

PERÍODO PARLAMENTARIO
2009
ORDEN DEL DÍA N° 119

**COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE DE
TRÁMITE LEGISLATIVO – LEY 26.122**

Impreso el día 22 de febrero de 2010

SUMARIO: Declaración de validez del decreto 2.260 de fecha 28 de diciembre de 2009. (24-JGM-2009.)

*A. H. Guinle. – Nicolás A. Fernández.
– Agustín O. Rossi. – Luis F. J. Cigogna.
– Jorge A. Landau.*

- I. **Dictamen de comisión.**
- II. **Dictamen de comisión.**

INFORME

I

Dictamen de comisión

Honorable Cámara:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional ha considerado el expediente referido al decreto del Poder Ejecutivo 2.260 de fecha 28 de diciembre de 2009, mediante el cual se proroga la aplicación del derecho de exportación para desperdicios y desechos de diversos metales.

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 2.260 de fecha 28 de diciembre de 2009.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 10 de febrero de 2010.

*Diana B. Conti. – Miguel A. Pichetto. –
Beatriz Rojkés de Alperovich. – Marcelo*

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

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación se establecieron mecanismos

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 Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución Argentina*, 1890.

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

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, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

”El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

CAPÍTULO CUARTO. *Atribuciones del Congreso*. Artículo 76: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

”La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

CAPÍTULO QUINTO. *De la formación y sanción de las leyes*. Artículo 80: “Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del

proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

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

[...]

”12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

”13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá 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 (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 senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

Entre los administrativistas, se 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”.

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.

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

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

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

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,² al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el

Poder Ejecutivo, seguidamente enuncia una serie de requisitos concurrentes para viabilizar el supuesto de excepción.

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

Tal y como sostiene Julio 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.³

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.⁴

Por su parte, Marienhoff sobre la base de la distinción entre administración general y especial, señala que el concepto “administración general” no es sinónimo de “administración total”, puesto que existen ciertos ámbitos de la función administrativa asignados directa y expresamente por la Constitución al Congreso.⁵

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

³ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

⁴ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

⁵ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

² Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

políticas del principio de división de poderes tal como él ha sido recogido por la Constitución”.⁶

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.”⁷

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.

Finalmente, 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.

Por otra parte, 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”,⁸ en el cual 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 Suprema de Justicia de la Nación luego de la descripción de los hechos, recuerda, en primer lugar, que la ley 3.445 había puesto la policía de los mares, ríos, canales y puertos sometidos a jurisdicción nacional a cargo exclusivo de la Prefectura General de Puertos y demás organismos de ella dependientes. Y destaca también que hasta tanto se sancionara el Código de Policía Fluvial y Marítima, serían atribuciones de aquélla vigilar el cumplimiento de las disposiciones sanitarias, cuidar la limpieza de los puertos, remover los obstáculos a la navegación y juzgar las faltas o contravenciones a las ordenanzas policiales cuando la pena no excediera de un mes de arresto o de cien pesos de multa.⁹

En este orden de ideas, a partir del citado fallo, la Corte Suprema desarrolla su doctrina en materia de delegación de facultades, la cual puede sintetizarse a través de los siguientes enunciados.¹⁰

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

Asimismo, brinda un concepto de delegación que extrae del jurista Esmein al afirmar que 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 procedente, mientras que en cambio, lo segundo sí, aun en países en que, como en Estados Unidos, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo no está contemplado en la Constitución.

En efecto, la Corte Suprema 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, específi-

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

¹⁰ Síntesis desarrollada en Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

⁶ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

⁷ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

⁸ “A. M. Delfino y Cía.”, *Fallos*, 148:430, del 20 de junio de 1927.

camente 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, el máximo tribunal de la Nación 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”¹¹ 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.¹²

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” 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.¹³

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.¹⁴

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”¹⁵ y “Rinaldi”¹⁶ entendiendo que la existencia de una crisis económica habilita a los órganos Legislativo y Ejecutivo para dictar medidas razonables destinadas a paliar sus efectos; mientras que el mérito, la oportunidad y conveniencia de tales medidas, escapan a la órbita judicial y no pueden ser revisadas en abstracto.

En este sentido, resulta de una claridad significativa el dictamen emitido por el procurador general de la Nación en relación al precitado fallo “Rinaldi”, al destacar que la crisis que demostró toda su intensidad y gravedad a fines de 2001 condujo, entre otras cosas, como es bien conocido, a la declaración legal del estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (ley 25.561).¹⁷

“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.”¹⁸

“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.”¹⁹

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

¹⁴ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

¹⁵ Fallos, CS 329.5913.

¹⁶ Fallos, CS 330.855.

¹⁷ Fallos, CS 330.855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

¹⁸ Fallos, CS 330.855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

¹⁹ Fallos, CS 330.855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

¹¹ “Raúl O. Mouviel y otros”, *Fallos*, 237:636, del 17 de mayo de 1957.

¹² Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

¹³ “Cocchia, Jorge c/Estado nacional”, *Fallos*, 316:2624, del 2 de diciembre de 1993.

corre el riesgo de encontrar soluciones abstractas y, por lo mismo, desvinculadas de la realidad nacional.²⁰

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

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

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo 2.260 de fecha 28 de diciembre de 2009, mediante el cual se proroga la aplicación del derecho de exportación para desperdicios y desechos de diversos metales.

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 2.260/09 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, doctor Aníbal D. Fernández, el señor ministro de Economía y Finanzas Públicas, licenciado Amado Boudou, y la señora ministra de Industria y Turismo, licenciada Débora A. Giorgi, 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 decretos de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso.²¹

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 2.260/09.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último considerando del citado decreto que el mismo se dicta en uso de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional en virtud de los artículos 11, apartado 2 y 12 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y por la ley 26.519.

En este sentido, los precitados artículos de la ley 22.415 (Código Aduanero) establecen lo siguiente:

“Ley 22.415 (Código Aduanero) - Artículo 11. - (...) 2. El Poder Ejecutivo por conducto de la Subsecretaría de Finanzas Públicas, mantendrá permanentemente actualizadas las versiones vigentes en la República, del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías y de sus notas explicativas, a medida que el Consejo de Cooperación Aduanera modificare sus textos oficiales.

²⁰ Fallos, CS 330.855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

²¹ Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos y Pérez Hualde 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.

”Artículo 12. – El Poder Ejecutivo podrá:

- ”a) Desdoblar las partidas y subpartidas no subdivididas del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (S.A.) mediante la creación de subpartidas e ítem, quedando igualmente facultado para sustituir, refundir y desdoblar dichas subdivisiones;
- ”b) Incorporar reglas generales de interpretación y notas a las secciones, a sus capítulos o a sus subpartidas, adicionales a las que integran el mencionado Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, así como también adiciones a sus notas explicativas, siempre que las reglas, notas y adiciones en cuestión resultaren compatibles con los textos a que se refiere el artículo 11 y con las resoluciones del Consejo de Cooperación Aduanera en materia de nomenclatura.”

De igual modo, el artículo 1° de ley 26.519 estableció que: “Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo nacional, ratificase en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año, 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 titular del Poder Ejecutivo nacional y el jefe de Gabinete de Ministros ejercerán exclusivamente las facultades delegadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100, incisos 4 y 12, de la Constitución Nacional y la ley 26.122. En cada caso, deberá citarse la norma jurídica en la cual se enmarca la delegación legislativa, determinando número de ley y artículo”.

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*”.

En los considerandos del decreto objeto de análisis se destaca que, mediante la resolución 4 de fecha 7 de enero de 2003 del ex Ministerio de Economía se estableció, por el término de noventa (90) días, un derecho de exportación del cuarenta por ciento (40 %) aplicable a desperdicios y desechos de diversos metales.

Dicho tratamiento arancelario fue prorrogado mediante las resoluciones 256 de fecha 9 de abril de 2003 del ex Ministerio de Economía, 579 de fecha 12 de diciembre de 2003, 389 de fecha 11 de junio de 2004, 788 de fecha 7 de diciembre de 2004, 46 de fecha 29 de diciembre de 2005 y 23 de fecha 16 de enero de 2007, todas del ex Ministerio de Economía y Producción.

En el mismo orden, a través del decreto 509 de fecha 15 de mayo de 2007 y sus modificaciones, se incorporó al ordenamiento jurídico nacional la resolución 70 de fecha 13 de diciembre de 2006 del Grupo Mercado Común (GMC) que aprobó el Arancel Externo Común (AEC) basado en la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) ajustada a la IV Enmienda del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías y a su vez se ordenó en un mismo cuerpo legal cierta normativa general vigente en materia de comercio exterior.

Cabe recordar que el decreto 509/07 fue sometido a consideración de esta comisión resolviendo su validez en el dictamen de mayoría correspondiente, en oportunidad de la reunión celebrada el 6 de junio de 2007.

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

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

Por su parte, el artículo 16 del decreto 509/07 y sus modificaciones fijó el derecho de exportación aplicable a las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) consignadas en el anexo XIV de dicha norma.

El citado anexo estableció, entre otros, el derecho del cuarenta por ciento (40 %) a la exportación para consumo de desperdicios y desechos de diversos metales, previendo la vigencia del mismo hasta el día 11 de enero de 2008.

Asimismo, mediante la resolución 9 de fecha 11 de enero de 2008 del ex Ministerio de Economía y Producción, se sustituyó en el anexo XIV mencionado precedentemente, la referencia (22) modificando la vigencia establecida en la misma hasta el día 11 de enero de 2009.

En los considerandos del precitado decreto 2.260/09 se deja constancia que, una vez vencido el plazo fijado

por la resolución 9/08 del ex Ministerio de Economía y Producción, a través de la resolución conjunta 3 del ex Ministerio de Producción y 4 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 8 de enero de 2009, se estableció idéntico tratamiento arancelario por el término de trescientos sesenta (360) días.

