confirma la sentencia del *a quo* que declaraba inconstitucionales los decretos 770/96 y 771/96. En el presente caso ejerció un control amplio de las circunstancias fácticas y jurídicas del dictado del decreto en cuestión.

En el caso “Risolia de Ocampo”,<sup>10</sup> se declararon inconstitucionales varios artículos del DNU 260/97, que disponía el pago en cuotas de las indemnizaciones por accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público de pasajeros, con invocación de la emergencia económica de esas empresas y de las aseguradoras.

El fundamento central para descalificar esta normativa fue que protegían intereses de individuos o grupos, no intereses generales de la sociedad.

De esta forma, la CSJN en el caso precitado agregaba un requisito más a la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia: la protección de intereses generales de la sociedad.

En el caso “Guida”,<sup>11</sup> la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95 que había dispuesto la reducción

de los salarios de los agentes de la administración pública.

Uno de los principales argumentos de la Corte para declarar la constitucionalidad del decreto precitado fue su ratificación mediante la sanción de la ley 24.624.

A juicio de la CSJN, dicha ratificación importaba la intervención del Congreso en los términos que señala la Constitución y un reconocimiento de la emergencia invocada por el Poder Ejecutivo nacional.

Los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional al enfrentar la crisis...” (considerando 6°).

En el caso precitado, el voto del ministro Carlos Fayt señaló que “tal como lo recordó el Tribunal en la causa “Verrocchi” (*Fallos*, 322:1726), para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1° que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2° que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Esta última es la situación que debe entenderse presente en el caso...” (considerando 6°).

“Que la doctrina elaborada por esta Corte en torno a la nueva previsión constitucional no difiere en lo sustancial del recordado precedente de *Fallos*: 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello en cambio sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (artículo 82 de la Constitución Nacional). No obstante, de esta regulación minuciosa de una facultad que por definición se considera

<sup>10</sup> “Risolia de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César s/ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

<sup>11</sup> “Guida Liliana c/Poder Ejecutivo s/empleo público”, CS, *Fallos*, 323:1566.

existente, no podría derivarse como conclusión que la ausencia de reglamentación legal del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional deje inerte a la sociedad frente a las situaciones que el propio texto constitucional ahora prevé como excepcionales y, por tanto, merecedoras de remedios del mismo carácter.” (Considerando 7°.)

Fayt agregó que “en el caso concreto que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención en cuestiones de hondo y sensible contenido social –más allá de las implicancias presupuestarias que obviamente ostenta y que en última instancia son la razón misma de la medida–, ha asumido esa intervención legitimadora, con lo que puede darse por satisfecho el recaudo constitucional antes indicado. Ello, claro está, no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de la Nación, conforme fue recordado por el tribunal en la causa ‘Verrocchi’ ya citada” (considerando 9°).

En este mismo orden de ideas, el citado ministro de la CSJN destacó que “en cuanto al contenido mismo de la medida cuestionada, deben entenderse reunidos los requisitos que condicionan su validez, de acuerdo a la ya conocida doctrina de la emergencia” (considerando 10).

Por todo lo expuesto, se revoca el fallo de la instancia anterior y se declara la constitucionalidad del decreto.

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”.<sup>12</sup>

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.

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.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la administración, de la Legislatura o del

<sup>12</sup> Cassagne, Juan Carlos, La configuración de la potestad reglamentaria, *La Ley*, 2004-A, 1144.

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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup>

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,<sup>15</sup> 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 se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración, y b) de emergencia pública.

Conforme el análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se

<sup>13</sup> Clasificación desarrollada en Cassagne, Juan Carlos, “La configuración de la potestad reglamentaria”, *La Ley*, 2004-A, 1144.

<sup>14</sup> Definición señalada en Cassagne, Juan Carlos, ob.cit.

<sup>15</sup> Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

produzcan “circunstancias excepcionales” que “...hicieran imposible seguir los trámites 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”.<sup>16</sup>

Por todo lo expuesto, es criterio de esta comisión analizar en lo pertinente la existencia del supuesto fáctico-jurídico-político que habilita el dictado de los instrumentos precitados por parte del Poder Ejecutivo, conforme a los requisitos establecidos expresamente por la Constitución Nacional en el artículo 99, inciso 3 –la existencia de circunstancias excepcionales que imposibiliten seguir el procedimiento legislativo ordinario y la necesidad y urgencia de suplir dicho trámite mediante un decreto–, sumado esto a los principios sentados por la jurisprudencia elaborada a través de los diferentes fallos de la Corte Suprema de la Nación, tales como la existencia de un grave riesgo social, asegurar la continuidad y vigencia de la unidad nacional y la protección de los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos.

## II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 206 de fecha 19 de marzo de 2009 mediante el cual se crea el Fondo Federal Solidario, con la finalidad de financiar, en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo compongan para el financiamiento de gastos corrientes.

### II.a. Análisis del decreto

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último de los considerandos del citado decreto de que él se dicta en uso de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo nacional por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

La ley 26.122, en el título III - capítulo I se refiere a los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente respecto de los decretos de necesidad y urgencia estableciendo en su artículo 10 que, esta comisión debe expedirse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

<sup>16</sup> Cabe destacar que en Estados Unidos los citados decretos reciben la denominación de *executive orders*, las cuales son órdenes ejecutivas, una facultad propia por la ley segunda fundamental de la Constitución de los Estados Unidos que establece la capacidad del presidente para legislar sobre facultades e instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

Por su part, la lectura del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: *a)* la firma del señor presidente de la Nación; *b)* la firma de los señores ministros y del señor jefe de Gabinete de Ministros –dictado en acuerdo general de ministros y refrendado juntamente con el señor jefe de Gabinete de Ministros; y *c)* la remisión del señor jefe de Gabinete de Ministros a la Comisión Bicameral Permanente, y como requisitos sustanciales: *a)* razones de necesidad y urgencia; y *b)* en orden a la materia, puede dictar normas de contenido típicamente legislativo, siempre que no trate materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

En este sentido, el decreto 206/09 en consideración ha sido decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por la señora presidenta de la Nación, doctora Cristina Fernández de Kirchner, el señor jefe de Gabinete de Ministros, don Sergio T. Massa, y los señores ministros, de conformidad con lo establecido por el artículo 99, inciso 3, párrafo 3.

Asimismo, se encuentra cumplido el último requisito formal referido a la obligación del jefe de Gabinete de Ministros de someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente dentro de los 10 días.

Conforme al artículo 99, inciso 3, párrafo 4, de la Constitución Nacional y el título III - capítulo IV - artículo 19 de la ley 26.122, se eleva el presente despacho en cumplimiento del plazo establecido de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de Gabinete mediante el mensaje 104/09 de fecha 20 de marzo de 2009.

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 o ficta” y en el principio de seguridad jurídica que exige que se mantenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso.<sup>17</sup>

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 206/09.

Previamente debe destacarse que, el Estado nacional ha establecido derechos de exportación a determinados productos con la finalidad de asegurar el máximo de valor agregado en el país para obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional, para promover, proteger y conservar las actividades nacionales productivas de bienes y servicios,

<sup>17</sup> 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.

los recursos naturales, las especies animales y vegetales; para la estabilización de los precios internos a niveles convenientes y mantener el volumen adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno, propiciar la redistribución de ingresos de actividades favorecidas hacia otras que lo son menos y atender las funciones fiscales.

A los efectos del análisis del presente dictamen, cabe recordar que esta comisión se ha pronunciado en oportunidad del dictado del decreto del Poder Ejecutivo nacional 509 de fecha 15 de mayo de 2007.

El decreto citado *ut supra* sustituyó el anexo I del decreto 2.275/94 (modificado por decretos 998/95 y 690/2002), por 361 planillas que forman parte de dicho decreto como anexo I (artículo 1°), estableciendo el derecho de exportación que en cada caso se indica, para las posiciones arancelarias de la NCM consignados en tres planillas que como anexo XIV forman parte del mismo (artículo 16).

Asimismo, se facultó al Ministerio de Economía y Producción a realizar las aclaraciones, modificaciones y excepciones que correspondan, en los términos de su competencia (artículo 22).

En este orden de ideas, tal y como se expresara en los párrafos precedentes, el decreto 509/07 fue sometido a consideración de esta comisión resolviendo su validez en el dictamen de mayoría correspondiente, en oportunidad de la reunión celebrada el 6 de junio de 2007.

Con posterioridad, el Honorable Senado de la Nación declaró su validez mediante resolución s/n de fecha 22 de agosto de 2007, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina 31.258 de fecha 11 de octubre de 2007.

En el mismo sentido, la Honorable Cámara de Diputados de la Nación también declaró su validez mediante resolución s/n de fecha 28 de noviembre de 2007, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina 31.299 de fecha 10 de diciembre de 2007.

En orden a lo expuesto, y entendiéndose que es política del gobierno nacional preservar la calidad institucional y encontrar mecanismos para la composición de los diversos intereses que componen la Patria, no existe obstáculo para que en orden a lo excepcional de la circunstancia que enfrentamos se tomen remedios también excepcionales para impactar positiva y genuinamente en la actividad económica de todo el país, en una inédita descentralización federal de recursos que al tiempo de reforzar los presupuestos gubernamentales de provincias y municipios, implicará un importante incremento de la inversión en infraestructura, con aumento de la ocupación y mejora de la calidad de vida ciudadana y rural.

Así, el Poder Ejecutivo nacional destaca que la adopción de dicha medida reside en la creación de un fondo federal solidario que tenga por destino fi-

nanciar obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda y vial en ámbitos urbanos o rurales.

El citado fondo, compuesto por el treinta por ciento (30 %) de los montos efectivamente recaudados en concepto de derecho de exportación de soja, tiene una clara finalidad solidaria de reparto de recursos de origen federal para reforzamiento de los presupuestos destinados a infraestructura en las provincias y cada uno de los municipios de aquellas que adhieran.

Resulta por demás claro que el establecimiento de un fondo de esta naturaleza, que directamente deriva del Tesoro nacional a las provincias y municipios en forma automática, fortalecerá los presupuestos de esos niveles de gobierno a la vez que aportará a una rápida aplicación directa en mejora de la infraestructura, con una fuerte incidencia en la calidad de vida de quienes viven en los ámbitos urbanos o rurales de su incumbencia.

De este modo, el Poder Ejecutivo nacional destaca que el derecho de exportación, viene así a reforzar un carácter solidario al volcarse en forma directa a educación, salud, sanidad, vivienda o infraestructura vial de distinta envergadura.

Es preciso destacar que, desde el 1° de enero de 1988 rige un acuerdo federal fiscal que, bajo la forma de ley-convenio 23.548, que organiza el sistema de coparticipación federal estableciendo la distribución de recursos fiscales entre la Nación y las provincias a partir del criterio de porcentajes fijos señalados en los artículos 3°, 4°, 8°, correlativos y concordantes de la precitada ley convenio.

En consecuencia, mediante el dictado del decreto objeto de análisis se establece el reparto automático de los fondos, replicando dicho sistema de coparticipación federal en forma diaria sin costo por el Banco de la Nación Argentina, conforme los mismos porcentajes establecidos en los artículos precitados de la ley convenio y sus modificatorias.

En el mismo orden, como es de práctica, se utiliza el mecanismo de la adhesión condicionada a que se establezca, hacia el interior de los estados provinciales, también un reparto automático y sin costo de los fondos a sus municipalidades, de conformidad a los porcentajes que de la coparticipación federal de impuestos les corresponda, que en ningún caso podrá ser inferior al treinta por ciento (30 %) del total de los fondos que por adhesión la provincia perciba.

Es preciso aclarar que, los derechos de exportación constituyen recursos exclusivos de la Nación, según lo establece, en concordancia con el artículo 4° de la Constitución de la Nación Argentina, el artículo 2°, inciso a) de la ley 23.548, de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales.

Cabe recordar que, los derechos de exportación, y en términos generales las retenciones, constitu-



yen un instrumento de política económica central, no sólo para el desarrollo de la función fiscal, sino también de un conjunto de funciones extra fiscales, que tal vez sean las más importantes en el caso de los derechos de exportación.

Las retenciones permiten proteger la producción y el empleo nacional. Además, permiten diversificar la producción y llevar adelante una política de estabilización, no sólo en materia de precios, sino también de tipo de cambio y de tasas de interés.

Las retenciones a la exportación integran la categoría de los llamados “derechos de aduana”, que han sido definidos como aquellos pertenecientes al Estado Nacional con exclusión de toda otra autoridad, en virtud de lo establecido en los artículos 4º, 9º y 75, inciso 1º, de la Constitución Nacional y que consisten en gravámenes a la importación o la exportación de las mercaderías o productos.

En general, los precitados “derechos aduaneros” se utilizan para caracterizar los gravámenes exigidos con motivo del ingreso o de la extracción de mercancías a través de las fronteras aduaneras y así la CN los llama “derechos de importación” y “derechos de exportación”, o “derechos de aduana”.

El hecho generador de estos gravámenes es el paso o despacho de una mercadería por una frontera política que en la importación corresponde al “momento en que penetran en el territorio nacional por cualquier vía de acceso” y en la exportación a “la salida de un producto nacional o nacionalizado, para otro país”, cualquiera fuere el objetivo de quien lo remite, es decir sin tener en cuenta el negocio jurídico que determina la exportación.

En consecuencia, aquí no estamos ante un decreto que regula materia tributaria sino que por el contrario, su objeto reside en distribuir el producido de la recaudación del derecho de exportación a la soja, en todas sus variedades y sus derivados, a través de la creación de un fondo federal solidario y bajo la estricta prohibición de derivar dichos fondos hacia otra finalidad para que en el lapso más corto posible, sus efectos puedan ser advertidos en la economía real.

Y es precisamente en este mismo sentido que se ha pronunciado, entre otros, el constitucionalista Alberto García Lema, ex convencional constituyente en oportunidad de la reforma constitucional operada en 1994, y ex procurador del Tesoro, quien recuerda que la Constitución prohíbe el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria, y para quien, además, las retenciones no son tributos sino aranceles, ya que su establecimiento persigue finalidades que no sólo son fiscales, sino también de política económica, tales como incentivar o no cierta producción.

Ahora bien, en los considerandos del decreto objeto de análisis se deja constancia que el mecanismo de distribución de los derechos de exportación

a la soja se realizará “replicando el sistema de co-participación federal”.

Por ende, es de vital importancia entender claramente el alcance de dicho concepto, puesto que conforme el cuerpo legal precitado los derechos de importación y exportación previstos en el artículo 4º de la Constitución Nacional están expresamente excluidos del régimen de distribución de recursos fiscales, conforme lo establece el artículo 2º, inciso a), de la ley convenio.

De forma que, el decreto objeto de análisis refiere al sistema de distribución de recursos fiscales entre la Nación y las provincias y entre éstas y sus municipios establecido en la ley precitada, sólo como esquema de distribución a seguir para el caso concreto de distribución de derechos de exportación a la soja.

El Poder Ejecutivo nacional deja constancia en los considerandos del precitado decreto 206/09 que, se trata de un enorme esfuerzo fiscal nacional, para fortalecimiento presupuestario de las provincias y los municipios, coherente con una visión federal, de pertenencia al país profundo del interior, idea que defendemos desde fuertes convicciones.

En el mismo orden de ideas debe destacarse que, a nivel internacional se ha generado una crisis económica y financiera de excepcionales características, respecto de la cual aún no apreciamos su real extensión y profundidad.

De esta forma, asistimos al fin de un modelo económico y político que afecta no sólo a los centros mundiales más desarrollados sino también a aquellos países en desarrollo, que nada han tenido que ver en la generación de dicha crisis.

Es por ello que, las circunstancias a nivel internacional requieren hoy de un plan de acción que permita rediseñar el sistema financiero internacional para hacer frente a la crisis, logrando un capitalismo que genere puestos de trabajo y progreso social, ya que no hay crecimiento ni desarrollo sin apoyo en la estructura productiva.

En consecuencia, resulta necesaria una fuerte gestión estatal activa para la defensa de los puestos de trabajo recuperados y creados, la custodia del ahorro y el incremento de la inversión nacional, para que se constituyan en un verdadero puntal y sostén de la actividad que permita al país seguir creciendo, evitando que aquellos efectos adversos se concreten en penurias para nuestro pueblo.

Cabe señalar que, si bien el Poder Legislativo nacional habría de abocarse rápidamente al tratamiento del pertinente proyecto de ley, la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución de la Nación Argentina para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la medida descripta con carácter excepcional.

Por todo lo expuesto ut supra, las razones de necesidad y urgencia requeridas para habilitar la competencia del Poder Ejecutivo en materia legislativa han sido descritas en los considerandos del precitado decreto y párrafos precedentes.

El espíritu legislativo no ha variado atento a que, en definitiva, el Congreso en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias no ha adoptado decisiones diferentes en los puntos de política involucrados.<sup>18</sup>

En razón a la materia regulada en el presente decreto conforme se indicara ut supra, dichas medidas no incursionan en las materias expresamente prohibidas por la Constitución Nacional para tales actos –por no tratarse de materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos–, verificándose el cumplimiento de los recaudos formales que la Carta Magna impone para ellos, encontrándose asimismo suficientemente acreditadas las razones de urgencia y excepcionalidad invocadas para su dictado.

### III. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 206/09, los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de conformidad con los términos del artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo nacional 206/09 de fecha 19 de marzo de 2009.

*María C. Perceval.*

## II

### Dictamen de minoría

#### RECHAZO

*Honorable Cámara:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros número 104 de 2009 por medio del cual se comunica el dictado del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 206/2009, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y por los artículos 2º, 10 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

<sup>18</sup> Ambos presupuestos han sido delineados como básicos para la validez de los DNU en el voto de la mayoría en el caso “Peralta”. Corte Suprema de Justicia (*Fallos*, 313:1513) (*La Ley* 1990-D, 131).

### Proyecto de resolución

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Rechazar el decreto de necesidad y urgencia 206/2009 por falta de adecuación a los requisitos sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y los artículos 10, 22 y 24 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, 27 de marzo de 2009.

*Oscar R. Aguad. – Ernesto R. Sanz. – Luis P. Naidenoff.*

### INFORME

*Honorable Cámara:*

#### 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”.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> Pérez Hualde, Alejandro. *Decretos de necesidad y urgencia: su ley especial. Derecho constitucional de la reforma de 1994 –II–*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, página 226 y siguientes.

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 2° 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 10 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 adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia”.

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 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,<sup>2</sup> 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 Constitución Nacional y la ley 26.122.

## 2. Análisis del DNU

El rechazo del DNU 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 3, de la Constitución Nacional.

Sentado ello, y de acuerdo a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional por nuestra Carta Magna, corresponde expedirse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, Constitución Nacional, y los artículos 2°, 10 y 19 de la ley 26.122.

Textualmente el artículo 99 dice: “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

<sup>2</sup> “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.

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, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

2.1.2. No caben dudas de que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia ha de ser la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, con lo cual resulta forzoso concluir que la crisis política habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de respuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Entonces, será necesario que exista una “situación de grave riesgo social” que actúe como causa de justificación en sentido lato y que los “remedios” adoptados sean adecuados para atender a la misma, como que aquella situación haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas. Por lo que no bastará una situación de crisis legislativa, sino que es preciso que esa crisis impida subsanar o atender con la inmediatez necesaria la situación de grave riesgo social, ante las circunstancias excepcionales que deben ser palmarias.

