

SESIONES ORDINARIAS

2009

ORDEN DEL DIA N° 1834

COMISION BICAMERAL PERMANENTE
DE TRAMITE LEGISLATIVO - LEY 26.122

Impreso el día 12 de agosto de 2009

Término del artículo 113: 24 de agosto de 2009

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 860 de fecha 7 de julio 2009. (3.678-D.-2009.)

- 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 prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional ha considerado el expediente S-160/09 referido al decreto del Poder Ejecutivo 860 de fecha 7 de julio de 2009, por el cual se sustituyen los artículos 35, 47 y 48 de la ley 22.919 y sus modificaciones, respecto de las facultades del Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares.

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 860 de fecha 7 de julio de 2009.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Sala de la comisión, 29 de julio de 2009.

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

INFORME

Honorable Cámara:

I. Antecedentes

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

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

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

¹ Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos sean sometidos a consideración del H. Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución Argentina*, 1890. En una postura distinta, se ubica Linares Quintana, siguiendo el criterio ortodoxo de que lo que no está previsto en la ley no se puede hacer.

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

En procura de una regulación del poder atribuido al Presidente de la Nación se establecieron mecanismos tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificadas 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, juntamente 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 a los señores

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

senadores y diputados miembros, integrando formalmente la Comisión.

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

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

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 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.⁴

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 el cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.⁵

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,⁶ 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 enuncia una serie de requisitos concurrentes para viabilizar el supuesto de excepción.

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

Tal y como sostiene Julio Rodolfo Comadira, la fijación como regla de la improcedencia de la delegación legislativa es coherente con el sentido de la prohibición contenida en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.⁷

Conforme lo expuesto ut supra, como excepción a la prohibición, se habilita una delegación circunscripta a “materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

La locución materias determinadas de administración fue utilizada por Rafael Bielsa en su obra *Derecho Constitucional* para referirse a los aspectos sobre los cuales la delegación legislativa puede incursionar válidamente.

Sin embargo, Bielsa no dio un concepto positivo de las materias mencionadas y, en cierto modo, las definió por exclusión al considerar que ellas no podían significar la remisión del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio.⁸

Por su parte, Marienhoff, sobre la base de la distinción entre administración general y especial, señala que el concepto “administración general” no es sinónimo

³ Definición señalada en Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

⁴ Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

⁵ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

⁶ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

³ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

⁴ Clasificación desarrollada en Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

de “administración total”, puesto que existen ciertos ámbitos de la función administrativa asignados directa y expresamente por la Constitución al Congreso.⁹

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

En este orden de ideas, Comadira expresa que “la idea subyacente en el pensamiento de Marienhoff integrada a una concepción de las funciones jurídicas del Estado que atiende al régimen positivo propio de cada una de éstas, permite obtener una conceptualización de aquellas materias coherente con las exigencias jurídico políticas del principio de división de poderes tal como él ha sido recogido por la Constitución”.¹⁰

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

“La emergencia aparece contemplada en el texto constitucional junto con las materias determinadas de administración, pero ella no es una materia, sino una situación a la cual, por tanto, puede en sí misma exigir, teóricamente la delegación en cualquier materia”.¹¹

“Los asuntos de emergencia pública están tipificados para los supuestos en que la emergencia se transforma en una exigencia pública donde la ley tiene que venir prontamente en socorro para resolver la situación”.¹²

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

Vinculado con el tema del plazo se inscribe la regulación del instituto de la caducidad. La Constitución ha previsto la extinción de esta competencia, que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo previsto. La norma dispone que la caducidad resultante del plazo estipulado o previsto no importará la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas como consecuencia de la delegación legislativa.¹³

El tercer aspecto vinculado con la delegación legislativa requiere que los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación deben hacerse sobre las bases fijadas en la delegación, es decir, se deben fijar las pautas orientativas de la transferencia de competencia

que permitan establecer claramente la finalidad en orden a la cual se otorga la delegación.¹⁴

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

La primera sentencia data del año 1927, en el caso “Delfino”.¹⁵ En el mencionado caso se debatía la validez de una multa de cincuenta pesos impuesta por la entonces Prefectura General de Puertos a los agentes del buque alemán “Bayen”, en el marco de lo dispuesto por los artículos 43 y 117 del Reglamento del Puerto de la Capital aprobado por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

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

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

La Corte, luego de la descripción de los hechos, recuerda, en primer lugar, que la ley 3.445 había puesto la policía de los mares, ríos, canales y puertos sometidos a jurisdicción nacional a cargo exclusivo de la Prefectura General de Puertos y demás organismos de ella dependientes. Y destaca también que hasta tanto se sancionara el Código de Policía Fluvial y Marítima, serían atribuciones de aquella vigilar el cumplimiento de las disposiciones sanitarias, cuidar la limpieza de los puertos, remover los obstáculos a la navegación y juzgar las faltas o contravenciones a las ordenanzas policiales cuando la pena no excediera de un mes de arresto o de cien pesos de multa.¹⁶

En este orden de ideas, a partir del citado fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolla su doctrina en materia de delegación de facultades, la cual puede sintetizarse a través de los siguientes enunciados.¹⁷

Sienta como principio esencial uniformemente admitido para el mantenimiento e integridad del sistema

¹⁴ Dromi, Roberto, ob. cit.

¹⁵ “A. M. Delfino y Cía.”, Fallos 148:430, del 20 de junio de 1927.

¹⁶ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

¹⁷ Síntesis desarrollada en Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

⁹ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

¹⁰ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

¹¹ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

¹² Dromi, Roberto, ob. cit.

¹³ Dromi, Roberto, ob. cit.

adoptado por la Constitución y proclamado en el artículo 29 de ésta, la improcedencia de que el Congreso delegue en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración ninguna de las atribuciones o poderes expresa o implícitamente a él conferidos por la Constitución.

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

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

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

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

En cambio, en el fallo “Mouviel”¹⁸ la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la cláusula del Estatuto de la Policía Federal que facultaba al jefe de ésta a emitir y aplicar edictos dentro de la competencia asignada por el Código de Procedimientos en lo Criminal (ley 2.372), para reprimir actos no previstos por las leyes en materia de policía de seguridad, y dictar las reglas de procedimiento para su aplicación.¹⁹

Sin embargo, la CSJN no dejó de recordar su propia jurisprudencia en el sentido de que no existe delegación de funciones legislativas, sino simple ejercicio de la facultad reglamentaria contemplada en el antiguo inciso 2 del artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando se confiere “al Poder Administrador [...] la facultad de fijar específicas normas de policía, crear infracciones

y fijar las sanciones correspondientes dentro de límites establecidos por la misma ley”.

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

En el fallo “Cocchia”²⁰ la CSJN debió decidir sobre la constitucionalidad del decreto 817/92, que había suspendido la vigencia de diversos convenios colectivos, fijando nuevas pautas para el régimen laboral de la actividad de los actores, derogado todo acto normativo opuesto a éstas y convocado a las partes a la negociación y firma de un nuevo convenio con arreglo a ciertas limitaciones.

La CSJN valorando las normas citadas en los considerandos del precitado decreto –leyes 23.696, 24.093 (posterior al dictado del decreto 817/92, pero a juicio de la Corte tácitamente ratificatoria de él), en el Tratado de Asunción, entre otras– y el proceso de transformación encarado en aquel entonces por el Poder Legislativo, para lo cual se facultó al Poder Ejecutivo a adoptar decisiones dirigidas a materializar las pautas fijadas, halla un bloque de legalidad definidor de una clara política legislativa acorde con la Constitución respecto de la cual el decreto referido no sería más que uno de los instrumentos cuya implementación el legislador confió en el Poder Ejecutivo.²¹

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

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, la CSJN se expidió en fallos tales como “Massa”²² y “Rinaldi”²³ entendiendo que la existencia de una crisis económica habilita a los órganos Legislativo y Ejecutivo para dictar medidas razonables destinadas a paliar sus efectos; mientras que el mérito, la oportunidad y conveniencia de tales medidas, escapan a la órbita judicial y no pueden ser revisadas en abstracto.

En este sentido, resulta de una claridad significativa el dictamen emitido por el procurador general de la Nación en relación al precitado fallo “Rinaldi”, al

¹⁸ “Raúl O. Mouviel y otros”, *Fallos*, 237:636, del 17 de mayo de 1957.

¹⁹ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

²⁰ “Cocchia, Jorge c/ Estado nacional”, *Fallos*, 316:2624, del 2 de diciembre de 1993.

²¹ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

²² *Fallos*, CS 329:5913.

²³ *Fallos*, CS 330:855.

destacar que la crisis que demostró toda su intensidad y gravedad a fines de 2001 condujo, entre otras cosas, como es bien conocido, a la declaración legal del estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (ley 25.561).²⁴

“La doctrina de la emergencia no es tema novedoso en la historia argentina ni en la jurisprudencia del tribunal. Sin embargo, cabe atribuir características particulares y de inusitada gravedad a la crisis (...) que hizo eclosión por aquella época.”²⁵

“En efecto, es un hecho de público y notorio conocimiento que la Argentina se vio enfrentada al impacto de una crisis terminal de descomunales consecuencias sobre el bienestar del conjunto de la población. La abrupta caída de los niveles de producción y consumo, acompañados por un franco retroceso en las variables sociales, generaron el comienzo del derrumbe del régimen de política económica implementado durante la década del noventa.”²⁶

Asimismo, el precitado dictamen enfatiza que no se puede perder de vista el contexto económico, social e institucional en que se tomaron las medidas adoptadas para conjurar el estado de crisis, pues de lo contrario se corre el riesgo de encontrar soluciones abstractas y, por lo mismo, desvinculadas de la realidad nacional.²⁷

En este orden, cabe recordar un trabajo de Jorge Carlos Albertsen, “Sentido y Alcance de la Delegación Legislativa en la Reforma Constitucional”, Universidad Austral, 1995 (bajo la tutoría de Alfonso Santiago h.), en el cual el autor desarrolla con precisión la relevancia de la reforma introducida en el artículo 76 de la Constitución Nacional en 1994.

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

mentaria, el Poder Ejecutivo debe cuidar de no alterar el espíritu de la ley a través de su reglamentación; en cambio en el ejercicio de una potestad delegada, hace la ley, creando su espíritu.”

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

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo 860 de fecha 7 de julio de 2009, por el cual se sustituyen los artículos 35, 47 y 48 de la ley 22.919 y sus modificaciones, respecto de las facultades del Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares.

II.a. Análisis del decreto

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

La lectura del artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: *a)* la firma del señor jefe de Gabinete de Ministros y *b)* el control por parte de la comisión bicameral permanente, y como requisitos sustanciales conforme a las atribuciones conferidas por el artículo 76 de la Constitución Nacional: *a)* materias determinadas de administración o de emergencia pública, *b)* con plazo fijado para su ejercicio y *c)* dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

El decreto 860/09 en consideración ha sido dictado por la señora presidenta de la Nación, doctora Cristina Fernández de Kirchner, y refrendado por el señor jefe de Gabinete de Ministros, don Sergio T. Massa, y la ministra de Defensa, doctora Nilda Garré, de conformidad con el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional.

