

SESIONES ORDINARIAS
2015
ORDEN DEL DÍA N° 2683

Impreso el día 12 de noviembre de 2015
Término del artículo 113: 24 de noviembre de 2015

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO
-LEY 26.122-

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 2.229 de fecha 2 de noviembre de 2015. (17-JGM.-2015.)

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

I

Dictamen de mayoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo – Ley 26.122 – prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional ha considerado el expediente CD-0017-J.G.M.-2015 referido al decreto del Poder Ejecutivo 2.229 de fecha 2 de noviembre de 2015, mediante el cual restablece la vigencia del reembolso adicional a las exportaciones establecido en el artículo 1° de la ley 23.018, manteniéndose los niveles de beneficio aplicables desde el 1° de enero de 1984, para todos los puertos y aduanas ubicados al sur del río Colorado que se mencionan en dicha ley por el término de cinco años.

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

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto 2.229 de fecha 2 de noviembre de 2015.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 4 de noviembre de 2015.

*Jorge A. Landau. – Juan M. Abal Medina.
– Diana B. Conti. – María G. de la Rosa.
– Juliana di Tullio. – Anabel Fernández
Sagasti. – María T. García. – Pablo G.
González. – Miguel Á. Pichetto. – Beatriz
L. Rojkés de Alperovich.*

INFORME

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.

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

¹ Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos sean sometidos a consideración del 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.

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

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

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

CAPÍTULO TERCERO

Atribuciones del Poder Ejecutivo

Artículo 99. – “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

[...]

”3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, 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 ocho (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

En este sentido, a propuesta de los respectivos bloques de las Cámaras, los presidentes de la Honorable Cámara de Senadores y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación han emitido los instrumentos legales correspondientes, designando a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento amplio al analizar las cir-

cunstancias de carácter excepcional que operan como supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

De Vega García afirma con acierto que la función del supuesto fáctico es doble, porque por una parte se constituye en la situación de hecho –la necesidad urgente– habilitante para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las facultades legislativas indispensables e inevitables para la solución de la crisis; por otro lado, esta situación de hecho se convierte también en condición de contenido de la norma de necesidad y urgencia, “porque parece lógico que sus preceptos contengan la respuesta más adecuada al supuesto que el gobierno alega al dictar este tipo de instrumentos”.²

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

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

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

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

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

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

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

² Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

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

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.³

Conforme la postura desarrollada por Germán Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia, en este caso, parece ser sinónimo de imprescindible. Se agrega “urgencia”, y lo urgente es lo que no puede esperar. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.⁴

Por su parte, la convalidación del dictado de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Peralta”.⁵ ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

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

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

Estas circunstancias fácticas que debían configurarse eran:

“...una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado –ésta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto– [...] razonabilidad de las medidas dispuestas [...] relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta [...] examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas [...] inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados [...] convalidación del Congreso, expresa o tácita...”.

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

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundado en dos razones fundamentales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte

³ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

⁴ Bidart Campos, Germán, “Los decretos de necesidad y urgencia”, columna de opinión, *La Ley*, 27/2/2001.

⁵ *La Ley*, 1991-C:158.

decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; b) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados (considerando 24).

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

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

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

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

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional⁶ controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretende superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la CSJN respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado, en el caso “Rodríguez”,⁷ la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

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

⁶ Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁷ *La Ley*, 1997-E:884.

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

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

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

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

En cambio, en el caso “Verrocchi”⁸ cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobren más de mil pesos.

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

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

En el considerando 9, analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y sostiene que “corresponde al

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

Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia...”.

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

En el caso “Risolfía de Ocampo”,⁹ se declararon inconstitucionales varios artículos del DNU 260/97, que disponía el pago en cuotas de las indemnizaciones por accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público de pasajeros, con invocación de la emergencia económica de esas empresas y de las aseguradoras.

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

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

En el caso “Guida”,¹⁰ la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95, que había dispuesto la reducción de los salarios de los agentes de la administración pública.

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

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

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “... la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional,

pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis...” (considerando 6).

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

“Que la doctrina elaborada por esta Corte, en torno a la nueva previsión constitucional, no difiere en lo sustancial del recordado precedente de *Fallos*, 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello, en cambio, sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (artículo 82 de la Constitución Nacional). No obstante, de esta regulación minuciosa de una facultad que por definición se considera existente, no podría derivarse como conclusión que la ausencia de reglamentación legal del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, deje inerte a la sociedad frente a las situaciones que el propio texto constitucional ahora prevé como excepcionales y, por tanto, merecedoras de remedios del mismo carácter” (considerando 7).

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

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

⁹ “Risolfía de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César, s/ Ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

¹⁰ “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo s/Empleo público”, CS, *Fallos*, 323:1566.

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

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 a 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 a 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 con la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de

las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo 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 delegados,¹¹ al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración, y b) de emergencia pública.

Tal y como se ha expuesto ut supra, hasta la reforma constitucional de 1994, también se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.¹²

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.¹³

Conforme al análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales” que “...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.¹⁴

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

12 Miguel Á. Ekmekdjian (en su obra *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que no es correcto llamar a estas normas reglamentos, puesto que son normas de sustancia legislativa y no obstante ello son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional, y adopta la denominación de “decretos leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

13 Ekmekdjian se encuentra entre quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborada por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica de 1853/60.

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

II. Objeto

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo 2.229 de fecha 2 de noviembre de 2015, mediante el cual se restablece la vigencia del reembolso adicional a las exportaciones establecido en el artículo 1° de la ley 23.018, manteniéndose los niveles de beneficio aplicables desde el 1° de enero de 1984 para todos los puertos y aduanas ubicados al sur del río Colorado que se mencionan en dicha ley por el término de cinco años.

II.a. Análisis del decreto

La ley 26.122, en el título III, capítulo I, referido a decretos de necesidad y urgencia, establece: “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 sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado”.