Recién cuando los indicadores sociales y de la realidad denotan la imperiosa necesidad de contar con un instrumento idóneo para paliar la situación (de “emergencia”), y siempre que no se invadan materias vedadas, se darán las circunstancias habilitantes o la permisión constitucional, restando –lógicamente– el mesurado análisis de cada previsión contenida en el “decreto” para observar si el mentado “instrumento” legal aprueba o no el llamado “test de razonabilidad”, como cualquier otro decreto ordinario del Poder Ejecutivo o ley sancionada por el Congreso.

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

Midón<sup>3</sup> señala que verificar si un decreto de necesidad y urgencia satisface el test de razonabilidad es una operación lógica que para el operador de la Constitución (Poder Judicial y/o Congreso) debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la Ley Fundamental. Esto es, la existencia de necesidad, más la urgencia, más los acontecimientos que impidan la deliberación del Congreso.

<sup>3</sup> Midón, Mario A. R., *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales; La Ley*, 2001, Buenos Aires, página 120.

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 DNU 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 de necesidad y urgencia, remitido por el jefe de Gabinete, que constituye el objeto de este análisis, establece lo siguiente:

DNU, número 206/2009, publicado en el Boletín Oficial del 20 de marzo de 2009, bajo el número 31.619, página 1, dictado por el Poder Ejecutivo nacional; se crea el Fondo Federal Solidario, con la finalidad de financiar, en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo compongan para el financiamiento de gastos corrientes (artículo 1°), destinándose al fondo creado el 30 % de las sumas que el Estado nacional, efectivamente perciba en concepto de derechos de exportación de soja, en todas sus variedades y sus derivados (artículo 2°). La distribución de esos fondos se efectuará, en forma automática, entre las provincias que adhieran, a través del Banco de la Nación Argentina, de acuerdo con los porcentajes establecidos en la ley 23.548 y sus modificatorias - Régimen Transitorio de Distribución entre la Nación y las provincias (Ley de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales). La transferencia será diaria y el Banco de la Nación Argentina no percibirá retribución de ninguna especie por los servicios que preste conforme al presente (artículo 3°). Las provincias que expresen su adhesión a esta medida, y que, en consecuencia, resulten beneficiarias del fondo, deberán establecer un régimen de reparto automático que derive a sus municipios las sumas correspondientes, en proporción semejante a lo que les destina de la coparticipación federal de impuestos. Dicha proporcionalidad no podrá nunca significar un reparto inferior al 30 % del total de los fondos que a la provincia se destinen por su adhesión a esta

norma (artículo 4°). El Poder Ejecutivo nacional, cada una de las provincias adheridas y los municipios beneficiarios, deberán establecer mecanismos de control que aseguren la transparencia en la utilización de las remesas y su destino a alguna de las finalidades de mejora de infraestructura de las establecidas en el artículo 1° del presente, vigilando el cumplimiento de la prohibición de utilización en gastos corrientes establecida en el citado artículo (artículo 5°). La presente medida regirá desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. Los fondos recaudados comenzarán a distribuirse el primer día del mes inmediato posterior a dicha publicación, entre las provincias que hubieren adherido, las que deberán implementar en el mismo lapso su propio mecanismo de reparto. Ante la falta de adhesión, el resto de las provincias adheridas acrecerá en proporción a su porcentaje de coparticipación en el total (artículo 6°).

2.2.1. De acuerdo con el artículo 10 de la citada ley 26.122 (“...El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado...” es menester analizar si el DNU transcrito cumple con los requisitos formales y sustanciales para su emisión exigidos por la norma constitucional.

Respecto de lo primero, el final del tercer párrafo del artículo 99, inciso 3, Constitución Nacional dice: “...serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

La constitución no indica quórum requerido para esa reunión, pero dado el carácter excepcional de la medida el acuerdo general debe incluir a todos los ministros, quienes una vez debatido el asunto están obligados a firmar el decreto.

El decreto de necesidad y urgencia, objeto de análisis, desde el punto de vista formal reúne y cumple a nuestro entender los requisitos exigidos por la Constitución Nacional y la ley especial para su aceptación. A saber:

– Cuenta con el acuerdo general de ministros, el refrendo de éstos y del jefe de Gabinete previstos como requisitos formales.

– Cuenta con la mayoría del cuerpo ministerial, también previsto por la doctrina como requisito formal.

– El decreto ha sido presentado dentro del plazo previsto, que la Constitución Nacional otorga al jefe de Gabinete para hacerlo.

– La Comisión Bicameral ha verificado que el DNU ha sido publicado en el Boletín Oficial.

### 2.3. Razones sustanciales

Del citado artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional surge un principio general y una excepción, la cual analizaremos a continuación:

– *Principio general*: “... El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”.

– *Excepción*: “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 juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

La norma nos habla de “estado de necesidad”. Entendemos que se refiere a aquél caracterizado por un perfil fáctico (urgente necesidad) y por otro de carácter institucional (imposibilidad de recurrir a los trámites ordinarios para la sanción de las leyes).

“Pero fundamentalmente, el ‘abecé’ parece radicar en la exigencia inexorable de que resulte ‘imposible’ seguir el trámite regular de las leyes. Por ende, ni el apuro presidencial en tomar una medida, ni la conveniencia o la necesidad de tal medida, ni la urgencia valorada por el ejecutivo, ni la lentitud de las cámaras, ni aun la hostilidad hacia un determinado proyecto de ley, configuran aquella imposibilidad que en circunstancias excepcionales (volvemos a leer los vocablos del texto) habilita a dictar un decreto de necesidad y urgencia.

”Tampoco recomendaciones o presiones –y muchos menos imposiciones– de sectores sociales u organismos internacionales sirven de pedestal para alzar normas presidenciales de naturaleza legislativa, so pretexto de necesidad, urgencia, o cosa semejante.

”Hay que acostumbrarse a recluir cada competencia –sobre todo las ajenas a un órgano que solamente por excepción puede asumirlas– en su rígido casillero constitucional, porque salirse de él es descarrilar las instituciones republicanas, evadir la división de poderes, y erigir el voluntarismo del ejecutivo en un lema que no se diferencia demasiado de aquel otro monarquista y francés ‘El estado soy yo’. Hemos de responder que, en la democracia, el estado ‘somos nosotros’, el pueblo, la sociedad. Y nosotros hemos aprendido y queremos que la Constitución se respete y se cumpla”.<sup>4</sup>

Resumiendo, para que el presidente pueda hacer uso de esta atribución exclusiva y excepcional que posee para dictar DNU, deben reunirse primeramente los siguientes requisitos: 1) concurrencia de circunstancias excepcionales que hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, 2) que el objeto de la pretensión,

<sup>4</sup> Bidart Campos, German J. “Los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, 2001-A, 1114. página 2.

la necesidad y la urgencia, no pueda satisfacerse por ley, y 3) que no se trate sobre las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

Sometiendo a esta prueba (test) de constitucionalidad al DNU 206/2009 remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos por la norma reglamentaria.

Véase que de los fundamentos invocados, se advierte que se intenta justificar el uso de una facultad excepcional –dictado de decretos de necesidad y urgencia– con argumentos que no cumplimentan los requisitos para la legítima utilización de dicha facultad.

Es así, que el DNU 206/2009, dentro de las argumentaciones sobre la imposibilidad de seguir los trámites previstos por la Constitución, establece:

“...Que si bien el Poder Legislativo nacional habría de abocarse rápidamente al tratamiento del pertinente proyecto de ley, la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución de la Nación Argentina para la sanción de las leyes, por lo que el poder ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional...”.

De los argumentos planteados en el DNU se desprende que no existe un presupuesto habilitante para el dictado de esta norma de excepción, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, con lo cual resulta forzoso concluir que la crisis política habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de respuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Estamos ante una argumentación dogmática (la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución), pues se enuncia una necesidad, pero no se funda en una urgencia (necesidad súbita). Asimismo, recordemos que el día (19/3/2009) que se anunciaba la medida la oposición en su conjunto estaba en sesión especial para tratar el tema un proyecto de ley sobre retenciones, esto demuestra la clara voluntad de la oposición de tratar estos temas.

Del propio carácter excepcional del decreto surge que el análisis sobre su utilización debe realizarse con un carácter restrictivo, toda vez que una interpretación amplia lesionaría el principio de división de poderes.

En efecto, el abuso de la potestad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo constituye una de las mayores fuentes de distorsión del principio de separación de poderes.

El dictado de disposiciones legislativas responde a una situación de excepcionalidad, y es ese el fundamento principal por el cual adoptamos una postura tan restrictiva.

Como fundamento de la medida se deben descartar los criterios de mera conveniencia, ajenos a circunstancias de extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

### 3. Consideraciones específicas del DNU 206/2009

La naturaleza del Fondo Federal Solidario instrumentado por medio del DNU 206/2009 es de suma complejidad, la visión no puede ser simplista, sino que requiere de un análisis integral de las normas constitucionales en juego. Es así, que aquí, se encuentran interrelacionadas varias cuestiones.

#### 3.1. Elementos presupuestarios del DNU 206/2009

Dentro de la naturaleza compleja del DNU 206/2009 encontramos elementos que insinúan, que estamos ante actos relacionados con materia presupuestaria.

Para entender lo que expresamos, debemos detenernos en los términos vertidos por el decreto bajo análisis, en sus considerandos, que establece: “Que como se advierte, la materia que el decreto regula no constituye tema impositivo, sino que se esta distribuyendo el producido de la recaudación del derecho de exportación de soja, en toda sus variedades y derivados”; en este sentido, expresa la presidenta en los considerandos: “Que los derechos de exportación constituyen recursos exclusivos de la Nación, según lo establece, en concordancia con el artículo 4° de la Constitución de la Nación Argentina, el artículo 2°, inciso a), de la ley 23.548, de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales [...] Que resulta por demás claro que el establecimiento de un fondo de esta naturaleza, que directamente deriva del Tesoro nacional a las provincias y municipios en forma automática”.

En síntesis, de conformidad con los argumentos que plasma el decreto, parece que estamos ante una distribución de partidas de recursos presupuestarios, pero tal apreciación choca con las expresiones de la presidenta en el discurso que anunció la medida, y con otros párrafos de los considerandos del DNU.

En caso de seguir este camino, se estaría violando el artículo 75, inciso 8, de la CN, que establece que el Congreso Nacional, es el encargado de fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculos de los recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas.

Es de concluir, que se requiere una ley del Congreso para modificar el presupuesto nacional, claro, si es que no nos encontramos en unas de las delegaciones inconstitucionales de la ley de superpoderes (leyes 26.124 y 26.422 - Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio Fiscal 2009).

Entendamos que a esta altura la vulneración de las instituciones es una práctica común del gobierno, como es de conocimiento general que lo que no se puede hacer con las leyes de los superpoderes, usualmente se hace por decreto de necesidad y urgencia como ocurriera con los DNU 1.108/2007 y 1.472/2008.

### 3.2. Federalismo previsto por la Constitución Nacional

Debemos analizar la cuestión federal que viene planteada con la medida instrumentada por el DNU bajo estudio.

Mucho se habla de federalismo, pero no en términos precisos de lo que establece la Constitución Nacional; por eso entendemos razonable explicar algunas ideas centrales.

Nuestro sistema federal, en materia fiscal, establece precisas regulaciones constitucionales, que responden a antecedentes que se forjaron en más de 150 años de vigencias de nuestra carta magna, que no pueden dejarse de lado por la sanción de un DNU violando la forma republicana federal de gobierno que se encuentra expresamente plasmada en la Constitución Nacional (artículo 1° CN).

En materia del federalismo fiscal la República Argentina viene construyendo un sistema basado en el federalismo de concertación, bajo un sistema de pactos fiscales que se instrumentan como acuerdos celebrados entre los gobernadores y el presidente de la Nación, que son ratificados por las legislaturas locales y el Congreso Nacional, generando una norma jurídica de tal entidad que no puede ser derogada unilateralmente por las provincias.

Recordemos que la Corte nos expresa, en relación a las leyes convenio: “Que el pacto comporta por sus alcances y contenido la manifestación positiva del llamado federalismo de concertación tendiente a –según se expresa– establecer mediante la participación concurrente del Estado nacional y las provincias un programa, destinado como en el caso, a adoptar una política uniforme que armonice y posibilite ‘la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales’”.

Ese pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (*Fallos*, 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada Estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las

partes (Horacio Zorraquín Becú, *El federalismo argentino*, Ed. Perrot, 1958, página 194).<sup>5</sup>

Es así que de un sistema federal la Constitución Nacional plantea tres instrumentos para la regulación de la distribución de los recursos fiscales de la Nación.

#### 3.2.1. La Ley de Coparticipación Federal

Nuestra Constitución Nacional establece en artículo 75, inciso 2, que corresponde al Congreso Nacional imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias y contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, ambas contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Estos recursos que son coparticipables deberán instrumentarse por medio de una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Esta ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado, requiriendo ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no pudiendo ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

Es importante destacar que el DNU no expresa, ni en los considerandos ni la parte resolutive, que estamos ante un régimen coparticipable, sino que replica al sistema de coparticipación, en aspectos como por ejemplo el reparto automático y diario por medio del Banco de la Nación Argentina. Asimismo, plantea una sistema de adhesión (como es la práctica “dice”) que dista mucho de ser una práctica asimilable al régimen de coparticipación federal por carecer de lo esencial, que no es otra cosa, que la expresión del común acuerdo de la Nación y las provincias, como sería normal en cualquier pacto o contrato en donde dos o mas partes están en igualdad de condiciones.<sup>6</sup>

#### 3.2.2. Legislación sobre materia aduanera

Los derechos de exportaciones e importación que son recursos propios de la Nación, correspondiénd-

<sup>5</sup> CSJN, *Agueera c/ provincia de Buenos Aires*, sentencia del 19 de agosto de 1999, –considerando 4°–.

<sup>6</sup> Cfr. Bulit Goñi, Enrique: “La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994”, *La Ley*, 1995-D, 977.

dole legislar al Congreso (que por una delegación contraria a lo que establece la Constitución se encuentra en cabeza del Ejecutivo), y recordemos que sus rentas, por aplicación del artículo 4° de la Constitución Nacional, tienen como destino el Tesoro de la Nación.

Debemos destacar, que resulta llamativo que de la argumentación del DNU 206/2009 se desprenda que la competencia para dictar la norma, surja del artículo 4° de la Constitución Nacional, y la el artículo 2°, inciso *a*), de la Ley de Coparticipación de Recursos, y no exprese en sus fundamentos el artículo 75, inciso 1, de la Constitución Nacional, que establece la competencia del Congreso de la Nación para legislar sobre la materia aduanera (los derechos de exportación e importación).

¿Pareciera ser que estamos ante una omisión involuntaria?

### 3.2.3. Ley de asignaciones específicas

La regla dentro de nuestro sistema federal es que la distribución de los recursos se realizará por medio de una ley de coparticipación, y excepcionalmente se establecerán leyes de asignaciones específicas.

Recordemos que el artículo 75, inciso 3, de la Constitución Nacional, expresa que corresponde al Congreso Nacional: “Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

La norma es clara al establecer dos exigencias:

– La asignación específica debe ser por un tiempo determinado.

Aquí debemos destacar que el DNU en los considerandos establece que estamos ante una medida transitoria al expresar “... Que se deja establecid(o) [...] un mecanismo transitorio de reparato...”. La pregunta que cae de maduro es... ¿Hasta cuándo dura este régimen transitorio? El decreto no establece en su parte dispositiva la duración, sino que sólo lo enuncia al pasar en los considerandos.

– Que sea sancionada una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de ambas Cámaras.

Dentro de las innumerables imprecisiones del DNU bajo estudio, encontramos al realizar un análisis de la naturaleza del destino de los fondos, que estaríamos ante una asignación específica prevista por esta norma, en función de que el DNU que crea el Fondo Federal Solidario, y lo destina a financiar obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo compongan para el financiamiento de gastos corrientes (artículo 1°). Es así que nos acercamos a una ley de asignación específica que requiere mayoría especial.

Si éste fuera el supuesto, tampoco se legislaría respetando la competencia que establece la Constitución, la cual regula que las leyes con asignación especial son competencia exclusiva de la Nación,<sup>7</sup> específicamente del Congreso e indelegable por la mayoría exigida. Por ende, desde esta perspectiva, no se entiende, la adhesión planteada por el decreto.

### 3.3. Naturaleza del DNU 206/2009

Estamos ante un engendro jurídico, que según su naturaleza se podría ubicar en medio de una medida que distribuye la renta del Tesoro nacional o una asignación específica prevista por el artículo 75, inciso 3, de la Constitución Nacional. Asimismo, utiliza elementos del sistema de coparticipación de los recursos tributarios de la Nación.

Este híbrido no definido atenta contra la transparencia de la medida por que no establece quien controla los fondos remitidos, no satisface criterios federales por que no surge de una ley convenio fruto de acuerdos entre la Nación y las provincias –como lo exige la la Constitución Nacional y la Corte Suprema–, se inmiscuye en cuestiones de derecho público local al imponer la distribución del 30 % de los fondos a los municipios por las provincias (violando los artículos 5° y 126 de la Constitución Nacional), tampoco se basa en criterios solidarios de repartos.

Pero volviendo a la naturaleza, entendemos que estamos ante en una medida presupuestaria, una asignación específica de fondos del Tesoro. Ahora resulta llamativo, que el Ejecutivo debe utilizar estos recursos con criterios verdaderamente federales, estamos ante una extralimitación del uso propio del presupuesto. Este criterio federal es definido por ambas Cámaras del Congreso, y no se puede entender que estamos ante un criterio federal al aplicar los porcentajes fijados por la ley 23.548, pues el criterio de coparticipación secundaria obedece a un conjunto de criterios retributivos y redistributivos que sólo son justos si se aplican a la coparticipación de recursos que son de las propias provincias.

Por otro lado, debemos destacar que ante necesidades concretas de las provincias (pago de sueldos) el Fondo Solidario Federal al prohibir expresamente el uso del mismo para gastos corrientes no atiente a este criterio federal que pregona, sino que se asimila a un federalismo de imposición.

Cuando se utilizan recursos nacionales, es decir, del Estado nacional, a diferencia de los recursos de las provincias, el criterio de utilización debe ser justamente diferente, pues se debe contemplar la Nación en su conjunto y atender las necesidades más urgentes de la población, independientemente de la provincia en la que habite.

<sup>7</sup> Cfr. Bulit Goñi, Enrique, ob. cit.



En definitiva, para discutir el federalismo que se insinúa con esta medida, debemos discutir una ley de coparticipación federal.

Es por ello que instamos a recordar, que para ser verdaderamente federal se debe respetar lo que expresa la Constitución Nacional (artículo 1°), y por ende, debemos concluir que con el presente DNU no se es fiel a la forma republicana y federal de gobierno, como lo estableció el constituyente, sino que se deforman los conceptos y se confunde a la opinión pública.

#### 4. Conclusión

Debemos reflexionar políticamente sobre el dictado de estas normas de excepción.

El Poder Ejecutivo nacional ha sancionado un decreto de necesidad y urgencia en lugar de recurrir al trámite ordinario de las leyes. El DNU en estudio intenta encontrar justificación aludiendo a que circunstancias excepcionales imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de leyes.