Por todo lo expuesto, el Poder Ejecutivo nacional considera que, manteniéndose vigentes las condiciones tenidas en cuenta para el dictado de las normas citadas en los considerandos del decreto objeto de análisis, resulta aconsejable prorrogar la aplicación del derecho de exportación del cuarenta por ciento (40 %) para desperdicios y desechos de diversos metales.

III. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 2.260/09, 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 2.260 de fecha 28 de diciembre de 2009.

Diana B. Conti.

II

Dictamen de comisión

Honorable Cámara:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (Ley 26.122) ha considerado el mensaje del jefe de Gabinete de Ministros 671 de fecha 30 de diciembre del 2009 por medio del cual se comunica el dictado del decreto delegado (DD) 2.260/2009, y se lo remite para consideración y dictamen de esta comisión en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y por los artículos 2, 13 y 19 de la ley 26.122.

Por los fundamentos que se exponen en el informe que se acompañará, y que 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 delegado 2.260/09 por violación de las normas constitucionales aplicables.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

Sala de la comisión, 10 de febrero de 2010.

*Luis C. Petcoff Naidenoff. – Ramón Mestre.
– Liliana T. Negre de Alonso. – Adolfo*

*Rodríguez Saá. – Enrique L. Thomas. –
Rubén O. Lanceta. – Juan P. Tunnessi.
– Marcela V. Rodríguez.*

INFORME

1. Intervención legal

1.1. La Comisión Bicameral y las Cámaras

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

La parte final de la norma dice: “...Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

“La especialidad otorga a la ley un relevante papel en cuanto a que su contenido es específico del instituto que regula y, en caso de antinomias con otras normas, se convierte en criterio para resolver dándole preferencia tal como ocurre con otros criterios como el jerárquico normativo o el cronológico.”²²

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, de la Constitución Nacional, 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 esta-

²² Pérez Duhalde, 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.

blece: “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 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,²³ respecto de lo actuado por el Poder Ejecutivo nacional, para su expreso tratamiento por el plenario de las Cámaras de acuerdo con lo dispuesto por la CN y la ley 26.122.

2. Análisis del DD.

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

2.1. Consideraciones generales

2.1.1. En primer lugar es preciso destacar que el decreto ha sido dictado invocando el artículo 11, apartado 2 y 12 de la ley 22.415 –Código Aduanero– y por la ley 26.519.

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 establecen los artículos 76, 100, incisos 12 y 13, de la CN y los artículos 2º, 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.

En forma reciente, nuestro máximo tribunal en el fallo “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”²⁴ 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 referendados por el jefe de Gabinete de Ministros y

²³ “La comisión se limita a elevar su despacho que –como señala Bidart Campos– no resulta vinculante para el Congreso”. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI. La reforma constitucional de 1994, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 444.

²⁴ 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.

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 que: “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 el de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

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

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

Textualmente el artículo 23 ordena: “*Impedimento*. Artículo 23. – Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o

rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.”

2.2. Razones formales

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

DD, número 2.260/2010, publicado en el Boletín Oficial del 15 de enero de 2010, bajo el número 31.822, página 6, dictado por el Poder Ejecutivo nacional. El mencionado decreto establece que:

“Fíjase por el término de trescientos sesenta (360) días, un derecho del cuarenta por ciento (40 %) a la exportación para consumo de las mercaderías comprendidas en las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) que se detallan:

NCM	NCM
7404.00.00	8106.00.90 ²
7503.00.00	8107.30.00
7602.00.00 ¹	8108.30.00
7802.00.00	8109.30.00
7902.00.00	8110.20.00
8002.00.00	8111.00.90 ²
8101.97.00	8112.13.00
8102.97.00	8112.22.00
8103.30.00	8112.52.00
8104.20.00	8112.92.00 ²
8105.30.00	8113.00.90 ²

Referencias:

¹ Únicamente manufacturas definidas en la nota 8 *a*) de la sección XV de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM).

² Únicamente desperdicios y desechos. (Artículo 1°.)

El presente decreto comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial (artículo 2°).

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

2.3 Razones sustanciales

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

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

La delegación que la Constitución permite, exige que sea ejercida “dentro de las bases... que el Congreso establezca” (artículo 76 de la 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 versen 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, aún cuando se admitan restricciones como respuesta a una crisis, aquéllas 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.

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.”²⁵

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, New 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)”.²⁶

Por ello, debemos analizar la argumentación del DD 2.260/2009, a fin de ver si se adecua a los requisitos sustanciales del dictado de este tipo de normas.

En este sentido, el DD 2.260/2009 expresa: “Que el presente decreto se dicta en uso de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional, por los artículos 11, apartado 2 y 12 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y por la ley 26.519...”.

Debemos recordar que estamos ante una ley que se encuadra dentro de las normas sancionadas con anterioridad a la reforma de la Constitución del año 1994, que por el mandato del constituyente debe ser revisada por el Congreso Nacional para determinar si se encuentra incluida entre las leyes delegantes susceptibles de ser ratificadas por el legislador. Dicha manda constitucional se encuentra en proceso de cumplimiento por la sanción de la ley 26.519 que creó la “Comisión Bicameral para el cumplimiento de la cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional” que se encuentra analizando la totalidad de las leyes delegantes a fin de establecer un informe a efectos de considerar qué leyes se podrán ratificar y qué otras se considerarán caducadas.

Lo cierto es que el decreto delegado 2.260/2009 utiliza una ley de delegante de carácter que no se adecua al requisito de “las estrictas bases de delegación” plasmado en el artículo 76 de la Constitución.

En consecuencia, sometiendo a esta prueba, (test) de constitucionalidad, al DD 2.260/2009 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 precisas y ser las mismas extremadamente generales.

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.

²⁵ Considerando 11 del voto de la mayoría en “Colegio Público de Abogados...”.

²⁶ Considerando 11 del voto de la mayoría en “Colegio Público de Abogados...”.

Dentro de este marco de control, esta comisión no puede convalidar el presente decreto delegado, porque 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 cumplir con el plazo fijado para su ejercicio.

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 ésta Comisión Bicameral Permanente no puede convalidar el dictado del mismo, y en consecuencia, se propone su rechazo.

*Luis Petcoff Naidenoff. – Ramón J. Mestre.
– Liliana T. Negre de Alonso. – Adolfo
Rodríguez Saá. – Rubén O. Lanceta. –
Juan P. Tunessi.*

INFORME DE LA SEÑORA DIPUTADA MARCELA V. RODRÍGUEZ

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.²⁷

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”.²⁸

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 atro-

fiado.²⁹ En primer lugar, debemos hacer referencia al caso “Delfino”.³⁰ En el mismo se discutía una multa impuesta por la Prefectura General de Puertos a los agentes del vapor alemán “Bayen”, por infracción al Reglamento del Puerto de la Capital. El apelante sostenía que las normas que determinaban esa pena eran inconstitucionales por constituir una delegación de facultades legislativas, y que el Poder Ejecutivo carecía de atribuciones para crear sanciones penales de un presunto poder de policía que la Constitución ha puesto exclusivamente en manos del Poder Legislativo.

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

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

El segundo caso relevante es “Mouviel”,³¹ 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

²⁷ Ver González Calderón, J.A.; *Curso de de derecho constitucional*, 6ª Ed., revisada por E.J. Miqueo Ferrero, Depalma, 1981, pp. 303-305. González, J.V.; *Manual de la Constitución Argentina*; Ángel Estrada y Cía. Ed.

²⁸ Linares Quintana, S.V.; *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1963, t. VIII, pp. 183-184.

²⁹ Nino, C.; *Fundamentos de derecho constitucional*; Astrea, 1992, pp. 569-656.

³⁰ CSJN; 20-6-1927; “A. M. Delfino y Cía.”; *La Ley*; Colección de Análisis Jurisprudencial.

³¹ CSJN; 17-5-1957; “Mouviel, Raúl O. y otros”; *La Ley*; Colección de Análisis Jurisprudencial.

por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (artículo 18). Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido” (artículo 86, inciso 2) (*Fallos*, t. 191, p. 245).

Aún más categóricamente expresó que “en el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (artículo 1°) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco al Poder Ejecutivo le es lícito, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el artículo 86, inciso 2 de la Constitución, sustituir 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”.³² 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”³³ donde se demandaba la inconstitucionalidad del decreto del

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”.³⁴

Las disidencias en este fallo 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”.³⁵ En síntesis, “Cocchia”, tal como afirma Sagüés, produjo el último intento de dar algún barniz de constitucionalidad formal a la prácticamente consumada delegación de atribuciones parlamentarias en el presidente y así la reforma de 1994 tuvo que rendirse ante la evidencia de los hechos resignándose a procurar un encuadre de ese fenómeno.³⁶

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

³² CSJN, 20/5/1960, “Prattico y otros c/Basso y Cía.”, *La Ley*, Colección de Análisis Jurisprudencial.

³³ CSJN, 2/12/1993, “Cocchia, Jorge D. c/Estado nacional y otros”, *Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho - La Ley*, 1994-b, 643.

³⁴ Cons. 29.

³⁵ Cons. 19.

³⁶ Sagüés, N., *Elementos de derechos constitucional*, 3° ed., t. I, Astrea, 2003, pág. 603.

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. Creemos que varios son los argumentos a favor de ello.