La lectura del artículo 100, inciso 13, 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. En igual sentido, el artículo 99, inciso 3, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, permite inferir como requisitos sustanciales que habilitan dicha vía que “...no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos [...] los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

Asimismo, se encuentra cumplido el otro requisito formal referido al control por parte de esta comisión, en virtud de lo cual se eleva el despacho pertinente de conformidad con lo establecido en el artículo 10 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 éstos sean derogados formalmente por el Congreso.¹⁵

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto 2.229/2015.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia –en el último considerando del citado decreto– que el

mismo se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y conforme a los artículos 2°, 19 y 20 de la ley 26.122.

Resulta pertinente destacar las palabras vertidas en el trabajo elaborado por Jorge Carlos Albertsen, en el cual se 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 *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*”.

A través del decreto en estudio mediante el cual restablece la vigencia del reembolso adicional a las exportaciones establecido en el artículo 1° de la ley 23.018, manteniéndose los niveles de beneficio aplicables desde el 1° de enero de 1984, para todos los puertos y aduanas ubicados al sur del río Colorado que se mencionan en dicha ley por el término de cinco años, partir de la entrada en vigencia del presente decreto.

El reembolso es un estímulo a las exportaciones, de orden fiscal (difiere del reintegro y del *drawback*) en virtud del cual se restituyen, total o parcialmente, los importes que se hubieran pagado en concepto de tributos interiores; así como los que se hubieren podido pagar en concepto de tributos por la previa importación para consumo de toda o parte de la mercadería que se exportare para consumo a título oneroso o bien, por los servicios que se hubieren prestado con relación a la mencionada mercadería.

El origen de dicho incentivo a las exportaciones data de 1983, cuando a través de la ley 23.018 se instrumentó, por un plazo determinado, un reembolso adicional a las exportaciones para consumo canalizadas por los puertos y aduanas ubicados al sur del río Colorado, desde el puerto de San Antonio Este (provincia de Río Negro) hasta el puerto de Ushuaia (provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur), siempre que se carguen a buque mercante con destino al exterior o a buque mercante de cabotaje para transbordar en cualquier puerto nacional con destino al exterior.

Luego en el año 1996, a través de la ley 24.490, dicho beneficio se prorrogó por otros cinco años.

¹⁵ 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.

El mencionado estímulo a la exportación no se encuentra en vigencia en la actualidad, lo que dificulta la obtención de una mejor competitividad comercial, generando grandes perjuicios para todas las actividades que conforman el territorio patagónico, así como desigualdades con el resto de las economías regionales.

Teniendo en cuenta tal situación, la caída de los *commodities*, y la afectación del comercio mundial, es que el Ejecutivo considera beneficioso para toda la región patagónica volver a establecer el reembolso que se hubiere fijado en su momento por la ley 23.018.

Precisamente, la referida ley tuvo como objetivo primordial lograr el desarrollo armónico de una economía regional, la de la zona patagónica, con especial concepción geopolítica sobre la específicamente económica, estableciendo un régimen razonablemente preferencial y estable que favoreciera la radicación de la población de dicha área.

Las consecuencias favorables de restablecer la vigencia del reembolso mencionado redundan en: mayores inversiones, generar mayor volumen exportable, mayores puestos de trabajos en los puertos, mayor previsibilidad, entre otras.

El Poder Ejecutivo explica en los considerandos del decreto en consideración que las provincias patagónicas se caracterizan por tener un menor desarrollo relativo que la zona central del país en cuanto a la industrialización de sus productos, pero cuentan con un enorme potencial para la producción y desarrollo de productos primarios como ser los frutihortícolas, subproductos de los mismos, productos mineros, de la pesca y agropecuarios principalmente lanas y carne ovina.

La provincia de Río Negro posee una marcada especialización en la producción de bienes agroindustriales de exportación, siendo una actividad central la fruticultura y en segundo plano la horticultura. En cuanto a la pesca, la mayor actividad se registra en el puerto de San Antonio Este.

La provincia del Chubut tiene una estructura industrial netamente exportadora de recursos naturales, productos regionales como los derivados de la minería, del pescado, del cemento y de la lana, cuyo intercambio comercial se concreta esencialmente por vía marítima a través de sus puertos, siendo Puerto Madryn el principal, el cual debido a la actividad generada por la producción de aluminio y la actividad pesquera, registró un notable incremento poblacional.

En lo que respecta a la provincia de Santa Cruz el petróleo y el gas ocupan un lugar preponderante dentro del sector primario, mientras que la pesca y la lana se ubican en un lugar secundario, en tanto la minería constituye una actividad en constante crecimiento, actividades todas estas orientadas a la exportación.

En lo que se refiere a la pesca, Puerto Deseado concentra la mayor actividad, lugar desde el que se realizan la mayoría de los embarques con destino a mercados externos.

Por último, en el caso de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la misma posee una estructura productiva similar a las otras provincias patagónicas, en donde su Producto Bruto Geográfico (PBG) representa el uno por ciento (1 %) del Producto Bruto Interno (PBI) nacional; realizándose la gran mayoría de sus exportaciones a través del puerto de Ushuaia.

Por otra parte, el presente decreto a través de sus artículos 2° y 4°, define específicamente cuáles serán los productos que se considerarán originarios a los fines de la ley 23.018, e incorpora el artículo 3° bis a la ley 23.018, a fin de crear el certificado de origen para identificar los productos y recibir el reembolso:

Artículo 2° – A los fines de la ley 23.018, se consideran “originarios” a los productos del mar, sea éste territorial o no, de la región ubicada al sur del río Colorado en toda su extensión, hasta el límite que la Nación reivindique como Zona Económica Exclusiva, además de los productos originarios de la región.

El reembolso adicional será aplicado, en lo que respecta a los productos del mar, exclusivamente a las capturas efectuadas por buques de bandera argentina y por aquellos de bandera extranjera locados por empresas argentinas a casco desnudo, de conformidad con el artículo 36 de la ley 24.922.

Artículo 4° – Incorpórase como artículo 3° bis de la ley 23.018 el siguiente texto:

Artículo 3° bis: *Certificado de origen*. El reembolso a las exportaciones se otorgará en función del puerto provincial más cercano al lugar de producción, dentro de la provincia que expida el certificado de origen (C.O.).