A nuestro entender, tal como lo expresábamos con anterioridad, el texto de los decretos en cuestión no evidencia circunstancias excepcionales que configuren un presupuesto habilitante para el dictado de este tipo de normas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso “Peralta”<sup>8</sup> que “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90 dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”. (Considerando 24 del voto de la mayoría.)

Para que el dictado de este tipo de normas sea considerado constitucionalmente válido, es menester que exista una situación de grave riesgo social, debido a que nuestra Carta Magna, no habilita a elegir discrecionalmente entre el dictado de un decreto de necesidad y urgencia o una ley.

Por ello resulta de suma importancia resaltar que la aprobación de los decretos de necesidad y urgencia en estudio, habilitaría al Poder Ejecutivo nacional a valerse de este tipo de normas para imponer su criterio de una forma absolutamente arbitraria. Hecho que configuraría un verdadera aberración en un Estado democrático.

<sup>8</sup> CSJN, “Peralta, Luis A. y otro, c. Estado nacional (Ministerio de Economía –Banco Central–), sentencia del 27 de diciembre de 1990.

Esta Comisión Bicameral no puede convalidar esta anomalía.

La convalidación por esta Comisión de los decretos sometidos a examen importa convalidar un avasallamiento a las facultades que el constituyente otorgó al Poder Legislativo.

Recordemos que nos encontramos frente a un acto complejo que requiere de la voluntad de dos órganos: el Poder Ejecutivo que lo dicta y el Poder Legislativo que tiene a su cargo el examen y control del decreto. A este último, como órgano de contralor, le compete pronunciarse sobre la concurrencia de los extremos que habilitan el ejercicio de esta facultad excepcional del Poder Ejecutivo: mérito, oportunidad y conveniencia de su contenido, y es quien ratificará o no la normativa dictada.

El Congreso de la Nación debe rechazar estos decretos.

Por ello, toda vez que el decreto de necesidad y urgencia sometido a examen no cumple los requisitos sustanciales exigidos por la norma de aplicación, a fin de ejercer un debido control de constitucionalidad, es que esta Comisión Bicameral Permanente no puede convalidar el dictado del mismo y en consecuencia propone su rechazo.

*Oscar R. Aguad. – Ernesto R. Sanz. – Luis P. Naidenoff.*

### III

#### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

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 necesidad y urgencia (DNU) 206/2009 y se lo remite para estudio y dictamen de esta Comisión en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y por los artículos 2°, 10 y 19 de la ley 26.122.

Por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

#### Proyecto de resolución

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Rechazar el decreto de necesidad y urgencia 206/2009 dictado el día 19 del mes de marzo de 2009.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Sala de la comisión, 27 de marzo de 2009.

*Julián M. Obiglio.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad a fin de someter a su consideración el presente dictamen respecto del decreto de necesidad y urgencia número 206, del 19 de marzo de 2009, por el cual el Poder Ejecutivo crea un Fondo Federal Solidario al cual destina el 30 % de las sumas que el Estado nacional efectivamente perciba en concepto de derechos de exportación de soja en todas sus variedades y derivados, con la finalidad de financiar, en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo componen para el financiamiento de gastos corrientes.

El titular del Poder Ejecutivo dictó el decreto bajo análisis en uso de la atribución que le confiere el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional (como se expresó en el último considerando del mismo decreto); por lo que no cabe duda de que se trata de un decreto de necesidad y urgencia que, como tal, debe ser objeto de consideración y dictamen por parte de esta comisión (artículos 2°, 10, 19 y concordantes, ley 26.122).

### 1. Algunas consideraciones

Para el análisis del decreto en cuestión es necesario partir del principio establecido en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, según el cual “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (segundo párrafo).

El principio es consecuencia, claro está, de la división de poderes que es inherente al carácter de república que la Constitución le asignó a nuestra Nación y a la existencia de un Congreso encargado de legislar (artículos 1°, 44 y concordantes). A juicio de Joaquín V. González (*Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Angel Estrada y Cía., 1971) la división de poderes es la forma de distribución de los poderes del Estado “más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno”, siendo “la mejor manera de defender y garantizar” los derechos y libertades de los hombre “contra las tentativas de tiranía”. Ya la Corte Suprema de Justicia, al poco tiempo de entrar en funciones, expresó que “si la división de poderes no está plenamente asegurada, la forma republicana de gobierno es una ficción” (caso “Ramón Ríos y otros”, 1863, *Fallos*, 1:32).

Pero el principio de que el presidente no puede legislar admite, sin embargo, una excepción prevista en el siguiente párrafo del mismo artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. Se prevé en esa norma, que “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá (el Poder Ejecutivo) dictar decretos de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

De manera tal que tenemos un principio rector muy fuerte –de acuerdo con el cual al Poder Ejecutivo le está vedado emitir disposiciones de carácter legislativo–, y una excepción en caso de circunstancias excepcionales que está contemplado en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

En consecuencia, siendo el principio general la prohibición de legislar por parte del Ejecutivo y no la excepción, conforme surge del texto constitucional, corresponde aplicar un criterio restrictivo cuando se trata de juzgar la validez de decretos de necesidad y urgencia dictados por dicho poder. (CSJ, *Fallos*, 322:1726, considerando 7°; en igual sentido: Gregorio Badeni, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, página 1259, editorial *La Ley*, Avelleda, 2004).

### 2. El decreto 206/09

El decreto 206/09 bajo análisis establece, amparándose en la defensa y estabilización de la economía nacional frente a la crisis internacional, la creación de un Fondo Federal Solidario que tenga como objetivo financiar obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda y vial en ámbitos urbanos y rurales. Buscando así, según los fundamentos del propio decreto, reforzar los presupuestos provinciales e impactar positivamente en la actividad económica de todo el país.

El decreto 206/09 determina que dicho fondo se financiará con el treinta por ciento (30 %) de los montos efectivamente recaudados en concepto de exportación de soja en todas sus variedades y derivados. Dejando bien en claro que dichos derechos de exportación no constituyen en nada materia impositiva.

Asimismo el Poder Ejecutivo deja en claro que la presente medida es de carácter excepcional debido a la particular naturaleza de la situación planteada y que la urgencia requerida para su resolución dificulta seguir los trámites ordinarios por la sanción de las leyes previstos por la Constitución Nacional.

### 3. *Análisis de los requisitos formales y sustanciales del decreto*

Los recaudos formales previstos en la Constitución Nacional se encuentran cumplidos en el dictado del decreto 206/09, a saber: haber sido dictado en acuerdo general de ministros; ha sido firmado por el jefe de Gabinete de Ministros y este mismo funcionario lo ha remitido al Congreso.

En lo que hace a los recaudos sustanciales, es necesario que en cada oportunidad en que esta Comisión deba pronunciarse, se proceda a establecer si han existido las circunstancias excepcionales y la imposibilidad de cumplimiento de los trámites ordinarios para la sanción de las leyes que conforman lo que podríamos llamar las “condiciones de procedibilidad” a los fines del dictado del decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

A este respecto, constituye un antecedente de consideración insoslayable el fallo de la Corte Suprema de Justicia que analizó con especial minuciosidad esta espinosa cuestión de hecho: el caso “Peralta” (27-12-1990, *Fallos*, 313:1513), es aplicable al decreto en análisis, aunque el decisorio sea anterior a la reforma constitucional de 1994. En esa sentencia, el alto tribunal exigió, para justificar la procedencia de un decreto de necesidad y urgencia, la existencia de una “situación de grave riesgo social” (considerando 24), que pusiese en peligro “la existencia misma de la Nación y el Estado” (considerando 26). Asimismo, tuvo en cuenta el “descalabro económico generalizado” y la necesidad de “asegurar la continuidad y vigencia de la unión nacional” (considerandos 33 a 35). Es decir que, a criterio del tribunal, sólo una situación de muy extrema gravedad e imposible de regular por los procedimientos normales justificaría la emisión de un decreto de necesidad y urgencia.

Por el contrario, en los considerandos del decreto en análisis el Ejecutivo realiza una breve explicación de su motivación que no alcanza a cumplimentar los requisitos sustantivos de los decretos de necesidad y urgencia, ni la conformación fáctica de los recaudos que justifican su dictado.

Como fundamento principal, el decreto 206/09 alega que existe una crisis internacional donde “se desploman los mercados y sistemas financieros, propagando una crisis de inusitadas características, cuya extensión y profundidad todavía no se percibe la verdadera magnitud”, dado ello, “no existe obstáculo para que, en orden a lo excepcional de la circunstancia que enfrentamos, se tomen remedios también excepcionales”, lo cual importa, por supuesto, la imposibilidad de “seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes”. Es decir el dictado de un nuevo DNU por parte del PE con el consecuente deterioro institucional que ello provoca.

Es dable remarcar, que es la misma crisis internacional la que fundamentó por estos días una inicia-

tiva del PE para posibilitar el adelantamiento de las elecciones nacionales con exclusivos fines partidistas. Iniciativa que, dada el interés político del Gobierno Nacional y el corto plazo requerido para su efectiva vigencia, fuera tratado casi en conjunto por ambas Cámaras en el corto plazo de una semana.

Más aún, es necesario recordar que, en la misma fecha en que el Ejecutivo nacional anunciara el dictado del decreto bajo análisis por parte de esta Comisión, el oficialismo frustró el quórum para la realización de una sesión especial solicitada por la oposición en pleno y tendiente al tratamiento de medidas concretas para aliviar las economías regionales.

Con todo ello, se puede deducir que no es la rapidez de los acontecimientos suscitados por la “crisis internacional” la que imposibilita el normal desempeño de las instituciones, sino por el contrario, es la “crisis política” la que sirve de pretexto al Poder Ejecutivo para marcar los pasos de la actividad legislativa y, cuando así le conviene, directamente suprimirla.

Resulta importante considerar que estamos tratando respecto del ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de una atribución que no le es propia ni puede revestir habitualidad ni ejercitarse con somera justificación. Si el criterio no fuera limitativo se correría el riesgo de alterar y afectar gravemente el equilibrio de los poderes, confiriendo atribuciones exorbitantes al presidente de la Nación y poniendo en riesgo las libertades individuales. “...Se corre el riesgo, como alertó Sagüés, de vestir como decretos de necesidad y urgencia a simples o meros decretos de conveniencia...” (Comadira Julio R., *Derecho administrativo*. Lexis Nexis, Buenos Aires 2003, página 239).

Ahora bien, no obstante la falta de urgencia requerida para el dictado del decreto, se advierte que el DNU 206/09 versa sobre una de las 4 materias expresamente vedadas por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

El decreto bajo análisis al crear el Fondo Federal Solidario con recursos provenientes del 30 % de las sumas que el Estado nacional efectivamente perciba en concepto de derechos de exportación de soja en todas sus variedades y derivados, cambia el destino que originariamente tiene previsto el tributo recaudado en concepto de derechos de importación y exportación.

No caben dudas que los derechos de importación y exportación son tributos; en este sentido Gregorio Badeni afirma que “...los derechos de aduana y las llamadas retenciones constituyen un impuesto sobre las exportaciones de mercaderías...” (Badeni, Gregorio. “La patología constitucional de las retenciones”. *La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones*, páginas 33 y subsiguientes, abril de 2008).

En igual sentido se expresa Jorge H. Damarco "...las retenciones a las exportaciones son tributos. Más precisamente, impuestos. Si el Estado exige una suma de dinero, en ejercicio del poder de imperio y en virtud de ley, de modo coactivo para satisfacer necesidades públicas, se está en presencia de un tributo. Si la causa del tributo es la capacidad contributiva estamos en presencia de un impuesto. Las retenciones son impuestos. En el caso, desde un punto de vista formal, son impuestos que gravan las exportaciones..." (Damarco, Jorge H. "Las instituciones de la República y las retenciones". *La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones*, páginas 63 y subsiguientes, abril 2008).

El decreto girado a esta Comisión cambia, entonces, el destino de un tributo –los derechos de exportación de soja en todas sus variedades y derivados–, y por ende, debe ser considerado como materia tributaria.

A este respecto la Constitución Nacional es clara cuando establece que, la excepcional atribución conferida al Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, en ningún caso podrá tratar "...normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos..." (Artículo 99, inciso 3, Constitución Nacional.)

Esta prohibición de legislar en materia tributaria deviene con el dictado de la Carta Magna inglesa en el año 1215 "The Bill of Rights" que estableció límites para que el rey Juan Sin Tierra no pudiera disponer de la carga impositiva sobre sus ciudadanos.

Más allá del aspecto histórico de la prohibición, lo cierto es que la Constitución Nacional veda expresamente la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda crear y regular cualquier aspecto de la materia tributaria, y sólo habilita a tratar esta materia específica, en forma exclusiva y excluyente, al Congreso Nacional.

En idéntico sentido, la coherencia Constitucional, se manifiesta en numerosos artículos. Entre ellos:

Artículo 4° - C.N.: "El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación..."

Artículo 17 - C.N.: "...Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°..."

Artículo 39 - C.N.: Establece que los tributos no pueden ser objeto de iniciativa popular. El pueblo no puede presentar iniciativas sobre leyes que relieran a un tributo.

Artículo 52 - C.N.: "A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones..."

Artículo 75, inciso 1 - C.N.: "Corresponde al Congreso: 1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cua-

les, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación".

Artículo 99, inciso 3 - C.N.: "...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..."

Cabe resaltar que la atribución exclusiva otorgada al Congreso Nacional de crear, modificar y extinguir tributos no le es dada por su facultad de legislar, sino por ser el representante natural del pueblo, al ser elegido por éste.

En ese orden de ideas Joaquín V. González escribía sobre la materia tributaria que: "El más importante de los caracteres de este poder de imposición es el ser exclusivo del Poder Legislativo, como representante más inmediato de la soberanía del pueblo" (Joaquín V. González, *Manual de Constitución Argentina*, página 432. Ed. 1981). En igual sentido Alberdi estableció en el artículo 18 de su proyecto de Constitución que, categóricamente, "sólo el Congreso impone contribuciones".

Dada la categórica exclusión de la materia tributaria efectuada por el artículo 99, inciso 3, los actos legislativos que sobre ellas emanen del Poder Ejecutivo mediante los decretos de necesidad y urgencia, carecen de toda validez. Siendo nulos de nulidad absoluta e insanables. No pudiendo ser convalidados legislativamente por el Congreso, porque no se puede convalidar lo que está expresamente prohibido.

### 3. Conclusión

La conclusión, luego del precedente análisis, es que el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia número 206/09 sin que estuvieran reunidas las condiciones para ello y que, muy por el contrario, lo hizo por razones de mera conveniencia, que es justamente lo que no debe hacer (CSJ, *Fallos*, 322:1726, considerando 9°).

Vuelvo a remarcar aquí una triste paradoja: el mismo día en que se anunciara el decreto en dictamen (18 de marzo), más de 100 diputados nacionales se encontraban reunidos en el recinto a la espera de la efectiva realización de una sesión especial convocada para tratar los temas vinculados al sector agropecuario. Todos esos diputados pertenecían a bloques opositores, con lo cual el partido de gobierno, con solamente aportar unos 20 diputados nacionales, podría haber habilitado el quórum para discutir estos temas y, en todo caso, sancionarlos conforme lo dispuesto por la Constitución Nacional.

Asimismo, por tratarse de materia tributaria, estando la misma expresamente prohibida por el ar-

título 99, inciso 3, C.N, el decreto es nulo de nulidad absoluta e insanable y por lo tanto bajo ningún punto de vista puede convalidarse por esta Comisión Bicameral. No pudiendo avalarse lo que se encuentra expresamente prohibido.

Por todas las razones expuestas, se aconseja el rechazo del decreto de necesidad y urgencia 206/2009, del 19 de marzo de 2009.

*Julián M. Obiglio.*

#### IV

#### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

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 206 de 2009.

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

*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1. Declarar la invalidez por inconstitucional y la nulidad absoluta e insanable del decreto 206/09.

2. Constituir la Cámara en comisión, a los fines de dar tratamiento a los proyectos contenidos en: expediente 5.625-D.-08; Rodríguez (M. V.), Ferro, Velarde y Pérez (A.), de ley: establecimiento de derechos de exportación e importación; expediente 0823-D.-09, Morini, Thomas, Lusquiños, Morandini, Velarde, Galvalisi, Ferro, Aguad, Rioboó, Gribaudo, Arbo, Viale, Pinedo y Merlo, de ley: establecimiento de derechos de exportación e importación de productos del sector agrícola-ganadero; creación de la Comisión Bicameral Permanente para el análisis periódico de las alícuotas de los mismos.

3. Comuníquese.

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

Sala de la comisión, 27 de marzo de 2009.

*Marcela V. Rodríguez.*

#### INFORME

##### I. Introducción

De acuerdo con la Constitución Nacional, que establece el principio de división de poderes, el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo bajo pena de nulidad. Esta facultad

recae, exclusivamente, en el Congreso de la Nación. Como veremos, únicamente cuando éste no pueda cumplir su función, o cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible el abordaje de situaciones de extrema gravedad a través de su actuación, el Poder Ejecutivo podría excepcionalmente, y sujeto a convalidación por el Congreso, emitir decretos de carácter legislativo.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, la Constitución Nacional vedaba esta posibilidad. El texto de nuestra Carta Magna expresaba que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. A pesar de esta expresa prohibición constitucional, el constante dictado de los decretos de necesidad y urgencia se convirtió en una práctica habitual en clara afrenta al principio de división de poderes. Carlos Nino<sup>1</sup> sostuvo que “el sistema de gobierno argentino es un presidencialismo absolutamente hipertrofiado”. Esta peculiar configuración de nuestro diseño institucional surge tanto de disposiciones normativas como de desarrollos sociopolíticos. Así, luego de restaurada la democracia en 1983, se dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia de Carlos Menem, ello se convirtió en una rutina constitucional. Antes se los había utilizado sólo para resolver profundas crisis<sup>2</sup> económicas y sociales.

Durante la presidencia de Menem, y antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, copada por una mayoría adicta al gobierno, convalidó el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Así, en el recordado caso<sup>3</sup> “Peralta”, la Corte estableció como requisitos para la validez de estos decretos:

- 1) La existencia de una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado.
- 2) La razonabilidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas a través del decreto.
- 3) La inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados.
- 4) La convalidación del Congreso.

Como se puede observar, el fallo “Peralta” asienta y confirma dos importantes cuestiones vinculadas entre sí: por un lado establece la validez de la práctica del dictado de los decretos de necesidad y urgencia; y por el otro, dispone que éste –su dictado– sólo tiene carácter excepcional y restringido a

<sup>1</sup> Nino, C.; *Fundamentos de derecho constitucional*; Astrea, Buenos Aires, 23ª reimpresión, 2002, página 523.

<sup>2</sup> Ver el caso, por ejemplo, del lanzamiento del Plan Austral durante la presidencia de Alfonsín.

<sup>3</sup> CSJN, 27/12/1990; “Peralta, Luis A. y otro, c. Estado nacional (Ministerio de Economía –Banco Central–)”; *La Ley*, 1991-C, 158.

situaciones que importan una verdadera imposibilidad de resolver las emergencias a través del proceso legislativo ordinario.