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

Ésta es la conclusión a la que se arriba de una lectura de las normas atinentes de nuestra Constitución, especialmente si tenemos en cuenta un criterio sistemático de interpretación, de modo que todas las normas del sistema que forman la Constitución Nacional puedan ser interpretadas de manera que se concilien entre ellas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la primera regla interpretativa es darle pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, con los principios y garantías de la Constitución.³⁷

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

Es del juego sistemático de estas normas del cual debe surgir la interpretación correcta de la Constitución Nacional en esta materia. Así, tanto el artículo 76 como el artículo 99, inciso 3, establecen un principio prohibitivo expreso en materia de uso de atribuciones legislativas por parte del órgano Ejecutivo. Señalan

claramente que no puede el Poder Ejecutivo asumir funciones legislativas ni puede el Congreso delegar estas funciones, de modo tal que esta prohibición genérica ya nos señala la primera pauta de interpretación de esta norma constitucional.

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

En este mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia. Así, en el caso “Verrocchi”,³⁸ 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”.³⁹ 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”.⁴⁰ En el caso “Guida”,⁴¹ Petracchi⁴² recordó la formulación de este principio general. Y esta doctrina se repite en la causa “Kupchik”,⁴³ en el voto de mayoría.⁴⁴

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo una postura similar respecto a las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo. En este sentido, expresó que dichos actos son válidos siempre que “estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.⁴⁵

³⁸ CSJN, 19/8/1999, “Verrocchi, Ezio c/Administración Nacional de Aduanas”, *La Ley*, 2000-A, 88.

³⁹ Considerando 7°.

⁴⁰ Considerando 8°.

⁴¹ CSJN, 2/6/2000, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo”, *La Ley*, 2000-C, 828.

⁴² Considerando 8° de su disidencia.

⁴³ CSJN, 17/3/1998, “Spak de Kupchik, Luisa y otro c/ Banco Central y otro”, *Fallos*, 321:366.

⁴⁴ Considerando 14.

⁴⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, párr. 36.

³⁷ *Fallos*, 281:147 y otros.

II.2. *Las intenciones de los constituyentes*

Otro argumento a favor de una interpretación restrictiva del artículo 76 de la Constitución Nacional, 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.

Como lo sostiene Gelli, “los excesos en la práctica de la delegación legislativa llevaron a los convencionales constituyentes de 1994 a establecer el principio de la prohibición”.⁴⁶ En el mismo orden de ideas, Bidart Campos expresó que “a) la delegación excepcionalmente autorizada por el artículo 76 corresponde a la ‘plena’ que antes de la reforma se hallaba implícitamente prohibida y, de haberse llevado a cabo, era inconstitucional; b) la delegación que se denominaba impropia no ha quedado prohibida, ni encuadrada en el artículo 76, y puede en el futuro tener cabida como antes dentro del perímetro que le trazó la jurisprudencia de la Corte Suprema; por ende, b’) la delegación impropia no precisa que el Congreso se restrinja a las materias ni al plazo que estipula el artículo 76”.⁴⁷

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

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”.⁴⁸

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.⁴⁹

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’. Éste es el sistema adecuado para salvaguardar la libertad. La tendencia del poder es hacerse despótico. Sólo el poder es capaz de frenar al poder”.⁵⁰

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”.⁵¹

A tal punto es importante este principio, que Bidart Campos considera a la forma republicana de gobierno como un contenido pétreo de la Constitución.⁵²

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

⁴⁸ Mario Justo López, *Manual de derecho político*, Ed. Depalma, 1994, 2ª edición, p. 391.

⁴⁹ Locke, J., *Tratado sobre el gobierno civil*, FCE, 2004, Buenos Aires.

⁵⁰ Mario Justo López, ob. cit., p. 393.

⁵¹ Lowenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, p. 153.

⁵² Bidart Campos, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 195.

⁴⁶ Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno*, Astrea, 1996, capítulo II.

⁴⁷ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 2004, t. III, p. 159.

enérgicamente en el artículo 29 de la Constitución Argentina”.⁵³

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

Efectivamente, el artículo 29 fue concebido por los constituyentes como una declaración de defensa del sistema republicano consagrado en el artículo 1° de la Ley Suprema. Sostiene al respecto Gelli 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 y garantiza la división e independencia de los poderes como una seguridad de aquellos derechos”.⁵⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el alcance de las prohibiciones contenidas por el artículo 29 CN,⁵⁵ 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”.⁵⁶

Al constituir la división de poderes una garantía a las libertades individuales, su violación constituye, entonces, una violación actual a nuestras garantías constitucionales. Así, la doctrina ha destacado que “de las declaraciones y derechos subjetivos pueden inferirse garantías institucionales, tales como... la división de poderes...”.⁵⁷

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

II.4. *Los requisitos del artículo 76 de la 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.⁵⁸ 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.5. *Materias determinadas de administración y emergencia pública*

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

A pesar de la imprecisión y vaguedad conceptual de ambos conceptos,⁵⁹ 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”.⁶⁰

Por otro lado, respecto del 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 constitucio-

⁵⁸ Balbín, C., *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, La Ley, 2004, p. 102.

⁵⁹ Para un análisis pormenorizado de las consecuencias disvaliosas de la mala utilización del lenguaje en el plano jurídico ver Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, 1973. Respecto a esta dificultad en la interpretación de los decretos delegados ver Colautti, C., “La delegación de facultades legislativas y la reforma constitucional”, La Ley, 1996-B, 856; Bidart Campos, G., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI, p. 342; Sabsay, D. y Onandia, J., *La Constitución de los argentinos*, p. 243, Errepar.

⁶⁰ Balbín, C., ob. cit., p. 104.

⁵³ Gelli, M. A., ob. cit., p. 19.

⁵⁴ Ob. cit., p. 261.

⁵⁵ *Fallos*, 309:1689.

⁵⁶ 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°.

⁵⁷ Gelli, M.A. ob. cit., pp. 11 y 12.

nal indeterminado requiere “que se produzca una grave situación susceptible, según el criterio del Congreso, de afectar la subsistencia del Estado”.⁶¹ Es decir, la “emergencia pública” es un presupuesto fáctico impreciso y, por ello, con dificultades en fijar sus límites.

Por ello, mismo Salvador de Arzuaga expresó que “emergencia” es una “situación fáctica excepcional que altera negativamente a la sociedad o alguno de sus sectores, impidiendo la concreción del bien común al desestabilizarla institucional, económica o socialmente. De allí que la emergencia pública no es una materia, sino una circunstancia imprevisible o que siendo previsible es inevitable, de tal manera que ella podrá referirse a distintas materias”.⁶²

Esta línea también ha sido desarrollada jurisprudencialmente por la CSJN en varias oportunidades. La Corte definió este concepto como “una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, que origina un Estado de necesidad al que hay que ponerle fin”. Recordando, asimismo, que “el fundamento de las leyes de emergencias es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial (...), a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto”.⁶³

En el caso “Provincia de San Luis”,⁶⁴ la Corte agregó que “las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica”.

II.6. Presupuestos habilitantes

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

1. Que se fije un plazo para el ejercicio de las facultades delegadas.
2. Que se ejerzan dentro de las bases de la delegación que el Congreso debe establecer.

Este requisito responde a la necesidad de superar la tensión existente entre la delegación legislativa y la división de poderes. Por ello, como ya se adelantó,

⁶¹ Pérez Hualde, A., *Decretos de necesidad y urgencia*, p. 63, Depalma, 1995.

⁶² 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 N° 309, p. 47 y ss.

⁶³ CSJN, 27/12/1990, *La Ley*, 1991-C, 158.

⁶⁴ CSJN, 5/3/2003, “Provincia de San Luis c/Estado nacional”, *La Ley*, 2003-E, 472.

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, ciertos poderes para llenar los detalles no contemplados en la ley. A tal fin, la norma delegante debe establecer un patrón inteligible o política legislativa, que sirva de guía al órgano delegado y le impida apartarse de sus funciones.

Lo que no puede hacerse 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.

Éste fue el criterio sostenido por diversos miembros de la Convención Constituyente de 1994. Sostuvo al respecto García Lema que: “el Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades”. Posteriormente y ya en una obra doctrinaria, agregó este autor que “la idea que anima esta prohibición (de la delegación legislativa), es que el Congreso no está habilitado para delegar en bloque en el presidente todas sus facultades legisferantes, porque ello está impedido por el artículo 29 de la Constitución... Como consecuencia de esa regla, la delegación legislativa tampoco puede importar la transferencia, lisa, llana y definitiva de legislar sobre ciertos asuntos. Este segundo principio, establecido en la doctrina, ha sido ahora reconocido normativamente en el mencionado artículo 76, cuando preceptúa que el Congreso debe fijar “las bases de la delegación””.⁶⁵

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 que non* de la delegación legislativa de emergencia.⁶⁶ 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.7. El sujeto pasivo de la delegación

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

Como señaláramos, con la reforma del año 1994, el Constituyente intentó, a través del artículo 76 de la

⁶⁵ García Lema, A., “La delegación legislativa”, en la obra colectiva *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, págs. 400/402.

⁶⁶ Arballo, G., *Reglamentos delegados de administración y reglamentos delegados de emergencia*, disponible en www.saberderecho.blogspot.com.

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”.⁶⁷

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”.⁶⁸ 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 escapa al control de la Comisión Bicameral Permanente”.⁶⁹

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”.⁷⁰

III. La ley 26.122

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

Respecto a la función de control de los órganos de gobierno antes mencionada, el mismo artículo 99, inciso 3, prevé que “el jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de

cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

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

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

Por su parte, Cayuso sostiene que “tal tipo de reglamentación no podría sortear la tacha de inconstitucionalidad”.⁷¹

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

III.1. Pronunciamento de ambas Cámaras

La Constitución Nacional ha establecido que el Poder Legislativo estará conformado de manera bicameral: por un lado, la Cámara de Diputados y, por otro, el Senado. Cada una representa por una parte al pueblo de la Nación –y con ello el principio democrático– y a los estados locales resguardando, así, el sistema federal.⁷² El bicameralismo permite una instancia de revisión más a las decisiones tomadas e implica un debate más amplio y representativo, con lo cual aquellas normas que surjan de esta mayor deliberación tendrán mayor legitimidad. Así, la Carta Magna establece en el artículo 78 que: “Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley” y en el artículo 82 que: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

Una interpretación armónica de ambos artículos permite concluir que, por un lado, se requiere el pronunciamento expreso y positivo y, por otro, que

⁶⁷ Bidart Campos, G., ob. cit., p. 345.