El certificado de origen (C.O.) que identifique la procedencia del producto a exportar, deberá contener:

- a) Denominación de origen, lugar, distrito y municipio;
- b) Definición precisa e inconfundible de los productos, especialmente si se trata de materias primas con o sin elaboración, individuales o colectivas, específicas de una especie, variedad, tipo, así como también el grado de complejidad del servicio y sus particularidades identificatorias.

Los niveles de beneficio aplicables serán los mismos que se establecieron en su oportunidad en el artículo 1° de la ley 23.018, esto es, desde el 1° de enero de 1984:

Artículo 1°: La exportación de las mercaderías cuyo embarque y respectivo “cumplido” de la declaración aduanera de exportación para consumo se realice por los puertos y aduanas ubicados al sur del río Colorado, gozarán de un reembolso adicional a la exportación, siempre que se carguen a buque mercante con destino al exterior o

a buque mercante de cabotaje para transbordar en cualquier puerto nacional con destino al exterior.

Los reembolsos adicionales de los cuales gozará la exportación de las mercaderías, que se ajusten a lo establecido en la presente ley, serán los siguientes:

Puertos	Reembolso %
Puerto San Antonio Este	8
Puerto Madryn	8
Puerto Comodoro Rivadavia	9
Puerto Deseado	11
Puerto San Julián	11
Puerto Punta Quilla	12
Puerto Río Gallegos	12
Puerto Río Grande	12
Puerto Ushuaia -	13

En caso de que alguna mercadería se exporte desde otro puerto ubicado al sur del río Colorado, no mencionado explícitamente en la enumeración anterior, se le otorgará el reembolso correspondiente al que se exporte por el puerto de la lista precedente cuya ubicación geográfica resulte de mayor cercanía...

Por último, el Poder Ejecutivo manifiesta que el servicio jurídico pertinente ha tomado la intervención de su competencia y que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, debiendo adoptarse la presente medida.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 2.229/2015, siendo que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes; y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.229 de fecha 2 de noviembre de 2015.

Decreto 2.229

Jorge A. Landau.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122–, prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional, ha considerado el expediente referido al

decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.229 de fecha 2 de noviembre de 2015.

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

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

1. Declarar la invalidez por inconstitucional y la nulidad absoluta e insanable del decreto del Poder Ejecutivo nacional 2.229 de fecha 2 de noviembre de 2015.

2. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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

Sala de la comisión, 4 de noviembre de 2015.

Adrián Pérez.

INFORME

Honorable Congreso:

I. Introducción

En el diseño institucional plasmado en nuestra Constitución Nacional, que establece el principio de división de poderes, el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo bajo pena de nulidad. Esta facultad recae, exclusivamente, en el Congreso de la Nación.

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

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, la Constitución Nacional vedaba esta posibilidad. El texto de nuestra Carta Magna expresaba que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

A pesar de esta expresa prohibición constitucional, el constante dictado de los decretos de necesidad y urgencia se convirtió en una práctica habitual en clara afrenta al principio de división de poderes. Carlos Nino¹ sostuvo que: “el sistema de gobierno argentino es un presidencialismo absolutamente hipertrofiado”. Esta peculiar configuración de nuestro diseño institucional surge tanto de disposiciones normativas como de desarrollos sociopolíticos. Así, luego de restaurada

¹ Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 28ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 523.

la democracia en 1983, tanto Alfonsín como Menem dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia del segundo, ello se convirtió en una rutina constitucional. Antes se los había utilizado sólo para resolver profundas crisis económicas y sociales.²

Durante la presidencia de Menem, y antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con una mayoría adicta al gobierno, convalidó el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Así, la Corte³ estableció como requisitos para la validez de estos decretos:

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

Como se puede observar, este fallo asienta y confirma dos importantes cuestiones vinculadas entre sí: por un lado, establece la validez de la práctica del dictado de los decretos de necesidad y urgencia; y, por el otro, dispone que éste –su dictado– sólo tenga carácter excepcional y restringido a situaciones que importan una verdadera imposibilidad de resolver las emergencias a través del proceso legislativo ordinario.

Finalmente, la reforma constitucional incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando claras limitaciones para acotar su uso.

Así, el artículo 99, inciso 3, afirma que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Pero en el siguiente párrafo señala que: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o 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”.

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

² Ver el caso, por ejemplo, del lanzamiento del Plan Austral durante la Presidencia de Alfonsín.

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

1.1. Requisitos sustantivos y formales para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia

Una interpretación restrictiva

Una primera aclaración en torno a lo regulado por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional es la obligatoriedad de su interpretación restrictiva.

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

Ésta es la conclusión a la que se arriba de una lectura de las normas atinentes de nuestra Constitución, especialmente si tenemos en cuenta un criterio sistemático de interpretación, de acuerdo con el cual todas las normas del sistema que forman la Constitución Nacional puedan ser interpretadas de manera que se concilien entre ellas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la primera regla interpretativa es darle pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, con los principios y garantías de la Constitución Nacional.⁴

Nuestra Carta Magna contiene varias disposiciones expresas en relación con la cuestión que nos ocupa. Una de ellas está contenida en el artículo 99, inciso 3, que comentaremos en detalle más adelante. La otra disposición es la contenida en el artículo 76 de la Constitución Nacional que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en aquellas materias determinadas de administración o de emergencia pública con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. Finalmente, otra norma a tener en cuenta en este análisis es la vieja cláusula de defensa de la democracia que está contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional en cuanto establece que: “El Congreso no puede conceder al 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 gobierno 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”.