Finalmente, la reforma constitucional incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando claras limitaciones para acotar su uso. Así, el artículo 99, inciso 3, comienza afirmando: “El Poder Ejecutivo de la Nación no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Pero en el siguiente párrafo señala: “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 de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

Como veremos en los siguientes acápites, el dictado de decretos de necesidad y urgencia se encuentra autorizado desde 1994, pero con límites sumamente precisos.

#### *I.1. Requisitos sustantivos y formales para el dictado de los DNU*

##### *I.1.1. La interpretación restrictiva como la única admisible*

Una primera aclaración en torno a lo regulado por el artículo 99, inciso 3, es la obligatoriedad de su interpretación restrictiva. La regla general y pauta interpretativa respecto de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo 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 acuerdo con el cual, 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.<sup>4</sup>

Nuestra Carta Magna contiene varias disposiciones expresas en relación con la cuestión que nos ocupa. Una de ellas está contenida en el artículo

99, inciso 3, que comentaremos en detalle más adelante. La otra disposición es la contenida en el artículo 76 de la Constitución Nacional, 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”.

Del juego sistemático de estas normas surge 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 Ejecutivo. No puede el Poder Ejecutivo asumir funciones legislativas ni puede el Congreso delegar estas funciones. De esta prohibición genérica se desprende claramente que la interpretación debe ser en un sentido estricto, es decir, que en la 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”,<sup>5</sup> la Corte admitió un planteo de inconstitucionalidad formulado contra el decreto 770/96, que derogó la ley 18.017 y excluyó a quienes ganaban más de mil pesos del goce de los beneficios de las asignaciones familiares. Los magistrados Fayt, Belluscio y Bossert sostuvieron 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”.<sup>6</sup> Y agre-

<sup>5</sup> CSJN, 19/8/1999, “Verrocchi, Ezio c/Administración Nacional de Aduanas”, *La Ley*, 2000-A, 88.

<sup>6</sup> Considerando 7°.

<sup>4</sup> Fallos, 281:147 y otros.

garon: “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”.<sup>7</sup> En el caso “Guida”,<sup>8</sup> Petracchi<sup>9</sup> recordó la formulación de este principio general. Y eso mismo vuelve a suceder en la causa “Kupchik”,<sup>10</sup> en el voto de mayoría.<sup>11</sup>

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo una postura similar respecto a las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo. Así, 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”.<sup>12</sup>

Aclarada la cuestión referida a cuál es el principio rector en la materia, corresponde evaluar los diversos requisitos, sustantivos y formales, que existen como prerrequisito para la validez de los decretos de necesidad y urgencia.

#### I.1.2. Requisitos sustantivos

##### I.1.2.1. Las “circunstancias excepcionales”

El primer punto al que hace referencia nuestra Constitución es la situación fáctica que debe darse para la validez del dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Estas “circunstancias excepcionales” deben proyectarse consecuentemente en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes.

La Corte Suprema, respecto a este requisito fáctico, ha sostenido en el caso “Video Club Dreams”<sup>13</sup> que “debe existir una situación de grave riesgo social”,<sup>14</sup> Con mayor detalle, Boggiano, en su voto concurrente, agregó que “la mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes”. Además,

en los autos “Della Blanca”,<sup>15</sup> en los que el *a quo* había declarado inconstitucional el decreto 1.477/89, en lo relativo a la naturaleza no retributiva de los tickets canasta, la Corte, con mayoría integrada por Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, confirmó la decisión. Allí recordó que el Poder Ejecutivo fue dotado de esta facultad “de modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos”, asegurando que “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida misma de la nación y el Estado”.<sup>16</sup>

Sobre este punto, Quiroga Lavié sostuvo que “la norma viene, con toda claridad, a establecer que frente a una imposibilidad funcional por parte del Congreso para desempeñarse como tal, es que se puede utilizar el instrumento de excepción, pero no en el caso de que se trate de una imposibilidad política, por parte del Ejecutivo, de conseguir los votos de los representantes del pueblo a favor de una iniciativa legislativa suya”.<sup>17</sup>

Sólo casos de severos colapsos en la economía nacional que no permitirían sujetar al debate del Congreso Nacional las vías de solución, o supuestos de cierre del Congreso frente a situaciones de guerra u otro tipo de catástrofe que mantenga al Congreso cerrado o impida la espera del debate legislativo por inminencia y gravedad de los daños a reparar, habilitarían el dictado de decretos de este tipo.

La mera circunstancia crítica, entonces, no amerita el dictado de los DNU, si este supuesto fáctico no imposibilita el trámite ordinario de sanción de las leyes nacionales. Bidart Campos expresó que “es muy claro y elocuente; a la mención de excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; así, cuando dice que las circunstancias excepcionales hacen ‘imposible’ el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto”.<sup>18</sup>

Esta misma exigencia, en cuanto a las consecuencias de las circunstancias excepcionales también han sido exigidas por la Corte Suprema. Así, en el caso ya citado “Verrocchi”,<sup>19</sup> expresó que el estado de

<sup>7</sup> Considerando 8°.

<sup>8</sup> CSJN; 2/6/2000, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo”, *La Ley*, 2000-C, 828.

<sup>9</sup> Considerando 8° de su disidencia.

<sup>10</sup> CSJN; 17/3/1998; “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central y otro”, *Fallos*, 321:366.

<sup>11</sup> Considerando 14.

<sup>12</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, párrafo 36.

<sup>13</sup> CSJN, 6/6/1995, “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, *La Ley*, 1995-D, 247.

<sup>14</sup> Considerando 15.

<sup>15</sup> CSJN; 24/11/1998; “Della Blanca, Luis E. y otro c/ Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.”, *La Ley*, 1999-B, 415.

<sup>16</sup> Considerando 4°.

<sup>17</sup> Quiroga Lavié, H., *Constitución Argentina comentada*, página 621.

<sup>18</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, tomo VI, página 433.

<sup>19</sup> *Op. cit.*

necesidad se presenta "...únicamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución... Por lo tanto es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la capital; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes... Corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto".<sup>20</sup>

En el caso "Casime"<sup>21</sup> las disidencias de los doctores Fayt y Vázquez expresan que el decreto 1.285/99 –que modificó el régimen pesquero y estableció que esta reforma tendría vigencia por cuatro años– "trasunta una intolerable despreocupación respecto de uno de los requisitos referidos por la Constitución –el relativo a la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes–, dado que "implica una clara voluntad de asumir con vocación de permanencia funciones que la Constitución le confía al Congreso". En la causa "Risolia de Ocampo",<sup>22</sup> el voto de Belluscio expresa que la "mera existencia de una crisis económica como la presentada no es suficiente para configurar las circunstancias excepcionales que determinan la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la formación y sanción de las leyes".<sup>23</sup> Por último, la Corte también ha sostenido que las circunstancias excepcionales deben ser reconocidas por el propio Congreso de la Nación.<sup>24</sup>

#### I.1.2.2. Materias prohibidas

El segundo punto que establece el artículo en cuestión es una prohibición absoluta para el dictado por el Poder Ejecutivo de DNU: nunca se podrán dictar decretos de necesidad y urgencia que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos. Tal como lo sostiene Balbín, "las materias vedadas constituyen una re-

serva legal, es decir una actividad excluida".<sup>25</sup> La prohibición de dictar decretos de urgencia de sustancia penal o tributaria tiene como objetivo reforzar el principio de legalidad, que en esos temas ya estaba asegurado en la Constitución (artículos 17 y 18 de la Constitución).

Respecto al principio de legalidad tributaria, la Corte Suprema ha sostenido la invalidez de diversos decretos que han modificado normativa tributaria por encontrarlos violatorios al principio aquí comentado. Así, en el caso ya citado "Video Club Dreams",<sup>26</sup> la Corte declaró la inconstitucionalidad de un tributo creado por el decreto de necesidad y urgencia 2.736/91, con las modificaciones del 949/92, porque creó un hecho imponible distinto del previsto por ley 17.741, obviando el principio de legalidad tributaria. Criterio que repetiría en el caso "Berkley Internacional ART",<sup>27</sup> donde consideró inconstitucional el decreto 863/98, por cuanto creó una tasa que percibiría la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) sobre la recaudación que efectúa en favor de aquélla.

Por otro lado, las últimas dos prohibiciones –que repetimos, resultan absolutas– encuentran su razón de ser en la preservación de las reglas del proceso democrático y la competencia electoral.<sup>28</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso antes citado, ha seguido esta línea al expresar que a través del procedimiento democrático de sanción de leyes "no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente".<sup>29</sup> Y que "la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y liber-

<sup>25</sup> Balbín, C., "Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia", *La Ley*, 2004, página 119.

<sup>26</sup> *Op. Cit.*

<sup>27</sup> CSJN, 21/11/2000; "Berkley International ART c/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", *Fallos*, 323: 3770.

<sup>28</sup> Para ver un análisis pormenorizado de los casos en los que la Corte Suprema se ha expedido sobre la validez de los decretos de necesidad y urgencia respecto a las materias que éstos trataban, ver Ventura, A.; "Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida constitucional", *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 1.

<sup>29</sup> Corte IDH; *op. cit.*, párrafo 22.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, considerando 9°.

<sup>21</sup> CSJN; 20/02/2001; "Casime, Carlos A. c. Estado nacional", DT, 2001-A, 775.

<sup>22</sup> CSJN, "Risolia de Ocampo, María J. c/Rojas, Julio C. y otros", *Fallos*, 323:1934.

<sup>23</sup> Considerando 7°.

<sup>24</sup> *Fallos*, 173:65.



tades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”.<sup>30</sup>

### I.1.2.3. *La motivación*

El tercer requisito sustantivo se deriva del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1° de la Constitución Nacional<sup>31</sup> y es la exigencia de la motivación que todo decreto de necesidad y urgencia debe tener para su legitimidad y legalidad. Como la doctrina lo sostiene, la motivación “es la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la emanación del acto. Asimismo, esta motivación debe ser suficiente”,<sup>32</sup> es decir, que no debe ser vaga o genérica. En este mismo sentido, Gordillo sostiene que “la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos”.<sup>33</sup>

Por esto mismo, tanto en el mensaje que da cuenta del dictado del decreto emitido por el Poder Ejecutivo, como en sus considerandos, se deben precisar siempre qué acontecimientos han producido la causa constitucional o hecho habilitante para su emisión, cuáles son los bienes que desea preservar a través de su dictado, las razones por las cuales no se puede resolver la emergencia mediante mecanismos ordinarios y sí mediante el decreto que se emite. El cumplimiento de este requisito, además, permitiría que el Poder Judicial controle la causa del acto, es decir, si existió una auténtica urgencia, por qué fue imposible superar la situación por medio del trámite legislativo ordinario, y si hubo una genuina necesidad de dictar la medida en forma inmediata.<sup>34</sup> Así, “la motivación se transforma en un principalí-

simo elemento para que la Justicia controle la legitimidad y se traduce en un medio de prueba de primer orden para conocer la realidad del obrar de la administración”.<sup>35</sup>

También respecto a este requisito, la Corte ha hecho expresas consideraciones interpretativas. Así, en “Video Club Dreams”<sup>36</sup> se sostuvo que los motivos que impulsaron el dictado del decreto 2.736/91 “no se exhiben como una respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de las medidas súbitas como las tratadas”. En “Sallago”,<sup>37</sup> Belluscio y Bossert sostuvieron que la “mera invocación que el decreto hace de la crisis de la marina mercante nacional, no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes en materia laboral”. En la causa “Smith”,<sup>38</sup> el voto concurrente de Fayt deja establecido que “tal afectación a los mentados principios constitucionales –se refiere a los que protegen el derecho de propiedad–, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable”.<sup>39</sup>

### I.1.2.4. *La razonabilidad*

Como cuarto requisito, todo decreto de necesidad y urgencia debe ser razonable. En nuestro ordenamiento jurídico el control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación, entre las cuales se encuentra el estándar jurídico de la razonabilidad. Esto implica que toda vez que se ejerza el control judicial de razonabilidad sobre los actos estatales, no se está haciendo otra cosa que llevar adelante un tipo de control de constitucionalidad. Este control exige verificar, objetivamente, una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado con la medida y razonabilidad respecto de las circunstancias que dan lugar a su dictado. Tal como Bidart Campos lo sostuvo, la razonabilidad “exige que el ‘medio’ escogido para alcanzar un ‘fin’ válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o bien, que se verifique una ‘razón’ valedera para fundar tal o cual acto de poder”.<sup>40</sup>

<sup>30</sup> *Op. cit.*, párrafo 24.

<sup>31</sup> “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”

<sup>32</sup> Buj Montero, M., “El acto administrativo: elementos” en *Manual de derecho administrativo*; Farrando, I (coordinador); Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 197.

<sup>33</sup> Gordillo, A., “*Tratado de derecho administrativo*”, tomo III, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2007, pág. 13.

<sup>34</sup> Hutchinson, T., “Los procedimientos de urgencia en el derecho administrativo argentino”, nota que forma parte del libro *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pág. 300.

<sup>35</sup> Tawil, Guido Santiago y Monti, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 83. Cabe recordar que el artículo 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos incorporó la motivación como uno de los requisitos esenciales del acto, cuya ausencia deriva en la nulidad.

<sup>36</sup> *Op. cit.*

<sup>37</sup> *Op. cit.*

<sup>38</sup> CSJN; 1/2/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en: Smith, Carlos c/P.E.N. s/ sumarísimo”; LLP 2002, 112.

<sup>39</sup> Considerando 11.

<sup>40</sup> Bidart Campos, G.; *op. cit.*, pág. 805.

En su disidencia en el caso de la Corte “Sallago”<sup>41</sup> Fayt señaló que el test de razonabilidad entre la emergencia y la disposición concreta comprende: “1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; y 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”.<sup>42</sup>

#### I.1.2.5. *La temporariedad*

Por último, dado que el decreto sólo es válido ante la existencia de circunstancias excepcionales y dado que éstas tienen una perdurabilidad determinada (la emergencia es, por propia definición, temporaria), el acto del Poder Ejecutivo debe tener una vigencia acotada, es decir, sujeta a término. Ya en 1959 la Corte sostuvo, respecto a las medidas en emergencia, que “la emergencia dura el tiempo que duran las causas que la han originado”.<sup>43</sup>

La consecuencia práctica de esta exigencia es que el decreto debe fijar explícitamente el plazo temporal durante el cual tendrá vigencia, que será el que se presuma razonablemente, durará la emergencia o bien el indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

#### I.1.3. *Requisitos formales: análisis de la ley 26.122*

Cuando se piensa en los roles que debe asumir el Poder Legislativo, tendemos a darle una mayor relevancia a la función de dictar leyes. Sin embargo, tal como lo sostiene el dictamen del Consejo por la Consolidación de la Democracia: “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”. En este mismo sentido, De Vergotini sostiene que el Parlamento cumple en las democracias dos funciones: la función de orientación política y la función de control.<sup>44</sup> Con relación a esta segunda función, “el contralor del gobierno por parte del Parlamento comprende, por cierto, la constitucionalidad y legalidad de sus actos”.<sup>45</sup>

Por tanto, existen condiciones de carácter formal o procedimental que debe cumplir el acto para que sea válido. Respecto a la función de control de los órganos de gobierno 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 el hiperpresidencialismo.

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. Cayuso sostiene que “tal tipo de reglamentación no podría sortear la tacha de inconstitucionalidad”.<sup>46</sup>

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

##### 1) *Pronunciamento de ambas Cámaras*

La Constitución Nacional ha establecido que el Poder Legislativo estará conformado de manera bicameral: la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores. Una representa al pueblo de la Nación al —y con ello el principio democrático— y la otra, a los estados locales resguardando, así, el sistema federal.<sup>47</sup> El bicameralismo permite una instancia de revisión

<sup>41</sup> CSJN, 10/10/1996, “Sallago Alberto c/Astra CAPSA”, *La Ley*, 1998-C, 950.

<sup>42</sup> Considerando 4°.

<sup>43</sup> CSJN, 15/5/1959, “Nadur, Amar c/Borelli, Francisco”.

<sup>44</sup> De Vergotini, “Derecho constitucional comparado”, Madrid, 1987. Citado en Nino, C., *op. cit.*, pág. 531.

<sup>45</sup> *Op. cit.* pág. 535.

<sup>46</sup> Carlos Menem, por ejemplo, ha dictado desde el año 1989, 545 decretos de necesidad y urgencia. Fernando De la Rúa, a su vez, dictó entre los años 1999-2001, 73 decretos; y Néstor Kirchner, por último, 201 decretos entre los años 2003 y 2006. Para mayor detalle, ver Astarita, M. “El uso de decretos bajo el gobierno de Kirchner”; inédito.

<sup>47</sup> Cayuso, Susana, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”, *La Ley*, 2006-D, 1435.

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 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 artículo 82 CN. Cada Cámara comunicar 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 pronuncian a favor de la validez del decreto y la otra en su contra. La solución que parece aportar la ley 26.122 sería que dicho decreto es válido, contraviniendo la letra de la Constitución.<sup>48</sup>

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.

## 2) 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 que “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 específica 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”.<sup>49</sup>

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.<sup>50</sup> 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 invierta el principio general es inconstitucional”.<sup>51</sup> 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”.<sup>52</sup>

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 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.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> *Op. cit.*

<sup>50</sup> Millón Quintana, J. y Mocoroa, J.M., “El presidencialismo sin *happy ending*. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, JA 2007-1-1328.

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

<sup>52</sup> Gelli, M.A., *op. cit.*, pág. 697.

<sup>53</sup> Perez 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.

<sup>48</sup> Gelli, M.A., “Constitución Nacional comentada y concordada”, *La Ley*, 2002, pág. 439.

### 3) *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 circunscripta 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”.<sup>54</sup>

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.

### 4) *Subsistencia del control judicial de constitucionalidad*

No está de más resaltar que el Poder Judicial conserva toda su potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación dictada bajo delegación o por decretos de necesidad y urgencia. 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.

## II. *Análisis en particular del decreto 206/2009*

El decreto 206/2009, Fondo Federal Solidario, dictado el 19 de marzo de 2009 y publicado en el Boletín Oficial (31.619), el 2 de marzo del mismo año, representa una nueva violación al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Tal como lo sostuvimos, un requisito sustantivo de los decretos de necesidad y urgencia se deriva

del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1° de la Constitución Nacional y es la exigencia de la motivación que todo decreto de necesidad y urgencia debe tener para su legitimidad y legalidad.

Reiteramos, la motivación “es la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la emanación del acto. Asimismo, esta motivación debe ser suficiente”, es decir, que no debe ser vaga o genérica. En este mismo sentido, Gordillo sostiene que “la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos”.

En este caso, el decreto en sus considerandos dice: “Que en el orden internacional se desploman los mercados y sistemas financieros, propagando una crisis de inusitadas características, de cuya extensión y profundidad todavía no se percibe la verdadera magnitud”. En principio, no puede encontrarse razón alguna para justificar el olvido de la presidencia, sobre el rol del Congreso en un estado de derecho.

Más grave aún es el contenido del considerando siguiente: “Que si bien el Poder Legislativo nacional habría de abocarse rápidamente al tratamiento del pertinente proyecto de ley, la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución de la Nación Argentina para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional”.

No es una motivación ni fundamentación suficiente respecto de que se trata de una cuestión de necesidad y urgencia que no permitía seguir el trámite ordinario de formación y sanción de leyes. Decir que algo es urgente no lo torna urgente, se deben dar los motivos fácticos que justifican dicha urgencia.