⁶⁸ García Lema, A., *La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava*, E.D., t. 182, p. 1285.

⁶⁹ Ob. cit., p. 1285.

⁷⁰ Balbín, C., ob. cit., p. 113.

⁷¹ Cayuso, Susana, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”; *La Ley*, 2006-D, 1435.

⁷² Gelli, M. A., “Constitución Nacional comentada y concordada”; *La Ley*, 2002, p. 439.

ambas Cámaras deben pronunciarse. Pero la ley 26.122 determina que para que un DNU sea rechazado se requiere la voluntad afirmativa tanto de la Cámara de Diputados como de la de Senadores. Así, el artículo 22 expresa que: “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la CN. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata”. Y el artículo 24 expresa que: “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. Cabe preguntarse qué sucedería si una de las dos Cámaras se pronuncia a favor de la validez del decreto y la otra en su contra. La solución que parece aportar la ley en cuestión sería que dicho decreto es válido, contraviniendo la letra de la Constitución.⁷³

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?

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

siones 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.”⁷⁴

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.⁷⁵ 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”.⁷⁶

En esta misma línea, María Angélica Gelli sostiene que el “silencio” de las Cámaras o el rechazo de alguna de ellas “implicará la caducidad del decreto”, ya que “el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio”.⁷⁷

Por último, es interesante resaltar que la interpretación sobre la validez del silencio como aprobación ficta o tácita es opuesta a la que rige en las Constituciones de España, Italia y la de la Ciudad de Buenos Aires, por citar sólo unos casos, en las que si los decretos de necesidad y urgencia no son ratificados en un plazo determinado (en general de 30 o 60 días) pierden vigencia. Este criterio es el único compatible con el principio republicano de la división de poderes establecido en el primer artículo de la Constitución Nacional.⁷⁸

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

⁷³ En esta línea, el doctor Carlos S. Fayt en el ya citado caso “Guida”, sostuvo: “Que el origen y desarrollo descripto del carácter de responsable político de la administración general del país que ostenta el presidente de la Nación (artículo 99, inciso 1 de la CN) y en virtud del cual se encuentra facultado para el dictado de decretos de necesidad y urgencia en casos como el presente, no ha sido desconocido en modo alguno por el constituyente de 1994. En efecto, no se ha ignorado que la energía del Ejecutivo es una cualidad sobresaliente en la definición de un gobierno eficaz, y por lo tanto, respetuoso del principio republicano de gobierno. Es del caso señalar, que el mismo respeto por este principio ha inspirado la reforma relativa a la necesaria intervención del Congreso. Así, una vez conjurado el peligro de la ineficacia, su actuación transforma a este tipo de decretos en un acto complejo en el que forzosamente el Poder Legislativo debe intervenir, a fin de otorgarle la legitimidad necesaria”. CSJN, “Guiga, Liliana / Poder Ejecutivo nacional”, resuelto 2 de junio de 2000.

⁷⁴ Quiroga Lavié, H., ob. cit., p. 565.

⁷⁵ Millón Quintana, J. y Mococho, J. M., ob. cit.

⁷⁶ Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”, *La Ley*, 2006-D, 1435.

⁷⁷ Gelli, M. A., ob. cit., p. 697.

⁷⁸ Pérez Sanmartino, Osvaldo A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”, *La Ley*, Sup. Act 17/8/2006, 1.

o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes”.

Ante los supuestos fácticos que la Constitución habilita para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, resulta particularmente relevante la participación activa del Congreso Nacional, por ser el poder dotado de mayor legitimidad democrática y encontrarse en él representadas todas las perspectivas de la sociedad. Su intervención sin cortapisas es una barrera contra la discrecionalidad. Como dice Balbín, “la función del Congreso no puede quedar circunscripta solamente a la aprobación o derogación de los DNU, ya que como titular de la potestad legislativa y responsable del control sobre el Poder Ejecutivo, puede introducir modificaciones en su texto”.⁷⁹

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. Por una parte, los jueces tienen el deber de someter la legislación en cuestión al escrutinio sobre su concordancia con la Constitución Nacional, como lo tienen respecto del resto de la legislación. Por otra parte, la propia ley 26.122 debe caer bajo el análisis cuidadoso de los magistrados, por tratarse de una norma que afecta delicados equilibrios de poder y regula trascendentes disposiciones constitucionales.

IV. Consideraciones acerca del decreto en tratamiento

El decreto 2.260/2009 fija un derecho del cuarenta por ciento (40 %) a la exportación para consumo de ciertos desperdicios⁸⁰ y desechos de hierro, acero y

metales no ferrosos⁸¹ comprendidas en ciertas posiciones arancelarias, por el término de trescientos sesenta (360) días.

Este mismo derecho de exportación fue fijado por primera vez, y por noventa días, a través de la resolución 4/2003 del ex Ministerio de Economía respecto de un grupo más amplio de posiciones arancelarias. En esa oportunidad, se consideró necesario incrementar la alícuota del derecho a la exportación de los desperdicios y desechos de hierro, acero y de metales no ferrosos porque la industria siderúrgica argentina veía afectada la oferta de estos bienes para el mercado interno, y en consecuencia su debido funcionamiento, debido al aumento de las exportaciones. La medida fue tomada sobre la base de las delegaciones dispuestas por el Código Aduanero (en adelante CA) a favor del PEN y de la subdelegación dispuesta por el decreto 2.752/91

⁸¹ Posiciones arancelarias de la nomenclatura común del Mercosur (NCM) que se detallan en el artículo 1°, remiten a los siguientes productos:

7404.00.00 desperdicios y desechos de cobre.

7503.00.00 desperdicios y desechos de níquel y sus manufacturas.

7602.00.00 desperdicios y desechos de aluminio y sus manufacturas.

7802.00.00 desperdicios y desechos de plomo y sus manufacturas.

7902.00.00 desperdicios y desechos de cinc y sus manufacturas.

8002.00.00 desperdicios y desechos de estaño y sus manufacturas.

8101.97.00 los demás metales comunes; cermetes, manufacturas de estas materias. (No comprende hierro, acero, cobre, níquel, aluminio, plomo, cinc, estaño y sus manufacturas.) Desperdicios y desechos.

8101.98.0 81.01 volframio (tungsteno) y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8102.97.00 81.02 molibdeno y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8103.30.00 81.03 tantalio y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8104.20.00 81.04 magnesio y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

81.05 matas de cobalto y demás productos intermedios de la metalurgia del cobalto; cobalto y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8106.00.90 81.06 bismuto y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8107.30.00 81.07 cadmio y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8108.30.00 81.08 titanio y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8109.30.00 81.09 circonio y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8110.20.0 81.10 antimonio y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

8112.13.0 81.12 berilio, cromo, germanio, vanadio, galio, hafnio (celtio), indio, niobio colombiano, renio y talio, así como las manufacturas de estos metales, incluidos los desperdicios y desechos.

8113.00.90 81.13 cermet y sus manufacturas, incluidos los desperdicios y desechos.

⁷⁹ Balbín, C., ob. cit., p. 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia*, ed. Depalma, 1995, p. 252.

⁸⁰ Anexo I al decreto 690/02. Sección XV. Metales comunes y manufacturas de estos metales. Notas. 8. En esta sección, se entiende por: (en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/73994/dto690-2002-seccion15.htm>)

a) Desperdicios y desechos: los desperdicios y desechos metálicos procedentes de la fabricación o mecanizado de los metales y las manufacturas de metal definitivamente inservibles como tales a consecuencia de rotura, corte, desgaste u otra causa.

de algunas de esas facultades por parte del PEN en el Ministerio de Economía.

La vigencia de este derecho de exportación fue prorrogada por la resolución 256/2003 del ex Ministerio de Economía porque se consideró que la falta de oferta de desperdicios y desechos de hierro y acero, y de residuos de otros metales no ferrosos en el mercado local continuaba afectado a la industria siderúrgica local. En esa oportunidad, el MECON sostuvo que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, 1947), aprobado por la ley 24.425, permite restringir temporalmente las exportaciones, con el fin de prevenir o remediar una escasez aguda de productos esenciales para el desenvolvimiento de la economía de un país.

Las resoluciones 579/2003, 389/2004, 788/2004, 46/2005, 23/2007 prorrogaron sucesivamente la vigencia del derecho a la exportación porque consideraron que la exportación de los desechos y desperdicios continuaba afectando el normal desenvolvimiento de la industria siderúrgica nacional. La resolución 395 del 18/6/2005, incluso, dispuso la suspensión de la exportación de ciertos desperdicios y desechos de cobre y aluminio.

El artículo 16 del decreto 509/2007 fijó nuevamente el derecho de exportación para las posiciones arancelarias que corresponden a los desperdicios y desechos de hierro, acero y otros metales no ferrosos en un cuarenta por ciento (40 %) y hasta el 11/1/2008. Dicho plazo fue prorrogado hasta el 11/1/2009 por la resolución 9/2008 del Ministerio de Economía y Producción. Finalmente, las resoluciones 3/2009 del ex Ministerio de Producción y 4/2009 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se fijó, por trescientos sesenta días contados desde el 12/1/2009, el derecho a la exportación de desperdicios y desechos de ciertos metales.