Del juego sistemático de estas normas surge la interpretación correcta de la Constitución Nacional en esta materia. Así, tanto el artículo 76 como el artículo 99,

⁴ Fallos, 281:147 y otros.

inciso 3°, establecen un principio prohibitivo expreso en materia de uso de atribuciones legislativas por parte del Ejecutivo. No puede el Poder Ejecutivo asumir funciones legislativas ni puede el Congreso delegar estas funciones. De esta prohibición genérica se desprende claramente que la interpretación debe ser en un sentido estricto, es decir, que en la duda debe estarse claramente por la prohibición y no por la habilitación. La habilitación, las materias y los contenidos allí especificados constituyen una excepción al principio prohibitivo expresado en los primeros párrafos de ambos artículos, y que, además, se encuentra plenamente reforzado y sancionado penalmente por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En este mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia. Así, en el caso “Verrocchi”⁵ la Corte admitió un planteo de inconstitucionalidad formulado contra el decreto 770/96, que derogó la ley 18.017 y excluyó a quienes ganaban más de mil pesos del goce de los beneficios de las asignaciones familiares. Los magistrados Fayt, Belluscio y Bossert sostuvieron que: “los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el artículo 1° de la Constitución Nacional [...] Consideré que la reforma fue fruto de la voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista”.⁶ 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”.⁷

En el caso “Guida”,⁸ Petracchi⁹ recordó la formulación de este principio general. Y eso mismo vuelve a suceder en la causa “Kupchik”,¹⁰ en el voto de la mayoría.¹¹

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo una postura similar respecto a las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo. Así, expresó que dichos actos son válidos siempre que “estén autorizados 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”.¹²

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

6 Considerando 7°.

7 Considerando 8°.

8 CSJN; 02/6/2000; “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo”; *La Ley* 2000-C, 828.

9 Considerando 8° de su disidencia.

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

11 Considerando 14°.

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

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

1.2. Requisitos sustantivos

1.2.1. Las “circunstancias excepcionales”

El primer punto al que hace referencia nuestra Constitución es la situación fáctica que debe darse para la validez del dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

Estas “circunstancias excepcionales” deben proyectarse consecuentemente en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto a este requisito fáctico, ha sostenido en el caso “Video Club Dreams”¹³ que “debe existir una situación de grave riesgo social”.¹⁴ Con mayor detalle, Boggiano, en su voto concurrente, agregó que: “la mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes”. Además, en los autos “Della Blanca”,¹⁵ en los que el *a quo* había declarado inconstitucional el decreto 1.477/89, en lo relativo a la naturaleza no retributiva de los *tickets* canasta, la Corte Suprema, con mayoría integrada por Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, confirmó la decisión. Allí recordó que el Poder Ejecutivo fue dotado de esta facultad “de modo excepcional, para conjurar situaciones límites o peligros de efectos catastróficos”, asegurando que: “la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida misma de la Nación y el Estado”.¹⁶

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

La mera circunstancia crítica, entonces, no amerita el dictado de los DNU, si este supuesto fáctico no imposibilita el trámite ordinario de sanción de las leyes nacionales. Bidart Campos expresó que: “es muy claro y elocuente; a la mención de excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; así, cuando dice que las circunstancias excepcionales

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

14 Considerando 15°.

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

16 Considerando 4°.

hacen ‘imposible’ el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto”.¹⁷

Esta misma exigencia, en cuanto a las consecuencias de las circunstancias excepcionales, también ha sido requerida por la Corte Suprema. Así, en el caso ya citado “Verrocchi”,¹⁸ expresó que el estado de necesidad se presenta “... únicamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución [...] Por lo tanto es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la capital, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes [...] Corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.¹⁹

En el caso “Casime”,²⁰ las disidencias de los doctores Fayt y Vázquez expresan que el decreto 1.285/99 –que modificó el régimen pesquero y estableció que esta reforma tendría vigencia por cuatro años– “trasunta una intolerable despreocupación respecto de uno de los requisitos referidos por la Constitución” –el relativo a la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes–, dado que “implica una clara voluntad de asumir con vocación de permanencia funciones que la Constitución le confía al Congreso”.

En la causa “Risolfá de Ocampo”²¹ el voto de Belluscio expresa que la “mera existencia de una crisis económica como la presentada no es suficiente para configurar las circunstancias excepcionales que determinan la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la formación y sanción de las leyes”.²²

17 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI, p. 433.

18 *Op. cit.*

19 *Op. cit.*, considerando 9°.

20 CSJN, 20/2/2001, “Casime, Carlos A. c. Estado nacional”, *DT* 2001-A, p. 775.

21 CSJN, “Risolfá de Ocampo, María J. c/Rojas, Julio C. y otros”, *Fallos*, 323:1934.

22 Considerando 7°.

Recientemente, por el voto concurrente de sus siete miembros, la Corte Suprema falló en el caso “Consumidores Argentinos”²³ manteniendo explícitamente la jurisprudencia de “Verrocchi” en cuanto a la excepcionalidad de las circunstancias, su caracterización y la posibilidad de su control judicial a los efectos de declarar la eventual inconstitucionalidad del decreto.²⁴

Por último, la Corte también ha sostenido que las circunstancias excepcionales deben ser reconocidas por el propio Congreso de la Nación.²⁵

1.2.2. Las materias prohibidas

El segundo punto que establece el artículo en cuestión es una prohibición absoluta para el dictado por el Poder Ejecutivo de DNU: nunca se podrán dictar decretos de necesidad y urgencia que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos. Tal como lo sostiene Balbín “las materias vedadas constituyen una reserva legal, es decir una actividad excluida”.²⁶ La prohibición de dictar decretos de urgencia de sustancia penal o tributaria tiene como objetivo reforzar el principio de legalidad, que en esos temas ya estaba asegurado en la Constitución (artículos 17 y 18).

Respecto al principio de legalidad tributaria, la Corte Suprema ha sostenido la invalidez de diversos decretos que han modificado normativa tributaria por encontrarlos violatorios al principio aquí comentado. Así, en el caso ya citado “Video Club Dreams”,²⁷ la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de un tributo creado por el decreto de necesidad y urgencia 2.736/91, con las modificaciones del 949/92, porque creó un hecho imponible distinto del previsto por ley 17.741, obviando el principio de legalidad tributaria. Criterio que repetiría en el caso “Berkley Internacional ART”,²⁸ donde consideró inconstitucional el decreto 863/98, por cuanto creó una tasa que percibiría la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) sobre la recaudación que efectúa en favor de aquella.

Por otro lado, las últimas dos prohibiciones –que repetimos, resultan absolutas– encuentran su razón de ser en la preservación de las reglas del proceso democrático y la competencia electoral.²⁹

23 CSJN, “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – decreto 558/02-SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”. Sentencia del 19 de mayo de 2010.

24 Considerandos 11 y 13 del voto de Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt, al que dan por reproducido Maqueda y Highton. Petracchi directamente remite a su voto en “Verrocchi”.

