

PERÍODO PARLAMENTARIO
2009
ORDEN DEL DÍA N° 120

**COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO (LEY 26.122)**

Impreso el día 22 de febrero de 2010

SUMARIO: Declaración de validez del decreto 2.261 de fecha 28 de diciembre de 2009. (25-JGM-2009.)

INFORME

I. Dictamen de comisión.

II. Dictamen de comisión.

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 nacional 2.261 de fecha 28 de diciembre de 2009, mediante el cual se prorroga el plazo establecido por la resolución conjunta 1 y 2/2009 que suspendió la exportación para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos.

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 2.261 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.

Miguel A. Pichetto. – Beatriz L. Rojkés de Alperovich. – Marcelo A. H. Guinle. – Nicolás A. Fernández. – Agustín Rossi. – Luis F. J. Cigogna. – Diana B. Conti. – Jorge A. Landau.

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 tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificados en nuestra Constitución Nacional: *a)* los decretos de necesidad y urgencia, *b)* los dictados en virtud de delegación legislativa y *c)* los de promulgación parcial de las leyes.

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.

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 personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.”

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

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

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

El título II de la ley 26.122 establece el régimen jurídico y la competencia de la Comisión Bicameral Permanente y, en su artículo 5°, precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y (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 art. 99 inc. 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 con 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 delegados², 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 atienda al régimen positivo propio de cada una de éstas, permite obtener una conceptualización de aquellas materias coherente con las exigencias jurídico políticas del principio de división de poderes tal como él ha sido recogido por la Constitución”.⁶

Respecto de los asuntos de emergencia pública, es preciso destacar que el concepto de emergencia no

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.

⁶ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

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

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 los 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, específicamente para expedir las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (antiguo inciso 2, artículo 86).

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.

⁷ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

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

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, derogando todo acto normativo opuesto a éstas y convocando 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 con el 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 Fallos: CS 330:855. Dictamen del procurador general de la Nación, 8/2/2007.

“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

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.

¹⁴ Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit.

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 2º. 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 2.261 de fecha 28 de diciembre de 2009, mediante el cual se proroga el plazo establecido por la resolución conjunta 1 y 2/2009 que suspendió la exportación para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos.

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 2.261/09 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, y el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, licenciado Amado Boudou, 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 2.261/09.

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 632 y 609, inciso *c)* 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 632: El Poder Ejecutivo podrá establecer prohibiciones de carácter económico a la importación o a la exportación de determinada mercadería, en forma transitoria, con el objeto de cumplir alguna de las finalidades previstas en el artículo 609, cuando tales finalidades no pudieren cumplirse adecuadamente mediante el ejercicio de las

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.

facultades otorgadas para establecer o aumentar los tributos que gravaren las respectivas destinaciones.

”Artículo 609: Son económicas las prohibiciones establecidas con cualquiera de los siguientes fines:

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

De igual modo, mediante la ley 26.519 se ratificó 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, entre las que se encuentran la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y de toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Honorable Congreso de la Nación, así como crear, organizar y fijar sus atribuciones.

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

En los considerandos del decreto objeto de análisis se destaca que la industria argentina ve afectado el aprovisionamiento de desperdicios y desechos de metales ferrosos, siendo éstos materia prima esencial para su desenvolvimiento.

El Poder Ejecutivo nacional destaca que, entre otras disposiciones, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, 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.

Si bien por el artículo 16 del decreto N° 509 de fecha 15 de mayo de 2007 y sus modificaciones se fijó el derecho de exportación aplicable a la exportación para consumo de desperdicios y desechos de diversos metales, se observó el incremento de las exportaciones de los mismos.

Como consecuencia de lo expresado precedentemente, se deja constancia en los considerandos del decreto objeto de análisis que, mediante la resolución conjunta 1 del ex Ministerio de Producción y 2 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 8 de enero de 2009 se suspendió por el término de ciento ochenta (180) días la exportación para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos.

Asimismo, mediante la resolución conjunta 246 del ex Ministerio de Producción y 358 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 7 de julio de 2009, se prorrogó la aplicación de la citada suspensión por el término de ciento ochenta (180) 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 anteriores, resulta necesario prorrogar dicha medida por el término de ciento ochenta (180) días, a efectos de mantener una fluida disponibilidad de materia prima para la industria nacional.

III. *Conclusión*

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos en lo que respecta al dictado del decreto 2.261/09, 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 2.261 de fecha 28 de diciembre de 2009.

Decreto 2.261/09

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 672 de fecha 30 de diciembre del 2009, por medio del cual se comunica el dictado del decreto delegado (DD) 2.261/2009, 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°, 10 y 19 de la ley 26.122.

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

Proyecto de resolución

La Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE:

1. Declarar la invalidez del decreto delegado 2.261/09 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 2009.

*Luis C. Petcoff Naidenoff. – Ramón J. Mestre.
– Liliana T. Negre de Alonso. – Adolfo
Rodríguez Saá. – Enrique L. Thomas. –
Rubén O. Lanceta. – Juan P. Tunnessi.
– Marcela N. Rodríguez.*

INFORME

Honorable Cámara:

1. Intervención legal

1.1. La comisión bicameral y las Cámaras

El Congreso Nacional, luego de doce años de producida la última reforma constitucional, ha dado cumplimiento formal a la previsión del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional 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, 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 2º de la ley 26.122 establece: “La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno; y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3, 76, 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional”.