El decreto 2.260/2009, como todas las normas que lo anteceden, considera que están vigentes las condiciones que ameritaron el dictado de las normas anteriores, esto es, que no hay suficiente oferta de desechos de algunos metales en el mercado interno y que esa circunstancia perjudica el normal desenvolvimiento de la industria siderúrgica, y volvió a fijar el derecho a la exportación en un cuarenta por ciento (40 %) por el término de trescientos sesenta (360) días.

IV.1. *La invalidez del decreto 2.260/2009 y de las normas que delegan en el PEN el ejercicio de facultades tributarias*

Para poder juzgar la validez del decreto 2.259/2000 debemos responder varias preguntas:

1. ¿Puede el PEN fijar los derechos de exportación y sus alícuotas?

2. ¿Puede el Poder Legislativo delegar en el Poder Ejecutivo la función de fijar los derechos de importación y sus alícuotas?

La respuesta a estas dos preguntas es negativa. El derecho de exportación establecido por el decreto

2.260/2009 es un tributo. De acuerdo con la Constitución Nacional (CN), la facultad de crear, modificar y eliminar tributos y exenciones en todos sus aspectos corresponde solamente al Congreso. El Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo nacional (PEN) esta facultad.

IV.2. *Los derechos de exportación son tributos*

Los derechos de exportación son tributos. Ello surge de la naturaleza de estas exacciones, de la Constitución Nacional, del propio Código Aduanero, y del hecho de que el PEN los califica como tales.

En primer lugar, se considera tributo a toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio, y que debe ser impuesta por ley ajustándose a los principios de razonabilidad, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, entre otros. De esta forma, es una obligación unilateral y coercitivamente impuesta por el Estado en virtud de su poder de imperio y que tiene como fin solventar el cumplimiento de sus fines propios.⁸² Además, los tributos pueden ser utilizados como herramientas para incentivar o desincentivar la realización de determinadas actividades y regular la economía.

También, sabemos que la potestad tributaria que posee todo Estado se ejerce sobre la base de diversos instrumentos que caben dentro del género, tributo y que cuentan con un denominador común: el de ser una detracción coactiva de riqueza impuesta por el Estado en virtud de su legitimación constitucional.⁸³

Generalmente, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones. Los impuestos “son tributos que se establecen a los ciudadanos considerando alguna medida de su capacidad contributiva o del beneficio que han de recibir, cuyo destino son las rentas generales sin asignación específica”.⁸⁴ Las tasas son “aquellas prestaciones en dinero, o excepcionalmente en especie, que el Estado cobra por un servicio determinado e individualizado que presta”.⁸⁵ Finalmente, las contribuciones son aquellos tributos que gravan a quienes han de recibir un beneficio perfectamente individualizado que se traduce, de alguna manera en el incremento de su patrimonio, como consecuencia de una actividad del Estado.⁸⁶

En segundo lugar, los artículos 4º y 17 de la CN, que regulan las facultades tributarias de la Nación, incluyen

⁸² Spisso, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, ed. Depalma, Buenos Aires, p. 80.

⁸³ Badeni, G., “La patología constitucional de las retenciones”. “En retenciones a las exportaciones”. Suplemento especial, *La Ley*, 2008 (abril).

⁸⁴ Fenochietto, Ricardo, *Impuesto al valor agregado*, ed. *La Ley*, pág. 2.

⁸⁵ Fenochietto, Ricardo, *Impuesto al valor agregado*, ed. *La Ley*, pág. 2.

⁸⁶ Fenochietto, Ricardo, *Impuesto al valor agregado*, ed. *La Ley*, pág. 2.

a los derechos de exportación en este universo. Sobre este punto nos detendremos en el próximo apartado.

El propio CA califica a los derechos de exportación como tributos. Los derechos de exportación están regulados en los artículos 724 a 760 del CA, que conforman el capítulo sexto del título I “Especies de tributos”, de la sección IX “Tributos regidos por la legislación aduanera” del CA. Además, los artículos 728, 729, 737, 739, inciso *e*), 748, inciso *d*), 755, incisos *a*) y *b*) y otros muchos del CA se refieren a los derechos de exportación como tributos.

Finalmente, el Poder Ejecutivo también reconoce la naturaleza tributaria de los derechos a la exportación, pues los incluye en su informe “Tributos vigentes en la República Argentina a nivel nacional”, actualizado al 31/12/2009.⁸⁷ Este informe fue preparado por la Dirección Nacional de Investigaciones y Análisis Fiscal, Subsecretaría de Ingresos Públicos, Secretaría de Hacienda, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Presidencia de la Nación. En el punto V del informe se describen los impuestos sobre el comercio y las transacciones internacionales, dentro de los que se incluyen a los derechos de exportación establecidos en el Código Aduanero.

IV.3. *El Código Aduanero delega en el PEN facultades tributarias*

Al fijar el derecho de exportación sobre los desechos de metales, el decreto 2.260/2009 se fundó en los artículos 11, apartado 2, y 12 del Código Aduanero (CA) y en la ley 26.519.

El artículo 11 del CA, establece:

“1. En las normas que se dictaren para regular el tráfico internacional de mercadería, ésta se individualizará y clasificará de acuerdo con el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, establecido por el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera, en Bruselas, con fecha 14 de junio de 1983 y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus Notas Explicativas.

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

El Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías es un sistema para identificar las mercancías que son objeto del comercio internacional de modo uniforme entre los países firmantes del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. Dicho en otras palabras, este sistema unifica y armoniza el modo en el que los países identifican las mercaderías. Un ejemplo muy simple y burdo podrá ser explicativo: antes de que se firmara el convenio, un país A identificaba el producto “calzado de cuero masculino” con el código 123 mientras que el país B identificaba el mismo producto con el código 456. Estas diferencias en los sistemas de codificación de los productos que son importados y exportados (objeto del comercio internacional) hacía necesario que el país A conociera la codificación del país B para poder identificar los productos. El Sistema Armonizado elimina inconvenientes en el comercio internacional porque todos los países firmantes del convenio (más de 120), utilizan la misma codificación para identificar las mercaderías.⁸⁸

El artículo 11, apartado 1, dispone que las mercaderías serán individualizadas y clasificadas de acuerdo con el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. El apartado 2 dispone que el PEN deberá mantener actualizadas las codificaciones, de acuerdo con las modificaciones que realice el Consejo de Cooperación Aduanera. Es decir, si el producto “calzado de cuero masculino” era identificado con el código 123 y luego el Consejo decide modificar el código de identificación a 124 o abrir nuevas clasificaciones dentro de ese rubro y asignarles nuevos códigos, el PEN debe actualizar el modo de identificar las mercaderías en el país.

Es claro que el artículo 11, apartado 2, del CA no delega en el PEN la facultad de crear, modificar o eliminar tributos.

El artículo 12 del CA establece:

“El Poder Ejecutivo podrá:

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

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

El artículo 12 del CA dispone que el PEN podrá desdoblar las partidas y subpartidas no divididas en el Sistema Armonizado. Las partidas son los códigos de identificación de un grupo de mercaderías que integran un grupo más amplio de mercaderías. Las partidas y

⁸⁷ <http://www.mecon.gov.ar/sip/dniaf/tributosvigentes.pdf>.

⁸⁸ Para más información sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías ver: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/218/8.pdf>.

subpartidas indican subclasificaciones. Es decir que si el Sistema Armonizado clasifica, por ejemplo, al producto “calzado de cuero masculino” con un código, por ejemplo, 1234 y la Argentina desea identificar de un modo distinto a los zapatos de cuero masculinos de distintos colores, para poder reflejar esta clasificación por color el PEN podrá desdoblar la partida que de acuerdo con el Sistema Armonizado identifica a los zapatos de cuero de acuerdo con la clasificación que quiera hacer. Por ejemplo, los zapatos de cuero masculinos de color marrón serán identificados con el código 1234.1, los de color negro serán identificados con el código 1234.2, etcétera. El artículo 12 agrega que el PEN podrá incorporar reglas generales de interpretación del Sistema Armonizado y notas explicativas.

El artículo 12 del CA tampoco delega en el PEN la facultad de crear, modificar o eliminar tributos.

Nuestro análisis podría detenerse aquí pues, al no citar ninguna norma que habilite al PEN a establecer un tributo, el decreto carece de la fundamentación suficiente que debe tener cualquier acto administrativo. Sin embargo, y a diferencia de la persona que redactó el decreto, nosotros hemos podido identificar las normas del CA que facultan al PEN a establecer derechos de exportación, que no es sino el ya célebre artículo 755.

El artículo 755 del CA dispone:

“1. En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá:

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

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

”c) Modificar el derecho de exportación establecido.

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

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

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

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

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

”e) Atender las necesidades de las finanzas públicas.”

Es el artículo 755 del CA y no los artículos 11 y 12, el que delega en el PEN la facultad de crear, modificar y eliminar derechos de exportación.

IV.4. El principio de legalidad en materia tributaria: el PEN no puede crear, modificar o eliminar tributos o alguno de sus elementos esenciales y el Congreso no puede delegar facultades tributarias

La Constitución Nacional es clara en el sentido de consagrar una zona de reserva legal absoluta, que implica que hay un núcleo de potestades legislativas en determinadas materias que bajo ningún concepto pueden ser objeto de delegación o de asunción de facultades por parte del Poder Ejecutivo, aún mediando emergencia o urgencia. La tributaria es una de ellas.