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

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

La posición adoptada por la comisión tiene fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional que establece: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta” y en el principio de seguridad jurídica que exige que se mantenga la vigencia de los

²⁴ Fallos, CS, 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/3/2007.

²⁵ Fallos, CS, 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

²⁶ Fallos, CS, 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

²⁷ Fallos, CS, 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

decretos de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso.²⁸

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 860/09.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último considerando del citado decreto que el mismo se dicta en uso de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo nacional mediante la ley 26.135.

Cabe recordar que, mediante la ley 26.135 se ratificó a partir del 24 de agosto de 2006 por el plazo de tres (3) años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración, entre las que se encuentran la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y de toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Honorable Congreso de la Nación, así como crear, organizar y fijar sus atribuciones.

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

Es dable precisar que, mediante el decreto objeto de análisis por el presente dictamen se sustituyen los artículos 35, 47 y 48 de la ley 22.919 y sus modificaciones, respecto de las facultades del Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares, el cual fuera creado por la ley 12.913 con la finalidad de recaudar fondos y capitalizar reservas.

²⁸ 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.

El precitado instituto es una entidad autárquica institucional con personería jurídica e individualidad financiera, cuya misión consiste en contribuir con el Estado nacional a la financiación de los haberes de retiro, indemnizatorios y de pensión, correspondientes a los beneficiarios; y liquidar y abonar los haberes mencionados, correspondientes a los beneficiarios y a los no beneficiarios, con arreglo a la Ley para el Personal Militar 19.101 y a la ley 22.919, con sus respectivas modificatorias y sus reglamentaciones.

En este orden, el referido Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares en su carácter de entidad autárquica institucional, funciona en el ámbito jurisdiccional del Ministerio de Defensa.

Así, entre las atribuciones que le acuerda al Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares su ley orgánica, figuran las contempladas en los artículos 26 y 48, en virtud de los cuales se lo faculta para otorgar créditos hipotecarios en primer grado para casa habitación y créditos personales o prendarios sin afectación especial de destino en todas sus modalidades, a favor del personal militar de las fuerzas armadas y del personal de Gendarmería Nacional con estado militar de gendarme, que se encuentre en actividad o en situación de retiro, y a sus pensionistas.

En este orden de ideas, el artículo 35 de la ley precitada, dispone que el servicio mensual inicial de los créditos no podrá exceder el cuarenta por ciento (40%) del sueldo y demás conceptos que concurran a la determinación del haber de retiro conforme con lo que establezca la normativa de aplicación, o del haber de retiro o pensión del que goce el beneficiario al momento de concertar el crédito; y que en su actualización periódica el servicio mensual de la deuda no superará el porcentual comprometido por el prestatario.

De este modo, el Poder Ejecutivo nacional considera que para lograr que los créditos que otorga el Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares cumplan con la finalidad de satisfacer los requerimientos de sus destinatarios, permitiéndoles, entre otros fines, acceder a una vivienda acorde a las necesidades de su grupo familiar, resulta necesario, por los valores de plaza, ampliar los montos que puedan obtener los prestatarios.

En ese sentido, resulta conveniente que el cálculo de los ingresos mensuales para determinar el monto del servicio mensual de la deuda se efectúe tomando en cuenta la totalidad de los ingresos que perciba el prestatario en forma habitual.

Por su parte, el artículo 47, inciso *a*), de la ley 22.919 y sus modificaciones, faculta al Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares a invertir en títulos valores nacionales, siempre que tengan la garantía del Estado nacional y que devenguen el más alto interés.

Asimismo, el Poder Ejecutivo nacional deja constancia en los considerandos del decreto objeto de análisis que, resulta aconsejable que la compra y venta de

títulos valores nacionales recaiga en títulos con cotización en la Bolsa o en el Mercado de Valores, y que se efectúe exclusivamente a través de bancos oficiales o de sociedades de Bolsa en las que un banco oficial posea más del noventa y cinco por ciento (95%) del capital accionario.

En conclusión y conforme lo expuesto ut supra, mediante el decreto 860 de fecha 7 de julio de 2009 se sustituyen los artículos 35, 47 y 48 de la ley 22.919 y sus modificaciones referida al Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares, los cuales quedarán redactados de la siguiente forma:

“Artículo 35. El servicio mensual inicial de los créditos que otorgue el instituto no podrá exceder el cuarenta por ciento (40%) del total de los ingresos mensuales por todo concepto, que perciba con carácter habitual el personal en actividad o en situación de retiro y sus pensionistas.

Cuando la certificación de ingresos sea requerida por el interesado para ser presentada en el Instituto, los servicios administrativo-financieros de las fuerzas armadas y de la Gendarmería Nacional la extenderán con la determinación del monto de afectación disponible, ajustándose exclusivamente a lo establecido en el presente artículo.”

“Artículo 47. Facúltase al Instituto a:

a) Invertir en títulos valores nacionales, siempre que tengan la garantía del Estado nacional, que devenguen el más alto interés y que su compra y venta recaiga en títulos con cotización en la Bolsa o en el Mercado de Valores y se efectúe exclusivamente a través de bancos oficiales o de sociedades de Bolsa en las que un banco oficial posea más del noventa y cinco por ciento (95%) del capital accionario.

b) Colocar sus disponibilidades financieras en los plazos y condiciones que permitan obtener la mayor rentabilidad en bancos oficiales exclusivamente.

c) Efectuar operaciones financieras en los sistemas de caja de ahorro y depósito a plazo fijo.

d) Operar sistemas de ahorro y préstamo participado.

e) Concertar otras operaciones financieras siempre que cuenten con la garantía del Estado.

f) Se podrán adquirir por suscripción directa letras del Tesoro emitidas en el marco de la ley 24.156 con o sin cotización en la Bolsa o en el Mercado de Valores.”

“Artículo 48. Facúltase al Instituto a otorgar créditos personales, con o sin garantía real, sin afectación especial de destino en todas sus modalidades en favor del personal militar de las fuerzas armadas y del personal de Gendarmería Nacional con estado militar de gendarme, que se encuentre en actividad o en situación de retiro y a sus pensionistas, dentro de los límites y condiciones que se reglamenten.

El servicio mensual inicial de los créditos que otorgue el Instituto no podrá exceder el cuarenta por ciento (40%) del total de los ingresos mensuales por todo

concepto, que perciba con carácter habitual el personal en actividad o en situación de retiro y sus pensionistas al momento de concertar el crédito.

Cuando la certificación de ingresos sea requerida por el interesado para ser presentada en el Instituto, los servicios administrativo-financieros de las fuerzas armadas y de la Gendarmería Nacional la extenderán con la determinación del monto de afectación disponible, ajustándose exclusivamente a lo establecido en el presente artículo.

Al servicio de la deuda le serán aplicables las prescripciones del artículo 37 de esta ley.”

No caben dudas entonces, de la adecuación del decreto a la materia y bases de la delegación, puesto que tal y como se expresara ut supra, mediante la ley 26.135 se ratificó a partir del 24 de agosto de 2006 por el plazo de tres (3) años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración.

De este modo, en el artículo 2° de la ley precitada se mencionan las materias determinadas de administración consideradas a los efectos de dicha ley, entre las que se encuentran precisamente “... la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y de toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Honorable Congreso de la Nación, así como crear, organizar y fijar sus atribuciones...”.

III. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 860/09, los requisitos formales y sustanciales establecidos en los artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional y de conformidad con los términos del artículo 13 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 860 de fecha 7 de julio 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 por medio del cual se comunica el dictado del decretos de delegación legislativa (DD) 860/09, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 76 y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y por los artículos 2, 13 y 19 de la ley 26.122.

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

Proyecto de resolución*La Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVE:

1° Rechazar el decreto delegado 860/09 por falta de adecuación a los requisitos sustanciales exigidos por la Constitución y la ley 26.122. Todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional y los artículos 13 y 22 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 comisión, 29 de julio de 2009.

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

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, inc. 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.”²⁹

Respecto de la intervención de las Cámaras y la Comisión Bicameral Permanente el artículo 99, inciso 3° en lo pertinente, dispone: “...El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara

para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras...”

El artículo 100, incisos 12 y 13, CN, lo siguiente: “... Al jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: ...12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.” “13. Refrendar conjuntamente 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 13 de la ley citada dispone además que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio.”

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

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

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

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

²⁹ Pérez Hualde, Alejandro. *Decretos de necesidad y urgencia: su ley especial. Derecho constitucional de la reforma de 1994 –II–*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 226 y ss.

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,³⁰ respecto de lo actuado por el Poder Ejecutivo Nacional, para su expreso tratamiento por el plenario de las Cámaras de acuerdo con lo dispuesto por la CN y la ley 26.122.

2. Análisis del DD

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

2.1. Consideraciones generales.

2.2.1 En primer lugar es preciso destacar que el decreto ha sido dictado invocando el artículo 100, inciso 12 de la Constitución Nacional, lo dispuesto por la ley 26.135 y lo previsto en los artículos 12 y 13 de la ley 26.122.

Sentado ello, y de acuerdo a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional por nuestra Carta Magna, corresponde a esta comisión la facultad para expedirse conforme lo establece los artículos 76, 100, incisos 12 y 13 CN y los artículos 2, 13 y 19 de la ley 26.122.

Textualmente el artículo 76 dice: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

2.1.2. No caben dudas que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto delegado reside en que el mismo verse sobre materias determinadas de administración o de emergencia pública dentro de un plazo fijado para su ejercicio y de acuerdo a las bases establecidas para la delegación legislativa.

³⁰ “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*, t. VI. *La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires. 1995, p. 444.

En forma reciente, nuestro máximo tribunal en el fallo “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”³¹ sostuvo que: “En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o “decretos delegados”), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a “materias determinadas de administración o emergencia pública”; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. El artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber: 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

La letra del texto constitucional (artículos 99, 3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. De todo ello se desprende que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por los tres poderes del Estado, cada uno en el papel que le toca, con el cuidado de no introducir, por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal” .

Asimismo señaló: “El principio fundamental de la doctrina de delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso... y no puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso puede dictar reglas de seguimiento obligatorio (*prospective force*). Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de temas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un gobierno nacional efectivo” .