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

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

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

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

“*Tratamiento de oficio por las Cámaras*”. “Artículo 20: Vencido el plazo a que hace referencia el artículo

²² Pérez Hualde, Alejandro. Decretos de necesidad y urgencia: su ley especial. *Derecho constitucional de la reforma de 1994 –II–*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995; página 226 y siguientes.

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 despacho²³ respecto de lo actuado por el Poder Ejecutivo nacional, para su expreso tratamiento por el plenario de las Cámaras de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Nacional y la ley 26.122.

2. Análisis del 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 uso de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional, por los artículos 632 y 609, inciso *c*) 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 establece en los artículos 76, 100 incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional 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 refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

La letra del texto constitucional (artículos 99.3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la convención constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. De todo ello se desprende que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por los tres poderes del Estado, cada uno en el papel que le toca, con el cuidado de no introducir, por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal.” (lo resaltado nos pertenece).

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” (lo resaltado nos pertenece).

2.1.3. Respecto del rol que debe cumplir el Congreso en el tratamiento de un decreto delegado (DD) que

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 Federa c/EN-PEN, ley 25.414, dto. 1.204/01 s/amparo”, sentencia del 4/11/2008.

llegare a su seno, es de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

Habrà 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 2.261/2009, publicado en el Boletín Oficial del 15 de enero de 2010, bajo el número 31.822, página 4, dictado por el Poder Ejecutivo nacional; Se prorroga por el término de ciento ochenta (180) días la suspensión establecida en el artículo 1° de la resolución conjunta 1 del ex Ministerio de la Producción y 2 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 8 de enero de 2009 y prorrogada por la resolución conjunta 246 del ex Ministerio de la Producción y 358 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 7 de julio de 2009 (artículo 1°); y la presente medida comenzará a regir a partir del vencimiento del plazo establecido en el artículo 1° de la resolución conjunta 246/09 del ex Ministerio de la Producción y 358/09 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (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 Constitución Nacional 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 Constitución Nacional), es decir previo dictado de una ley a través de la cual el Poder Legislativo delegue en el Poder Ejecutivo la facultad de emitir disposiciones de carácter legislativo que verse sobre determinadas materias, siempre que ello no altere el límite establecido por el artículo 28 de la Constitución Nacional.

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

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 (lo resaltado nos pertenece).

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

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

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, páginas 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 contaminación, 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 argumentación del DD 2.261/2009, a fin de ver si se adecua a los requisitos sustanciales del dictado de este tipo de normas.

En este sentido, el DD 2.261/2009 expresa “Que el presente decreto se dicta en uso de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional, por los artículos 632 y 609, inciso c) 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 delegante susceptible 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 que leyes se podrán ratificar y que otras se consideraran caducadas.

Lo cierto es que el decreto delegado 2.261/2009 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 2.261/2009 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 precisa 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.

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

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

INFORME DE LA SEÑORA DIPUTADA MARCELA 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 cuestión²⁷.

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.

²⁷ Ver González Calderón, J. A.; *Curso de derecho constitucional*, 6ª edición, revisada por E. J. Miqueo Ferrero, Depalma, 1981, páginas 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, tomo VIII, páginas 183-184.

²⁶ Considerado 11 del voto de la mayoría en Colegio Público de Abogados.

En la segunda etapa, a través de varios *leading cases*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido incorporando, no sin ciertas dudas, esta práctica en nuestro país, la que contribuyó a la configuración y el fortalecimiento de un hiperpresidencialismo atrofiado.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 aquella”. En esta instancia, la Corte crea la distinción –que luego veremos en mayor detalle– entre delegación propia e impropia.

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

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

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

En tercer lugar, y sólo 3 años después de “Mouviel”, la Corte volvió a expresarse sobre la delegación de facultades en “Prattico”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”.

²⁹ Nino, C.; *Fundamentos de derecho constitucional*; Astrea, 1992, páginas 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.

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

Por último es de destacar el caso “Cocchia”³³ donde se demandaba la inconstitucionalidad del decreto Poder Ejecutivo nacional 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 standard 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

³³ CSJN; 2/12/1993; “Cocchia, Jorge D. c/Estado nacional y otros”; Suplemento “Emergencia económica y teoría del derecho” - *La Ley* 1994-B, 643.

³⁴ Considerando 29.

³⁵ Considerando 14.

³⁶ Sagüés, N.; *Elementos de derecho constitucional*, 3ª edición, tomo I, Astrea, 2003, página 603.

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.

La interpretación restrictiva del artículo 76 de la Constitución Nacional

I.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.

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

La Constitución contiene varias disposiciones expresadas 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”.

³⁷ Fallos: 281:147 y otros.