Luego, no puede aducirse como motivo de tal urgencia la dificultad de “seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución de la Nación Argentina para la sanción de las leyes”, cuando por ejemplo, el mismo Poder Ejecutivo nacional, envió el día lunes 16 de marzo de 2009, ingresando a las 19.50 por mesa de entrada de la HCDN, el expediente 2-P.E.-2009, “Fijando por única vez el 28/6/2009 como fecha para las elecciones de diputados (período 2009-2013) y senadores nacionales (período 2009-2015). El miércoles 18 de marzo, obtuvo media

<sup>54</sup> Balbín, C., *op. cit.*, pág. 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia*, Ed. Depalma, 1995, pág. 252.

sanción de la Cámara de Diputados, ingresando el propio 18 (expediente 13/09) a la Cámara de Senadores.

El día 19 de marzo de 2009 obtuvo dictamen en mayoría y minoría, de la Comisión de Asuntos Constitucionales. El Senado aprobó dicho dictamen de mayoría en la noche del jueves 26 de marzo, obteniéndose la sanción definitiva del proyecto. Entonces, el tiempo transcurrido desde el ingreso el 16 de marzo a su sanción definitiva en el Senado, el 26 de marzo, fue de 8 días hábiles.

La gravedad de la cuestión constitucional se incrementa toda vez que el contenido del decreto plantea cuestiones sobre las que ambas Cámaras hubieran podido acordar su tratamiento, pues así ha sido puesto de manifiesto por legisladores de distintas bancadas.

Es decir, el gobierno prefirió usar la vía del decreto de necesidad y urgencia cuando nada obstaba a proceder con el trámite normal de formación y sanción de leyes.

Más aún, el propio decreto, establece en su artículo 6°: “La presente medida regirá desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. Los fondos recaudados comenzarán a distribuirse el primer día del mes inmediato posterior a dicha publicación, entre las provincias que hubieren adherido, las que deberán implementar en el mismo lapso su propio mecanismo de reparto.

”Ante la falta de adhesión, el resto de las provincias adheridas acrecerá en proporción a su porcentaje de coparticipación en el total”.

Por lo tanto, resulta claro que si los fondos recaudados recién comenzarán a distribuirse el primer día del mes inmediato superior a la publicación en el Boletín Oficial, no hay urgencia alguna que justifique que se haya violentado el trámite formal para el tratamiento y sanción de normas.

#### II.1. *No puede modificarse el presupuesto por decreto*

El decreto 206/09 implica una modificación de asignaciones presupuestarias oportunamente aprobadas por el Congreso de la Nación como presupuesto general de la administración nacional para el ejercicio 2009.

En primer término, no están dadas las condiciones de necesidad y urgencia exigidas por el artículo 99, inciso 3, como para que el Poder Ejecutivo use estas atribuciones excepcionales allí previstas. Nada impide que se someta al Congreso, a través de uno o más proyectos de leyes, la normativa en discusión, para que este se expida sin limitaciones en ejercicio pleno de sus potestades constitucionales, sin los estrechos límites que le impone el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia.

En segundo término, debe destacarse la clara impropiedad de introducir una ampliación presupuestaria a través de un decreto de necesidad y ur-

gencia, por cuanto la aprobación del presupuesto es una decisión de enorme relevancia política en el que se plasma un modelo social y económico para el país.

La atribución de sancionar el presupuesto general de gastos es central en nuestro sistema institucional y es una facultad privativa del Poder Legislativo. El Congreso de la Nación es el órgano con legitimidad democrática directa en el que se encuentran representadas las voces de los diferentes sectores de la sociedad y, además, constituye el ámbito de participación de las provincias en las cuestiones nacionales. Este criterio ha sido plasmado en la Constitución Nacional. En forma clara, ésta dispone, en su artículo 75, inciso 8, que corresponde al Congreso de la Nación fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, sobre la base del programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas. Consecuentemente, toda decisión que no respete esta facultad privativa del Congreso Nacional resulta inconstitucional. La misma conclusión surge de la interpretación armónica de los artículos 99, 76 y 29 de la Carta Magna, que vedan la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se arrogue atribuciones propias del Poder Legislativo. La participación activa de todos los representantes del pueblo ofrece mayores garantías de que la decisión final asigne recursos para cubrir gastos de una forma más imparcial, dando mayores garantías para que los derechos consagrados a favor de todos los habitantes de la Nación se efectivicen.

El hecho de que la propia Constitución Nacional haya establecido un sistema específico para la propia formación y sanción de la ley de presupuesto, y dispuesto que debe tener origen en la Cámara de Diputados de la Nación, demuestra que esta dentro de la zona de “reserva de ley” que torna en una materia absolutamente vedada el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

La sanción de la ley de presupuesto por parte del Congreso de la Nación garantiza el ejercicio del control público sobre los gastos de gobierno, propio de un sistema republicano como el nuestro, establecido en el artículo 1° de la Constitución Nacional. Este procedimiento constituye la mejor forma de evitar una excesiva acumulación de facultades en uno de los poderes del Estado, con los riesgos que ello conlleva. La participación activa del Congreso Nacional es funcional a la reducción del sistema hiperpresidencialista existente y es la mejor forma de garantizar el debido respeto a las minorías parlamentarias.

Como se señaló, el presupuesto es una herramienta fundamental a los fines de garantizar el pleno respeto a los derechos de los habitantes. Prácticamente todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos y culturales, requieren dinero del erario público para ser satisfechos y protegidos. Por

ello es, que confiamos en el Congreso Nacional la facultad de ponderar los diferentes intereses y discutir acerca de las mejores formas de invertir los recursos existentes. Tanto mayorías como minorías tienen el pleno derecho de discutir y debatir aquellas decisiones que afectarán sus vidas y derechos. Hay que ser taxativos en este sentido: si el presupuesto es necesario para satisfacer derechos de los habitantes, su diseño debe realizarse en un contexto de deliberación, que pondere los intereses de todos los posibles afectados por la decisión final. Como sostiene Nino, la democracia es normativamente valiosa sólo si se ofrecen oportunidades de participación igualitaria en la discusión, es decir, sólo si las voces de todos los potencialmente afectados por la decisión final están adecuadamente representadas. Ampliar los canales de participación promueve mayores y mejores posibilidades de acceder a umbrales mínimos de protección de derechos. Cuanto mayor sea la posibilidad de expresar intereses en la arena pública, mayor es la posibilidad de que la decisión final contemple imparcialmente esos intereses.

Por ello nuestro sistema institucional confía las decisiones más relevantes en términos de satisfacción y protección de derechos al Poder Legislativo. Como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "...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 los cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución".<sup>55</sup>

Sin embargo, el decreto 206/09, pretende solapadamente modificar la asignación presupuestaria decidida por el Congreso de la Nación y obviar la discusión de tópicos, con el fin de evitar el debate público y la debida participación del Congreso de la Nación.

#### II.1.1. *El presupuesto y la forma republicana de gobierno*

La Nación Argentina adoptó para su gobierno la forma republicana en virtud de lo dispuesto por el artículo 1° de la Constitución Nacional. Esta forma de gobierno, entre otras cuestiones, implica la necesidad de contar con una clara división de poderes. En este sentido, los poderes tienen funciones diferenciadas y se controlan mutuamente, constituyendo un verdadero sistema de frenos y contrapesos, destinado a evitar la acumulación de poder y el consecuente riesgo para los derechos y garantías. Precisamente, uno de los objetivos principales de este sistema es dotar al diseño institucional de

garantías contra la excesiva concentración de poder por parte de alguno de sus órganos. Como sostiene Gelli "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 de poder es rechazada enérgicamente en el artículo 29 de la Constitución Nacional".<sup>56</sup>

Siempre que se ponga en riesgo la división de poderes diseñada constitucionalmente, se pone en riesgo el debido respeto a las garantías de los habitantes de la Nación. Como resaltó la propia Corte Suprema, en relación con la interpretación de la división de poderes y la disposición constitucional del artículo 29, "la finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia y 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". Asimismo, para Bidart Campos, "la división de poderes en nuestro Derecho constitucional responde a la ideología de seguridad y control que organiza toda una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en su libertad y sus derechos. Es importante reconocer que la estructura divisoria debe interpretarse en torno a la finalidad básica que persigue: evitar la concentración que degenera en tiranía (o totalitarismo), y resguardar la libertad de los individuos".

En cuanto a la transparencia y la rendición de cuentas en materia presupuestaria, afirma Ekmekdjian que "el control público de los gastos y recursos de los dineros del Estado es fundamental para el sistema republicano". En el mismo sentido, señala Bernard Schwartz: si "las elecciones respecto de las políticas públicas son retiradas del proceso político, también son retiradas del control popular. Permitir que los representantes del pueblo se saquen de encima la responsabilidad respecto de las decisiones en temas de políticas públicas en beneficio de los expertos administrativos, es permitirles votar a favor del paternalismo y en contra de la democracia".

La sanción de un decreto de necesidad y urgencia pone en evidencia la debilidad del Congreso en el proceso presupuestario, pues limita su rol a aprobar o desechar lo dispuesto por el Poder Ejecutivo, sin poder dar un debate alternativo. El Congreso, en este sentido, es un ámbito de fomento de la transparencia presupuestaria por ser un espacio en el cual los legisladores cumplen su rol como vínculo esencial entre la ciudadanía y el Estado en la asignación de recursos.

<sup>55</sup> Opinión consultiva OC 6/86 del 9 de mayo de 1986, considerandos 22 y 24.

<sup>56</sup> *Op. cit.*

### II.1.2. *La importancia de la deliberación pública en el diseño y sanción del presupuesto*

Inicialmente, debe advertirse que la aprobación del Presupuesto es una decisión de enorme relevancia para el país, pues en él se establecen las pautas del modelo social y económico del país.

En materia financiera resulta particularmente relevante la participación activa del Congreso Nacional, en cuanto es el poder dotado de mayor legitimidad democrática y en él se encuentran representados todos los puntos de vista de la sociedad. La participación del órgano representativo y plural por excelencia es la mejor garantía contra los manejos discrecionales en la asignación de recursos para cubrir los gastos existentes y para cumplir las obligaciones contraídas por el Estado Nacional. Por ello, se impone la necesidad de sujetar toda decisión presupuestaria y financiera, que regule la relación entre gastos y recursos, al escrutinio y la discusión en el ámbito institucional de los representantes del pueblo.

El Congreso de la Nación, además, constituye el ámbito de participación de las provincias en las cuestiones nacionales. Este criterio ha sido receptado por nuestra propia Constitución Nacional. En forma clara, ésta dispone, en su artículo 75 inciso 8, que corresponde al Congreso de la Nación fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, sobre la base del programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas.

Consecuentemente, toda decisión que no respete esta facultad privativa del Congreso Nacional resulta inconstitucional. La misma conclusión surge de la interpretación armónica de los artículos 99, 76 y 29 de la Carta Magna, que vedan la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se arrogue atribuciones propias del Poder Legislativo.

La facultad privativa del Poder Legislativo de sancionar el presupuesto general de gastos es central en nuestro sistema institucional, por las siguientes razones:

1) La participación activa de todos los representantes del pueblo ofrece mayores garantías de que la decisión final asigne recursos para cubrir gastos de una forma más imparcial.

2) El presupuesto es una herramienta indispensable para satisfacer las obligaciones contraídas por el Estado y para efectivizar los derechos consagrados en favor de todos los habitantes de la Nación. Toda decisión que pueda afectar derechos de forma significativa debe emanar del Poder Legislativo.

3) La sanción de la ley de presupuesto por parte del Congreso de la Nación garantiza el ejercicio del control público sobre los gastos de gobierno, propio de un sistema republicano como el nuestro, tal como lo establece el artículo 1° de la Constitución Nacional.

4) Constituye la mejor forma de evitar una excesiva acumulación de facultades en uno de los poderes del Estado, con los riesgos que ello conlleva. La participación activa del Congreso Nacional es uno de los pocos contrapesos al sistema hiperpresidencialista existente.

5) Constituye la mejor forma de garantizar el debido respeto a las minorías parlamentarias.

### II.1.3. *Presupuesto, participación del Congreso y derechos humanos*

El presupuesto es una herramienta fundamental a los fines de garantizar el pleno respeto a los derechos de los habitantes. Prácticamente todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos y culturales, requieren dinero del erario público para ser satisfechos y protegidos. Por ello, confiamos en el Congreso Nacional la facultad de ponderar los diferentes intereses y discutir acerca de las mejores formas de invertir los recursos existentes. Tanto mayorías como minorías tienen el pleno derecho de discutir y debatir aquellas decisiones que afectarán sus vidas y derechos. Nadie está dispuesto a dejar estos criterios en manos de órganos unipersonales y no deliberativos. Menos aún en las manos del jefe de Gabinete, que ni siquiera está dotado de la legitimidad popular emanada del voto popular. ¿Por qué el pueblo argentino, las mayorías, las minorías, deberían estar sujetos a la voluntad del Jefe de Gabinete y a sus decisiones discrecionales en cuanto a la reestructuración de partidas presupuestarias?

Hay que ser taxativos: si el presupuesto es necesario para satisfacer derechos de los habitantes, su diseño debe realizarse en un ambiente deliberativo, que pondere los intereses de todos los posibles afectados por la decisión final. Como sostiene Nino, la democracia es normativamente valiosa sólo si se ofrecen oportunidades de participación igualitaria en la discusión, es decir, sólo si las voces de todos los potencialmente afectados por la decisión final están adecuadamente representadas. Ampliar los canales de participación, promueve mayores y mejores posibilidades de acceder a umbrales mínimos de protección de derechos. Cuanto mayor es la posibilidad de expresar intereses en la arena pública, mayor es la posibilidad de que la decisión final contemple esos intereses.<sup>57</sup>

Por ello, nuestro sistema institucional confía las decisiones más relevantes en términos de configuración de derechos al Poder Legislativo. Como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "... 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

<sup>57</sup> Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, España, Ed. Gedisa, 1997.

garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de los cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución” (Opinión consultiva OC 6/86 del 9 de mayo de 1986, considerandos 22 y 24).

#### II.1.4. Presupuesto, control del gasto público y acceso a la información

La situación actual respecto de la transparencia en la asignación de recursos públicos dista de ser ideal. El Poder Ejecutivo históricamente ha tenido una amplia discrecionalidad respecto de la ejecución del presupuesto, y este proyecto no hace más que potenciar esa discrecionalidad. La posibilidad de que el jefe de Gabinete disponga arbitrariamente de importantes partidas presupuestarias permite sustraer del control popular una de las funciones más importantes del Estado: la administración de sus recursos.

En este orden, sostiene Ekmekdjian que “el control público de los gastos y recursos de los dineros del Estado es fundamental para el sistema republicano”.<sup>58</sup> En el mismo sentido, señala Bernard Schwartz que si “las elecciones respecto de las políticas públicas son retiradas del proceso político, también son retiradas del control popular. Permitir que los representantes del pueblo se saquen de encima la responsabilidad respecto de las decisiones en temas de políticas públicas en beneficio de los expertos administrativos, es permitirles votar a favor del paternalismo y en contra de la democracia”.<sup>59</sup>

La falta de transparencia y del control del gasto público tiene su correlato en la dificultad que tiene la ciudadanía para lograr el acceso a la información en materia de ejecución presupuestaria. Como señalan Víctor Abramovich y Christian Courtis,<sup>60</sup> “el acceso a la información pública es un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y transparencia de la administración. Esta característica se explica a partir de los propios cimientos del ejercicio del gobierno representativo: la representación democrática tiene carácter temporal, y el ejercicio de funciones públicas en nombre de la representación otorgada por el pueblo soberano está abierta al refrendo o escrutinio de la población en cuyo nombre se gobierna, a través del voto. En este sentido, la publicidad de

los actos de gobierno constituye el mejor factor de control –o bien de legitimación– del ejercicio del poder por parte de los representantes. El acceso a la información sobre la cosa pública posibilita a las personas opinar con propiedad y veracidad, contribuyendo de tal modo al debate público de las ideas que es garantía esencial del sistema democrático. Les permite, además, investigar los problemas de la comunidad, controlar a los mandatarios y participar en la vida política del Estado”.

Otra dificultad respecto del acceso a la información se vincula con la administración de los fondos fiduciarios, pues al estar desconcentrados en distintos consejos de administración, los interesados deben identificar quiénes los integran y sus domicilios, para luego dirigir a cada uno de ellos sus pedidos de acceso a la información. En los hechos, este ejercicio es sumamente costoso en términos de tiempo y esfuerzo, lo que desincentiva estas iniciativas.

Una dificultad adicional es la falta de control de este Congreso dominado por una mayoría oficialista, en relación con la obligación que tiene el jefe de Gabinete de presentar informes trimestrales a ambas Cámaras del Congreso sobre el flujo y uso de los fondos fiduciarios, detallando en su caso las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas, cuestión que desarrollaremos con posterioridad, al dedicarnos al análisis del articulado.

## II.2. Violación del principio de legalidad tributaria

### II.2.1. Los derechos de exportación

El decreto bajo análisis establece la distribución del 30 % de las retenciones a la exportación de la soja, de acuerdo con las pautas de la ley de coparticipación federal.

Durante los últimos años, los derechos de exportación de habas de soja fueron fijados por varias normas. La resolución 11/2002 del ex Ministerio de Economía e Infraestructura las fijó en un 10 %.<sup>61</sup> Luego, la alícuota fue incrementada al 20 % mediante la resolución 35/2002. En el 2007, la resolución 10 del ex Ministerio de Economía e Infraestructura incrementó la alícuota de las retenciones en 4 puntos porcentuales, de modo tal que las retenciones a la soja alcanzaron el 24 %. Ese mismo año, y mediante el decreto 509/07 la alícuota de las retenciones a la exportación de las habas de soja se incrementó hasta

<sup>58</sup> Ekmekdjian, Miguel Angel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, tomo IV, p. 467.

<sup>59</sup> Schwartz, Bernard, *op. cit.*

<sup>60</sup> Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *El acceso a la información como derecho*.

<sup>61</sup> La resolución 11/2002 se fundamentó en lo previsto en el Código Aduanero, la ley 25.561, Ley de Ministerios (texto ordenado por decreto 438/92), modificada por las leyes 24.190 y 25.233 y por los decretos 1.343 de fecha 24 de octubre de 2001; 1.366 de fecha 26 de octubre de 2001; 1.454 de fecha 8 de noviembre de 2001; y 355 de fecha 21 de febrero de 2002 y en uso de las facultades conferidas por los decretos 751 de fecha 8 de marzo de 1974 y 2.752 de fecha 26 de diciembre de 1991.



alcanzar un 27,5 %<sup>62</sup> y nuevamente hasta alcanzar el 35 % mediante la resolución 369/2007. Finalmente, las alícuotas fueron nuevamente modificadas por la polémica resolución 125/08, para luego volver a ser fijadas de acuerdo con la resolución 369/07.