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

Habrán dos aspectos que el Congreso no podrá soslayar conforme la consagración constitucional: *a*) la necesidad de su intervención en la consideración de la norma de excepción, y *b*) la necesidad de que debe existir una manifestación expresa (de aprobación

³¹ CSJN, “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ EN –PEN–, ley 25.414, decreto 1.204/01 s/ amparo”, sentencia del 4/11/2008.

o rechazo) ya que el artículo 82 de la Constitución Nacional y el artículo 22 de la ley 26.122 excluyen todo intento de considerar convalidado un DD por el mero silencio.

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

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

2.2. Razones formales

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

DD, número 860/09, publicado en el Boletín Oficial del 8 de julio de 2009, bajo el número 31.690, página 3, dictado por el Poder Ejecutivo nacional; sustitúyese el artículo 35 de la ley 22.919 y sus modificaciones, por el siguiente: Artículo 35. – El servicio mensual inicial de los créditos que otorgue el instituto no podrá exceder el cuarenta por ciento (40 %) del total de los ingresos mensuales por todo concepto, que perciba con carácter habitual el personal en actividad o en situación de retiro y sus pensionistas. Cuando la certificación de ingresos sea requerida por el interesado para ser presentada en el instituto, los servicios administrativo-financieros de las fuerzas armadas y de la Gendarmería Nacional la extenderán con la determinación del monto de afectación disponible, ajustándose exclusivamente a lo establecido en el presente artículo (artículo 1°). Sustitúyese el artículo 47 de la ley 22.919 y sus modificaciones, por el siguiente: Artículo 47. – Facúltase al instituto a:

- Invertir en títulos valores nacionales, siempre que tengan la garantía del Estado nacional, que devenguen el más alto interés y que su compra y venta recaiga en títulos con cotización en la Bolsa o en el Mercado de Valores y se efectúe exclusivamente a través de bancos oficiales o de sociedades de bolsa en las que un banco oficial posea más del noventa y cinco por ciento (95 %) del capital accionario.
- Colocar sus disponibilidades financieras en los plazos y condiciones que permitan obtener la mayor rentabilidad en bancos oficiales exclusivamente.
- Efectuar operaciones financieras en los sistemas de caja de ahorro y depósito a plazo fijo.
- Operar sistemas de ahorro y préstamo participado.
- Concertar otras operaciones financieras siempre que cuenten con la garantía del Estado.
- Se podrán adquirir por suscripción directa letras del Tesoro emitidas en el marco de la ley 24.156 con o sin cotización en la Bolsa o en el Mercado de Valores (artículo 2°). Sustitúyese el artículo 48 de la ley 22.919 y sus modificaciones,

por el siguiente: Artículo 48. – Facúltase al instituto a otorgar créditos personales, con o sin garantía real, sin afectación especial de destino en todas sus modalidades en favor del personal militar de las fuerzas armadas y del personal de Gendarmería Nacional con estado militar de gendarme, que se encuentre en actividad o en situación de retiro y a sus pensionistas, dentro de los límites y condiciones que se reglamenten. El servicio mensual inicial de los créditos que otorgue el instituto no podrá exceder el cuarenta por ciento (40 %) del total de los ingresos mensuales por todo concepto, que perciba con carácter habitual el personal en actividad o en situación de retiro y sus pensionistas al momento de concertar el crédito. Cuando la certificación de ingresos sea requerida por el interesado para ser presentada en el Instituto, los servicios administrativo-financieros de las fuerzas armadas y de la Gendarmería Nacional la extenderán con la determinación del monto de afectación disponible, ajustándose exclusivamente a lo establecido en el presente artículo. Al servicio de la deuda le serán aplicables las prescripciones del artículo 37 de esta ley (artículo 3°).

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

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

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

2.3 Razones sustanciales

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

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

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

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

Tomamos como fundamento el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establecido que “los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares”.³²

Asimismo, la Corte expresa recientemente: “Que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva “dentro de las bases que el Congreso establezca”....

Pero, el riesgo que de todos modos enfrentan las Constituciones al admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa.”³³

Precisamente, este mismo tribunal, entendió que tal anomalía debe ser controlada por el Poder Judicial en estos términos: “Los caminos que se abren a los tribunales que deben resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo de facultades delegadas de manera indeterminada son en general dos: o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga. Este último es el que predominantemente ha seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos (ver Tribe, Lawrence, *Constitutional Law*, 3ª edición, Nueva York, 2000, pp. 988/989). Por ejemplo, en un caso del año 2001, dicho tribunal convalidó un artículo de la ley de aire limpio (Clean Air Act) que delegó en la agencia respectiva (Environmental Protection Agency) una competencia sumamente amplia para fijar estándares tolerables de polución, pero, al mismo tiempo, los jueces rechazaron que, a partir de esa generalidad, el ente regulador pudiera inferir una autorización para tomar en cuenta los costos de implementación de tales estándares (Whitman v. American Trucking Associations, 531 U.S. 457)”.³⁴

³² CSJN. Fallos, 326:417 “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ Amparo”, sentencia del 5/3/2003).

³³ Considerando 11 del voto de la mayoría en el Colegio Público de Abogados.

³⁴ Considerando 11 del voto de la mayoría en el Colegio Público de Abogados.

Por ello, debemos analizar argumentación del DD 860/09 a fin de ver si se adecua a unas bases de delegación precisas que requieren el dictados de este tipo de normas.

En este sentido, si vemos los fundamentos invocados por el decreto bajo análisis, surge la vaguedad e imprecisión de las bases de delegación invocadas:

El DD 860/09 expresa: Que por la ley 26.135 se ratificó a partir del 24 de agosto de 2006 por el plazo de tres (3) años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración, entre las que se encuentran la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y de toda otra entidad que por disposición constitucional le competa al Honorable Congreso de la Nación, así como crear, organizar y fijar sus atribuciones...”.

De lo expresado en los considerandos del decreto, se interpreta que está fundado en el artículo 1º de la ley 26.135, que en la parte pertinente expresa: “Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo nacional, ratifícase en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2006 por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El Poder Ejecutivo nacional ejercerá su atribución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional”.

En consecuencia, sometiendo a esta prueba, (test) de constitucionalidad, al DD 860/09 remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración, advertimos que no reúne los requisitos sustanciales exigidos a la norma reglamentaria por no adecuarse ni fundarse en bases de delegación precisa y ser las mismas extremadamente generales.

Refuerzan la presente posición, las manifestaciones vertidas por los legisladores nacionales en oportunidad de sancionarse la ley 26.135. Basta recordar las siguientes expresiones:

“A partir de este doble propósito del proyecto lo juzgamos por un lado innecesario, y por el otro inconveniente e inconstitucional. Opinamos que es innecesario en lo relativo a la ratificación o aprobación de la legislación delegada dictada por el Poder Ejecutivo, e inconveniente e inconstitucional en lo atinente a la prórroga de esa delegación por tres años más a favor del Poder Ejecutivo.”³⁵

“...Por otro lado, el segundo objetivo que persigue este proyecto es el de prorrogar una vez más —en

³⁵ Versión taquigráfica, ley 26.135, Cámara de Diputados, Tonelli, Pablo Gabriel, disponible en: www.diputados.gov.ar

este caso por tres años— la totalidad de la delegación legislativa sancionada por el Poder Ejecutivo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En ese sentido, juzgamos innecesaria, inconveniente e inconstitucional esta delegación. En primer lugar, porque las bases de la delegación no han sido claramente establecidas en el proyecto en consideración, tal como lo exige el artículo 76 de la Constitución Nacional. En segundo término, por el mecanismo de la prórroga la delegación no tiene un plazo determinado, convirtiéndose en una delegación atemporal. Esto también viola la previsión del artículo 76 de la Constitución Nacional, que establece que la delegación legislativa tiene que hacerse por un tiempo determinado.”³⁶

“En algunos casos puede tratarse de decretos emitidos sobre la base de facultades propias, pero en muchas situaciones no; de lo contrario, no estaríamos invocando esta ley. Entonces, en vez de someter cada una de estas normas al control estipulado en el inciso 12) del artículo 100 de la Constitución, en el artículo 3° del proyecto de ley se dispone la aprobación de la totalidad de la legislación delegada dictada entre 2004 y 2006. Este es el problema...”³⁷

En conclusión, de la lógica relación entre las directrices establecidas por la jurisprudencia, la opinión doctrinaria y la doctrina de los dictámenes de la UCR con las manifestaciones de las versiones taquigráficas transcriptas se desprende que el decreto delegado no se ajusta a las previsiones de la Constitución Nacional al no fundarse jurídicamente el mismo en bases precisas, sino en vagas y genéricas que no permiten definir una política legislativa específica. La aprobación de este tipo de decretos que no acreditan que la decisión del Poder Ejecutivo esta encauzada dentro de la concreción de una específica política legislativa que tuvo en miras este Congreso al delegar las facultades, generaría necesariamente, una grave afrenta a la división de poderes desequilibrando el sistema de frenos y contrafrenos que el constituyente de 1994, ha querido equilibrar, tratando de atemperan el presidencialismo e instrumentando la delegación de facultades dentro de los parámetros establecidos por artículo 76 de la Carta Magna.

3. Conclusión

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

Recordemos que esta comisión, es un reaseguro que la Constitución de 1994 incorporó como instancia de seguimiento y de control ante la incorporación constitucional de la posibilidad excepcional del presidente de emitir normas de carácter legislativo. Sin la existencia de este cuerpo y sin la posibilidad de tener

un tratamiento legislativo, en el ámbito de la Comisión Bicameral Permanente, de los decretos de necesidad y urgencia, las facultades delegadas al Poder Ejecutivo y la promulgación parcial de leyes, se viola la esencia republicana y los principios del Estado de derecho.

Dentro de este marco de control, esta comisión no puede convalidar el presente decreto delegado, por que una posición contraria, vulneraría la esencia republicana plasmada en la Carta Magna.

De lo expresado precedentemente se desprende que se dicta un decreto delegado que no reúne los requisitos sustanciales exigidos a la norma reglamentaria por no adecuarse ni fundarse en bases de delegación precisa, siendo las mismas, extremadamente vagas para determinar una concreción de la específica política legislativa del Congreso.

El Congreso de la Nación debe rechazar este decreto.

Por ello, toda vez que el decreto delegado 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, se propone su rechazo.

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

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 delegación legislativa (DDL) 860/2009, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 76 y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y por los artículos 2°, 13 y 19 de la ley 26.122.

Por 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:

Artículo 1° – Rechazar el decreto de delegación legislativa 860/2009 dictado el día 7 del mes julio de 2009.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Dado en la sala de la comisión el día 28 de julio de 2009.

Julián M. Obiglio.

³⁶ Versión taquigráfica, ley 26.135, Cámara de Diputados, Tonelli, Pablo Gabriel, disponible en: www.diputados.gov.ar

³⁷ Versión taquigráfica, ley 26.135, Cámara de Diputados, Rodríguez, Marcela Virginia, disponible en: www.diputados.gov.ar

INFORME

Honorable Cámara:

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad a fin de someter a su consideración el presente rechazo respecto del decreto de delegación legislativa número 860/2009 (BO 8/7/09), por el que se otorgan facultades al Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares a los fines de que dicha institución cumpla acabadamente con sus finalidades.