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

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

En este mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia. Así, en el caso “Verrocchi”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 1º de la Constitución Nacional... Considerese 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 mayoría⁴⁴.

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.

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.⁴⁶

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”⁴⁷. 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”⁴⁸.

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

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

³⁹ Considerando 7º.

⁴⁰ Considerando 8º.

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

⁴² Cons. 8º de su disidencia.

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

⁴⁴ Considerando 14º.

⁴⁵ Corte IDH; opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párrafo 36.

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

⁴⁷ Gelli, M.A.; *Constitución Nacional, comentada y concordada, La Ley*, 2002, p. 620.

⁴⁸ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 2004, tomo III, página 159.

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”.⁴⁹

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.⁵⁰

Montesquieu reformuló la doctrina de la división de poderes en la forma que hoy es reconocida, destacando siempre su carácter de garantía a la libertad de las personas. Fue él quien visualizó las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Tales funciones pueden o no ser ejercidas por el mismo órgano. “En el primer caso, no hay libertad; para que ésta exista ‘es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro’ y para ello deben atribuirse los distintos ‘poderes’ (con sus ‘funciones’ respectivas) a distintos ‘órganos’. Este es el sistema adecuado para salvaguardar la libertad. La tendencia del poder es hacerse despótico. Sólo el poder es capaz de frenar al poder”⁵¹.

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”⁵².

A tal punto es importante este principio, que Bidart Campos considera a la forma republicana de gobierno como un contenido pétreo de la Constitución⁵³.

El sistema republicano adoptado por nuestro país –que, entre otras cuestiones, incluye la división de poderes– se inscribe dentro de esta posición. Si la finalidad del principio de separación de poderes es controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas, la violación a este principio importa la violación a las garantías individuales. Así se ha

manifestado la doctrina: “La finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitaría la centralización en la toma de decisiones públicas. Por eso la concentración del poder es rechazada enérgicamente en el artículo 29 de la Constitución Argentina”⁵⁴.

Como consecuencia de este principio, el artículo 29 de la Constitución Nacional 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 1º 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”⁵⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el alcance de las prohibiciones contenidas por el artículo 29 de la Constitución Nacional⁵⁶, 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”⁵⁷.

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 ...”⁵⁸.

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

⁴⁹ Mario Justo López, *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, 2ª edición, página 391. El resaltado es propio.

⁵⁰ Locke, J.; *Tratado sobre el Gobierno Civil*, FCE, 2004, Buenos Aires.

⁵¹ Mario Justo López, pb. cit., página 393. El resaltado es propio.

⁵² Loewenstein, K.; *Teoría de la Constitución*; Barcelona, Ariel, página 153.

⁵³ Bidart Campos, G; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I. Ediciones Ediar, Buenos Aires, 1995, página 195.

⁵⁴ Gelli, M. A.; op. cit. página 19. El resaltado es propio.

⁵⁵ Op. cit., página 261. El resaltado es propio.

⁵⁶ *Fallos*: 309:1689.

⁵⁷ Del considerando 6º del voto conjunto de los jueces Petracchi y Basqué, 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 7º; el resaltado es propio.

⁵⁸ Gelli, M. A.; op. cit., p. 11 y 12.

integral de los derechos y las garantías fundamentales de los ciudadanos de una república constitucional.

II. 4. *Los requisitos del artículo 76 de la Constitución Nacional*

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 legislativa⁵⁹. 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 conceptos⁶⁰, 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”⁶¹.

Por otro lado, respecto del concepto de “emergencia pública”, la doctrina de manera mayoritaria ha coinci-

dido en que ésta se caracteriza básicamente por una situación, una circunstancia o un hecho de gravedad tal que imponga la necesidad de que el Estado dé una solución inmediata a aquél. Este concepto constitucional indeterminado requiere “que se produzca una grave situación susceptible, según el criterio del Congreso, de afectar la subsistencia del Estado”⁶². 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”⁶³.

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”⁶⁴.

En el caso “Provincia de San Luis”⁶⁵, 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;

⁵⁹ Pérez Hualde, A.; *Decretos de necesidad y urgencia*, página 63, Depalma, 1995.

⁶⁰ Salvador de Arzuaga, C.; “Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa”, *La Ley*, tomo 1997–A, página 977. Ver también en el mismo sentido, la definición aportada por Cassagne sobre emergencia: “ésta requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia pública susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso”, en Cassagne, J. C.; *Potestad reglamentaria y reglamentos delegados de necesidad y urgencia*, en RAP N° 309, P. 309, P. 47 y ss.

⁶¹ CSJN; 27/12/1990; *La Ley* 1991–C, 158.

⁶² CSJN; 5/3/2003; “Provincia de San Luis c/Estado nacional” *La Ley*, 2003–E, 472.

⁵⁹ Balbín, C.; “Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia”; *La Ley* 2004, página 102.