25 *Fallos*, 173:65.

26 Balbín, C., “Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia”, *La Ley*, 2004, p. 119.

27 *Op. cit.*

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

29 Para ver un análisis pormenorizado de los casos en los que la Corte Suprema se ha expedido sobre la validez de los decretos de necesidad y urgencia respecto a las materias que

La Corte IDH, en el caso antes citado, ha seguido esta línea al expresar que a través del procedimiento democrático de sanción de leyes “no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”.³⁰ Y que “la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”.³¹

1.2.3. La motivación

El tercer requisito sustantivo se deriva del principio republicano de gobierno plasmado en el artículo 1° de la Constitución Nacional³² y es la exigencia de la motivación que todo decreto de necesidad y urgencia debe tener para su legitimidad y legalidad.

Como la doctrina lo sostiene, la motivación “es la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la emanación del acto. Asimismo, esta motivación debe ser suficiente”,³³ es decir, que no debe ser vaga o genérica. En este mismo sentido, Gordillo sostiene que: “la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos”.³⁴

Por esto mismo, tanto en el mensaje que da cuenta del dictado del decreto emitido por el Poder Ejecutivo como en sus considerandos, se deben precisar

éstos trataban, ver Ventura, A., “Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida constitucional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1.

30 Corte IDH *Op. cit.*, párr. 22.

31 *Op. cit.*, párr. 24.

32 “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

33 Buj Montero, M., “El acto administrativo: elementos” en *Manual de derecho administrativo*, Farrando, I (coordinador), Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 197.

34 Gordillo, A. *Tratado de derecho administrativo*; t. III, 9ª edición, Bs. As., F.D.A., 2007, p. 13.

siempre qué acontecimientos han producido la causa constitucional o han sido habilitantes para su emisión, cuáles son los bienes que desea preservar a través de su dictado, las razones por las cuales no puede resolver la emergencia mediante mecanismos ordinarios y sí mediante el decreto que se emite.

Por otro lado, el cumplimiento de este requisito permitirá que el Poder Judicial controle la causa del acto, es decir, si existió una auténtica urgencia, por qué fue imposible superar la situación por medio del trámite legislativo ordinario, y si hubo una genuina necesidad de dictar la medida en forma inmediata.³⁵ Así, “la motivación se transforma en un principalísimo elemento para que la justicia controle la legitimidad y se traduce en un medio de prueba de primer orden para conocer la realidad del obrar de la administración”.³⁶

También, respecto a este requisito, la Corte Suprema ha hecho expresas consideraciones interpretativas. Así, en “Video Club Dreams”³⁷ sostuvo que los motivos que impulsaron el dictado del decreto 2.736/91 “no se exhiben como una respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de las medidas súbitas como las tratadas”. En “Sallago”³⁸ Belluscio y Bossert sostuvieron que la “mera invocación que el decreto hace de la crisis de la marina mercante nacional, no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes en materia laboral”. En la causa “Smith”,³⁹ el voto concurrente de Fayt deja establecido que “tal afectación a los mentados principios constitucionales –se refiere a los que protegen el derecho de propiedad–, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable”.⁴⁰

1.2.4. La razonabilidad

Como cuarto requisito, todo decreto de necesidad y urgencia debe ser razonable. En nuestro ordenamiento jurídico el control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación, entre las cuales se encuentra el estándar jurídico de la razonabilidad.

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

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

37 *Op. cit.*

38 *Op. cit.*

39 CSJN, 1°/2/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en: Smith, Carlos c/PEN s/ sumársimo”, LLP 2002, 112.

40 Cons. 11°.

Esto implica que toda vez que se ejerza el control judicial de razonabilidad sobre los actos estatales, no se está haciendo otra cosa que llevar adelante un tipo de control de constitucionalidad.

Este control exige verificar, objetivamente, una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado con la medida y razonabilidad respecto de las circunstancias que dan lugar a su dictado. Tal como Bidart Campos lo sostuvo, la razonabilidad “exige que el ‘medio’ escogido para alcanzar un ‘fin’ válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o bien, que se verifique una ‘razón’ valedera para fundar tal o cual acto de poder”.⁴¹

La Corte Suprema sostuvo esta idea en el citado caso “Sallago”,⁴² donde la disidencia de Fayt señaló que el test de razonabilidad entre la emergencia y la disposición concreta comprende: “1) Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias, y 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”.⁴³

1.2.5. La temporalidad

Por último, dado que el decreto sólo es válido ante la existencia de circunstancias excepcionales y dado que éstas tienen una perdurabilidad determinada (la emergencia es, por propia definición, temporal), el acto del Poder Ejecutivo debe tener una vigencia acotada, es decir, sujeta a término.

Ya en 1959, la Corte Suprema sostuvo, respecto a las medidas en emergencia, que “la emergencia dura el tiempo que duran las causas que la han originado”.⁴⁴

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

1.3. Requisitos formales: análisis de la ley 26.122

Cuando se reflexiona sobre los roles que debe asumir el Poder Legislativo, tendemos a darle una mayor relevancia a la función de dictar leyes. Sin embargo, tal como lo sostiene el dictamen del Consejo por la Consolidación de la Democracia: “no se debe dejar de lado otros que tienen mucha trascendencia, como por ejemplo el rol de control sobre el Poder Ejecutivo”. Esta función “resulta indispensable para el correcto

desarrollo de las instituciones estatales democráticas y las defensas de las garantías individuales”. En este mismo sentido, De Vergotini sostiene que el Parlamento cumple en las democracias dos funciones: la función de orientación política y la función de control.⁴⁵ En relación con esta segunda función, “el contralor del gobierno por parte del Parlamento comprende, por cierto, la constitucionalidad y legalidad de sus actos”.⁴⁶

Por lo tanto, existen condiciones de carácter formal o procedimental que debe cumplir el acto para que sea válido. Respecto a la función de control de los órganos de gobierno mencionada, el mismo artículo 99, inciso 3° prevé que “el jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