El titular del Poder Ejecutivo dictó el decreto bajo análisis, tal como surge expresamente de los considerandos del decreto en uso de las facultades que le confiere el artículo 2, inciso a, de la ley 26.135, ratificatoria de la totalidad de la delegación legislativa.

Es indudable entonces que el decreto 860/2009 pretendió ser dictado con el carácter de “decreto de delegación legislativa” y, como tal, debe ser objeto de consideración y dictamen por parte de esta comisión (artículos 76 y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional, y artículos 2°, 13 y 19 de la ley 26.122.)

I. De la división de poderes

A los fines del análisis del decreto de delegación legislativa 860/2009 resulta necesario partir por considerar el principio establecido en el artículo 76 de la Constitución Nacional, según el cual “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo...”.

El principio aludido es una emanación propia, y condición de vigencia, de la doctrina de la división de poderes, que en la doctrina constitucional argentina constituye una pieza fundamental del sistema de preservación de la libertad.

La división de poderes es inclusive anterior a nuestra Norma Fundamental, toda vez que entronca en la primitiva tradición constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, que a través de don Juan Bautista Alberdi, se constituyó en el principal antecedente de la Constitución Nacional de 1853. Su objeto no es otro que la prevención del despotismo, entendiendo por tal la alteración decisiva a favor del Ejecutivo de la esfera de competencia de los poderes integrantes del Estado. Circunstancia ésta que, por lo demás, constituye el fundamento del artículo 29 de la Constitución Nacional en el cual se establece que: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público...”

A este respecto corresponde citar: “...El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares. Esta norma de acción que consiste en suplir, por medio de intereses rivales y opuestos, la ausencia de móviles más altos, se encuentra en todo el sistema de asuntos humanos, tanto privados como públicos. Lo vemos especialmente cada vez

que en un plano inferior se distribuye el poder, donde el objetivo constante es dividir y organizar las diversas funciones de manera que cada una sirva de freno a la otra para que el interés particular de cada individuo sea un centinela de los derechos públicos. Estos inventos de la prudencia no son menos necesarios al distribuir los poderes supremos del Estado. Pero es imposible darle a cada departamento el mismo poder de autodefensa. En el gobierno republicano predomina necesariamente la autoridad legislativa...” (“El Federalista –Hamilton o Madison–”, LI, publicado en “El Correo de Nueva York”, el 8 de febrero de 1788.

La pertinencia de la cita de doctrina, deviene oportuna a mérito del carácter de antecedente fundamental que la Constitución Federal estadounidense reviste respecto de la propia. Tanto más cuanto que 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). Coincide en ello el juicio del doctor Joaquín V. González (*Manual de la Constitución Argentina*, pág. 310, 26ª ed., Angel Estrada y Cía., Buenos Aires, 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 hombres “contra las tentativas de tiranía”.

Tan inherente es la división de poderes a la vigencia republicana que 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 la división de poderes “no ha sido concebida para que cada uno de los departamentos actúe aisladamente” (*Fallos*, 313-1638). Por el contrario, el propio texto constitucional establece que debe existir entre los distintos poderes “una natural interrelación funcional que asegure una necesaria coordinación” (*Fallos*, 313-1513). Tanto es así que nuestra norma fundamental, y anteriormente la jurisprudencia, prevé que el Poder Ejecutivo participe no sólo del proceso de formación y sanción de las leyes, sino también y en casos limitados, autoriza expresamente al Congreso Nacional a delegar en el Ejecutivo sus facultades legislativas. Respecto al tema, el doctor Juan Carlos Cassgné sostiene que: “...La atribución de la potestad reglamentaria al Ejecutivo responde a los principios de equilibrio, que están en la base de la teoría de Montesquieu, permitiendo su ejercicio no sólo para reglamentar las leyes del Congreso, sino también para dictar normas generales en determinadas situaciones que derivan tanto de sus propias facultades como órgano jerárquico superior de la administración pública (ex artículo 86, inciso 1, Constitución Nacional) como de las atribuciones vinculadas al estado de necesidad y a la eficacia de la realización de los fines constitucionales (esto último, a través de la figura de la delegación), facultades

que deberá ejercer, en cualquier caso, bajo el control permanente del Congreso...” (“La configuración de la potestad reglamentaria”, L.L. diario judicial, 26-11-2003, *La Ley*, 2004-A, 1144.)

Así, y como excepción a la prohibición general de la delegación legislativa, en el mismo artículo 76 de la Constitución Nacional se establecen dos salvedades, en cuanto y en tanto la delegación verse “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...”. O en palabras del doctor Julio R. Comadria: “...Como excepción a la prohibición, se habilita una delegación circunscripta a materias y a una situación y, en ambos casos, ejercitable con arreglo a límites materiales y temporales...” *Derecho administrativo*, (Editorial Abeledo Perrot, pág. 265)

Circunstancia excepcional que debe interpretarse en sentido restrictivo, limitado y circunscripto.

En modo alguno la excepción prevista debe ser desvirtuada y entendida como la posibilidad de violentar el principio de la “división de poderes”, permitiendo que el Ejecutivo se exceda de los límites de la legislación, ni autorizando al Congreso a desligarse de las atribuciones legislativas cedidas, que por esencia le son propias, lo configuran y caracterizan.

II. Primera conclusión

De lo manifestado podemos colegir que ignorar los límites de la delegación legislativa emanados del artículo 76 de la Constitución Nacional conllevaría indefectiblemente al avasallamiento de la división de poderes.

Que en el supuesto que el Poder Ejecutivo nacional se avocara ha cumplir una materia que no es propia de la delegación, o se excediera de las bases de la delegación efectuada, estaría sin más remedio afectando el sistema de frenos y contrapesos establecido en nuestro sistema constitucional, e hiriendo así gravemente, las bases y los cimientos de nuestra República democrática.

Por lo tanto, en cada caso en que deba determinarse si un decreto de delegación legislativa ha sido dictado de conformidad con la previsión constitucional, o no, será necesario verificar la existencia de los supuestos establecidos. El análisis de esta comisión deberá producirse aplicando siempre un criterio de interpretación restrictivo, dado el carácter excepcional de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.

III. Consideraciones del análisis

En concordancia con lo expuesto la ley 26.122, en el capítulo II, del título III, sobre delegación legislativa, establece en su artículo 13 los criterios de examen conforme a los cuales esta Comisión Bicameral Permanente debe expedirse expresamente. En el mismo se establece que el análisis debe recaer “sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales

establecidos constitucionalmente para su dictado”, esto es, la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio.

No hay dudas entonces que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto delegado reside en que éste verse sobre materias determinadas de administración o de emergencia pública dentro de un plazo fijado para su ejercicio y de acuerdo a las bases establecidas para la delegación legislativa.

En este orden de ideas, la lectura del artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional nos 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;
- c) El control por parte de la Comisión Bicameral Permanente.

En cuanto a los requisitos sustanciales, los mismos se derivan de las atribuciones conferidas por el artículo 76 de la Constitución Nacional, los que podemos resumir en;

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

Por su parte la ley 26.122, en sus 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.

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”.

Asimismo el artículo 82 de la Constitución Nacional, establece que la voluntad de cada Cámara, debe manifestarse expresamente, eliminando así la posibilidad de aprobación tácita o ficta.

Artículo 82 CN “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

IV. El decreto 860/2009

El decreto 860/2009, del 7 de julio de 2009, fue dictado por el Poder Ejecutivo nacional a fin otorgar al Instituto de Ayuda Financiera para Pagos de Retiros y Pensiones Militares, ley 22.919 determinadas facultades a los fines de que cumpla más acabadamente su finalidad. El decreto dispone que:

- a) Se establece que el servicio mensual inicial de los créditos que dicho instituto otorgue se calcularan sobre la base del total de los ingresos mensuales por todo con-

cepto y no simplemente por la remuneración obtenida en su calidad de miembro de las fuerzas de seguridad.

Se faculta al instituto a otorgar créditos personales, con o sin garantía real, y sin afectación especial de destino en todas sus modalidades a favor del personal militar de las fuerzas armadas y del personal de Gendarmería Nacional con estado militar de gendarme, que se encuentre en actividad o en situación de retiro y a sus pensionistas, dentro de los límites y condiciones que se reglamenten.

Asimismo, se faculta al instituto a invertir en títulos valores nacionales, siempre y cuando tengan la garantía del Estado nacional y que devenguen el más alto interés.

V. *Análisis de los requisitos formales*

El decreto 860/2009 cumple con los requisitos formales dado que 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, señor Sergio T. Massa y la señora ministra de Defensa de conformidad con el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional.

Asimismo, cumple también con lo establecido por la ley 26.122, artículo 13, respecto de la obligación del Poder Ejecutivo de someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente dentro de los 10 días.

VI. *Análisis de los requisitos sustanciales*

Podemos establecer que existe delegación legislativa cuando el Parlamento encarga su ejercicio al Poder Ejecutivo.

Recordemos que nuestra Constitución está estructurada sobre el principio fundamental de la estricta separación y distribución de los poderes, resultando inviable la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo. Procurando de esta manera, conforme lo expresa su propio artículo 29, evitar toda concentración de poder.

Teniendo en miras ese objetivo, la excepción establecida en el artículo 76 de la Constitución Nacional que autoriza la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo debe ir acompañada de una interpretación restrictiva, limitada y concordante con toda nuestra Norma Fundamental.

Decimos concordante ya que si bien el artículo 76 de la Constitución autoriza la delegación de facultades legislativas en casos de administración o emergencia pública, ello no significa que el Congreso pueda comisionar, al órgano ejecutivo, el ejercicio de cualquiera de las funciones que le asigna la Ley Fundamental, y menos como en el caso en análisis, cuando la norma referida como delegante (ley 26.135) no remite ni hace mención a una legislación delegante determinada, es decir, se adolece de extrema vaguedad.

Este punto de referencia debe ser el que debe guiar la labor de esta comisión bicameral para el análisis sustancial del decreto 860/2009.

La norma “supuestamente” delegante (ley 26.135) no es en sentido estricto una ley delegante, sino una prórroga de la totalidad de la legislación delegante. Si así la consideráramos, la misma carecería de suficiente precisión respecto de las materias delegadas y de límites precisos para que el órgano ejecutivo ejerza las potestades delegadas. No individualizando bases de delegación alguna, remitiéndose a generalidades.

Posibilitando así, a través una interpretación amplia y a nuestro criterio errada (en la cual se ampara el decreto 860/2009), otorgar al órgano ejecutivo una especie de carta en blanco para regular sin límite alguno.