⁶⁰ Para un análisis pormenorizado de las consecuencias disvaliosas de la mala utilización del lenguaje en el plano jurídico ver Carrió, G.; *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, 1973. Respecto a esta dificultad en la interpretación de los decretos delegados ver Colautti, C.; *La delegación de facultades legislativas y la reforma constitucional*. *La Ley* 1996–B, 856; Bidart Campos, G.; *Tratado elemental de derecho constitucional*, tomo VI., Sabsay, D. y Onaindíá, J.; *La Constitución de los argentinos*; página 243, Errepar.

⁶¹ Balbín, C.; op. cit., página 104.

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

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

Lo que no puede hacer es una entrega en blanco de la competencia, sino que debe establecer con toda claridad los límites y condiciones bajo los cuales estas atribuciones serán ejercidas (éste es el criterio de la Corte Suprema sostenido en el *leading case* “Delfino”). Es decir, el Congreso debe indicar suficientemente el campo en el cual la administración ha de actuar, de manera tal que se sepa si aquella 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”⁶⁶.

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 emergencia⁶⁷. 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.

⁶⁶ García Lema, A.; “La delegación legislativa”, en la obra colectiva *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, Págs. 400/402. El resaltado es propio.

⁶⁷ Arballo, G.; “Reglamentos delegados de administración y reglamentos delegados de emergencia”, disponible en www.saberderecho.blogspot.com.

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 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”⁶⁸.

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”⁶⁹. Por otro lado, continúa dicho autor, sosteniendo que “si se admitiese una delegación legislativa en organismos descentralizados o autárquicos (es decir, no dirigida al Poder Ejecutivo) el uso de facultades delegadas por esos organismos se escaparía al control de la Comisión Bicameral Permanente”⁷⁰.

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”⁷¹.

III. La ley 26.122

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

Respecto a la función de control de los órganos de gobierno antes mencionada, el mismo artículo 99 inciso 3 prevé que “el jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida

⁶⁸ Bidart Campos, G.; op. cit., página 345.

⁶⁹ García Lema, A.; *La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava*; ED, tomo 182, página 1285.

⁷⁰ Op. cit., página 1285.

⁷¹ Balbín, C.; op. cit., página 113.

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 Congreso⁷².

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 hiperpresidencialista 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”⁷².

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 federal⁷³. El bicameralismo permite una instancia de revisión más a las decisiones tomadas e implica un debate más amplio y representativo, con lo cual aquellas normas que surjan de esta mayor deliberación tendrán mayor legitimidad. Así, la Carta Magna establece en el artículo 78 que “aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su

aprobación, lo promulga como ley”, y en el artículo 82 que “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

Una interpretación armónica de ambos artículos permite concluir que por un lado, se requiere el pronunciamiento expreso y positivo y, por otro, que ambas Cámaras deben pronunciarse. Pero la ley 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 Constitución. 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 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. (El resaltado nos pertenece). 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 Constitución⁷⁴.

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

⁷² Susana Cayuso, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”; *La Ley* 2006-D, 1435.

⁷³ Gelli, M. A.; “Constitución Nacional comentada y concordada”; *La Ley*, 2002, página 439.

⁷⁴ En esta línea, el doctor Carlos S. Fayt en el ya citado caso “Guida”, sostuvo: “Que el origen y desarrollo descrito del carácter de responsable político de la administración general del país que ostenta el presidente de la Nación (artículo 99 inciso 1 de la Constitución Nacional) y en virtud del cual se encuentra facultado para el dictado de decretos de necesidad y urgencia en casos como el presente, no ha sido desconocido en modo alguno por el constituyente de 1994. En efecto, no se ha ignorado que la energía en el Ejecutivo es una cualidad sobresaliente en la definición de un gobierno eficaz, y por lo tanto, respetuoso del principio republicano de gobierno. Es del caso señalar, que el mismo respeto por este principio ha inspirado la reforma relativa a la necesaria intervención del Congreso. Así, una vez conjurado el peligro de la ineficacia, su actuación transforma a este tipo de decretos en un acto complejo en el que forzosamente el Poder Legislativo debe intervenir, a fin de otorgarle la legitimidad necesaria”. CSJN, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo nacional”, resuelto 2 de junio de 2000.

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 comisiones bicamerales, cuando estén habilitadas para ello, especialmente si ejercen la potestad de control de los actos del Ejecutivo, precisan también de manifestación expresa. (...) Frente a la clara prohibición constitucional de la sanción tácita de las leyes, no podrá inferirse un razonamiento lógico de ninguna naturaleza dirigido a convalidar una habilitación legal en sentido contrario”⁷⁵.

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 2º 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 constitucional⁷⁶. 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”⁷⁷.

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”⁷⁸.

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 Nacional⁷⁹.

III.3. *Las limitaciones impuestas al Congreso Nacional*

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

Ante los supuestos fácticos que la Constitución habilita para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, 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”⁸⁰.

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.

IV. *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.

V. *Consideraciones acerca del decreto en tratamiento*

El decreto 2.261/2009 proroga por el término de ciento ochenta días la suspensión de la exportación de desperdicios y desechos de ciertos metales ferrosos

⁷⁵ Quiroga Lavié, H.; op. cit., página 565. El resaltado es nuestro.