En efecto, como es sabido, en materia tributaria el principio de legalidad o de reserva es absoluto. Esto significa que no admite excepción alguna, y alcanza tanto la creación de impuestos, tasas o contribuciones, como la modificación de los elementos esenciales que lo componen: hecho imponible, alícuota, base de cálculo, sujetos alcanzados y exentos. El principio implica que la competencia del Congreso es exclusiva y que no puede ser ejercida por ninguno de los otros poderes, ni siquiera en situaciones de emergencia.⁸⁹

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado la extensión del principio de legalidad en materia tributaria en reiteradas oportunidades. La Corte ha sostenido: “Que resulta necesario recordar que el principio de legalidad [...] abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones... De ahí, pues, que en esta materia, la competencia del Poder Legislativo es exclusiva (*Fallos*, 321:366, in re “Luisa Spak de Kupchik y otro c/ Banco Central de la República Argentina y otro”; *Fallos*, 316:2329; 318:1154 y 323:3770).”⁹⁰

Asimismo, respecto al principio de legalidad tributaria, la Corte Suprema ha sostenido la invalidez de diversos decretos que han modificado normativa tributaria por encontrarlos violatorios al principio aquí comentado. Así, en el caso ya citado “Video Club Dreams”,⁹¹ la Corte declaró la inconstitucionalidad de

⁸⁹ Conf. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 35.

⁹⁰ “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/Tucumán, Provincia de s/acción declarativa”, 9/5/06, N. 165. XXXVII. En el caso, la actora discutía la constitucionalidad de un acto administrativo que exigió el pago de la diferencia entre la alícuota del impuesto a los ingresos brutos establecido en el Código Fiscal y una alícuota superior establecida por un decreto provincial.

⁹¹ Ob. cit.

un tributo creado por el decreto de necesidad y urgencia 2.736/91, con las modificaciones del 949/92, porque creó un hecho imponible distinto del previsto por ley 17.741, obviando el principio de legalidad tributaria. Criterio que repetiría en el caso “Berkley Internacional ART”,⁹² donde consideró inconstitucional el decreto 863/98, por cuanto creó una tasa que percibiría la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) sobre la recaudación que efectúa en favor de aquella.

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

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

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

Es claro que los derechos de exportación son tributos y, en consecuencia, están sujetos al principio de legalidad en materia tributaria.

Como ya se ha señalado, el principio de legalidad, que establece que ningún tributo puede ser establecido sin ley –*nullum tributum sine lege*–, es una clara derivación del principio genérico de legalidad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, conforme al cual nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.⁹³

Joaquín V. González resaltaba la relevancia del principio de reserva legal tributaria al afirmar que: “El más importante de los caracteres de este poder de imposición es el ser exclusivo del Poder Legislativo,

como representante más inmediato de la soberanía del pueblo”.⁹⁴

En este sentido se expide Luqui,⁹⁵ al afirmar que “en materia financiera, existe una sola función que cada uno de los órganos políticos del gobierno (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo) ejerce en la etapa correspondiente y dentro de la competencia que a su vez fija la carta. En efecto, al Poder Legislativo corresponde imponer las contribuciones (artículo 67, inciso 7). El Poder Ejecutivo, por su parte, tiene a su cargo la ‘recaudación de las rentas’ y ‘decreta su inversión’ (artículo 86, inciso 13). Por último, para cerrar este verdadero ciclo, el Poder Ejecutivo debe presentar anualmente al Congreso la ‘cuenta de inversión’, y en manos de éste está aprobarla o desecharla (artículos 86, inciso 13, y 67, inciso 7, respectivamente). En estas pocas disposiciones la Constitución compendia toda la función financiera del gobierno en su aspecto político-administrativo. Al punto se ve que una sola es la función que pertenece a ambos poderes, pero cada uno debe ejercerla dentro de su competencia y en las correspondientes etapas. Esto quiere decir que ninguno de ellos puede delegar, menos renunciar, a ejercer la etapa correspondiente a su competencia dentro de la mencionada función, so pena de romper el equilibrio del sistema”.

Es por esta razón, que el artículo 52, anteriormente transcrito, fija que la Cámara de Diputados, –donde está representada la voluntad del pueblo– debe ser aquella que de inicio de los proyectos relativos a contribuciones. Esta disposición encuentra justificación en el principio de representatividad democrática, según el cual no se puede obligar a la ciudadanía a pagar tributos sin que, por medio de sus representantes, preste consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones.⁹⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la delegación de facultades tributarias en el Poder Ejecutivo es inconstitucional. La Corte ha dicho: “...la jurisprudencia de esta Corte resulta categórica en cuanto a que ‘los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas’ (*Fallos*⁶, 321:366 y sus citas) y, concordemente con ello, ha afirmado que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones” (*Fallos*; 316:2329; 318:1154; 319:3400 y sus citas, entre otros). De acuerdo con la CSJN, “...ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente

⁹² CSJN, 21/11/2000, “Berkley Internacional ART c/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”. *Fallos*, 323: 3770.

⁹³ Sanabria, Pablo, *Las retenciones a la exportación ¿un impuesto inconstitucional?*, *La Ley*, 18/3/2008, 1.

⁹⁴ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, tomo V, pág. 432.

⁹⁵ *Derecho constitucional tributario*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 141.

⁹⁶ Conf. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, ob. cit., p. 454.

una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo (conf. sobre esto último la doctrina del citado precedente de *Fallos*, 319:3400, en especial, su considerando 9°)” y que “al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del artículo 59 de la ley 25.237, en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución (confr. doctrina de *Fallos*, 148:430; 270:42; 310:2193, entre otros).”⁹⁷

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

La doctrina también se ha pronunciado en el sentido indicado, señalando que aquellas materias que se encuentran excluidas de la facultad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia, tampoco pueden ser delegadas. En este sentido, Gelli ha manifestado que la falta de una prohibición expresa similar a la del artículo 99, inciso 3, para los decretos de necesidad y urgencia, no habilita la delegación en esas cuestiones, aún cuando exista emergencia pública. Invoca en tal sentido el fallo “Video Club Dreams”⁹⁸, en el cual la Corte Suprema estableció el carácter absoluto del principio de legalidad tributaria.

El principio de legalidad en materia tributaria es tan estricto que ni siquiera en excepcionales situaciones de emergencia pública, en las que esté en peligro la subsistencia y continuidad de la Nación y en las que sea imposible seguir los trámites legislativos puede el PEN emitir decretos de necesidad y urgencia que regulen materia tributaria (artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional).

En conclusión, el PEN no puede establecer tributos. El decreto 2.260/2009 fija el derecho a la exportación de los desperdicios y desechos de hierro, acero y otros metales no ferrosos en un cuarenta por ciento (40%) de su valor. Dado que los derechos de exportación son tributos y que la Constitución prohíbe al PEN ejercer potestades tributarias, el decreto 2260/2009 es inconsti-

tucional. Además, el artículo 755 del Código Aduanero es inconstitucional porque delega en el Poder Ejecutivo la facultad de establecer tributos cuando los tributos sólo pueden ser establecidos por una ley dictada por el Congreso. El Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de establecer tributos.

Además, en cualquier caso, la delegación que el artículo 755 hace en el PEN no cumple los requisitos que establece el artículo 76 de la Constitución Nacional para que el Congreso delegue en el PEN facultades legislativas. Aun en el supuesto en que se considere que la materia tributaria puede ser objeto de delegación en el PEN, las normas objetadas tampoco reúnen las demás exigencias constitucionales para delegar válidamente facultades legislativas. Recordemos que el artículo 76 de la Constitución Nacional únicamente admite la delegación de facultades legislativas si concurren todos y cada uno de los siguientes requisitos:

1. La materia de delegación debe tratarse de una materia determinada de administración o de emergencia pública;
2. La ley delegante debe establecer un plazo dentro del cual el PEN puede ejercer la facultad delegada, no se puede delegar la facultad de crear leyes *sine die*;
3. La ley delegante debe establecer las bases de la delegación, esto es, los parámetros a los que el PEN deberá ajustarse al ejercer las facultades legislativas, 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 ejercidas⁹⁹; y
4. La delegación sólo puede ser hecha a favor del presidente, no puede ser hecha a favor del jefe de Gabinete de Ministros o a favor de un ministro, secretario, etcétera, y el presidente no puede subdelegar en ningún funcionario las facultades legislativas que le fueron delegadas.

Aún, si consideráramos que la facultad de establecer tributos es delegable, el artículo 755 del CA no cumple con los demás requisitos que fija el artículo 76 de la Constitución Nacional. En primer lugar, el artículo 755 del CA no establece el plazo dentro del cual el PEN podrá ejercer la facultad de crear, modificar y eliminar tributos y exenciones. En segundo lugar, el artículo 755 tampoco establece debidamente las bases de la delegación.

El artículo 755, párrafo 2, del CA establece que las facultades de crear, eliminar y modificar derechos de exportación establecida en el párrafo 1 del artículo sólo podrán ejercerse “con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades:

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

⁹⁷ CSJN, “Selcro S.A. c/Jefatura Gabinete Mos. decisión 55/00 (decretos 360/95 y 67/96) s/amparo ley 16.986”. S. 365. XXXVII. 21/10/03. Corresponde señalar que, de acuerdo con lo dicho por la Corte, la delegación del Poder Legislativo en materia tributaria sería válida si éste estableciera pautas o límites para fijar tributos. Considero que esta postura no es acertada porque la Constitución permite la delegación con fijación de pautas y plazo únicamente para materias determinadas de administración y de emergencia pública.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Selcro S.A. c/Jefatura de Gabinete de Ministros. Decisión 55/2000”, sentencia de 21 de octubre de 2003.

⁹⁹ Corte Suprema, fallo “Video Club Dreams”.

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

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

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

”e) Atender las necesidades de las finanzas públicas.”

El párrafo 2 del artículo 755 del CA no establece las bases de la delegación sino las finalidades que dicha delegación debe cumplir, que son varias y amplísimas. El CA no establece lineamientos generales para la creación, eliminación o modificación de los derechos de exportación. Por ejemplo, el CA no identifica grupos de hechos imposables que podrán ser objeto de gravamen, ni identifica grupos de sujetos u objetos imposables.