VII. *Conclusión final*

Si bien la finalidad del decreto es justa y de una necesidad evidente, las formas y circunstancias de su dictado no cumplen con los requisitos constitucionales necesarios para su aprobación en esta comisión.

En primer lugar, no cumple el requisito constitucional en su sustancia porque en el cuerpo del decreto mismo no se especifica ni se menciona cuál es la normativa delegante que establece las bases de delegación que el Congreso eventualmente fijara. A este respecto, el DDL 860/09 sólo hace mención a la ley 26.135 la cual ratificó a partir del 2 de agosto de 2006, y por el plazo de tres años a todo el universo de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración, pero sin hacer mención a la norma particular que delegara, en su momento, las atribuciones que en el decreto se invoca.

Por otro lado desde el bloque que integro hemos criticado permanentemente la delegación legislativa que el Congreso hizo en cabeza del Poder Ejecutivo nacional. Ratificar esta delegación es disminuir y restar las facultades propias de este Congreso en beneficio del propio Poder Ejecutivo perjudicando así el equilibrio entre poderes.

Por los fundamentos expuestos, y considerando incumplidos los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional, de conformidad con los términos del artículo 13 de la ley 26.122, se aconseja declarar expresamente el rechazo del decreto 860 del 7 de julio de 2009.

Julián M. Obiglio.

IV

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional, y en

la ley 26.122, ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo nacional 860 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 del decreto 860/2009
2. Comuníquese.

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

Sala de la comisión, 29 de julio de 2009.

Marcela V. Rodríguez.

INFORME

Honorable Cámara:

El decreto 860/2009 modifica diferentes artículos de la ley 22.919 y, correlativamente, las funciones del Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares. El mencionado decreto se dicta en virtud de la ley 26.135, que ratificó en el Poder Ejecutivo nacional a partir del 24 de agosto de 2006 y por el plazo de tres años, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración, entre las que se encuentran la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y de toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Congreso de la Nación, así como crear, organizar y fijar sus atribuciones.

Por las razones que se exponen a continuación, propongo el rechazo del decreto 860/2009, dictado en clara vulneración a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

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

Es conveniente comenzar con un breve repaso histórico de la incorporación de las delegaciones legislativas en nuestra práctica jurídica. En este sentido, pueden identificarse tres grandes etapas. La primera está caracterizada por un fuerte rechazo doctrinario de los principales juristas de nuestro derecho constitucional, quienes consideraban totalmente prohibida toda posible delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo. Tal es así, que dos de los principales manuales de la materia ni siquiera analizaban la cuestión.³⁸

³⁸ Ver González Calderón, J. A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., revisada por E. J. Miqueo Ferrero, Depalma, 1981, pp. 303-305. González, J.V.; *Manual de la Constitución Argentina*; Angel Estrada y Cía.

En la misma línea, el propio Linares Quintana descalificaba este instituto de manera categórica al analizarlo bajo una dicotomía extrema “en lugar de hacer la exposición de sus extensas argumentaciones para fundar su posición, debieran formular el verdadero planteo del problema: o aceptan o rechazan la división de poderes”.³⁹

En la segunda etapa, a través de varios *leading cases*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido incorporando, no sin ciertas dudas, esta práctica en nuestro país, la que contribuyó a la configuración y el fortalecimiento de un hiperpresidencialismo atrofiado.⁴⁰ En primer lugar, debemos hacer referencia al caso “Delfino”.⁴¹ Allí se discutía una multa impuesta por la Prefectura General de Puertos a los agentes del vapor alemán “Bayen”, por infracción al Reglamento del Puerto de la Capital. El apelante sostenía que las normas que determinaban esa pena eran inconstitucionales por constituir una delegación de facultades legislativas, y que el Poder Ejecutivo carecía de atribuciones para crear sanciones penales de un presunto poder de policía que la Constitución ha puesto exclusivamente en manos del Poder Legislativo.

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

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

³⁹ Linares Quintana, S. V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1963, t. VIII, pp. 183-184.

⁴⁰ Nino, C., “Fundamentos de derecho constitucional”; Astrea, 1992, pp. 569-656.

⁴¹ CSJN, 20/6/1927, “A. M. Delfino y Cía”, La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial.

El segundo caso relevante es “Mouviel”,⁴² donde dos imputados, ante la condena a sufrir penas de arresto por infracción a los edictos policiales sobre “desórdenes” y “escándalo”, interpusieron recurso extraordinario, sosteniendo que el régimen de faltas vigente y las sentencias de 1ª y 2ª instancias son violatorias de la Constitución Nacional, dado que la concentración de las facultades judicial, ejecutiva y legislativa en materia de faltas por parte del jefe de Policía violaría el principio de la división de los poderes establecido por la Constitución. La Corte hizo lugar al recurso, revocando la sentencia. Al hacerlo, expresó, sobre la base del principio de legalidad penal, que “existe la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18). Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido (artículo 86, inciso 2)” (*Fallos*, t. 191, p. 245”).

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

En tercer lugar, y sólo 3 años después de “Mouviel”, la Corte volvió a expresarse sobre la delegación de facultades en “Prattico”.⁴³ El caso gira en torno a un aumento de salarios que había decretado el presidente invocando una ley que, “con el objeto de reprimir la especulación, el agio y los precios abusivos”, facultaba al Ejecutivo a “fijar las remuneraciones”. La Corte adoptó una visión permisiva al asumir que “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse

inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo” y puso como requisito –verificado en el caso– el de que “la política legislativa haya sido claramente establecida”.

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

Por último es de destacar el caso “Cocchia”⁴⁴ donde se demandaba la inconstitucionalidad del decreto PEN 817/92 que había derogado un convenio colectivo de trabajo. El dictamen de la mayoría puntualizó que la norma impugnada “no es más que uno de los instrumentos cuya implementación el legislador confió en el Poder Ejecutivo para llevar a cabo la política de reforma del Estado por aquél decidida” en lo que calificó como “un sistema jurídico” integrado en la emergencia por las leyes 23.696, 23.697 y 23.928, “tendiente a proteger y estimular el marco de libertad indispensable para el funcionamiento de una economía de mercado en la cual el Estado asume un papel exclusivamente subsidiario”. Sobre esa base, la mayoría reconoce en ese “bloqueo de legalidad” el soporte de “un programa de gobierno aprobado por el Congreso” que reputa idóneo para tener por configurado el estándar de “Prattico” de “una clara política legislativa”.

Asimismo, Boggiano, sostuvo que actualmente se requiere una estrecha colaboración en las ramas legislativa y ejecutiva, relación que “encontraría una injustificada e inconveniente limitación si sólo se permitiera al Congreso encomendar al Ejecutivo la reglamentación de detalles y pormenores”, y admite una flexibilización de “Prattico” al conceder que “el estándar debe estar dotado de la razonabilidad prácticamente exigible de acuerdo con las circunstancias en medio de las cuales se sancionó”.⁴⁵

Las disidencias en este fueron contundentes. Fayt y Belluscio expresaron que “la pretensión del Estado nacional entraña una suerte de delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este tribunal”. Y realizan una distinción al sostener que “la tendencia se muestra más favorable a admitir la delegación cuando se trata de materias técnicas”, mientras que “cuando están involucrados derechos individuales, la garantía del debido proceso exige que la restricción tenga su origen en una ley en sentido formal y material”. Por último, estimaron que la cuestión y los precedentes del tribunal confluyen en propiciar una interpretación estricta, afirmando así que “toda duda conduce a la indelegabilidad”.⁴⁶ En síntesis, la mayoría en “Cocchia”, tal como afirma

⁴² CSJN, 17/5/1957, “Mouviel, Raúl O. y otros”, La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial.

⁴³ CSJN, 20/5/1960, “Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.”, La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial.

⁴⁴ CSJN, 2/12/1993, “Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro”, Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, “La Ley”, 1994-B, 643.

⁴⁵ Cons. 29º.

⁴⁶ Cons. 14º.

Sagüés, produjo el último intento de dar algún barniz de constitucionalidad formal a la prácticamente consumada delegación de atribuciones parlamentarias en el presidente y así la reforma de 1994 tuvo que rendirse ante la evidencia de los hechos resignándose a procurar un encuadre de ese fenómeno.⁴⁷

Finalmente, la tercera etapa se caracteriza por el reconocimiento normativo-constitucional de la delegación de facultades en el artículo 76 de la Constitución Nacional a partir de la reforma llevada adelante en el año 1994; reconocimiento que se analiza a continuación con mayor detalle.

II. *La interpretación restrictiva del artículo 76 de la Constitución Nacional*

II. 1 *Introducción*

Una primera aclaración en torno a lo regulado por el artículo 76 es la obligatoriedad de su interpretación restrictiva.

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

Esta es la conclusión a la que se arriba de una lectura de las normas constitucionales, especialmente si tenemos en cuenta un criterio sistemático de interpretación, de modo que todas las normas del sistema que forman la Constitución Nacional puedan ser interpretadas de manera que se concilien entre ellas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la primera regla interpretativa es darle pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, con los principios y garantías de la Constitución.⁴⁸

La Constitución contiene varias disposiciones expresas en relación con la cuestión que nos ocupa. Una de ellas está en el artículo 99, inciso 3. La otra disposición es del artículo 76, que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en aquellas materias determinadas de administración o de emergencia pública con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. Finalmente, otra norma a tener en cuenta en este análisis es la vieja cláusula de defensa de la democracia que está contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “El Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumi-

siones o supremacías por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quede a merced del gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que lo formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

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

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

En este mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia. Así, en el caso “Verocchi”⁴⁹, la Corte expresó que “los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el artículo 1° de la Constitución nacional... Considérese que la reforma fue fruto de la voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista”.⁵⁰ Y agregaron: “El texto nuevo es elocuente [...] la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”.⁵¹ En el caso “Guida”⁵², Petracchi⁵³ recordó la formulación de este principio general. Y esta doctrina se repite en la causa “Kupchik”⁵⁴, en el voto de mayoría.⁵⁵

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo una postura similar respecto a las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo. En este sentido, expresó que dichos actos son válidos siempre que “estén autorizadas por la propia

⁴⁹ CSJN, 19/8/1999; “Verocchi, Ezio c/Administración Nacional de Aduanas”, “La Ley”, 2000-A, 88.

⁵⁰ Cons. 7°.

⁵¹ Cons. 8°.

⁵² CSJN, 2/6/2000, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo”, “La Ley”, 2000-C, 828.

⁵³ Cons. 8° de su disidencia.

⁵⁴ CSJN, 17/3/1998, “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central y otro”, *Fallos*, 321:366.

⁵⁵ Cons. 14°.

⁴⁷ Sagüés, N. *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed. t. I, Astrea, 2003, pág. 603.