Los derechos de exportación son tributos y, como tales, están sujetos al principio de legalidad en materia tributaria, que prohíbe a otro poder que no sea el Legislativo crear, eliminar o modificar los tributos. Recordemos que se considera tributo a toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio, y que debe ser impuesta por ley ajustándose a los principios de razonabilidad, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, entre otros, cuyo fin es solventar el cumplimiento de los fines del Estado.<sup>63</sup>

Es innegable que las retenciones a la exportación son tributos. En primer lugar, el capítulo sexto del título I (Especies de tributos) de la sección IX (Tributos regidos por la legislación aduanera), del Código Aduanero regula los derechos de exportación y los califica como tributos. Además, el propio artículo 755 del Código Aduanero, norma en la cual se fundó la polémica resolución 125/08, califica a los derechos a la exportación como tributos”. El Ministerio de Economía también reconoce esta naturaleza tributaria de las retenciones.<sup>65</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que los derechos de exportación son tributos.<sup>66</sup> Y en idéntico sentido, se expide la doctrina, quien no ha dudado en otorgarles a las retenciones el *nomen iuris* de impuestos.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> El artículo 16 del decreto 509/07 dice: “Fijase el derecho de exportación que en cada caso se indica, para las posiciones arancelarias de la nomenclatura común del Mercosur que se consignan en las tres (3) planillas que, como anexo XIV del presente decreto, forman parte integrante del mismo.” El anexo XIV contiene una enumeración de productos que deben tributar derechos a la exportación.

<sup>63</sup> Spisso, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, Bs. As., Ed. Depalma, p. 80.

<sup>64</sup> El artículo 755 dispone: “1. En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá: a) gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo...”.

<sup>65</sup> Entre otros, ver [http://www.mecon.gov.ar/sip/dniaf/tributos\\_vigentes.pdf](http://www.mecon.gov.ar/sip/dniaf/tributos_vigentes.pdf)

<sup>66</sup> CSJN: “Argentini, Héctor M. y otros s/contrabando” 13/02/2001, tomo 324, p. 187.

<sup>67</sup> Badeni, G., “La patología constitucional de las retenciones” en Retenciones a las exportaciones –suplemento especial– *La Ley* ya citado; Basaldúa, R., “Introducción al derecho aduanero”, 1988, p. 132 y ss.; Berliri, A., “Principios de derecho tributario”, Madrid, 1971, p. 174 y ss.; Bibiloni, M. J. “Acercas de los derechos de exportación, sus fundamentos legales e implicancias”, p. 37/47, *La Ley*, suplemento cit.; Cotter, J. P.,: “Reflexiones en torno a

## II.2.2. El principio de legalidad en materia tributaria

Como es sabido, en materia tributaria el principio de legalidad o de reserva es absoluto. Esto significa que no admite excepción alguna, y alcanza tanto la creación de impuestos, tasas o contribuciones, como la modificación de los elementos esenciales que lo componen: hecho imponible, alícuota, base de cálculo, sujetos alcanzados y exentos. El principio implica que la competencia del Congreso es exclusiva y que no puede ser ejercida por ninguno de los otros poderes, ni siquiera en situaciones de emergencia.<sup>68</sup>

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado la extensión del principio de legalidad en materia tributaria en reiteradas oportunidades. La Corte ha sostenido: “Que resulta necesario recordar que el principio de legalidad [...] abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones [...] De ahí, pues, que en esta materia, la competencia del Poder Legislativo es exclusiva (*Fallos*, 321:366, *in re* “Luisa Spak de Kupchik y otro c/ Banco Central de la República Argentina y otro”; *Fallos*, 316:2329; 318:1154 y 323:3770).<sup>69</sup>

Este principio se encuentra consagrado en diversas normas de nuestra Ley Fundamental. Así, el artículo 4° de la Constitución Nacional dispone que “El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

los derechos de exportación, su legitimidad y razonabilidad”, pp. 49/92 del suplemento cit; Damarco, J. H., “Las instituciones de la República y las retenciones”, en pp. 63/68 del mismo suplemento cit.; Jarach, D., “El hecho imponible”, Bs. As., 1982, p. 170 y ss.; Sanabria, P., “Las retenciones a la exportación, ¿Un impuesto inconstitucional?” en *La Ley*, 18/3/08; Scoconi, C. F., “Retenciones agropecuarias: agravios constitucionales y cuestiones procesales”, *La Ley*, 8/5/08.

<sup>68</sup> Conf. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 35.

<sup>69</sup> “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/Tucumán, Provincia de s/acción declarativa”, 9/5/06, n° 165 XXXVII. En el caso, la actora discutía la constitucionalidad de un acto administrativo que exigió el pago de la diferencia entre la alícuota del impuesto a los ingresos brutos establecido en el Código Fiscal y una alícuota superior establecida por un decreto provincial.

En particular, el artículo 9° establece que “En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso”.

El 75, inciso 1, establece que corresponde al Congreso: “1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.” El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que “...Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°...”, y el artículo 52 “...A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones...”.

Como ya se ha señalado, el principio de legalidad que establece que ningún tributo puede ser establecido sin ley –*nullum tributum sine lege*– es una clara derivación del principio genérico de legalidad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, conforme al cual nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.<sup>70</sup>

Joaquín V. González resaltaba la relevancia del principio de reserva legal tributaria al afirmar que “El más importante de los caracteres de este poder de imposición es el ser exclusivo del Poder Legislativo, como representante más inmediato de la soberanía del pueblo”.<sup>71</sup>

Es por esta razón que el artículo 52 anteriormente transcrito establece que la Cámara de Diputados, donde está representada la voluntad del pueblo, debe ser la Cámara de inicio de los proyectos relativos a contribuciones. Esta disposición encuentra justificación en el principio de representatividad democrática, según el cual no se puede obligar a la ciudadanía a pagar tributos sin que, por medio de sus representantes, preste consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones.<sup>72</sup>

El origen histórico de este principio ha sido claramente enunciado por el doctor Schiffrin, en su voto en los autos “La Pequeña Plan de Salud S.R.L. v. Estado Nacional”.<sup>73</sup> Allí, el doctor Schiffrin señaló, con palabras que ameritan la siguiente cita *in extenso*: “Este es uno de los principios cardinales del constitucionalismo, que tiene su origen remoto en las monarquías limitadas del medioevo y se desarrolló vigorosamente en las revoluciones inglesa y americana”. Montes de Oca, al comentar este aspecto del artículo 17 (ver texto de nuestra Ley Fun-

damental) reseña los antecedentes ingleses y añade: “Entre nosotros, en la época colonial, el rey absoluto imponía, por sí y ante sí, contribuciones de todo género en el continente americano. Pero, después del sacudimiento de mayo, la junta gubernativa creyó que debía ser una facultad legislativa la de crear impuestos y fijar su monto; y se determinó que la misma Junta no podría señalarlos sin la anuencia del Cabildo. Sin embargo, las circunstancias, porque la Nación atravesaba, hicieron imposible llenar las formalidades exigidas por los primeros acuerdos, y el Poder Ejecutivo, durante las épocas iniciales de la revolución, ha impuesto siempre contribuciones al país. Pero, en las constituciones orgánicas que se han dictado más tarde, en las de 1819 y 1826, sobre todo, se ha reconocido el derecho claro y evidente del Poder Legislativo, de imponer contribuciones, para que no quede la propiedad particular librada a la voluntad de una sola persona.

”En 1853, estudiándose y aplicándose las doctrinas jurídicas que regían el derecho constitucional, no podía haber ya duda alguna; los convencionales de Santa Fe sentaron el principio que ni siquiera discutieron los reformadores de 1860” (“Derecho constitucional”, tomo 1, 1902, p. 402).

El sistema constitucional argentino, pues, es bien simple y lo sintetiza así el autor citado: “...las contribuciones son de orden nacional y de orden local, y la facultad de fijarlas reside respectivamente en el centro general o en los centros seccionales de poder. Lo que la cláusula del artículo 17 estatuye es que en el orden federal, sólo el Poder Legislativo está llamado a pronunciarse sobre el monto de las contribuciones que deben sufragar los ciudadanos o extranjeros que residen en el Estado” (ob. y vol. cit., p. 400).

Hasta qué punto es preciosa la garantía de que los cordones de la bolsa estén en manos de la rama del gobierno forzosamente más sensible a la opinión pública lo demuestra bien la propia historia de Inglaterra, ya que allí, cuando la monarquía de la casa Tudor se transformó en un sistema de cuasiabsolutismo, el único principio de limitación que quedó a salvo fue que el soberano no podía sacar impuestos sin la voluntad del Parlamento. David Hume, en su clásica obra histórica, por una parte critica la mezcolanza del gobierno absoluto con esta única limitación, que llevaba a que la Corona se procurase dinero con toda clase de medios perjudiciales al comercio y la industria, sobre todo con el constante establecimiento de monopolios y levantando empréstitos forzosos. Mas, por otro lado, Hume dice que el precioso derecho que tenía el pueblo de votar los impuestos llegó a ser el medio por donde obtuvo el Parlamento otros muchos fueros (David Hume, “Historia general de Inglaterra”, traducción de Eugenio de Ochoa y Vicente Ortiz de la Puebla, tomo II, 1873, Barcelona, p. 517).

<sup>70</sup> Sanabria, Pablo, “Las retenciones a la exportación. ¿Un impuesto inconstitucional?”, *La Ley*, 18/03/2008, 1.

<sup>71</sup> González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As., Ed. Estrada, 1983, tomo V, p. 432.

<sup>72</sup> Conf. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, ob. cit., p. 454.

<sup>73</sup> Cámara Federal de La Plata, sala II, 25/11/1999.

Vemos, pues, que el principio en el que se inspira la referida previsión de la Carta Magna, o sea, que “ninguna exacción financiera puede ser hecha por el rey de sus vasallos sin su consentimiento más allá de aquellas contenidas en el contrato originario” (Crimes, *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, capítulo II, 1936, Cambridge, pág. 219) fue transportada a un nivel en que significa que ningún tributo puede ser exigido sin consentimiento de la representación nacional.

El principio del *nullum tributum sine previa lege* fue ubicado como norma del derecho natural por Puffendorf y jugó un rol fundamentalísimo en el proceso de la independencia norteamericana, hasta arribar a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

De estas fuentes proviene, como egregiamente lo demuestra el gran constitucionalista alemán en el trabajo recién citado, el artículo 14 de la Declaración Francesa de 1789: “Todos los ciudadanos tienen el derecho de verificar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración”.

Esta es la doctrina que los creadores de la nacionalidad y el Estado argentino tuvieron en mente en los momentos fundacionales de la revolución y la independencia.

32. Buena prueba de ello es la traducción que realizó el deán Funes –redactor de los grandes documentos constitucionales primigenios de la Revolución de Mayo– por encargo de Rivadavia, de la obra de Daunou, “Ensayo sobre las garantías individuales”, con un prólogo que fervientemente aprueba las ideas defendidas por el autor francés [ver la traducción aludida en la publicación efectuada por la Universidad Nacional de Córdoba, 1941, con estudio preliminar de Enrique Martínez Paz (h.)].

En la obra citada, p. 22, se encuentra lo que sigue: “...el único medio de asegurarse que no excederá sus verdaderos límites, es que sea establecido anualmente por una asamblea de representantes de los mismos que contribuyen. Nosotros no miramos aquí los demás poderes que ejercería esta asamblea: este supone que ella es compuesta por hombres a los cuales importa que se mantenga la autoridad; que sean llenados todos los verdaderos servicios públicos; que ningún acreedor del Estado sufra algún daño; pero también que no se empobrezca ninguna clase de contribuyentes, que la riqueza nacional, o el excedente de los productos sobre los consumos se aumente, o al menos no decrezca jamás.

“La resolución del impuesto sería ficticia si emanase de hombres que, por sus funciones o su condición, no tuviesen interés sino en el aumento de los gastos públicos”.

33. La idea de que no hay imposición sin representación no era, por otra parte, una novedad para el derecho de la madre patria, cuyas leyes fundamentales se nutrían del mismo constitucionalismo medieval que fundó a las instituciones inglesas.

La regla fundamental del reino de León y Castilla en nuestra materia se encuentra sancionada por Felipe II en la Nueva Recopilación, ley 1, título VII, libro VI: “Los reyes nuestros progenitores establecieron por leyes y ordenanzas fechas en cortes que no se echasen ni repartiesen ningunos pechos, servicios, pedidos ni monedas ni otros tributos nuevos especial ni generalmente en todos nuestros reinos sin que primeramente sean llamados á cortes los procuradores de todas las ciudades y villas de nuestros reinos, y sean otorgados por los dichos procuradores que a las cortes vinieren” (Francisco Martínez Marina, “Teoría de las Cortes”, edición preparada por J. M. Pérez Prendes, 1979, tomo 2, Editora Nacional, Madrid, pp. 949/950).

34. El desarrollo histórico institucional que acabamos de analizar, fue tenido presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema y resumido con palabras señeras que transcribo: “...los principios y preceptos constitucionales de la Nación y de la Provincia son categóricos en cuanto prohíben a otro poder que el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas y así el artículo 17 de la Carta Fundamental de la República dice que ‘sólo el Congreso Nacional impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º; y el artículo 67, en sus incisos 1 y 2, ratifica esa norma que está expresada con igual precisión en el artículo 90. (Ver texto inciso 1 de la Constitución de Buenos Aires).

“Dichos preceptos cuya antigua filiación se encuentra en los Estatutos Ingleses de Tallagio non Concedendo, año 34 del reinado de Eduardo I –1306 (artículo 1º); de ‘Derechos concedidos por Carlos I’, año 1628; y ‘Bill de Derechos’ de Guillermo y María, año 1688, artículo 4º; asimismo pueden referirse a las Costumbres, Pragmáticas y Códigos Españoles de los siglos XIV y XV (conf. Martínez Marina, ‘Teoría de las Cortes’, tomo II, capítulos XXX, XXXI, XXXII y XXXIII). En Estados Unidos y entre nosotros se considera de la esencia del gobierno representativo la exclusiva facultad legislativa para levantar impuestos y fijar los gastos del Estado...” (Fallos, 182:411) (Ver texto) (18).

De acuerdo con tales presupuestos declaró la Corte: “...entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del Estado. Nada exterioriza más la posesión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público es el rasgo más saliente de la libertad civil.

Todas las Constituciones se ajustan a este régimen entregando a los Congresos o Legislaturas este privilegio exclusivo, pues, como lo enseña Cooley: ‘En todo Estado soberano el Poder Legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a su vez, el representante más inmediato de la soberanía’[...]” (*Fallos*, 155:290 y 182:411) (ver texto).

Los principios enunciados en términos tan perentorios han sido siempre mantenidos, hasta la actualidad, por la Corte Suprema (ver, entre otros, *Fallos*, 248:482 ver texto [19]; 294:152 ver texto [20] y 239; 319:3208 y 3400; y 320:2329; así como el caso “Kupchick, Luisa Spak de y otros v. Banco Central de la República Argentina”, sent. del 17/3/1998 [21], impuestos 15/1998; ver también sobre el punto Luqui, Juan C., *Derecho constitucional tributario*, 1993, p. 33; Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*, tomo I, 1987, pp. 188/190; y Martín, José M. - Rodríguez Use, Guillermo F., *Derecho tributario general*, 1986, pp. 99/103).

35. En algunos de los precedentes recién mencionados se destaca una significativa enunciación del principio de exclusividad de las atribuciones impositivas del Congreso. Así, en el considerando 10 de *Fallos*, 316:2329 ver texto (22), la Corte declara: “...ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrable dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creado por el único poder del Estado investido de tales atribuciones –artículos 4º ver texto; 17 ver texto; 44 ver texto; y 67 ver texto CN– (*Fallos*, 248:482 ver texto) (p. 2333).

Del mismo modo, en *Fallos*, 318:1154 ver texto, el considerando 16 del primero de los votos mayoritarios señala “el claro requerimiento constitucional de que sea ese órgano (el Congreso), y no otro, quien decida qué impuestos se pagarán y quiénes deberán pagarlos” (pág. 1168). A su vez, el doctor Boggiano enfatizó el punto con cita del enunciado de *Fallos*, 316:2329 (ver texto arriba transcrito), y otros similares (pp. 1195/96, considerando 23).

El doctor Belluscio, por su parte, ilustró la exclusividad de las atribuciones impositivas del Congreso con el examen de textos de Alberdí y Joaquín V. González que me permito reproducir. Del primero cita: “El poder de crear, de manejar y de invertir el Tesoro público, es el resumen de todos los poderes, la función más ardua de la soberanía nacional. En la formación del tesoro público puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país”. (*Obras completas*, 1886, tomo IV, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, parte 3ª, capítulo V, p. 434).

Del segundo autor: “El más importante de los caracteres de este poder de imposición es el ser exclusi-

vo del Poder Legislativo, como representante más inmediato de la soberanía del pueblo” (*Manual de la Constitución Argentina*, 1897, núm. 429, p. 463).

En cuanto a los doctores Petracchi y Bossert, recalcan el carácter básico del principio de reserva impositiva con la transcripción de la doctrina de *Fallos*, 182:411 (ver texto que ya hemos efectuado).

En los casos más recientes de *Fallos*, 319:3400 y “Kupchik, Luisa Spak de y otro v. Banco Central de la República Argentina y otros”, la Corte repite: “La jurisprudencia de esta Corte ha establecido categóricamente que los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas (*Fallos*, 155:290; 248:482 ver texto; 303:245 ver texto; 312:912 ver texto [23], entre otros) y, concordantemente con ello, ha afirmado reiteradamente que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (causa ‘Eves Argentina S.A.’ –*Fallos*, 316:2329 ver texto– considerando 10 y su cita, entre otros)”.

Por lo tanto, el alto tribunal ha enfatizado de manera ininterrumpida la doctrina de *Fallos*, 182:411 ver texto, en el sentido de que la exclusividad de las facultades tributarias del Congreso no es simplemente una regla de distribución de poderes en la esfera federal, sino que, como se lo declaró en el precedente citado, al establecerse la invalidez de una tasa creada por decreto del Ejecutivo bonaerense, “en Estados Unidos y entre nosotros se considera de la esencia del gobierno representativo la exclusiva facultad legislativa para levantar impuestos y fijar los gastos del Estado”, palabras que ya recordamos pero que la gravedad del presente caso obligan a seguir recalcando. Por ende, entre los elementos esenciales del régimen representativo republicano de gobierno establecido por la Constitución se cuenta el precepto según el cual sólo el Congreso o las Legislaturas provinciales tienen la facultad para crear contribuciones”.

### II.2.3. *El principio de legalidad en materia tributaria: la prohibición de delegación*

El carácter absoluto de la prohibición contenida en el principio de legalidad se evidencia aún más en tanto esta facultad no puede ser objeto de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. La Constitución Nacional es clara en el sentido de consagrar una zona de reserva legal absoluta, que implica que hay un núcleo de potestades legislativas en determinadas materias que bajo ningún concepto pueden ser objeto de delegación o de asunción de facultades por parte del Poder Ejecutivo, aun mediante emergencia o urgencia.

Corresponde recordar, en este punto, que la resolución 11/2002 y las que la siguieron, y el decre-

to 509/07 se dictaron en virtud de lo dispuesto por el artículo 755 del Código Aduanero.<sup>74</sup> El dictado de las resoluciones también se fundó en el decreto 2.751/91, que delega en el Ministerio de Economía las facultades delegadas en el Poder Ejecutivo por el Código Aduanero, entre otras normas. El artículo 755 del Código Aduanero delega en el Poder Ejecutivo el ejercicio de facultades fiscales. Es decir, concede una atribución propia del Congreso Nacional que –según el juego armónico de los artículos 4º, 9º, 17, 75, inciso 2, y 99, inciso 3, de la Constitución– es indelegable.<sup>75</sup>

La delegación al Poder Ejecutivo en materia tributaria implica una clara violación a esta zona de reserva legal absoluta, al pretender delegar inconstitucionalmente al Poder Ejecutivo materia que le está expresamente prohibida por el artículo 99, inciso 3. La materia tributaria no es materia delegable, ya que la Constitución prohíbe terminantemente al Poder Ejecutivo dictar normas que avancen sobre ella, a la vez que otorga en forma exclusiva y expresa esta atribución al Congreso de la Nación.