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

El Congreso Nacional, desoyendo el mandato constitucional, demoró 12 años la sanción de la norma que reglamenta la Comisión Bicameral Permanente encargada de controlar la legalidad de las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo. La ley 26.122 merece severas críticas, que ponen en tela de juicio su constitucionalidad. Debe rechazarse firmemente la idea de que la Constitución ha dejado amplios márgenes a la ley reglamentaria para fijar el alcance y el trámite de la intervención parlamentaria. La regulación prevista en la Carta Magna debía respetar límites muy precisos, determinados por la división de poderes, el carácter restrictivo y excepcional del reconocimiento de las facultades legislativas al Ejecutivo y la prohibición tajante de todo tipo de sanción ficta, entre otros principios y reglas constitucionales. Cayuso sostiene que “tal tipo de reglamentación no podría sortear la tacha de inconstitucionalidad”.⁴⁷

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

1. Pronunciamiento de ambas Cámaras.

La Constitución Nacional ha establecido que el Poder Legislativo estará conformado de manera bicameral: la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

41 Bidart Campos, G., *op. cit.*, p. 805.

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

43 Considerando 4°.

44 CSJN, 15/5/1959, “Nadur, Amar c/Borelli, Francisco”.

45 De Vergotini, “Derecho constitucional comparado”, Madrid, 1987. Citado en Nino, C., *op. cit.*, pág. 531.

46 *Op. cit.*, pág. 535.

47 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.

Una representa al pueblo de la Nación –y con ello el principio democrático– y la otra a los estados locales resguardando, así, el sistema federal. 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 Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata”. Y el artículo 24 expresa que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. Cabe preguntarse qué sucedería si una de las dos Cámaras se pronuncia a favor de la validez del decreto y la otra en su contra. La solución que parece aportar la ley 26.122 podría ser que dicho decreto es válido, pero tal interpretación implicaría contravenir la letra de la Constitución.⁴⁸

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

2. El silencio del Congreso Nacional.

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

Volvamos a recordar el artículo 82 de la Constitución Nacional: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. La Constitución Nacional es clara al respecto: el silencio no puede ser considerado como voluntad positiva. Sostiene Quiroga Lavié que “La exigencia constitucional de manifestación expresa de la voluntad de las Cámaras, así como la prohibición

de la sanción ficta, se aplica a toda la actividad que realicen aquéllas dentro de su competencia. Por ello la norma no especifica que se trata de la sanción de las leyes, sino que lo sostiene para ‘todos los casos’. Las resoluciones de ambas Cámaras o de las comisiones bicamerales, cuando estén habilitadas para ello, especialmente si ejercen la potestad de control de los actos del Ejecutivo, precisan también de manifestación expresa. [...] Frente a la clara prohibición constitucional de la sanción tácita de las leyes, no podrá inferirse un razonamiento lógico de ninguna naturaleza dirigido a convalidar una habilitación legal en sentido contrario”.⁴⁹

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

Por lo tanto, también aquí debe rechazarse cualquier tipo de interpretación que pretenda inferir que es posible otorgarle al silencio un carácter convalidante, contrario a la norma constitucional.⁵⁰ Al respecto, Cayuso afirma que el principio que se desprende de la regla enunciada en el artículo transcrito “es que no habiendo pronunciamiento expreso del órgano legislativo, sea ratificando o rechazando, los decretos pierden validez y son nulos de nulidad absoluta. La regla constitucional es la invalidez salvo que se den determinadas condiciones, por lo tanto la disposición infrainstitucional que invierta el principio general es inconstitucional”.⁵¹ En esta misma línea, María Angélica Gelli sostiene que el “silencio” de las Cámaras o el rechazo de alguna de ellas “implicará la caducidad del decreto”, ya que “el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio”.⁵²

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

49 *Op. cit.*

50 Millón Quintana, J. y Mocoora, J.M., “El presidencialismo sin *happy ending*. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, *JA* 2007-1-1.328.

51 Cayuso, La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente, *La Ley*, 2006-D, 1.435.

52 Gelli, M.A., *Op. cit.*, p. 697.

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

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

3. Las limitaciones impuestas al Congreso Nacional.

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

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

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

4. Subsistencia del control judicial de constitucionalidad.

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

II. Análisis en particular del decreto de necesidad y urgencia 2.229/15

El problema de la emergencia:

El dictado de decretos de necesidad y urgencia exige como condición específica de validez la existencia de una circunstancia excepcional que impida el normal trámite legislativo. Este requisito, además de la razonabilidad (exigencia común a todos los actos de gobierno) y de la motivación y causa (propia de todos los actos administrativos por imperio

⁵⁴ Balbín, C., *Op. cit.*, p.123. En el mismo sentido, Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia*, Ed. Depalma, 1995, p. 252.

del artículo 7°, incisos c) y e), ley 19.459), debe ser valorado a la luz de una teoría sistemática de la emergencia.⁵⁵ En el habitual análisis de las condiciones de posibilidad del dictado de decretos de necesidad y urgencia, con frecuencia se acude tanto a la imposibilidad de reunir al Congreso como a la imposibilidad de tratar la norma en cuestión en los plazos legislativos o con la publicidad previa propia del tratamiento parlamentario, como razones suficientes para justificar —ex ante— el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

Si bien esto es así, corresponde hacer una apreciación adicional a lo que hemos indicado hasta ahora: incluso dándose cualquiera de estas condiciones, el DNU sólo puede ser considerado válido si la sustancia de su regulación es urgente y necesaria. Es decir, no basta con que el Congreso no pueda reunirse, sino que, además, debe existir una necesidad imperiosa de que se legisle la materia regulada por el propio DNU. La imposibilidad de reunión del Congreso o la imposibilidad de tratar determinada cuestión en los tiempos del poder legislativo no habilitan al PEN a reemplazar al legislador. Los decretos de necesidad y urgencia son un dispositivo de lo que se conoce como legislación de emergencia, y como tales están afectados a sus exigencias; sólo se puede dictar normas de carácter legislativo por decreto de necesidad y urgencia respecto de aquellas cuestiones sustancialmente urgentes y necesarias para atravesar la situación de emergencia que se trate.

Corresponde entonces analizar el presente decreto 2.229/15, en el marco de las exigencias señaladas hasta el momento, atendiendo especialmente el contexto en el que fue dictado y los motivos explicitados en el propio mensaje del PEN.