⁴⁸ *Fallos*, 281:147 y otros.

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”.⁵⁶

II.2. *Las intenciones de los y las constituyentes*

Otro argumento a favor de una interpretación restrictiva del artículo 76 es la intención original que motivó dicha disposición normativa. Ante las dudas en la interpretación de las diferentes cláusulas constitucionales, el abordaje originalista, aunque con ciertos límites, resulta un método jurisprudencial y doctrinariamente aceptable.⁵⁷

Como sostiene Gelli, “los excesos en la práctica de la delegación legislativa llevaron a los convencionales constituyentes de 1994 a establecer el principio de la prohibición”.⁵⁸

En pocas palabras, la intención de los y las constituyentes fue doble: por un lado, reconocer de modo expreso al fenómeno de la delegación que se encontraba ausente hasta entonces en la letra de la Constitución para fijar criterios claros de funcionamiento. Por otro lado, quiso establecer ciertos límites a dicha delegación que, de acuerdo con la nueva norma, está sujeta a diversos condicionamientos.

II.3. *El sistema de división de poderes*

Por último, la interpretación de este artículo no puede desdecirse del diseño institucional plasmado por nuestra Constitución Nacional. Es de recordar que la doctrina de la separación de los poderes es una garantía a las libertades individuales. Ha dicho Justo López que este principio “constituye una respuesta al problema relativo a si la conducta de los gobernantes [...] debe o no estar encuadrada y limitada por normas jurídicas de derecho positivo. Esa respuesta, y por tanto esa doctrina, se concreta en la afirmación de que –con la finalidad de asegurar la libertad de los seres humanos– la actividad estatal –es decir, la de aquellos que se imputa al Estado– no debe estar totalmente en las mismas y únicas manos, sino que debe estar repartida entre distintos órganos”.⁵⁹

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 ya establecía en su artículo 16 que: “La sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de poderes, carece de Constitución”. Tal como Locke –precursor de la doctrina– la planteaba, la teoría de la división o separación

de poderes ofrecía las siguientes características: a) es un sistema contra la “opresión” del poder tiránico; b) la separación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo encuentra fundamento racional en la necesidad de la aplicación constante de las normas generales; c) debe existir la supremacía del Legislativo.⁶⁰

Montesquieu reformuló la doctrina de la división de poderes en la forma que hoy es reconocida, destacando siempre su carácter de garantía a la libertad de las personas. Fue él quien visualizó las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Tales funciones pueden o no ser ejercidas por el mismo órgano. “En el primer caso, no hay libertad; para que ésta exista ‘es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro’ y para ello deben atribuirse los distintos ‘poderes’ (con sus ‘funciones’ respectivas) a distintos ‘órganos’. Este es el sistema adecuado para salvaguardar la libertad. La tendencia del poder es hacerse despótico. Sólo el poder es capaz de frenar al poder”.⁶¹

Más recientemente, Lowenstein ha destacado también que los destinatarios del poder salen beneficiados si las distintas funciones son realizadas por órganos diferentes: “La libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes”.⁶²

A tal punto es importante este principio, que Bidart Campos considera a la forma republicana de gobierno como un contenido pético de la Constitución.⁶³

El sistema republicano adoptado por nuestro país –que, entre otras cuestiones, incluye la división de poderes– se inscribe dentro de esta posición. Si la finalidad del principio de separación de poderes es controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas, la violación a este principio importa la violación a las garantías individuales. Así se ha manifestado la doctrina: “La finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitara la centralización en la toma de decisiones públicas. Por eso la concentración del poder es rechazada enérgicamente en el artículo 29 de la Constitución Argentina”.⁶⁴

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

⁵⁶ Locke, J., *Tratado sobre el gobierno civil*, FCE, 2004, Bs. As.

⁶¹ Mario Justo López, ob. cit., p. 393. El resaltado es propio.

⁶² Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*; Barcelona, Ariel, p. 153.

⁶³ Bidart Campos, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 195.

⁶⁴ Gelli, M.A., ob. cit., p. 19. El resaltado es propio.

⁵⁷ Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno*, Astrea, 1996, capítulo II.

⁵⁸ Gelli, M.A., *Constitución Nacional. Comentada y concordada*, La Ley, 2002, p. 620.

⁵⁹ Mario Justo López, *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, 2ª edición, p. 391. El resaltado es propio.

y garantiza la división e independencia de los poderes como una seguridad de aquellos derechos”.⁶⁵

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el alcance de las prohibiciones contenidas por el artículo 29 CN⁶⁶, al afirmar que: “La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza”.⁶⁷

Al constituir la división de poderes una garantía para las libertades individuales, su violación implica, entonces, una violación actual de nuestras garantías constitucionales. Así, la doctrina ha destacado que “de las declaraciones y derechos subjetivos pueden inferirse garantías institucionales, tales como [...] la división de poderes...”.⁶⁸

II.4. *Los requisitos del artículo 76 CN*

II.4.1. *¿Qué tipo de delegación se permite?*

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

Tal como nos referimos en el acápite previo, debemos hacer una interpretación absolutamente restrictiva, dado que la intención del Constituyente ha sido la de prohibir –como regla– toda clase de delegación legislativa.⁶⁹ Por ello, la delegación propia se encuentra prohibida por el artículo 76 de la Constitución, que únicamente autoriza la denominada delegación impropia, que consiste en la posibilidad de delegar la atribución de dictar ciertos detalles o pormenores de la ley, respetando las pautas establecidas por el propio legislador.

En efecto, el citado artículo 76 de la Constitución Nacional únicamente admite este tipo de delegación en el Poder Ejecutivo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, en forma excepcional bajo estricto cumplimiento de las exigencias allí previstas.

II.4.2. *Materias determinadas de administración y emergencia pública*

El texto del artículo 76 sostiene que la delegación sólo es admitida en “materias determinadas de admi-

nistración” o de “emergencia pública”. Ahora bien, ¿cuáles son las situaciones específicas comprendidas en la cláusula constitucional?

A pesar de la imprecisión y vaguedad conceptual de ambos conceptos,⁷⁰ se ha afirmado que “materias determinadas de administración” son las “cuestiones materialmente administrativas y que, por ello, corresponden en principio al ámbito de competencia del Poder Ejecutivo aunque por expresa disposición constitucional han sido atribuidas al Poder Legislativo”.⁷¹

Por otro lado, respecto al concepto de “emergencia pública”, la doctrina de manera mayoritaria ha coincidido en que ésta se caracteriza básicamente por una situación, una circunstancia o un hecho de gravedad tal que imponga la necesidad de que el Estado dé una solución inmediata a aquél. Este concepto constitucional indeterminado requiere “que se produzca una grave situación susceptible, según el criterio del Congreso, de afectar la subsistencia del Estado”.⁷² Es decir, la “emergencia pública” es un presupuesto fáctico impreciso y, por ello, con dificultades en fijar sus límites.

Por ello, Salvador de Arzuaga expresó que “emergencia” es una “situación fáctica excepcional que altera negativamente a la sociedad o alguno de sus sectores, impidiendo la concreción del bien común al desestabilizarla institucional, económica o socialmente. De allí que la emergencia pública no es una materia, sino una circunstancia imprevisible o que siendo previsible es inevitable, de tal manera que ella podrá referirse a distintas materias”.⁷³

II.4.3. *Presupuestos habilitantes*

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

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

⁷⁰ Para un análisis pormenorizado de las consecuencias disvaliosas de la mala utilización del lenguaje en el plano jurídico ver Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, 1973.

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

⁷¹ Balbín, C., ob. cit., p. 104.

⁷² Pérez Hualde, A., *Decretos de necesidad y urgencia*, p. 63, Depalma, 1995.

⁷³ Salvador de Arzuaga, C., “Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa”, *La Ley*, t. 1997-A, p. 977. Ver también en el mismo sentido, la definición aportada por Cassagne sobre emergencia: “ésta requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia pública susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso”, en Cassagne, J.C., *Potestad reglamentaria y reglamentos delegados de necesidad y urgencia*, en RAP 309, págs. 47 y ss.

⁶⁵ Ob. cit., p. 261. El resaltado es propio.

⁶⁶ *Fallos*, 309:1689.

⁶⁷ Del considerando 6° del voto conjunto de los jueces Petracchi y Bacqué, en la denominada “Causa 13”; en igual sentido se pronunció el ministro Fayt en el caso “Basilio Arturo Lami Dozo”, *Fallos*, 306 (1): 911, considerando 7°; el resaltado es propio.

⁶⁸ Gelli, M.A., ob. cit., págs. 11 y 12.

⁶⁹ Balbín, C., *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, *La Ley*, 2004, p. 102.

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

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

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 los cuales estas atribuciones serán ejercidas (éste es el criterio de la Corte Suprema sostenido en el *leading case* "Delfino"). Es decir, el Congreso debe indicar suficientemente el campo en el cual la administración ha de actuar, de manera tal que se sepa si aquélla se ha mantenido dentro de la voluntad de la ley.

Este fue el criterio sostenido por diversos miembros de la Convención Constituyente de 1994. Sostuvo al respecto García Lema que "el Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades". Posteriormente y ya en una obra doctrinaria, agregó este autor que "la idea que anima esta prohibición [de la delegación legislativa], es que el Congreso no está habilitado para delegar en bloque en el presidente todas sus facultades legislativas, porque ello está impedido por el artículo 29 de la Constitución... Como consecuencia de esa regla, la delegación legislativa tampoco puede importar la transferencia, lisa, llana y definitiva de legislar sobre ciertos asuntos. Este segundo principio, establecido en la doctrina, ha sido ahora reconocido normativamente en el mencionado artículo 76, cuando preceptúa que el Congreso debe fijar "las bases de la delegación".⁷⁴

Respecto al plazo exigido por el artículo 76 de la Constitución Nacional, éste debe ser previsto y estipulado en la norma delegante como *conditio sine qua non* de la delegación legislativa de emergencia.⁷⁵ Es decir, la ley delegante debe establecer un plazo máximo para no subvertir la limitación temporal que la Constitución exige expresamente cuando se ha optado por delegar.