En este sentido se expide Luqui,<sup>76</sup> al afirmar que “en materia financiera, existe una sola función que cada uno de los órganos políticos del gobierno

(Poder Legislativo y Poder Ejecutivo) ejerce en la etapa correspondiente y dentro de la competencia que a su vez fija la carta. En efecto, al Poder Legislativo corresponde imponer las contribuciones (artículo 67, inciso 7). El Poder Ejecutivo, por su parte, tiene a su cargo la ‘recaudación de las rentas’ y ‘decreta su inversión’ (artículo 86, inciso 13). Por último, para cerrar este verdadero ciclo, el Poder Ejecutivo debe presentar anualmente al Congreso la ‘cuenta de inversión’, y en manos de éste está aprobarla o desecharla (artículos 86, inciso 13; y 67, inciso 7, respectivamente). En estas pocas disposiciones la Constitución compendia toda la función financiera del gobierno en su aspecto político-administrativo. Al punto se ve que una sola es la función que pertenece a ambos poderes, pero cada uno debe ejercerla dentro de su competencia y en las correspondientes etapas. Esto quiere decir que ninguno de ellos puede delegar, menos renunciar, a ejercer la etapa correspondiente a su competencia dentro de la mencionada función, so pena de romper el equilibrio del sistema”.

El artículo 76 de la Constitución Nacional únicamente habilita la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo en materias determinadas de administración y en caso de emergencia pública. Obviamente, la delegación de temas tributarios no constituye una de las “materias determinadas de administración”. Por otra parte, tampoco puede ser materia de delegación por razones de emergencia pública.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la delegación de facultades tributarias en el Poder Ejecutivo es inconstitucional. La Corte ha dicho: “...la jurisprudencia de esta Corte resulta categórica en cuanto a que ‘los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas’ (*Fallos*, 321:366 y sus citas), y concordemente con ello ha afirmado que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (*Fallos*, 316:2329; 318:1154; 319:3400 y sus citas, entre otros). Que de la reiterada doctrina precedentemente reseñada surge con nitidez que ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo (confr. sobre esto último la doctrina del citado precedente de *Fallos*, 319:3400, en especial, su considerando 9º). Que, en esta misma línea de razonamiento, al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del artículo 59 de la ley 25.237, en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el

<sup>74</sup> Artículo 755: 1. En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá:

a) Gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo;

b) Desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y

c) Modificar el derecho de exportación establecido.

2. Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 únicamente podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades:

a) Asegurar el máximo posible de valor agregado en el país con el fin de obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional;

b) Ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior;

c) Promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales;

d) Estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de ofertas adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno;

e) Atender las necesidades de las finanzas públicas.

<sup>75</sup> Es necesario tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre la constitucionalidad de las normas del Código Aduanero en el caso “Propulsora Siderúrgica SAIC. s/ recurso de apelación / ANA” (*Fallos*, 315:1820). Dado que el fallo fue dictado con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional (1º de septiembre de 1992), su doctrina no es aplicable.

<sup>76</sup> *Derecho constitucional tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 141.

importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución (confr. doctrina de *Fallos*: 148:430; 270:42; 310:2193, entre otros).<sup>77</sup>

Agregó la Corte que “no pueden haber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (artículo 76) autoriza, como excepción bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo”.<sup>78</sup>

En el mismo precedente la Corte ha dicho que “...no pueden haber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (artículo 76) autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo”.

La doctrina también se ha pronunciado en el sentido indicado, señalando que aquellas materias que se encuentran excluidas de la facultad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia tampoco pueden ser delegadas. En este sentido, Gelli ha manifestado que la falta de una prohibición expresa similar a la del artículo 99, inciso 3, para los decretos de necesidad y urgencia no habilita la delegación en esas cuestiones, aun cuando exista emergencia pública. Invoca en tal sentido el fallo “*Video Club Dreams*”,<sup>79</sup> en el cual la Corte Suprema estableció el carácter absoluto del principio de legalidad tributaria.<sup>80</sup>

La aprobación por parte de la Cámara de Diputados y el Senado de la Nación del decreto 509/07 no modifica esta situación.<sup>81</sup> El decreto se dictó sobre la base de delegaciones que no están permitidas por la Constitución Nacional y de normas que de ningún modo confieren al Poder Ejecutivo la facultad de establecer o modificar tributos. En efecto, el dic-

tado del decreto 509/07 se fundó en los incisos 1 y 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional, los artículos 11, apartado 2, y 12 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y en el artículo 6° de la ley de emergencia 25.561, modificada por la ley 26.217. Los incisos 1 y 2 del artículo 99 establecen la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo de las leyes dictadas por el Congreso. Los artículos 11, apartado 2, y 12 del Código Aduanero<sup>82</sup> sólo facultan al Poder Ejecutivo a mantener actualizadas las versiones vigentes del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías, un sistema internacional y unificado de identificación y clasificación de mercaderías. Finalmente, el artículo 6° de la ley 25.561<sup>83</sup> crea un derecho a la exportación de hidrocarburos por el término de cinco años y faculta al Poder Ejecutivo nacional a establecer la alícuota correspondiente. Además, la norma faculta al Ejecutivo a afectar otros recursos.

<sup>82</sup> Artículo 11: [...]

2. El Poder Ejecutivo, por conducto de la Subsecretaría de Finanzas Públicas, mantendrá permanentemente actualizadas las versiones vigentes en la República del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías y de sus notas explicativas, a medida que el Consejo de Cooperación Aduanera modifique sus textos oficiales.

(Artículo sustituido por artículo 2° de la ley 24.206 B.O. 6/8/1993. Vigencia: a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías para la República Argentina.)

Artículo 12: El Poder Ejecutivo podrá:

a) Desdoblar las partidas y subpartidas no subdivididas del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (S.A.) mediante la creación de subpartidas e ítems, quedando igualmente facultado para sustituir, refundir y desdoblar dichas subdivisiones;

b) Incorporar reglas generales de interpretación y notas a las secciones, a sus capítulos o a sus subpartidas, adicionales a las que integran el mencionado Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, como así también adiciones a sus notas explicativas, siempre que las reglas, notas y adiciones en cuestión resultaren compatibles con los textos a que se refiere el artículo 11 y con las resoluciones del Consejo de Cooperación Aduanera en materia de nomenclatura.

<sup>83</sup> Artículo 6°: El Poder Ejecutivo nacional dispondrá medidas tendientes a disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio dispuesta en el artículo 2° de la presente ley, en las personas de existencia visible o ideal que mantuviesen con el sistema financiero deudas nominadas en dólares estadounidenses u otras divisas extranjeras. Al efecto dispondrá normas necesarias para su adecuación.

(Segundo párrafo derogado por el artículo 2° de la ley 25.820 B.O. 4/12/2003. Vigencia: a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial.)

El Poder Ejecutivo nacional podrá establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y emergentes del impacto producido por las medidas autorizadas en el párrafo precedente, las

<sup>77</sup> CSJN, “*Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos*, deci. 55/00 (decretos 360/95 y 67/96) s/amparo ley 16.986”. S. 365. XXXVII. 21/10/03. Corresponde señalar que, de acuerdo con lo dicho por la Corte, la delegación del Poder Legislativo en materia tributaria sería válida si éste estableciera pautas o límites para fijar los tributos. Considero que esta postura no es acertada porque la Constitución permite la delegación con fijación de pautas y plazo únicamente para materias determinadas de administración y de emergencia pública.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia de Nación, caso “*Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros*. Decisión 55/2000”, sentencia de 21 de octubre de 2003.

<sup>79</sup> Corte Suprema: fallo “*Video Club Dreams*”.

<sup>80</sup> María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y concordada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 622.

<sup>81</sup> El decreto 509/07 fue declarado válido por el Senado de la Nación el 22/8/07 y por la Cámara de Diputados de la Nación el 28/11/07.

La Constitución Nacional es clara. Los tributos sólo pueden ser establecidos por el Congreso. Si el “consentimiento” del Congreso no es suficiente para que el Ejecutivo pueda ejercer la facultad de establecer tributos antes de que dicha facultad sea ejercida por el Ejecutivo porque, justamente, ello está prohibido por la Constitución, la aprobación posterior por parte del Congreso del uso de esas facultades por el Ejecutivo tampoco lo es. El Congreso no está facultado para delegar la potestad tributaria y, en consecuencia, tampoco está potestado para aprobar lo que el Poder Ejecutivo haya hecho en uso de dicha facultad. La Constitución no permite al Congreso renunciar a sus facultades, puesto que el principio de legalidad es una garantía constitucional que funciona como una “carta de triunfo” frente a la voluntad de las mayorías. La Constitución no da al Congreso una opción. Aun cuando el Congreso desee que sea el Ejecutivo quien fije los tributos, ello no está permitido. En consecuencia, es claro que las resoluciones emanadas de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación que aprueban el decreto 509/07 son inconstitucionales y carecen de valor y efecto alguno, pues el Congreso no está facultado para aprobar decretos dictados en violación a lo dispuesto expresamente por la Constitución Nacional.

Además, si bien es claro que el artículo 6° de la ley 25.561 es inconstitucional, en tanto delega en el

---

que podrán incluir la emisión de títulos del gobierno nacional en moneda extranjera garantizados. A fin de constituir esa garantía créase un derecho a la exportación de hidrocarburos por el término de cinco (5) años facultándose al Poder Ejecutivo nacional a establecer la alícuota correspondiente. A ese mismo fin, podrán afectarse otros recursos incluidos préstamos internacionales.

(Nota Infoleg: por artículo 1° de la ley 26.217, B.O. 16/1/2007, se prorroga por el término de cinco (5) años, a partir de su vencimiento, el derecho a la exportación de hidrocarburos creado por el segundo párrafo del presente artículo, así como también las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo nacional para establecer las alícuotas correspondientes. Vigencia: a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial.)

En ningún caso el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras.

El Poder Ejecutivo nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1.570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras.

Lo establecido en el párrafo anterior podrá ser implementado mediante opciones de canje de títulos de la deuda del Estado nacional. (Párrafo incorporado por artículo 2° de la ley 25.820, B.O. 4/12/2003. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial.)

Poder Ejecutivo la creación y el establecimiento de los elementos esenciales de tributos, esta norma ni siquiera estaba vigente al momento de dictarse el decreto 509/07. En efecto, la ley 26.217 sólo prorroga por cinco años más el derecho a la exportación de hidrocarburos creado por el segundo párrafo del artículo 6° de la ley 25.561, así como las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo nacional para establecer las alícuotas correspondientes. Así que, aun en el más que hipotético caso en el que se considerara que la delegación realizada por el artículo 6° de la ley 25.561 fue válida, dicha delegación habría caducado para el tiempo en el que fue dictado el decreto 509/07.<sup>84</sup>

Por otro lado, la delegación del Poder Ejecutivo de las facultades recibidas en virtud del artículo 755 del Código Aduanero al Ministerio de Economía y Producción mediante el decreto 2.752/91, y que permitió a éste emitir la resolución 11/2002 y siguientes, también es inválida. En primer lugar, el Poder Ejecutivo delegó facultades que nunca podía ejercer puesto que la Constitución se lo prohíbe. En segundo lugar, y aun cuando la delegación del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo hubiese sido válida, el primero no autorizó al segundo a subdelegar las facultades recibidas. Si el Poder Legislativo delega sus facultades al Poder Ejecutivo, éstas deben ser ejercidas por su titular, el/la presidente de la Nación, quien no puede subdelegar las facultades en terceros, a menos que el Poder Legislativo lo haya autorizado.

Aun en el supuesto en que se considere que la materia tributaria puede ser objeto de delegación en el Poder Ejecutivo, y que éste a su vez puede subdelegar en el Ministerio de Economía, las normas que regulan actualmente las retenciones a la exportación de habas de soja tampoco reúnen las demás exigencias constitucionales.

El citado artículo 76 de la CN únicamente admite este tipo de delegación en el Poder Ejecutivo en caso de emergencia pública o en materias determinadas de administración, en forma excepcional bajo estricto cumplimiento de las exigencias allí previstas, y aun cuando erróneamente se admitiera que esta materia es susceptible de ser delegada, no se cumple con otros recaudos constitucionales.

Estas exigencias son dos:

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.

El código en cuestión no establece “las bases de la delegación”, por lo cual también resulta inconstitucional. No establece plazo para el ejercicio de esta

---

<sup>84</sup> La vigencia del artículo 6° de la ley 25.561 venció el día 6 de enero de 2007. El decreto 509/07 fue dictado el 23 de mayo de 2007.

delegación, ni tampoco las bases, dado que nada dice respecto de los montos de los aranceles de los derechos de exportación que el Poder Ejecutivo puede regular.

Estos requisitos responden 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 (artículos 9° y 76, y artículo 99, inciso 3, de la CN, 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 las funciones que le han sido delegadas.

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.<sup>85</sup> Es decir, el Congreso debe indicar suficientemente el campo en el cual la administración ha de actuar, de manera tal que se sepa si aquélla se ha mantenido o no dentro de la voluntad de la ley.

Además de ello, de tratarse del uso de facultades delegadas hubiera sido necesario seguir el procedimiento constitucional luego de su dictado. En este sentido, el jefe de Gabinete y los demás ministros debían refrendar a través de un decreto la norma en cuestión y luego enviarla al Congreso para ser analizada por la Comisión Bicameral Permanente, de conformidad con lo previsto en el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional.

En consecuencia, a la luz del principio de legalidad en materia tributaria el régimen de retenciones a la exportación de la soja es inconstitucional, puesto que la facultad de imponer, eliminar y modificar cualquiera de los elementos de los tributos (hecho imponible, base imponible, sujeto pasivo, alícuota) corresponde exclusivamente al Poder Legislativo y es indelegable.

#### II.2.4. *El principio de legalidad genérico*

Sin perjuicio de que no queda duda alguna de que las retenciones son tributos, aun si se quisiera alegar que no lo son, el Poder Ejecutivo carece de facultades para imponerlas. El principio de legalidad no se aplica únicamente a cuestiones tributarias. El artículo 19 de la Constitución establece claramente que los derechos de las personas pueden ser limitados únicamente por ley. El artículo 17, por su parte, establece que cualquier restricción al derecho de propiedad debe ser fundada en ley.

Es incuestionable que las retenciones, sean consideradas tributos o no, constituyen una clara restricción al derecho de propiedad de quienes están obligados a su pago. El derecho de propiedad de los exportadores se ve restringido porque el Estado se apropia de una porción del precio de venta de mercaderías que le corresponde al exportador. Dicha restricción no ha sido dispuesta por una ley, y por ello resulta violatoria del principio de legalidad.

Además, las resoluciones 11/2002 y siguientes y el decreto 509/07, en tanto restringen el derecho de propiedad de los exportadores (siendo la facultad de restringir ese derecho exclusiva del Poder Legislativo), son disposiciones de carácter legislativo y, en consecuencia, violatorias del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Por último, corresponde señalar que, aun cuando se considere que las retenciones no son tributos, el artículo 76 de la Constitución Nacional no permite al Poder Legislativo delegar sus facultades tal como lo ha hecho en el artículo 755 del Código Aduanero. En primer lugar, la delegación dispuesta por el artículo 755 no tiene una limitación temporal. En segundo lugar, el artículo 755 no contiene suficientes pautas sobre el modo en que deberán ejercerse las facultades delegadas. En tercer lugar, la delegación no es respecto de materias determinadas de administración o de emergencia pública. Por último, no se cumplen los requisitos formales para la delegación: decreto refrendado por el jefe de Gabinete y posterior envío a la Comisión Bicameral para el análisis del Congreso Nacional.

Así, y aun cuando se considere que la resolución 11/2002 y siguientes y el decreto 509/07 no regulan materia tributaria, las retenciones son inconstitucionales puesto que ellas han sido impuestas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas cuando ello le es expresamente prohibido por la Constitución Nacional.

Finalmente, corresponde tener en cuenta que el principio de legalidad en materia tributaria, en este caso, también sirve de protección a las provincias. Si bien de acuerdo con una concepción tradicional del principio de legalidad en materia tributaria este principio sólo protege a los contribuyentes, creo que el principio de legalidad, en casos como el de las retenciones a la exportación, también protege a las provincias.

Las retenciones a la exportación gravan el precio de venta de los productos, que constituye un ingreso bruto. Una vez pagadas las retenciones, los contribuyentes deberán pagar el impuesto a las ganancias sobre la ganancia neta que resulte de deducir los gastos realizados para obtener la ganancia gravada de aquel monto que resulte de restar al precio de venta el monto pagado en concepto de retenciones. Así, las retenciones reducen la base imponible para el pago del impuesto a las ganancias.

<sup>85</sup> Corte Suprema, sostenido en el *leading case* "Delfino".



cias, y ello resulta necesariamente en un menor nivel de recaudación de impuestos que son coparticipables, en perjuicio para las provincias.

Si las retenciones hubiesen sido establecidas en todos sus aspectos esenciales por el Congreso de la Nación, sería posible pensar que la aprobación por parte de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara equivaldría al consentimiento de las provincias de la reducción de la base imponible del impuesto a las ganancias y, en consecuencia, de los fondos que integran la coparticipación. Pero ello no fue así.

#### II.2.5. *Extensión de la invalidez de las retenciones al uso que se haga de ellas*

El decreto 206/09 dispone que el 30 % de los recursos que se recauden a través de los derechos de exportación a la soja será distribuido entre las provincias que adhieran al decreto de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Coparticipación Federal. El decreto determina el destino que las provincias deberán dar a estos fondos. Así, el decreto modifica el destino que hasta el momento había dado a una parte de los recursos que han sido obtenidos violando la Constitución Nacional.

La modificación del destino de una porción de los recursos que fueron obtenidos en violación del principio de legalidad y, en consecuencia, en violación del derecho de propiedad, no es útil para dar legitimidad o para sanear la inconstitucionalidad de las retenciones a las exportaciones.

Por el contrario, el vicio del que adolecen las retenciones se traslada a cualquier disposición que se pueda hacer de ellas. En efecto, la distribución de fondos que han sido obtenidos inconstitucionalmente es también inconstitucional, y lo es por las mismas razones. El decreto 206/2009 no es más que un fruto del árbol venenoso. No puede sostenerse lógicamente que las retenciones son inválidas pero el decreto 206/09 es válido. El objeto mismo del decreto bajo análisis son recursos que, en virtud de haber sido obtenidos en violación del principio de legalidad, no pertenecen al Estado nacional. Del mismo modo en que no es válido que mediante la ley de presupuesto el Estado nacional asigne la casa de un habitante a una oficina pública sin antes haberla expropiado, aun cuando la norma que dispone la asignación no sufra de ningún vicio, no es válido que el Estado nacional asigne a las provincias recursos que obtuvo ilegítimamente justamente porque esos recursos son ilegítimos.