En la motivación del acto, el PEN invoca la naturaleza excepcional de la situación sin indicar con precisión qué es lo que la vuelve así de excepcional. De hecho no se advierte que la naturaleza excepcional sea incompatible con el trámite legislativo ni que se requiera el dictado de un DNU para establecer un régimen por los próximos cinco años como dispone el artículo 1° del decreto. Pudiendo reunirse el Congreso y siendo la sustancia de la regulación una meramente útil o conveniente, pero de ningún modo urgente en términos constitucionales, el dictado de la norma de excepción no tiene anclaje válido.

Materia prohibida:

Por otra parte, la regulación dictada en invocación del artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional es

⁵⁵ En este sentido, Gelli enumera el estado de sitio, la intervención federal, la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia, como los dispositivos constitucionales de la emergencia. Consecuentemente, las exigencias elementales de la emergencia deben alcanzar a los DNU, y entre ellas, la más básica es la existencia genuina de una emergencia, conforme a la asentada doctrina de “Avico c/De la Pesa”. María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, La Ley, 3ª edición, pág. 298.

sin dudas tributaria y, en consecuencia, expresamente prohibida por la Constitución para ser regulada por vía de excepción. La prohibición de la materia tributaria no alcanza únicamente a la imposición de tributos, sino también a su eliminación o modificación de cualquier índole. En este caso, se altera el régimen vigente en materia de reembolsos, lo que evidentemente modifica la capacidad recaudatoria e implica la restitución total o parcial de tributos interiores. La pertenencia del objeto de la regulación a la materia tributaria es evidente.

III. Conclusiones

Se advierte entonces que el decreto en cuestión ya no sólo debe ser impugnado por no ajustarse a las exigencias constitucionales de los DNU, es decir, por no ser dictado en un contexto de emergencia grave, ni frente a la imposibilidad de seguir el trámite ordinario de formación y sanción de leyes; sino que, además, hasta el momento, no ha demostrado ser una medida óptima para sus propósitos manifiestos.

El uso de DNU tiene un alto costo en términos de debate público democrático y la prórroga y reproducción constante de este mismo régimen confirma la problemática de la erosión del rol del Congreso.

Según Agamben,⁵⁶ retomando en esto a Carl Schmitt, el soberano es quien decide sobre los estados de excepción. En nuestro sistema, delegar esta decisión en el PEN, permitiendo que invente estados de excepción donde no los hay, importa, sin ningún tipo de exageración, privar al pueblo argentino de su soberanía y depositarla en un grupo de tres o cuatro personas.

Nuevamente, cabe recordar las palabras de Carlos S. Nino: “[...] esta somera revisión de las facultades que el Poder Ejecutivo fue adquiriendo a través de una interpretación extensiva de las cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de su musculatura política, muestra que, desde el mero punto de vista normativo, el Poder Ejecutivo es verdaderamente monárquico, aunque sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos”.⁵⁷

Por todas las razones enunciadas, el decreto en análisis debe ser rechazado por su inconstitucionalidad y consecuente nulidad absoluta e insanable.

Adrián Pérez.

⁵⁶ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004. En este mismo trabajo, el autor italiano califica al estado de excepción devenido en regla como “un umbral de interdeterminación entre democracia y absolutismo”, y aunque no adhiera a la tesis de una soberanía de Schmitt, no cabe duda alguna de que la reconoce como la más elaborada en el intento de inscribir el estado de excepción en el derecho.

⁵⁷ Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, página 529.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 2 de noviembre de 2015.

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

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión en virtud de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, de la Constitución Nacional y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 2.229 del 2 de noviembre de 2015, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 1.123

ANÍBAL D. FERNÁNDEZ.

Axel Kicillof.

Buenos Aires, 2 de noviembre de 2015.

VISTO la ley 23.018, y

CONSIDERANDO:

Que a través de la ley 23.018 se instrumentó, por un plazo determinado, un reembolso adicional a las exportaciones para consumo canalizadas por los puertos y aduanas ubicados al sur del río Colorado, desde el puerto de San Antonio Este (provincia de Río Negro) hasta el puerto de Ushuaia (provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur), siempre que se carguen a buque mercante con destino al exterior o a buque mercante de cabotaje para transbordar en cualquier puerto nacional con destino al exterior.

Que la referida ley tuvo como objetivo primordial lograr el desarrollo armónico de una economía regional, la de la zona patagónica, con especial concepción geopolítica sobre la específicamente económica, estableciendo un régimen razonablemente preferencial y estable que favoreciera la radicación de la población de dicha área.

Que, asimismo, este sistema de incentivo fiscal tuvo como finalidad incrementar los ingresos de los diferentes actores que integran la cadena de valor de los productos exportables, compensando las asimetrías existentes en razón de la distancia a los centros de consumo con el resto de las regiones que componen el país.

Que con el fin de dar continuidad a la prosecución de tales objetivos, fue sancionada la ley 24.490, vetada e insistida por el Poder Legislativo, a través de la cual se prorrogó por un nuevo plazo la vigencia del reembolso adicional a las exportaciones establecido por la citada ley 23.018.

Que, posteriormente, la ley 25.454 estableció que a los fines de la ley 23.018, reformada por la ley 24.490, se consideran “originarios” a los productos del mar, sea éste territorial o no, de la región ubicada al sur del río Colorado en toda su extensión, hasta el límite que la Nación reivindique como zona económica exclusiva.

Que, asimismo, dispuso que el reembolso adicional sería aplicado, en lo que respecta a los productos del mar, exclusivamente a las capturas efectuadas por buques de bandera argentina y por aquellos de bandera extranjera locados por empresas argentinas a casco desnudo, de conformidad con el artículo 36 de la ley 24.922.

Que el otorgamiento de incentivos impactaba favorablemente en las distintas localidades beneficiadas, mejorando las condiciones de competitividad y contribuyendo a atenuar las desigualdades existentes respecto de otras regiones, con el consecuente aumento en la generación de empleo.