⁷⁶ Millón Quintana, J. y Mocoroa, J. M.; op. cit.

⁷⁷ Cayuso, *La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente*. La Ley, sup. Act. 17/8/2006, 1.

⁷⁸ Gelli, M. A.; op. cit., página 697.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Balbín, C.; op. cit., página 123. En el mismo sentido, Pérez Hualde “Decretos de necesidad y urgencia”, Ediciones Depalma, 1995, página 252.

dispuesta originalmente por la resolución conjunta 1 y 2 del ex Ministerio de Producción y del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

La resolución conjunta 1 del ex Ministerio de Producción y 2 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (8/1/2009) suspendió la exportación para consumo de los desperdicios y desechos de ciertos metales ferrosos por el término de ciento ochenta días. La resolución tuvo en cuenta que la industria nacional se vio afectada por la disminución de la oferta de esos desperdicios pues son una materia prima esencial para su desenvolvimiento. La medida se fundó en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT), aprobado por la ley 24.425, que 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; en el Código Aduanero (CA); en la Ley de Ministerios; y en las facultades conferidas por los decretos 2.752/1991 y 509/07 y sus modificaciones.

La suspensión de la exportación de los desechos y desperdicios de metales ferrosos fue prorrogada por ciento ochenta días (180) por la resolución conjunta 246 del ex Ministerio de Producción y la 358 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (7/7009). Esta resolución consideró que las condiciones que ameritaron el dictado de la resolución conjunta 1 del ex Ministerio de Producción y 2 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se mantenían.

El decreto en estudio vuelve a prorrogar la vigencia de la suspensión de la exportación de desperdicios y desechos de metales ferrosos por el término de ciento ochenta (180) días porque considera que aún se mantienen las condiciones de desabastecimiento en el mercado local de esos bienes, que serían esenciales para el normal funcionamiento de la industria nacional. El decreto 2.261/2009 fue dictado en uso de las facultades conferidas al PEN por los artículos 632 y 609 inciso c) del CA y por la ley 26.519.

V.1. *La invalidez del decreto 2.261/2009 y de las normas que delegan en el PEN el ejercicio de facultades legislativas*

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

1. ¿Puede el PEN suspender la exportación de bienes?
2. ¿Puede el Poder Legislativo delegar en el Poder Ejecutivo la función de determinar qué bienes pueden ser exportados y cuáles no?

La respuesta a estas dos preguntas es negativa. Veamos por qué.

V.1.1. *El PEN no puede suspender la exportación de bienes*

De acuerdo con la Constitución Nacional (CN), el Congreso es el único encargado de regular el comercio

con otras naciones y de establecer tarifas al comercio internacional. Varias normas de la Constitución Nacional así lo establecen. El artículo 9 de la Constitución Nacional establece que "(e)n 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 dispone que corresponde al Congreso "(l)egislar 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", mientras que el inciso 13 le asigna la facultad y el deber de "(r)eglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí". Así, sólo el Congreso puede disponer una prohibición de importar o exportar un determinado producto, aun cuando ello sea por un tiempo determinado. Es preciso notar que, si de acuerdo con el principio de legalidad tributaria, sólo el Congreso puede establecer gravámenes sobre la importación y exportación, con más razón debe ser el Congreso quien decida qué bienes no pueden ni ingresar ni salir del país, pues la prohibición de exportación implica una restricción a los derechos mucho mayor que el establecimiento de un gravamen sobre esa exportación.

Por otro lado, el principio de legalidad, que surge de varias normas de la Constitución Nacional, establece que sólo el Congreso está facultado para limitar la libertad de las personas. El artículo 19 de la Constitución Nacional claramente dispone: "...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". El artículo 14 establece: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar...". Con respecto al artículo 14 de la Constitución Nacional, María Angélica Gelli dice: "En principio, la ley reglamentaria a la que se refiere el artículo 14 es la emanada del Congreso Federal, disposición que es concordante con el hoy artículo 75 inciso 12, en tanto la disposición atribuye al Poder Legislativo Nacional el dictar los Códigos de fondo o sustantivos: Civil, Comercial, Penal, de Minería, del Trabajo y Seguridad Social. En segundo lugar e indirectamente, el presidente de la Nación a través de la atribución que le concede el artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional puede reglamentar los derechos constitucionales, estableciendo los pormenores de la aplicación de la ley. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que conforme a la opinión consultiva 8/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las leyes que impulsan restricciones al ejercicio de los derechos, lo deben ser en sentido formal y material"⁸¹.

La prohibición de exportar desperdicios y desechos de metales ferrosos es una restricción al derecho a comerciar libremente. De ningún modo creemos que ese derecho no pueda ser legítimamente regulado y

⁸¹ Gelli, M. A.: op. cit., página 76.

limitado para promover el bienestar general. Sin embargo, tal limitación debe surgir de una ley formal del Congreso y no de un decreto dictado por el PEN. Así, el decreto 2.261/2009, que dispone la prórroga de la suspensión de las exportaciones –que no es más que una prohibición de exportar– es inconstitucional por violar el principio de legalidad.