Así, aun si sostuviéramos que la facultad de crear, modificar y eliminar tributos es delegable, el artículo 755 del CA tampoco cumple con los demás requisitos que fija el artículo 76 de la Constitución Nacional.

Antes de avanzar hacia el estudio de otras cuestiones, es preciso hacer una aclaración. La posición que aquí sostengo, esto es que el decreto bajo estudio y las normas que delegan en el PEN la facultad de crear, modificar y eliminar tributos son inconstitucionales por violar el principio de legalidad en materia tributaria, no significa que yo considere que las transacciones del comercio internacional no deben estar gravadas. Esa sería una conclusión falsa. El debido respeto de los derechos de los ciudadanos, el adecuado funcionamiento del Estado y el cumplimiento de varios fines intermedios que apuntan a lograr el bienestar general y el desarrollo de nuestro país exigen que las exportaciones, importaciones, otras transacciones comerciales y manifestaciones de capacidad contributiva sean gravadas conforme la mejor satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y una adecuada distribución del ingreso ciudadano de los habitantes, así como a los fines del mejor desarrollo de la producción nacional. Sin embargo, es preciso que los gravámenes sean establecidos por una ley formal.

No se trata de una mera formalidad o rigor técnico, ni de una ciega observancia a las normas, o de un apego teórico a la relevancia de la deliberación. Fundamentalmente, comparto la inteligencia que indica que las normas constitucionales que establecen que determinados asuntos son una atribución exclusiva del Congreso permiten asegurar una mayor publicidad y debate en las decisiones. No hay dudas acerca de que la normas dictadas por el PEN se discuten y deciden en un ámbito de opacidad, desconociendo la sociedad quiénes participaron en esas discusiones, cuáles fueron las propuestas e ideas que compitieron ni qué

razones fueron las que determinaron que un curso de acción prevaleciera sobre otros, y en muchos casos, ni siquiera quiénes son los beneficiarios o perjudicados por esas normas.

Los funestos resultados de esta dinámica están a la vista: en la Argentina –por ejemplo– no se discuten las retenciones a la exportación de productos minerales. Existe una actividad económica extraordinariamente rentable, como la actividad minera, con alto impacto ambiental y, que explota recursos naturales agotables, pero la presión impositiva que debe sufrir es una cuestión que permanece ajena al Congreso. De este modo, insisto, cumplir con la Constitución no sólo tiene el valor intrínseco del respeto institucional, sino que, además, asegura políticas más coherentes y justas.

Ésta no es la primera vez que me he pronunciado sobre la invalidez de decretos y resoluciones que crean, modifican o eliminan los elementos de un tributo y de las normas de este Congreso que inválidamente delegan en el PEN facultades que son indelegables. Y tampoco es la primera vez que el bloque al que pertenezco ha resaltado la necesidad de que los tributos aduaneros, como todos los tributos, sean fijados por ley.

Ahora bien, considero que la reiteración del dictado de normas que vulneran este principio, no sólo afecta seriamente las bases de nuestro sistema republicano sino que se incurre en actos de grave irresponsabilidad política. Por tal motivo, hemos presentado un proyecto de ley cuyo fin es cumplir las normas constitucionales que otorgan al Congreso de la Nación la atribución de fijar derechos de exportación e importación, a los efectos de respetar el principio de legalidad tributaria en el ámbito de los tributos aduaneros. Asimismo, el proyecto establece una forma de resolver la problemática que cuestionamos toda vez que, mediante esta propuesta el Congreso dispone que la importación y exportación de mercaderías –con la excepción de ciertos productos– serán gravadas con las alícuotas vigentes al momento de la publicación de la ley, hasta tanto una comisión bicameral permanente del Congreso de la Nación, que tendrá por objeto el análisis periódico semestral de las alícuotas de los derechos de importación y exportación, eleve a las Cámaras una propuesta de modificación de esas alícuotas en un plazo perentorio e improrrogable. De tal forma, se pretende dar validez constitucional a los derechos aduaneros, asumiendo el Congreso sus plenas facultades, y con un mecanismo ágil que los fije o modifique dentro del plazo fijado.

V. *La ley 26.519*

Debemos pronunciarnos ahora sobre la ley 26.519.

El artículo 1° de la ley 26.519 dispone:

“Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo nacional, ratifícase en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año, 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 titular del Poder Ejecutivo nacional y el jefe de Gabinete de Ministros ejercerán exclusivamente las facultades delegadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100, incisos 4 y 12, de la Constitución Nacional y la ley 26.122. En cada caso, deberá citarse la norma jurídica en la cual se enmarca la delegación legislativa, determinando número de ley y artículo.”

El artículo 1º de la ley 26.519 ratifica por el plazo de un año las normas que delegaron en el PEN ciertas facultades legislativas. Las normas delegantes que quedaron ratificadas son aquellas que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Que hayan sido emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994;
2. Que las normas delegantes hayan delegado facultades para legislar sobre materias delegadas de administración o sobre situaciones de emergencia pública;
3. Que el Congreso haya fijado las bases de la delegación.

¿Qué ocurre con las normas delegantes que no cumplen con estos requisitos y que no han sido ratificadas por el plazo de un año? La respuesta la da la disposición transitoria octava de la Constitución Nacional, que establece: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.”

En consecuencia, las normas que deleguen facultades legislativas en el PEN y que no cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la ley 26.519 para estar incluidas en la ratificación ya han caducado. Esta es la situación en la que se encuentran las normas sobre las que pretende basarse el PEN a los fines de dictar el decreto bajo análisis.

Tal como lo hemos subrayado, todas estas normas delegan en el PEN la facultad de crear, modificar y eliminar tributos. De acuerdo con la ley 26.519, sólo quedan ratificadas las normas que deleguen facultades sobre materias determinadas de administración o de emergencia pública. La única conclusión a la que podemos arribar es que las normas citadas por el PEN no han sido ratificadas y que las delegaciones que ellas han establecido han caducado.

Esto no modifica, en modo alguno, las conclusiones a las que arribáramos precedentemente, porque, aun cuando el Congreso hubiese ratificado las normas que delegaron la facultad tributaria en el PEN, esa delegación no es válida y la ratificación de tal delegación tampoco lo es. Es decir, el hecho de que las normas sobre las cuales se basa el decreto 2.260/2009 (a pesar de que el decreto no las haya citado correctamente en sus considerandos) hayan caducado no empeora la situación del decreto porque, aun si las considerá-

ramos vigentes, las delegaciones que ellas contienen son inválidas.

Además de los requisitos enumerados para que una norma delegante haya sido ratificada por la ley 26.519, el artículo 1º de la ley 26.519 exige que las normas que sean dictadas por el PEN o por el jefe de Gabinete sobre la base de las facultades delegadas deberán citar el número de ley y artículo que les permite ejercer la facultad delegada. No basta que el PEN cite cualquier artículo de cualquier ley que le permita ejercer cualquier facultad delegada. La validez de la norma que implica hacer uso de facultades legislativas requiere que el decreto cite correctamente las normas que le delegan la facultad que es necesaria para dictar la norma que, en concreto se está dictando. Esto es lo que no ocurre en este caso.

Por todas las razones expuestas, se aconseja el rechazo del decreto en análisis dada su la invalidez por inconstitucionalidad y la nulidad absoluta e insanable.

Marcela V. Rodríguez.

INFORME DEL SEÑOR DIPUTADO ENRIQUE L. THOMAS

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad a fin de someter a su consideración el presente dictamen que rechaza el decreto de delegación legislativa número 2.260/2009 por el que se prorroga la aplicación del derecho de exportación para desperdicios y desechos de diversos metales.

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 lo establecido en los artículos 11, apartados 2 y 12 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y la ley 26.519.

Es indudable entonces que el decreto en análisis fue dictado en 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 2º, 13 y 19 de la ley 26.122.).

I. De la división de poderes

Al analizar el decreto de delegación legislativa resulta necesario comenzar considerando 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 se entronca en la primitiva tradición constitucional de los Estados

Unidos de América, 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. Esta circunstancia, 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...”.

En este sentido, corresponde citar a los padres fundadores de la Constitución de EE.UU. quienes con suma claridad argumentan sobre el tema en cuestión:

“(…) 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–, libro I, 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 nuestra. Tanto más cuanto que la división de poderes 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*, página 310, 26ª edición, Ángel 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).

Sin embargo, 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 ya la jurisprudencia, prevé que el Poder Ejecutivo participe no sólo del proceso de formación y sanción de las leyes, sino que también –en casos limitados– autoriza expresamente al Congreso Nacional a delegar en el Ejecutivo sus facultades legislativas. Respecto al tema, el doctor Juan Carlos Cassagne 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”, *La Ley* diario judicial, 26-11-2003, *La Ley* 2004-A, 1144).

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

Esta circunstancia excepcional, como tal, debe interpretarse en sentido restrictivo, limitado y circunscrito. En modo alguno la excepción prevista puede ser desvirtuada o 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, las cuales por esencia le son propias, lo configuran y caracterizan.

II. Primera conclusión

De lo manifestado, podemos colegir que:

a) Ignorar los límites de la delegación legislativa emanados del artículo 76 de la Constitución Nacional conllevaría indefectiblemente al avasallamiento de la división de poderes.

b) En el supuesto de que el Poder Ejecutivo nacional se avocara a 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 de nuestra república democrática.

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

III. Evaluación

En concordancia con lo expuesto, la ley 26.122 establece en su artículo 13 los criterios de examen conforme a los cuales esta Comisión Bicameral Permanente debe expedirse. En dicho artículo 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.

De acuerdo a lo expresado, 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.

Requisitos formales

En este orden de ideas, la lectura del artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional nos permite distinguir como requisitos formales:

- a) Firma del presidente de la Nación.
- b) Firma del jefe de Gabinete de Ministros (y demás ministros competentes).
- c) Control por parte de la Comisión Bicameral Permanente.