Que las provincias patagónicas se caracterizan por tener un menor desarrollo relativo que la zona central del país en cuanto a la industrialización de sus productos, pero cuentan con un enorme potencial para la producción y desarrollo de productos primarios, como ser los frutihortícolas, subproductos de los mismos, productos mineros, de la pesca y agropecuarios principalmente lanas y carne ovina.

Que la provincia de Río Negro posee una marcada especialización en la producción de bienes agroindustriales de exportación, siendo una actividad central la fruticultura y en segundo plano la horticultura. En cuanto a la pesca, la mayor actividad se registra en el puerto de San Antonio Este.

Que la provincia del Chubut tiene una estructura industrial netamente exportadora de recursos naturales, productos regionales como los derivados de la minería, del pescado, del cemento y de la lana, cuyo intercambio comercial se concreta esencialmente por vía marítima a través de sus puertos siendo Puerto Madryn el principal, el cual debido a la actividad generada por la producción de aluminio y la actividad pesquera, registró un notable incremento poblacional.

Que en lo que respecta a la provincia de Santa Cruz el petróleo y el gas ocupan un lugar preponderante dentro del sector primario, mientras que la pesca y la lana se ubican en un lugar secundario, en tanto la minería constituye una actividad en constante crecimiento, actividades todas estas orientadas a la exportación.

Que en lo que se refiere a la pesca, Puerto Deseado concentra la mayor actividad, lugar desde el que se realizan la mayoría de los embarques con destino a mercados externos.

Que en el caso de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la misma posee una estructura productiva similar a las otras provincias patagónicas, en donde su Producto Bruto Geográfico (PBG) representa el uno por ciento (1%) del Producto Bruto Interno (PBI) nacional; realizándose la gran mayoría de sus exportaciones a través del puerto de Ushuaia.

Que el hecho de que el reembolso adicional a las exportaciones no se encuentre vigente en la actualidad dificulta la obtención de una mejor competitividad comercial, generando grandes perjuicios para todas

las actividades que conforman el territorio patagónico, así como desigualdades con el resto de las economías regionales.

Que el restablecimiento del reembolso aludido resulta imperativo ante la necesidad de lograr el incremento en los volúmenes exportables, una mayor previsibilidad a la economía favoreciendo con ello inversiones y la generación de mayores puestos de trabajo tanto en los puertos enunciados como en los puertos de Comodoro Rivadavia, San Julián, Punta Quilla, Río Gallegos y Caleta Paula.

Que, asimismo, la vertiginosa caída del precio de las *commodities* y la afectación del comercio mundial, han puesto a los países emergentes en una situación donde las viejas recetas no obtienen los mismos resultados para proteger y dar valor a sus producciones regionales.

Que se trata de detectar en cada caso, cada producción y cada región o conjunto de regiones, una solución específica.

Que nada exime de la búsqueda de la obtención de la mayor productividad y la custodia del mejor precio sobre la base del abaratamiento de la logística y el transporte, tal como la medida adoptada procura.

Que siempre deberá recurrirse a un conjunto de medidas acordes con la realidad de cada producto, en lugar de tratar de englobar a todas en una sola medida.

Que, en consecuencia, el restablecimiento del reembolso adicional a las exportaciones establecido en el artículo 1º de la ley 23.018 resulta imprescindible para el crecimiento de la región patagónica.

Que, en virtud de lo expuesto, se dispone el restablecimiento de la vigencia del reembolso adicional a las exportaciones establecido en el referido artículo, manteniéndose los niveles de beneficio aplicables desde el 1º de enero de 1984, para todos los puertos y aduanas ubicados al sur del Río Colorado que se mencionan en dicha ley por el término de cinco (5) años.

Que, a los fines de la implementación del citado reembolso a las exportaciones se prevé el otorgamiento del certificado de origen (C.O.) que identifique la procedencia del producto a exportar.

Que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

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

Que la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto a la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, así como elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez (10) días hábiles.

Que el artículo 22 de la ley 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que el servicio jurídico pertinente ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional y de acuerdo con los artículos 2º, 19 y 20 de la ley 26.122.

Por ello,

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

DECRETA:

Artículo 1º – Restablécese la vigencia del reembolso adicional a las exportaciones establecido en el artículo 1º de la ley 23.018, manteniéndose los niveles de beneficio aplicables desde el 1º de enero de 1984, para todos los puertos y aduanas ubicados al sur del río Colorado que se mencionan en dicha ley por el término de cinco (5) años a partir de la entrada en vigencia del presente decreto.

Art. 2º – A los fines de la ley 23.018, se consideran “originarios” a los productos del mar, sea éste territorial o no, de la región ubicada al sur del río Colorado en toda su extensión, hasta el límite que la Nación reivindique como zona económica exclusiva, además de los productos originarios de la región.

El reembolso adicional será aplicado, en lo que respecta a los productos del mar, exclusivamente a las capturas efectuadas por buques de bandera argentina y por aquellos de bandera extranjera locados por

empresas argentinas a casco desnudo, de conformidad con el artículo 36 de la ley 24.922.

Art. 3º – Derógase el artículo 2º de la ley 24.490.

Art. 4º – Incorpórase como artículo 3º bis de la ley 23.018 el siguiente texto:

Artículo 3º bis: *Certificado de origen*. El reembolso a las exportaciones se otorgará en función del puerto provincial más cercano al lugar de producción, dentro de la provincia que expida el certificado de origen (C.O.). El certificado de origen (C.O.) que identifique la procedencia del producto a exportar, deberá contener:

- a) Denominación de origen, lugar, distrito y municipio;
- b) Definición precisa e inconfundible de los productos, especialmente si se trata de materias primas con o sin elaboración, individuales o colectivas, específicas de una especie, variedad, tipo, como así también el grado de complejidad del servicio y sus particularidades identificatorias.

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

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

Decreto 2.229

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

Anibal D. Fernández. – Anibal F. Randazzo. – Héctor M. Timerman. – Agustín O. Rossi. – Axel Kicillof. – Julio M. De Vido. – Julio C. Alak. – Carlos A. Tomada. – Alicia M. Kirchner. – Daniel G. Gollan. – Alberto E. Sileoni. – Débora A. Giorgi. – Carlos H. Casamiquela. – María C. Rodríguez. – Teresa A. Sellarés.