V.1.2. *El Congreso no puede delegar la facultad de legislar en materia aduanera*

La facultad de reglar el comercio con las naciones extranjeras y de legislar en materia aduanera no puede ser delegada en el PEN. 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 ejercidas⁸²; 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.

Al dictar el decreto 2.261/2009, el PEN se funda en las atribuciones conferidas por los artículos 632 y 609 inciso *c*) del Código Aduanero (CA) y por la ley 26.519.

El Código Aduanero clasifica a las prohibiciones a la importación y a la exportación en económicas y no económicas (artículo 608). El artículo 609 inciso *c*) dice: “Son económicas las prohibiciones establecidas con cualquiera de los siguientes fines: ...*c*) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o vegetales...”.

El artículo 632 establece que “(e)l Poder Ejecutivo podrá establecer prohibiciones de carácter económico a la importación o a la exportación de determinada mercadería, en forma transitoria, con el objeto de cumplir alguna de las finalidades previstas en el artículo 609, cuando tales finalidades no pudieren cumplirse adecuadamente mediante el ejercicio de las facultades

otorgadas para establecer o aumentar los tributos que gravaren las respectivas destinaciones”. De acuerdo con esta norma, la facultad de establecer prohibiciones a la exportación puede ser ejercida por el PEN sólo cuando la modificación de los tributos que gravan la exportación de un determinado producto sea ineficaz para alcanzar el fin deseado. Así, el CA indica al PEN recurrir primero a instrumentos de regulación económica menos drásticos que las prohibiciones, como lo son los tributos (a pesar de que la delegación en el PEN de facultades tributarias es inconstitucional) antes que disponer una prohibición de exportación.

La delegación dispuesta en el artículo 632 del CA no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 76 de la Constitución Nacional. En primer lugar, el artículo 632 delega en el PEN una facultad que no puede ser objeto de delegación. El artículo 632 delega la facultad de legislar en materia aduanera, lo que permite al PEN decidir qué productos pueden o no pueden ser exportados desde nuestro país. De acuerdo con lo que sostuvimos en el apartado anterior, solamente el Congreso puede legislar en esta materia, del mismo modo en que sólo el Congreso puede establecer, modificar o eliminar los derechos de exportación.

En segundo lugar, ni el artículo 632, ni otra norma del CA, establece el plazo dentro del cual el PEN podrá hacer uso de esa facultad delegada. Tal como ocurre con muchas otras delegaciones que contiene el CA, importantísimas facultades legislativas son delegadas en el PEN *sine die*.

En tercer lugar, el artículo 632 no establece las bases de la delegación. Es cierto que la norma condiciona el ejercicio de la facultad de establecer prohibiciones al hecho de que alguna de las finalidades del artículo 609 no pueda cumplirse a través de la creación o incremento de los derechos a la exportación. La realidad es que difícilmente alguno de los fines establecidos en el artículo 609 pueda ser alcanzado únicamente a través del establecimiento o incremento de los derechos de exportación. ¿Puede un incremento de la alícuota de un derecho a la exportación, sin más, “a) asegurar un adecuado ingreso para el trabajo nacional o combatir la desocupación; b) ejecutar la política monetaria, cambiaria...; c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o vegetales; d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de oferta adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno; e) atender las necesidades de las finanzas públicas; f) proteger los derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial; g) resguardar la buena fe comercial, a fin de impedir las prácticas que pudieren inducir a error a los consumidores? Algunos de estos fines requieren que se tome medidas no sólo en lo que respecta al comercio internacional sino también en otras áreas de la economía.

⁸² La Corte Suprema lo ha sostenido en el *leading cas* “Delfino”.

Por otro lado, el artículo 632 no ofrece un modo de medir si los fines del artículo 609 han sido alcanzados. Eso queda, evidentemente, a criterio del PEN. Además, ¿cuánto debe incrementarse el derecho a la exportación antes de decretarse la prohibición de exportar? ¿Cuánto tiempo debe esperarse para considerar que el incremento de una alícuota ha sido inútil para alcanzar un resultado? Estos son todos interrogantes que el artículo 632 deja sin respuesta. El artículo 632 tampoco pone un límite temporal claro a la duración de la prohibición. ¿Cuánto tiempo debe durar una prohibición para ser considerada transitoria o no transitoria?

En conclusión, el artículo 632, que faculta al PEN a establecer prohibiciones transitorias a la exportación de mercaderías es inconstitucional pues no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional para considerar válida una delegación.