Requisitos sustanciales

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

- a) Materias determinadas de administración o de emergencia pública.
- b) 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 del decreto, impi-

diendo cualquier modificación del texto remitido (artículo 23, ley 26122: “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 de la Constitución Nacional: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”).

IV. El decreto 2.260/2009

El decreto en análisis fue dictado por el Poder Ejecutivo Nacional a fin de prorrogar por el término de trescientos sesenta (360) días, un derecho del cuarenta por ciento (40%) a la exportación para consumo de determinadas mercaderías para desperdicios y desechos de diversos metales. Este derecho fue establecido en un principio por la resolución 4/2003 del ex Ministerio de Economía.

V. Análisis de los requisitos formales

El decreto 2.260/2009 cumple con los requisitos formales dado que ha sido dictado por la señora presidenta de la Nación, doctora Cristina Fernández de Kirchner, refrendado por el señor jefe de Gabinete de Ministros, Aníbal Fernández, y los señores ministros Amado Boudou y Débora A. Giorgi.

Asimismo, cumple con lo establecido en el artículo 3 de la ley 26.122 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 el ejercicio de ciertas facultades 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 comi-

sionar al órgano ejecutivo, el ejercicio de cualquiera de las funciones que le asigna la Ley Fundamental.

Conforme lo establece el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional para los decretos de necesidad y urgencia, consideramos que es improcedente la delegación de facultades legislativas en materia penal, electoral, de partidos políticos, y/o –como ocurre en el presente caso– en materia tributaria.

Teórica y prácticamente, la delegación de facultades legislativas y los decretos de necesidad y urgencia, son las dos caras de una misma moneda.

En ambos casos, el órgano ejecutivo ejerce funciones legislativas. Funciones que constitucionalmente corresponden al Congreso y que, solamente por vía de excepción, pueden ser ejercidas por el Poder Ejecutivo.

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

Si el Congreso no puede convalidar tales actos, tampoco puede autorizar al Poder Ejecutivo para que, mediante la delegación, proceda a regular aquellas mismas materias. Ello conllevaría en la práctica a abolir la división de poderes y, con ello, la forma republicana de gobierno.

Asimismo, resulta especialmente cuestionable la pretendida facultad del Poder Ejecutivo nacional de –so pretexto de ampararse en la ley 26.519 que ratifica hasta agosto de 2010 la totalidad de la delegación legislativa efectuada hasta agosto de 2009– prorrogar la vigencia de un derecho de exportación creado por una resolución del ex Ministerio de Economía, la resolución 4 de 2003. El Congreso es el único órgano habilitado para “reglar el comercio con las naciones extranjeras” (artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional); el Poder Ejecutivo no puede delegar tales facultades en el Ministerio de Economía.

Del mismo modo, las normas delegantes –los artículos 11, apartado 2 y 12 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y la ley 26.519– carecen de suficiente precisión respecto de las materias delegadas y de límites precisos para que el órgano ejecutivo ejerza las potestades delegadas. Disponen bases de delegación que son sumamente genéricas y ambiguas, posibilitando así –a través una interpretación amplia y a nuestro criterio errada– otorgar al órgano ejecutivo una especie de carta en blanco para regular en materia aduanera en general, y en materia tributaria en particular, ya que regula derechos de exportación. Los derechos de exportación, tal como establece el artículo 724 del Código Aduanero, gravan las exportaciones al consumo y, por tanto, son tributos.

Es importante destacar que, especialmente en materia tributaria, las normas sólo pueden emanar directa-

mente del Congreso Nacional. Ergo, lo mismo sucede con su derogación, suspensión y/o prórroga.

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

En el texto de la Constitución también resulta claro que es indelegable la potestad tributaria. Al margen de las disposiciones contenidas en los artículos 16, 52 y 75, incisos 1° y 2°, su artículo 4° establece que la materia tributaria debe ser impuesta por el Congreso y el artículo 17 dispone que “sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°”. Esa exclusividad, prohíbe la delegación. Más aún cuando se pretende delegar en diversos organismos (e.g. el Ministerio de Economía) una parte de dichas facultades, las cuales son atribuciones esenciales e indelegables del Congreso Nacional.

Por tanto, el decreto 2260/09 no cumplimenta los requisitos sustanciales para su dictado:

a) Materias determinadas de administración o de emergencia pública: tal como se analizó ut supra, la materia tributaria no puede ser objeto de delegación en el Poder Ejecutivo, en razón de la expresa prohibición del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

b) Plazo fijado para su ejercicio: el derecho de exportación para desperdicios y desechos de diversos metales viene siendo prorrogado sucesivamente desde la sanción de la resolución 4/2003 del ex Ministerio de Economía, la cual establecía su vigencia por el término de noventa (90) días. Por tanto, es dable considerar si el derecho establecido es cuasi permanente. Si es así, debe ser determinado por ley del Congreso.

c) Dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca: las normas delegantes –los artículos 11, apartado 2 y 12 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y la ley 26.519– carecen de suficiente precisión respecto de las materias delegadas y de límites precisos. Son genéricas y, en ciertos casos, ambiguas, permitiendo así que el Poder Ejecutivo se extralimite en sus facultades.

VII. Conclusión

Por los fundamentos expuestos en el presente, y considerando que el decreto en análisis no cumplimenta 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 la invalidez del decreto 2.260 del 28 de diciembre de 2009.

Enrique L. Thomas.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2009.

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

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 26.122, a fin de comunicarle el decreto 2.260 del 28 de diciembre de 2009 dictado en uso de facultades delegadas, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 671

ANÍBAL D. FERNÁNDEZ.

Amado Boudou. – Débora A. Giorgi.

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2009.

VISTO el expediente S01:0511845/2009 del Registro del Ministerio de Industria y Turismo, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la resolución 4 de fecha 7 de enero de 2003 del ex Ministerio de Economía se estableció, por el término de noventa (90) días, un derecho de exportación del cuarenta por ciento (40 %) aplicable a desperdicios y desechos de diversos metales.

Que dicho tratamiento arancelario fue prorrogado mediante las resoluciones 256 de fecha 9 de abril de 2003 del ex Ministerio de Economía, 579 de fecha 12 de diciembre de 2003, 389 de fecha 11 de junio de 2004, 788 de fecha 7 de diciembre de 2004, 46 de fecha 29 de diciembre de 2005 y 23 de fecha 16 de enero de 2007, todas del ex Ministerio de Economía y Producción.

Que a través del decreto 509 de fecha 15 de mayo de 2007 y sus modificaciones, se incorporó al ordenamiento jurídico nacional la resolución 70 de fecha 13 de diciembre de 2006 del Grupo Mercado Común (GMC) que aprobó el arancel externo común (AEC) basado en la nomenclatura común del Mercosur (NCM) ajustada a la IV Enmienda del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías y a su vez se ordenó en un mismo cuerpo legal cierta normativa general vigente en materia de comercio exterior.

Que el artículo 16 del decreto 509/07 y sus modificaciones fijó el derecho de exportación aplicable a las posiciones arancelarias de la nomenclatura común del Mercosur (NCM) consignadas en el anexo XIV de dicha norma.

Que el citado anexo estableció, entre otros, el derecho del cuarenta por ciento (40 %) a la exportación para consumo de desperdicios y desechos de diversos metales, previendo la vigencia del mismo hasta el día 11 de enero de 2008.

Que asimismo, mediante la resolución 9 de fecha 11 de enero de 2008 del ex Ministerio de Economía y

Producción, se substituyó en el anexo XIV mencionado precedentemente, la referencia (22) modificando la vigencia establecida en la misma hasta el día 11 de enero de 2009.

Que una vez vencido el plazo fijado por la resolución 9/08 del ex Ministerio de Economía y Producción, a través de la resolución conjunta 3 del ex Ministerio de Producción y 4 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 8 de enero de 2009, se estableció idéntico tratamiento arancelario por el término de trescientos sesenta (360) días.

Que manteniéndose vigentes las condiciones tenidas en cuenta para el dictado de las normas citadas en los considerandos anteriores, resulta aconsejable prorrogar la aplicación del derecho de exportación del cuarenta por ciento (40 %) para desperdicios y desechos de diversos metales.

Que la Secretaría de Industria, Comercio y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria y Turismo ha tomado intervención en la confección de la presente medida.

Que han tomado intervención los servicios jurídicos competentes en virtud de lo dispuesto por el artículo 7, inciso *d*) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, 19.549.

Que el presente decreto se dicta en uso de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional, por los artículos 11, apartado 2 y 12 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y por la ley 26.519.

Por ello,

La presidenta de la Nación Argentina decreta:

Artículo 1° – Fijase por el término de trescientos sesenta (360) días, un derecho del cuarenta por ciento (40 %) a la exportación para consumo de las mercaderías comprendidas en las posiciones arancelarias de la nomenclatura común del Mercosur (NCM) que se detallan:

NCM	NCM
7404.00.00	8106.00.90 ²
7503.00.00	8107.30.00
7602.00.00 ¹	8108.30.00
7802.00.00	8109.30.00
7902.00.00	8110.20.00
8002.00.00	8111.00.90 ²
8101.97.00	8112.13.00
8102.97.00	8112.22.00
8103.30.00	8112.52.00
8104.20.00	8112.92.00 ²
8105.30.00	8113.00.90 ²

Referencias:

¹ Únicamente manufacturas definidas en la nota 8 a) de la sección XV de la nomenclatura común del Mercosur (NCM).

² Únicamente desperdicios y desechos.

Art. 2° – El presente decreto comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 3° – Comuníquese a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

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

Decreto 2.260

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Aníbal D. Fernández. – Amado Boudou. –
Débora A. Giorgi.*