#### II.3. *Este decreto es otro avasallamiento al federalismo*

Por otro lado, la posición de las provincias frente a esta situación es sumamente débil. Por un lado, el gobierno les ofrece recursos que les son necesarios, mientras que, por el otro lado: i) ellas se ven obligadas a dar a los fondos un destino específico; ii) su adhesión al decreto 206/2009 puede ser inter-

pretada como una renuncia a efectuar reclamos análogos al realizado por la provincia de San Luis y una convalidación de la pronunciada reducción de la recaudación de otros impuestos coparticipables, que es consecuencia de la existencia de retenciones del nivel de las actuales; iii) dado que las retenciones son inconstitucionales, ellas corren el riesgo de verse privadas de esos fondos en caso de que la inconstitucionalidad sea declarada.

Como consecuencia del conflicto con el sector agropecuario y por la ineficaz reacción del gobierno frente a la crisis económica internacional, se está agravando un problema estructural en la distribución de los recursos bajo el vigente régimen fiscal federal.

La realidad actual respecto a la problemática del régimen fiscal federal responde, en primera instancia, a una perversa configuración de relaciones de fuerza entre la Nación y las provincias que se cristaliza en un patrón de distribución primaria (Nación-provincias) de los fondos coparticipables que se ha ido desnaturalizando a costa de las provincias.

Si consideramos las proyecciones sobre la recaudación de tributos por parte del Estado nacional para el ejercicio 2009, según el propio mensaje de presupuesto, es conveniente resaltar que, de los 329.537 millones de pesos, a las provincias como coparticipación federal irán sólo 65.531 millones, es decir, menos del 20 %. Por tanto, se incumple absolutamente con lo establecido por la ley 23.584 respecto de la distribución de lo obtenido.

Esto es consecuencia de un conjunto de medidas de política pública que cristalizan la herencia de la variante del Consenso de Washington que se implementó en la década pasada, que implicó que se transfirieran los servicios esenciales, como la salud, educación, etcétera, que el Estado otorga a sus ciudadanos a las distintas jurisdicciones provinciales sin el correspondiente financiamiento que permitiera la garantía de tales derechos. En este mismo cuadro de ideas hay que entender cómo las provincias pasan a hacerse corresponsales del sostenimiento financiero del régimen previsional, al asignar una parte sustantiva de los recursos de origen nacional que se coparticipaban.

En tanto que bajo el esquema fiscal-financiero que emerge en la posconvertibilidad, el Estado nacional legitima un superávit primario sobre la base de ajustar las partidas de gasto social (como consecuencia de que no se modificó el financiamiento de los gastos corrientes de salud, educación, etcétera, a cargo de las jurisdicciones provinciales), indexar gran parte de la deuda que las provincias tienen con el mismo, que tiene como efectos colaterales alterar la ecuación presupuestaria que enfrenta la administración pública provincial, introduciendo incertidumbre a la hora de presupuestar el resto de las erogaciones.

ciones que se han de enfrentar cada año. Por otro lado se ha producido un aumento de la recaudación de tributos nuevos que no son coparticipados (como son los casos del impuesto al cheque y al comercio exterior).

La situación fiscal de las provincias, estructuralmente débil como fue considerado, se agravó y se prevé que el déficit global se irá profundizando. Como respuesta a este exigente marco económico-financiero, las provincias vienen adoptando diferentes medidas por fuera del eje Nación-provincias, desde incrementar la alícuota del impuesto a los ingresos brutos y tributos inmobiliarios, reducción de los planes de obra pública, hasta recorte en las jubilaciones y pensiones.

En este sentido el 3<sup>er</sup> párrafo del artículo 75 de la Constitución Nacional, es elocuente al afirmar "...La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional...".

En consecuencia no sólo se está alterando la distribución de impuestos recaudados sino que también está presente la herencia en cuanto a la desigual asunción de las responsabilidades en garantizar los derechos de los habitantes. Por ende, tampoco es razonable que se siga profundizando en concentrar en la Nación lo que le corresponde a las provincias.

Debe resaltarse la perversa relación que se ha ido consolidando entre el Estado nacional y las subjurisdicciones (provincias y municipios) en la posconvertibilidad. Se ha cristalizado una dinámica arbitraria y desigual en la distribución de los derechos y las responsabilidades, quedando las subjurisdicciones presas de la "buena voluntad" del Estado nacional. Como consecuencia de una perspectiva mezquina, arrogante, carente de respeto por el federalismo, y por sobre todos estos males, en una actitud que avasalla la Constitución Nacional, el gobierno nacional ha excluido deliberadamente a las subjurisdicciones de las decisiones más importantes que hacen al presente y al futuro de la sociedad argentina. Ante un marco sombrío aún, nos encontramos con una arquitectura fiscal-financiera vetusta, injusta, en la cual ni siquiera hay espacio para discutir cuál es el papel que tienen o deben tener las economías regionales en la agenda pública.

El problema se amplifica, no sólo porque se han agravado los problemas estructurales de la Argentina (como ya mencionamos: educación, salud, servicios públicos, etcétera), pese a lo que este gobierno viene sosteniendo, sino que también se quiere seguir intentando ocultar esta realidad. A futuro, la consecuencia de esta estrategia de gestión será que

la distribución de los costos económicos y sociales resultará más regresiva y costosa, y volverá a recaer sobre los sectores más débiles de la sociedad.

#### II.4. *El decreto viola los requisitos de razonabilidad y de temporariedad*

El decreto en análisis no muestra una adecuada relación entre medios y fines. Por ejemplo, pese a que en los considerandos se reconoce la necesidad de "una fuerte gestión estatal activa para la defensa de los puestos de trabajo recuperados y creados, la custodia del ahorro y el incremento de la inversión nacional...", se insiste en mantener las retenciones en niveles incompatibles con el crecimiento y la inversión en el sector agropecuario.

En los considerandos se presenta la medida como "una inédita descentralización federal de recursos", siendo que el decreto extorsiona a las provincias para que se sumen al irracional esquema de retenciones actual, y se condiciona la percepción de los fondos a su aplicación a cierto tipo de actividades, en vulneración de las autonomías provinciales.

Por otra parte, se dice en los considerandos que "la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución de la Nación Argentina para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional", pero lo cierto es que nada impedía seguir el trámite normal de las leyes, incluso si se quería que la norma estuviera vigente en la fecha prevista en el decreto.

Por último, el decreto no fija hasta cuándo tendrá vigencia la medida, por lo que se violenta el requerimiento de temporariedad de las disposiciones contenidas en un decreto de necesidad y urgencia.

### III. *Conclusión*

Como hemos adelantado, el decreto 206/09 no reúne los requisitos formales indicados para ser tratado como un decreto de necesidad y urgencia, por lo que debe ser rechazado por este Congreso en su rol de contralor de la constitucionalidad del ejercicio de esta atribución por parte del Poder Ejecutivo –sin perjuicio de las facultades de control ulterior del Poder Judicial de la Nación–, en función del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de los artículos 22 y 23 de la ley 26.122.

En este caso en particular, al tratarse de una materia presupuestaria estrechamente vinculada al conflicto con el sector rural que ya lleva un año, la falta de los requisitos mínimos para tratar al DNU 206/09 como tal, no es óbice para que el Congreso se aboque por sí mismo al tratamiento del tema en función de sus competencias constitucionales para legislar en materia presupuestaria y tributaria.

La responsabilidad de reencauzar por el canal institucional correcto el tratamiento de la distribu-

ción de partidas presupuestarias y el postergado debate sobre los derechos de exportación en materia agrícola que subyacen a esta disposición del PEN, encuentra asidero por analogía en el principio *iura novit curia* y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución. El Congreso, en este caso, en el ejercicio del control de constitucionalidad del decreto 206/09 que le confiere el artículo 99, inciso 3, viene a ser el “juez” de la causa que “conoce el derecho”, por lo que al tratar el tema como una cuestión legislativa tanto en lo formal como en lo sustancial, el Congreso viene a rectificar el incorrecto encuadre jurídico efectuado por el Poder Ejecutivo nacional.

Asimismo, si bien en todos aquellos dictámenes que hemos desarrollado en materia de decretos de necesidad y urgencia y facultades delegadas nos hemos extendido en el análisis de la inconstitucionalidad de la ley 26.122, y en particular, respecto de sus artículos 10<sup>86</sup> y 23,<sup>87</sup> nuestra propuesta de constituir la Cámara en comisión en nada viola dichas normas, dado que en primer lugar, se rechaza por su inconstitucionalidad e invalidez absoluta e insanable el decreto cuestionado, y por otro lado, tampoco se introducen enmiendas, agregados o supresiones al propio texto del Poder Ejecutivo. Que, también se da cumplimiento con el artículo 26 de la ley 26.122 y finalmente se establece que el dictamen pase a la Cámara de Diputados para su tratamiento en atención al artículo 2° que se propone en el presente dictamen.

Por todas las razones expuestas, en síntesis, se propone rechazar el DNU 206/09 por la falta de requisitos formales y sustanciales que se han verificado, y seguidamente, disponer la constitución en comisión de la Cámara a los fines de realizar el debate necesario sobre los proyectos de Ley relativos a los derechos de exportación, de manera de encauzar el conflicto social con el sector rural a través del canal institucional que corresponde constitucionalmente.

Este decreto, además, responde a un proceso paulatino destinado a ampliar las funciones de las agen-

cias ejecutivas en desmedro del Congreso Nacional, acentuando nuestro sistema hiperpresidencialista y reduciendo las oportunidades de diálogo y deliberación, con la consiguiente violación de garantías ciudadanas y de las minorías parlamentarias que encuentran numerosas dificultades para alzar su voz.

Esta debilidad del Congreso en el proceso presupuestario limita su rol como ámbito de fomento de la transparencia. Al representar a los ciudadanos y a las provincias, los legisladores son un vínculo esencial entre la ciudadanía y el Estado en la asignación de recursos. Empero, mediante este decreto, el Congreso Nacional no hace más que abdicar sus funciones y trasladarlas hacia poderes unipersonales y carentes de los beneficios de la deliberación pública.

Por los motivos enunciados, el decreto en análisis debe ser rechazado por su inconstitucionalidad y consecuente nulidad absoluta e insanable, y debe constituirse la Cámara en comisión –obviamente teniendo en cuenta la materia de los proyectos y su índole tributaria, corresponde que la Cámara de Diputados sea la Cámara de inicio, y teniendo en consideración los artículos 117 y 141 del reglamento de esa Honorable Cámara– a los fines de habilitar el tratamiento de los distintos proyectos que pretenden dar solución a los difíciles problemas que enfrenta el sector agropecuario y que no han tenido los canales institucionales correspondientes para resolver esta cuestión que afecta a miles de compatriotas.

Sólo de esta manera lograremos que el Congreso recupere un rol que nunca le debió ser avasallado y que se constituya en el ámbito por excelencia para la deliberación de los problemas que afectan a la sociedad argentina, en un marco de respeto a la Constitución Nacional.

*Marcela V. Rodríguez.*

#### ANTECEDENTE

#### Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 19 de febrero de 2009.

*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 los artículos 99, inciso 3; y 100, inciso 13 de la Constitución Nacional y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 206 del 19 de marzo de 2009, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 104

CRISTINA E. FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Carlos R. Fernández.*

<sup>86</sup> El artículo 10 de la ley 26.122 dice lo siguiente: “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 adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.

<sup>87</sup> 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.

Buenos Aires, 19 de marzo de 2009.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que en el orden internacional se desploman los mercados y sistemas financieros, propagando una crisis de inusitadas características, de cuya extensión y profundidad todavía no se percibe la verdadera magnitud.

Que en ese marco, en cuya generación nada han tenido que ver los países emergentes, puesto que aquella crisis se propaga desde los centros mundiales más desarrollados, resulta necesaria una fuerte gestión estatal activa para la defensa de los puestos de trabajo recuperados y creados, la custodia del ahorro y el incremento de la inversión nacional, para que se constituyan en un verdadero puntal y sostén de la actividad que permita al país seguir creciendo, evitando que aquellos efectos adversos se concreten en penurias para nuestro pueblo.

Que con la finalidad de asegurar el máximo de valor agregado en el país para obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional, para promover, proteger y conservar las actividades nacionales productivas de bienes y servicios, los recursos naturales, las especies animales y vegetales; para la estabilización de los precios internos a niveles convenientes y mantener el volumen adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno, propiciar la redistribución de ingresos de actividades favorecidas hacia otras que lo son menos y atender las funciones fiscales, el Estado nacional ha establecido derechos de exportación a determinados productos.

Que los derechos de exportación constituyen recursos exclusivos de la Nación, según lo establece, en concordancia con el artículo 4° de la Constitución de la Nación Argentina, el artículo 2°, inciso a), de la ley 23.548, de coparticipación federal de recursos fiscales.

Que, sin embargo, no existe obstáculo para que, en orden a lo excepcional de la circunstancia que enfrentamos, se tomen remedios también excepcionales para impactar positiva y genuinamente en la actividad económica de todo el país, en una inédita descentralización federal de recursos que, al tiempo de reforzar los presupuestos gubernamentales de provincias y municipios, implicará un importante incremento de la inversión en infraestructura, con aumento de la ocupación y mejora de la calidad de vida ciudadana y rural.

Que en ese orden, adoptamos esta medida para crear un Fondo Federal Solidario que tenga por destino financiar obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda y vial en ámbitos urbanos o rurales.

Que el citado fondo, compuesto por el treinta por ciento (30 %) de los montos efectivamente recaudados en concepto de derecho de exportación de soja, tiene una clara finalidad solidaria de reparto

de recursos de origen federal para refuerzo de los presupuestos destinados a infraestructura en las provincias y cada uno de los municipios de aquellas que adhieran.

Que resulta por demás claro que el establecimiento de un fondo de esta naturaleza, que directamente deriva del Tesoro nacional a las provincias y municipios en forma automática, fortalecerá los presupuestos de esos niveles de gobierno a la vez que aportará a una rápida aplicación directa en mejora de la infraestructura, con una fuerte incidencia en la calidad de vida de quienes viven en los ámbitos urbanos o rurales de su incumbencia.

Que el derecho de exportación viene así a reforzar un carácter solidario al volcarse en forma directa a educación, salud, sanidad, vivienda o infraestructura vial de distinta envergadura.

Que se establece en esta norma el reparto automático de los fondos, replicando el sistema de coparticipación federal, en forma diaria y sin costo, por el Banco de la Nación Argentina, conforme los mismos porcentajes establecidos en los artículos 3°, 4°, 8°, correlativos y concordantes de la ley 23.548 y sus modificatorias.

Que como es de práctica, se utiliza el mecanismo de la adhesión condicionada a que se establezca, hacia el interior de los estados provinciales, también un reparto automático y sin costo de los fondos a sus municipalidades, de conformidad a los porcentajes que de la coparticipación federal de impuestos les correspondan, que en ningún caso podrán ser inferiores al treinta por ciento (30 %) del total de los fondos que por adhesión la provincia perciba.

Que se deja establecida la inmediata puesta en vigencia de la norma, así como un mecanismo transitorio de reparto desde el primer día del mes inmediato siguiente al de esa fecha, consistente en el acrecimiento de los que primero adhieran hasta que el resto lo haga.

Que se establece la prohibición de la derivación de los fondos hacia otra finalidad para que en el lapso más corto posible se adviertan en la economía real sus efectos.

Que por supuesto se requisita el establecimiento de los mayores controles tendientes a lograr total transparencia en la utilización de los fondos girados, debiendo confluír allí los distintos niveles de la actividad estatal de vigilancia.

Que se trata de un enorme esfuerzo fiscal nacional, para fortalecimiento presupuestario de las provincias y los municipios, coherente con una visión federal, de pertenencia al país profundo del interior, idea que defendemos desde fuertes convicciones.

Que, como se advierte, la materia que el decreto regula no constituye tema impositivo, sino que se está distribuyendo el producido de la recaudación del derecho de exportación de soja, en todas sus variedades y sus derivados.

Que si bien el Poder Legislativo nacional habría de abocarse rápidamente al tratamiento del pertinente proyecto de ley, la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución de la Nación Argentina para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo nacional adopta la presente medida con carácter excepcional.

Que la ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso de la Nación, respecto de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución de la Nación Argentina.

Que el artículo 2° de la ley mencionada precedentemente determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos de necesidad y urgencia.

Que el artículo 10 de la citada ley dispone 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, en el plazo de diez días hábiles, conforme lo establecido en el artículo 19 de dicha norma.

Que el artículo 20 de la ley 26.122 prevé incluso que, en el supuesto de que la Comisión Bicameral Permanente no eleve el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 82 de la Constitución de la Nación Argentina.

Que por su parte el artículo 22 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución de la Nación Argentina.

Que la gravedad de la situación y la urgencia que la acción requiere, ameritan emitir esta disposición en los términos del inciso 3 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina.

Por ello,

*La presidenta de la Nación Argentina, en acuerdo general de ministros*

DECRETA:

Artículo 1° – Créase el Fondo Federal Solidario, con la finalidad de financiar, en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo compongan para el financiamiento de gastos corrientes.

Art. 2° – Destinase al fondo creado en el artículo 1° del presente el treinta por ciento (30 %) de las

sumas que el Estado nacional efectivamente perciba en concepto de derechos de exportación de soja, en todas sus variedades y sus derivados.

Art. 3° – La distribución de esos fondos se efectuará, en forma automática, entre las provincias que adhieran, a través del Banco de la Nación Argentina, de acuerdo a los porcentajes establecidos en la ley 23.548 y sus modificatorias.

Dicha transferencia será diaria y el Banco de la Nación Argentina no percibirá retribución de ninguna especie por los servicios que preste conforme al presente.

Art. 4° – Las provincias que expresen su adhesión a esta medida, y que, en consecuencia, resulten beneficiarias del fondo, deberán establecer un régimen de reparto automático que derive a sus municipios las sumas correspondientes, en proporción semejante a lo que les destina de la coparticipación federal de impuestos. Dicha proporcionalidad no podrá nunca significar un reparto inferior al treinta por ciento (30 %) del total de los fondos que a la provincia se destinen por su adhesión a esta norma.

Art. 5° – El Poder Ejecutivo nacional, cada una de las provincias adheridas y los municipios beneficiarios deberán establecer mecanismos de control que aseguren la transparencia en la utilización de las remesas y su destino a alguna de las finalidades de mejora de infraestructura de las establecidas en el artículo 1° del presente, vigilando el cumplimiento de la prohibición de utilización en gastos corrientes establecida en el citado artículo.

Art. 6° – La presente medida regirá desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. Los fondos recaudados comenzarán a distribuirse el primer día del mes inmediato posterior a dicha publicación, entre las provincias que hubieren adherido, las que deberán implementar en el mismo lapso su propio mecanismo de reparto. Ante la falta de adhesión, el resto de las provincias adheridas acrecerá en proporción a su porcentaje de coparticipación en el total.

Art. 7° – Comuníquese a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 8° – Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 206

CRISTINA E. FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Sergio T. Massa. – Julio M. De Vido. – Débora A. Giorgi. – Carlos R. Fernández. – Anibal F. Randazzo. – Anibal D. Fernández. – Juan C. Tedesco. – Alicia M. Kirchner. – Carlos A. Tomada. – María G. Ocaña. – José L. S. Barañao. – Jorge E. Taiana. – Nilda C. Garré.*