Debemos agregar que el decreto 2.261/2009 ni siquiera cumple con los requisitos exigidos por el artículo 632 del CA. En primer lugar, el PEN no ha intentado revertir el supuesto desabastecimiento de desperdicios y desechos de metales ferrosos a través de la modificación de la alícuota del derecho a la exportación, a pesar de que el CA –inválidamente– le delega esa facultad y que ha hecho uso de ella con respecto a otros productos (ver, por ejemplo, decretos 2.259/2009 y 2.260/2009). En efecto, de los propios considerandos del decreto 2.261/2009 surge que el decreto 509/2007 fijó el valor del derecho a la exportación de los productos comprendidos por el decreto 2.261/2009 en un cuarenta por ciento (40 %) de su valor el día 15/5/2007. El 8/1/2009 el ex Ministerio de Producción y el Ministerio de Economía y Finanzas suspendieron las exportaciones, sin haber antes intentado detener la falta de oferta de desperdicios y desechos de metales ferrosos en el mercado local a través de un incremento en la alícuota del derecho a la exportación, que había sido fijada dos años antes. El PEN no modificó su conducta pues la suspensión de las exportaciones dispuesta el 8/1/2009, fue prorrogada, sin que tampoco, en esta oportunidad, se hubiese intentado revertir la situación con el uso de otras herramientas económicas.

En segundo lugar, el decreto 2.261/2009 dispone la segunda prórroga de la suspensión de la exportación de los desperdicios de metales ferrosos. La exportación de estos desperdicios está prohibida desde hace ya más de un año y el decreto pretende extender esa prohibición seis meses más. Creemos que no es posible considerar transitoria una prohibición que, en total, va a extenderse un año y medio. Si el artículo 632 del CA pretende dar al PEN una facultad para combatir una situación de desequilibrio transitoria, el PEN no puede hacer uso de esa facultad para lidiar con un problema que ha perdido su transitoriedad y se ha instalado en nuestra sociedad.

En este mismo sentido, en los considerandos del decreto 2.261/2009 se refiere al permiso que otorga el GATT, 1994 para 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. La norma que dispone tal permiso es el artículo XI “Eliminación general de las restricciones cuantitativas” y dispone:

“1. Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá –aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas– prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.

”2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a los casos siguientes:

”a) Prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora...”

Si bien el artículo XI habilita a los Estados contratantes a imponer prohibiciones a la exportación, sólo pueden ser impuestas temporalmente. Reiteramos que es, al menos, dudoso que una medida que ya tiene un año de duración y va a durar al menos medio año más, pueda ser considerada temporaria.

En tercer lugar, en los considerandos, el decreto 2.261/2009 no ofrece ningún dato que permita acreditar que la oferta de desechos de metales ferrosos no alcanza a satisfacer la demanda interna y que la escasez sea aguda, ni informa por qué razón los desechos de metales ferrosos son tan cruciales para el normal desenvolvimiento de la industria nacional.

Debemos señalar que estos déficits en la norma que, inconstitucionalmente, imponen prohibiciones a la exportación podrían tener como consecuencia que se considere que la Argentina ha incumplido el GATT.

En conclusión, aun si se considerara válido el artículo 632 del Código Aduanero y la delegación de legislar en materia aduanera, el decreto 2.261/2009 sería inválido porque no se cumplieron los requisitos que el propio artículo 632 exige para que el PEN haga uso de la facultad de establecer prohibiciones a la exportación.

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 prohibir la importación o exportación de determinadas mercaderías son inconstitucionales por violar el principio de legalidad, no significa que yo considere que, en ciertas circunstancias, las transacciones del comercio internacional no deben sufrir restricciones. 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, en ciertas circunstancias, las exportaciones e importaciones sean reguladas y limitadas 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 esas limitaciones a los derechos de los exportadores e importadores 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 quienes 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.

V.2. La ley 26.519

Debemos pronunciarnos ahora sobre la ley 26.519.

El artículo 1º 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 cumplan 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.”

Así, 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 encuentra el artículo 632 del Código Aduanero.

De acuerdo con la ley 26.519, sólo quedan ratificadas las normas que deleguen facultades sobre materias determinadas de administración o de emergencia pública. El artículo 632 del Código Aduanero, delega facultades de regular el comercio internacional. La única conclusión a la que podemos arribar es que esta norma no ha sido ratificada y que la delegación que ella ha establecido ha caducado.

Esto no modifica, en modo alguno, las conclusiones a las que arribamos previamente porque, aun cuando el Congreso hubiese ratificado la norma que delegó en el PEN la facultad de regular materia aduanera, esa delegación no es válida y la ratificación de tal delegación tampoco lo es. Es decir, el hecho de que el artículo 632 haya caducado no empeora la situación del decreto, pues aún si consideráramos que esa norma está vigente, la delegación que ella contiene es inválida.

Por todas las razones expuestas anteriormente, 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 THOMAS

Honorable Cámara:

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

2.261/2009 por el que se prorroga la suspensión de exportación para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos.

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 632 y 609, inciso c) de la ley 22.415 (Código Aduanero) y en 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 2°, 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 incluso 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. Ésta circunstancia, por lo demás, constituye el fundamento del artículo 29 de la Constitución Nacional en el cual se establece: “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 EEUU 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, el resaltado es nuestro).