II.5. El sujeto pasivo de la delegación

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

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

Bidart Campos, por ejemplo, expresa que la delegación no puede hacerse directamente a favor de organismos de la administración pública por la "sencilla razón de que si en el artículo 100, inciso 12, se prevé para el caso de la formalidad de un decreto, es obvio que éste tiene que emanar del Poder Ejecutivo, ya que los órganos administrativos no dictan sus resoluciones ni adoptan sus decisiones como forma de decreto".⁷⁶

En el mismo sentido, García Lema expresó que "no procede la subdelegación de la potestad presidencial de dictar decretos delegados ya sea en el jefe de Gabinete o en los ministros, ya fuere en otros organismos dependientes de su administración, descentralizados y autárquicos, excepto que dicha subdelegación resultare permitida expresamente del texto de la ley regulatoria".⁷⁷ Por otro lado, continúa dicho autor, sosteniendo que "si se admitiese una delegación legislativa en organismos descentralizados o autárquicos (es decir, no dirigida al Poder Ejecutivo) el uso de facultades delegadas por esos organismos se escaparía al control de la Comisión Bicameral Permanente".⁷⁸

En definitiva, si el decreto delegado excediese algunas de estas pautas constitucionales y legislativas, fuese dictado fuera del plazo legal o no respetase los límites materiales "resultará nulo de nulidad absoluta".⁷⁹

III. Requisitos formales: análisis de la ley 26.122

Cuando se piensa en los roles que debe asumir el Poder Legislativo, suele darse 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.⁸⁰ Con relación a esta segunda función, "el contralor del gobierno por parte

⁷⁴ García Lema, A., "La delegación legislativa", en la obra colectiva *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, págs. 400/402. El resaltado es propio.

⁷⁵ Arballo, G., "Reglamentos delegados de administración y reglamentos delegados de emergencia", disponible en www.saberderecho.blogspot.com

⁷⁶ Bidart Campos, G., ob. cit., p. 345.

⁷⁷ García Lema, A., *La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava*, ED, t. 182, p. 1285.

⁷⁸ Ob. cit., p. 1285.

⁷⁹ Balbín, C., ob. cit., p. 113.

⁸⁰ De Vergotini; *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1987. Citado en Nino, C., ob. cit., p. 531.

del Parlamento comprende, por cierto, la constitucionalidad y legalidad de sus actos”.⁸¹

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 del Congreso. 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”.⁸²

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

III.1. *Pronunciamiento 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 –y con ello el principio democrático– y la otra, a los esta-

dos locales resguardando, así, el sistema federal.⁸³ El bicameralismo permite una instancia de revisión más a las decisiones tomadas e implica un debate más amplio y representativo, con lo cual aquellas normas que surjan de esta mayor deliberación tendrán prima facie 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 decreto de necesidad y urgencia 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 comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata” y el artículo 24 expresa que: “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. Cabe preguntarse qué sucedería si una de las Cámaras se pronuncia 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.⁸⁴

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.

III.2. *El silencio del Congreso Nacional*

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

La Constitución Nacional, conforme lo mandado por su artículo 82, 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 especifica que se

⁸¹ Ob. cit., p. 535

⁸² 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.

⁸³ Susana Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”, *La Ley*, 2006-D, 1435.

⁸⁴ Gelli, M.A., *Constitución Nacional comentada y concordada*, *La Ley*, 2002, p. 439.

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.”⁸⁵

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.⁸⁶ 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”.⁸⁷ En esta misma línea, 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”.⁸⁸

III.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, o de aquellos resultado del ejercicio de facultades delegadas, 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”.⁸⁹

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.

III.4. *Subsistencia del control judicial de constitucionalidad*

No está de más resaltar que el Poder Judicial preserva toda su potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación dictada bajo delegación 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/as magistrados/as, por tratarse de una norma que afecta delicados equilibrios de poder y regula trascendentes disposiciones constitucionales.

IV. *Análisis en particular del decreto 860/2009.*

IV.1. *Inconstitucionalidad*

El decreto 860/2009, del 7 de julio de 2009, fue publicado en el Boletín Oficial al día siguiente⁹⁰, referenciado como Poder Ejecutivo Nacional (PEN) –Ministerio de Defensa– ley 22.919 - modificación. En los considerandos del propio decreto se indica: “Que la presente medida se dicta en uso de las facultades otorgadas por la ley 26.135”⁹¹ y su artículo 5° expresamente lo remite a la Comisión Bicameral Permanente.

Previamente y en distintas oportunidades, sostuvimos que la ley 26.135 establece una prórroga de delegación de facultades que no supera un test razonable de constitucionalidad, basado en los criterios sobradamente explicados con anterioridad en este escrito. La men-

⁸⁹ Balbín, C., ob. cit., p. 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde *Decretos de necesidad y urgencia*, Ed. Depalma, 1995, p. 252.

⁹⁰ Número 31.690. Página 3. Decreto 860/2009, Poder Ejecutivo nacional (PEN). Ministerio de Defensa. Ley 22.919. Modificación.

⁹¹ Ley 26.135. Honorable Congreso de la Nación Argentina 16-8-2006. Poder Ejecutivo nacional. Delegación Legislativa. Ratificación. Publicada en el Boletín Oficial del 24-8-2006. Número 30.975. Página 1.

⁸⁵ Ob. cit.

⁸⁶ Millón Quintana, J. y Mococho, J. M., “El presidencialismo sin happy ending. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, JA, 2007-I-1328.

⁸⁷ Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”, *La Ley*, 2006-D, 1435.

⁸⁸ Gelli, M. A., ob. cit., p. 697.

cionada ley tiene contenido similar a leyes anteriores, que vienen prorrogando una vez y otra vez diferentes facultades delegadas y a las normas del Poder Ejecutivo que se dictan en consecuencia, con bases de delegación sumamente imprecisas, estableciéndose un cheque en blanco a favor del presidente/a. Como fue señalado en oportunidad de oponernos a la ley 26.135, la norma mencionada priva al Congreso de contar con las herramientas necesarias para evaluar, en cada caso concreto, si correspondía la ratificación en el Poder Ejecutivo de la delegación de facultades efectuada con anterioridad a la reforma constitucional. Como consecuencia, la situación actual implica una mera aprobación mecánica de la prórroga de la delegación de facultades anterior a la reforma constitucional de 1994, sin saber a ciencia cierta de qué facultades estamos hablando y bajo qué criterios se ejercen.

Por dicha razón, los decretos dictados en consecuencia, al tener como base una normativa que establece una delegación de facultades inconstitucional, resultan igualmente nulos. Así como nos opusimos cuando fue aprobada la ley 26.135 (sesión 16-8-06), hoy nos oponemos al ejercicio de las atribuciones inconstitucionalmente delegadas que ella permite, ejercicio plasmado en el decreto 860/2009.

Por su parte, también cabe resaltar que, por algunas de las mismas razones, también nos opusimos al decreto 1.628, de fecha 13 de noviembre de 2007, mediante el cual se modificó la ley 22.919 y modificatorias, referida al Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares, y se creó la comisión fiscalizadora en el ámbito del citado organismo. Dicho decreto también había sido dictado en virtud de la prórroga prevista por la ley 26.135.

IV.2. Algunas consideraciones de carácter económico del decreto 860/2009

Por fuera de su inconstitucionalidad, existen también razones sustantivas por las cuáles nos oponemos al contenido del citado decreto.

En sus propios se destaca que el Instituto de Ayuda Financiera "...es una entidad autárquica institucional con personería jurídica e individualidad financiera...", que tiene como finalidad "...recaudar fondos y capitalizar reservas...", y misión "...contribuir con el Estado nacional a la financiación de los haberes de retiro, indemnizatorios y de pensión, correspondientes a los beneficiarios; y liquidar y abonar los haberes mencionados...".

Por otro lado, se reconoce que esta institución está facultada "... para otorgar créditos hipotecarios en primer grado para casa habitación y créditos personales o prendarios sin afectación especial de destino en todas sus modalidades...". En consecuencia existe la posibilidad para que el Instituto de Ayuda Financiera actúe como complemento al conjunto de instrumentos de financiamiento que disponen y proponen las diferentes jurisdicciones que conforman el Estado argentino;

dando a entender que el instituto puede tener un rol positivo adicional respecto del derecho a la vivienda.

En este sentido, esta entidad autárquica y financieramente independiente se justifica como enclave institucional para preservar y garantizar financieramente el cumplimiento de los citados derechohabientes en lo que se refiere centralmente a la cuestión previsional. Por lo tanto debería ser esperable a priori que el conjunto de decisiones sea tomado con el objeto de respetar estos ejes institucionales esenciales.

No obstante, la propuesta de reforma que se quiere perfeccionar con este decreto, desdibuja los componentes fundamentales del régimen que regula el sistema previsional de las fuerzas militares.

Tal es el caso de los artículos 1° y 3°, que sustituyen los artículos 35 y 48 respectivamente de la ley 22.919 y sus modificaciones, añadiendo la posibilidad de ampliar la masa de fondos prestables para créditos hipotecarios y personales, entre otros cambios relacionadas. A tal efecto, se da a entender que estos créditos deberían tener relación con los valores de plaza.

Sin embargo, si bien el instituto puede tener un papel de facilitador o complementador en el acceso a determinados bienes materiales en general, y a la vivienda en especial, la garantía de estos derechos se reconoce en la propia Constitución Nacional y, por tanto, es responsabilidad primaria del propio Estado argentino tomar las medidas necesarias.

En consecuencia, las restricciones o limitantes para acceder a la vivienda para estos derechohabientes tienen que ser superadas a partir de las políticas públicas que emanen del Estado argentino, y en el caso que participe el instituto, dicha participación debería ser residual y de tipo complementario. Es decir, si verdaderamente se quiere saldar la falta de acceso a la vivienda la respuesta por parte del Estado debe ser encarada de un modo integral, y no ocultando su responsabilidad y pretendiendo que el Instituto de Ayuda Financiera (IAF) para Pago de Retiros y Pensiones Militares desvirtúe su papel, transformándose en un agente inmobiliario.

En conclusión, primero debería haber una política habitacional que garantice el acceso a la vivienda, y recién después analizar en qué casos sería necesario disponer de fondos complementarios.

Por otro lado, el artículo 2° del presente decreto sustituye el artículo 47 de la ley 22.919 y sus modificaciones, incorporando la posibilidad de que los ahorros previsionales de las fuerzas armadas también sean invertidos en Letras del Tesoro Nacional.⁹²

⁹² Los instrumentos de deuda pública que dispone el Estado nacional para concretar las operaciones de crédito público, se encuentran señalados en la Ley de Administración Financiera Gubernamental en su artículo 57, dentro de los cuales se destacan la emisión y colocación de Letras del Tesoro (cuyo vencimiento supere el ejercicio presupuestario vigente).

El antecedente del deficitario camino seguido por los ahorros del sistema provisional, cristalizándose en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) por razón de la ley 26.425,⁹³ debería ser un llamado de atención. En tal sentido, este sistema se presta a la aplicación de los fondos acumulados con otros objetivos de política, como por ejemplo el de cubrir financieramente problemas de caja del Tesoro nacional, dejando abierta como consecuencia la posibilidad que los/as beneficiarios/as del Instituto de Ayuda Financiera (IAF) para Pago de Retiros y Pensiones Militares resulten una variable de ajuste.