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 Cia., 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: “...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 Dr. Julio R. Comadira: “... Como excepción a la prohibición, se habilita una delegación circunscripta a materias y a una situación y, en ambos casos, ejercitable con arreglo a límites materiales y temporales ...” (*Derecho administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, 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 abocara 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 con 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 con 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, éstos 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, impidiendo cualquier modificación del texto remitido (artículo 23 ley 26.122: “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 2.261/2009

El decreto en análisis fue dictado por el Poder Ejecutivo nacional a fin de prorrogar por el término de ciento ochenta (180) días la suspensión establecida en el artículo 1° de la resolución conjunta 1 del ex Ministerio de

Producción y 2 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 8 de enero de 2009 y prorrogada por la resolución conjunta 246 del ex Ministerio de Producción y 358 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 7 de julio de 2009, que suspendió la exportación para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos.

V. *Análisis de los requisitos formales*

El decreto 2.261/2009 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 3º 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 Congreso Nacional 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 invariable la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo. Procurando de esta manera, conforme lo expresa su propio artículo 29, evitar toda concentración de poder.

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

Decimos concordante ya que, si bien el artículo 76 de la Constitución autoriza la delegación de facultades legislativas en casos de administración o emergencia pública, ello no significa que el Congreso pueda comisionar al órgano ejecutivo, el ejercicio de cualquiera de las funciones que le asigna la Ley Fundamental.

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 la suspensión de exportaciones para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos. Tal suspensión fue establecida por una resolución conjunta del ex Ministerio de Producción y del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, resoluciones 1 y 2 del 2003, respectivamente. 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 dependencias de la administración pública tales como el ex Ministerio de la Producción y el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Del mismo modo, las normas delegantes –los artículos 632 y 609, inciso c), 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 de prohibiciones a la importación y exportación.

Es importante destacar que en materia aduanera, las normas sólo pueden emanar directamente del Congreso Nacional. Ergo, lo mismo sucede con su derogación, suspensión y/o prórroga.

Por tanto, el criterio debe ser restrictivo. Más aún cuando se pretende delegar en diversos organismos (e.g. el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y/o el ex Ministerio de Producción) una parte de dichas facultades, las cuales son atribuciones esenciales e indelegables del Congreso Nacional.

Por tanto, el decreto 2.261/09 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 aduanera, particularmente la facultad de prohibir exportaciones e importaciones, impone un criterio restrictivo para su delegación en el Poder Ejecutivo (artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional);

b) Plazo fijado para su ejercicio: la suspensión a la exportación para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos viene siendo prorrogado sucesivamente desde la sanción de la resolución conjunta 1 y 2/2009 del ex Ministerio de Producción y del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Por tanto, es dable considerar si la suspensión establecida tiene carácter de permanente. De ser así, debe ser determinada por ley del Congreso;

c) Dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca: las normas delegantes –los artículos 632 y 609, inciso c), 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 declara la invalidez del decreto 2.261 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 2.261 del 28 de diciembre de 2009 dictado en uso de facultades delegadas, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 672

ANÍBAL D. FERNÁNDEZ.

Amado Boudou. – Débora A. Giorgi.

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2009.

VISTO el expediente S01:0435916/2009 del Registro del Ministerio de Industria y Turismo, y

CONSIDERANDO:

Que, la industria argentina ve afectado el abastecimiento de desperdicios y desechos de metales ferrosos, siendo estos, materia prima esencial para su desenvolvimiento.

Que, entre otras disposiciones, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, 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.

Que, si bien por el artículo 16 del decreto 509 de fecha 15 de mayo de 2007 y sus modificaciones, se fijó el derecho de exportación aplicable a la exportación para consumo de desperdicios y desechos de diversos metales, se observó el incremento de las exportaciones de los mismos.

Que, como consecuencia de lo expresado precedentemente, mediante la resolución conjunta 1 del ex Ministerio de Producción y 2 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 8 de enero de 2009, se suspendió por el término de ciento ochenta (180) días la exportación para consumo de desperdicios y desechos de metales ferrosos.

Que, mediante la resolución conjunta 246 del ex Ministerio de Producción y 358 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 7 de julio de 2009, se prorrogó la aplicación de la citada suspensión por el término de ciento ochenta (180) días.

Que, manteniéndose vigentes las condiciones tenidas en cuenta para el dictado de las normas citadas en los considerandos anteriores, resulta necesario prorrogar dicha medida por el término de ciento ochenta (180) días. a efectos de mantener una fluida disponibilidad de materia prima para la industria nacional.

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 7º, 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 632 y 609, inciso c), de la ley 22.415 (Código Aduanero) y por la ley 26.519.

Por ello,

La presidenta de la Nación Argentina

DECRETA:

Artículo 1º – Prorrógase por el término de ciento ochenta (180) días la suspensión establecida en el artículo 1º de la resolución conjunta 1 del ex Ministerio de Producción y 2 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 8 de enero de 2009 y prorrogada por la resolución conjunta 246 del ex Ministerio de Producción y 358 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fecha 7 de julio de 2009.

Art. 2º – La presente medida comenzará a regir a partir del vencimiento del plazo establecido en el artículo 1º de la resolución conjunta 246/09 del ex Ministerio de Producción y 358/09 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Art. 3º – Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 2.261

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

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