En los cuadros 1 y 2 se presentan algunas características sobre las inversiones en Letras del Tesoro suscritas por el Instituto de Ayuda Financiera (IAF) para Pago de Retiros y Pensiones Militares.

Se destaca que las colocaciones de ahorros financieros del IAF han ascendido a \$ 150 millones, en tres letras suscritas durante el año 2008,⁹⁴ quedando una letra por vencer en el último cuatrimestre del presente ejercicio. Al respecto, no es un tema menor subrayar que estas inversiones perfeccionadas en el 2008 no

⁹³ Ley 26.425. 20/11/2008.

⁹⁴ Según informan las planillas de la Oficina Nacional de Crédito Público al 30.06.2009.

estaban permitidas por el marco normativo. Es decir, que el cambio de la normativa propuesto viene a dar un manto de legalidad a una práctica que venía ocurriendo irregularmente desde el año pasado.

En otro sentido, desde la forma en que se consolida la salida del default, asoman indicios sobre la debilidad del financiamiento de la deuda pública, que como consecuencia del modo en que se renegoció por este gobierno no ha dejado de crecer, aún cumpliendo el precepto ortodoxo de tener superávit financiero.

A este problema estructural que tiene el financiamiento del Estado argentino, se incorporó una coyuntura internacional mucho más exigente, la cual se complicó aún más con el cierre de los mercados internacionales y locales de financiamiento, llevando a la estrategia de financiamiento denominada "vivir con lo nuestro". Es decir, sustentar el financiamiento del Estado, principalmente, a partir de la represión del gasto social como vehículo para la acumulación de ahorros dentro los organismos del sector público y, posteriormente, con la utilización de estos ahorros para fondear problemas de caja, como los pagos de la deuda.

Así, tienen que considerarse las diferentes mudanzas institucionales que se han ido produciendo en los últimos tiempos en las diferentes reparticiones del Estado

Cuadro 1. Stock de Letras Intra Sector Público. En millones

	Stock al			
	12/31/2007	12/31/2008		6/30/2009
Acreedor	En Pesos	En Pesos	En Dólares	En Pesos
- Instituto de Ayuda Financiera (IAF)	0	150	0	0
Total	6,156	13,786	96	3,111

Fuente: elaboración propia en base a boletines de la ONCP.

Cuadro 2. Características financieras de las letras suscritas por el IAF. En millones

Acreedor	Fecha de Emisión	Fecha de Vencimiento	Intereses	Amortización	Moneda de Origen	Valor nominal en Dólares	Valor nominal en Pesos	Plazo (en días)	
IAF	12/4/2008	3/4/2009	12.29%	Integra al vencimiento	\$		50	90	
IAF	12/5/2008	3/5/2009	12.29%	Integra al vencimiento	\$		50	90	
IAF	12/9/2008	3/9/2009	12.29%	Integra al vencimiento	\$		50	90	
Total							150		

Fuente: elaboración propia en base a boletines de la ONCP

nacional, donde son paradigmáticas las relacionadas con el Sistema de Previsión Social y la propuesta de modificación que sostiene el decreto.

En consecuencia, con este plexo normativo aumentan las reservas sobre el modo en que el Instituto de Ayuda Financiera para pago de Retiros y Pensiones Militares puede diseñar y ejecutar la política de inversión de un modo autónomo a las necesidades de financiamiento del Tesoro nacional, entre otros estamentos públicos; que de modo similar a lo que ocurrió con el stock de activos del patrimonio público privatizado en tiempos recientes, termine siendo vehiculado como una fuga de recursos del sistema social y productivo de los y las argentinos/as.

V. Conclusiones

En síntesis, consideramos que el presente decreto resulta inconstitucional en razón de que se dicta sobre la base de una delegación de facultades legislativas que no supera el estándar rigurosamente marcado por nuestra Constitución Nacional. Así, responde a un proceso paulatino destinado a ampliar las funciones de las agencias 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.

Por otro lado, también presentamos reparos frente al contenido sustantivo del decreto en cuestión, en cuanto no constituye ni se acerca a lo que debe entenderse como una política integral en materia de acceso a la vivienda y en cuanto desvirtúa el rol que le cabe al Instituto de Ayuda Financiera para el pago de Retiros y Pensiones Militares.

Marcela V. Rodríguez.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 7 de julio de 2009.

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

Tengo el agrado de dirigirme a esta comisión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y 12 de la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto delegado 860 del 7 de julio de 2009, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 573

CRISTINA E. FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

Sergio T. Massa. – Nilda C. Garré.

Buenos Aires, 7 de julio de 2009.

VISTO la ley para el Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares 22.919 y sus modificaciones, lo informado por el referido instituto y lo propuesto por el Ministerio de Defensa, y

CONSIDERANDO:

Que el Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares –creado por la ley 12.913 con la finalidad de recaudar fondos y capitalizar reservas– es una entidad autárquica institucional con personería jurídica e individualidad financiera, cuya misión consiste en contribuir con el Estado nacional a la financiación de los haberes de retiro, indemnizatorios y de pensión, correspondientes a los beneficiarios; y liquidar y abonar los haberes mencionados, correspondientes a los beneficiarios y a los no beneficiarios con arreglo a la Ley para el Personal Militar (19.101) y a ley 22.919, con sus respectivas modificatorias y sus reglamentaciones.

Que, en su carácter de entidad autárquica institucional, el Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares funciona en el ámbito jurisdiccional del Ministerio de Defensa.

Que entre las atribuciones que le acuerda al Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares su Ley Orgánica, figuran las contempladas en los artículos 26 y 48, en virtud de los cuales se lo faculta para otorgar créditos hipotecarios en primer grado para casa-habitación y créditos personales o prendarios sin afectación especial de destino en todas sus modalidades, a favor del personal militar de las fuerzas armadas y del personal de Gendarmería con estado militar de gendarme, que se encuentre en actividad o en situación de retiro, y a sus pensionistas.

Que el artículo 47, inciso a), de la ley 22.919 y sus modificaciones, por su parte, faculta al Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares, invertir en títulos valores nacionales, siempre que tengan la garantía del Estado nacional y que devenguen el más alto interés.

Que el artículo 35 de la ley precitada, dispone que el servicio mensual inicial de los créditos no podrá exceder el cuarenta por ciento (40%) del sueldo y demás conceptos que concurren a la determinación del haber de retiro conforme con lo que establezca la normativa de aplicación, o del haber de retiro o pensión del que goce el beneficiario al momento de concertar el crédito; y que en su actualización periódica el servicio mensual de la deuda no superará el porcentual comprometido por el prestatario.

Que para lograr que los créditos que otorga el Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares cumplan con la finalidad de satisfacer los requerimientos de sus destinatarios, permitiéndoles, entre otros fines, acceder a una vivienda acorde a las necesidades de su grupo familiar, resulta necesario, por los valores de plaza, ampliar los montos que puedan obtener los prestatarios.

Que en ese sentido, resulta conveniente que el cálculo de los ingresos mensuales para determinar el monto del servicio mensual de la deuda se efectúe tomando en cuenta a totalidad de los ingresos que perciba el prestatario en forma habitual.

Que también es aconsejable que la compra y venta de títulos valores nacionales recaiga en títulos con cotización en la bolsa o en el mercado de valores, y que se efectúa exclusivamente a través de bancos oficiales o de sociedades de la bolsa en las que un banco oficial posea más del noventa y cinco por ciento (95%) del capital accionario.

Que por la ley 26.135 se ratificó a partir del 2 de agosto de 2006 por el plazo de tres (3) años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración, entre las que se encuentran la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y de toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Honorable Congreso de la Nación, así como crear, organizar y fijar sus atribuciones.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa ha tomado la intervención que le corresponde.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades otorgadas por la ley 26.135.

Por ello,

La presidenta de la Nación Argentina

DECRETA:

Artículo 1° – Sustitúyese el artículo 35 de la ley 22.919 y sus modificaciones, por el siguiente:

“Artículo 35: El servicio mensual inicial de los créditos que otorgue el instituto no podrá exceder el cuarenta por ciento (40%) del total de los ingresos mensuales por todo concepto, que perciba con carácter habitual el personal en actividad o en situación de retiro y sus pensionistas.

”Cuando la certificación de ingresos sea requerida por el interesado para ser presentada en el instituto, los servicios administrativo-financieros de las fuerzas armadas de la Gendarmería Nacional la extenderán con la determinación del monto de afectación disponible, ajustándose exclusivamente a lo establecido en el presente artículo.”

Art. 2° – Sustitúyese el artículo 47 de la ley 22.919: y sus modificaciones, por el siguiente:

“Artículo 47: Facúltase al instituto a:

- ”a) Invertir en títulos valores nacionales, siempre que tengan la garantía del Estado nacional, que devenguen el más alto interés y que su compra y venta recaiga en títulos cotización en la bolsa o en el mercado de valores y efectúe exclusivamente a través de bancos oficiales o de sociedades de bolsa en las que un banco oficial posea más del noventa y cinco por ciento (95%) del capital accionario;

”b) Colocar sus disponibilidades financieras en los plazos y condiciones que permitan obtener la mayor rentabilidad bancos oficiales exclusivamente;

”c) Efectuar operaciones financieras en los sistemas de caja de ahorro y depósito a plazo fijo;

”d) Operar sistemas de ahorro y préstamo participado;

”e) Concertar otras operaciones financieras siempre que cuenten con la garantía del Estado;

”f) Se podrán adquirir por suscripción directa Letras del Tesoro emitidas en el marco de la ley 24.156 con o sin cotización en la bolsa o en el mercado de valores.”

Art. 3° – Sustitúyese el artículo 48 de la ley 22.91 y sus modificaciones, por el siguiente:

“Artículo 48: Facúltase al instituto a otorgar créditos personales, con o sin garantía real, sin afectación especial de destino en todas sus modalidades en favor de personal militar de las fuerzas armadas y del personal de Gendarmería Nacional con estado militar de gendarme, que se encuentre en actividad o en situación de retiro y a sus pensionistas, dentro de los límites y condiciones que se reglamenten.

”El servicio mensual inicial de los créditos que otorgue el instituto no podrá exceder el cuarenta por ciento (40%) del total de los ingresos mensuales por todo concepto que perciba con carácter habitual el personal en actividad y en situación de retiro y sus pensionistas al momento concertar el crédito.

”Cuando la certificación de ingresos sea requerida por el interesado para ser presentada en el instituto, los servicios administrativo-financieros de las fuerzas armadas y de la Gendarmería Nacional la extenderán con la determinación del monto de afectación disponible, ajustándose exclusivamente a lo establecido en el presente artículo.

”Al servicio de la deuda le serán aplicables las prescripciones del artículo 37 de esta ley.”

Art. 4° – El presente decreto tendrá vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Art. 5° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 6° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 860

CRISTINA E. FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.
Sergio T. Massa. – Nilda C. Garré.