



DIPUTADOS  
ARGENTINA

2020 “Año del General Manuel Belgrano”

## PROYECTO DE LEY

### DECLARACIÓN DE NULIDAD EL ARTÍCULO 9 INCISO 2 DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 641/2020

*La Cámara de Diputados de la Nación, ...*

**ARTÍCULO 1.-** Declárase nulo de nulidad absoluta e insanable por inconstitucional, el artículo 9 inciso 2 del Decreto de Necesidad y Urgencia 641/20 y todas sus normas complementarias o que en el futuro la prorroguen, por contrariar los artículos 14 bis, 16, 18, 19, 29, 33, 75 y 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

**ARTÍCULO 2.-** Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

PAULA OLIVETO LAGO

MARIANA STILMAN

MARCELA CAMPAGNOLI  
LEONOR MARTINEZ VILLADA  
LUCILA LEHMANN  
JUAN MANUEL LOPEZ  
MAXIMILIANO FERRARO  
MONICA FRADE  
HECTOR FLORES



DIPUTADOS  
ARGENTINA

2020 “Año del General Manuel Belgrano”

## FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente proyecto tiene por objeto corregir la apropiación de facultades legislativas en la que ha incurrido el Poder Ejecutivo al dictar el Decreto 641/2020, cuyo contenido excede ampliamente el objeto que pretende regular, e incurre en una disposición de carácter legislativo desde el punto de vista material.

Nuestra Constitución adopta en su artículo 1º la forma republicana de gobierno, lo que implica como elemento esencial acogerse al principio de división de poderes. Ello constituye una técnica concreta para garantizar la vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, evitando que éstos queden al arbitrio de una sola persona u autoridad, y los consecuentes abusos de poder que puedan perpetrarse contra los mismos en semejante circunstancia.

Como derivación de este principio, la Constitución Nacional prescribe que el Poder Ejecutivo no puede dictar, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, disposiciones de carácter legislativo (art. 99 inc. 3). Dicha facultad corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación. Este principio puede ceder únicamente bajo circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes, según lo dispuesto en el artículo 99 inc. 3, en cuyo caso el Poder Ejecutivo puede emitir decretos de contenido legislativo, respetando el procedimiento allí previsto, y con el control ulterior por parte del Congreso.

Como es de público conocimiento, nuestro país y muchos otros, están atravesando una pandemia de características inusitadas.

Desde el 11 de marzo de 2020, cuando la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) declaró el brote del virus SARS-CoV-2 como una pandemia, el Poder Ejecutivo Nacional comenzó a dictar una serie de medidas con el objeto de proteger la salud pública.

En tal sentido, el 12 de marzo de 2020 fue dictado el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/20 mediante el que se amplió por un año la emergencia pública en materia sanitaria que había sido establecida por la Ley N° 27.541.

A los pocos días, el 20 de marzo de 2020, con fundamento en la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20.

Así se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (en adelante “ASPO”), durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo del corriente año, para los y las habitantes del país y para las personas que se encontraran transitoriamente en él. Dicha medida fue prorrogada sucesivamente mediante los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20 y, con ciertas modificaciones según el territorio, por los Decretos N° 520/20, 576/20 y 605/20 hasta el 2 de agosto del corriente año, inclusive.

Ahora bien: el mismo 2 de agosto, el Poder Ejecutivo nuevamente dictó un Decreto de Necesidad y Urgencia, esta vez el N° 641/2020, mediante el que prorrogó varias de las medidas adoptadas y estableció otras nuevas que devienen violatorias de numerosos derechos protegidos constitucional y convencionalmente.

Entre ellas, la más evidente se encuentra contenida en el artículo 9 inciso 2º de dicha norma. Entendemos que dicho precepto resulta abiertamente inconstitucional, motivo por el cual el presente proyecto persigue su nulidad absoluta e insanable.

**1.- Actividades prohibidas durante el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”. La irrazonabilidad del artículo 9 inciso 2 y los motivos por los que consideramos que es inconstitucional**

El artículo 9 del aludido decreto prohíbe una serie de actividades, durante el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”, siendo necesario analizar puntualmente los incisos 1 y 2. A saber: *“ARTÍCULO 9°.- ACTIVIDADES PROHIBIDAS DURANTE EL DISTANCIAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO: En los lugares alcanzados por lo dispuesto en artículo 2° del presente decreto quedan prohibidas las siguientes actividades: 1. Realización de eventos culturales, recreativos y religiosos en espacios públicos o privados con concurrencia mayor a DIEZ (10) personas. Los mismos deberán realizarse, preferentemente, en lugares abiertos, o bien respetando estrictamente el protocolo que incluya el distanciamiento estricto de las personas que no puede ser inferior a DOS (2) metros, y en lugares con ventilación adecuada, destinando personal específico al control del cumplimiento de estas normas. 2. Quedan prohibidos los eventos sociales o familiares en espacios cerrados y en los domicilios de las personas, en todos los casos y cualquiera sea el número de concurrentes, salvo el grupo conviviente. La infracción a esta norma deberá ser denunciada por la autoridad interviniente a fin de que la autoridad competente determine si se cometieron los delitos previstos en los artículos 205 y 239 del Código Penal de la Nación”*.

Por un lado, el primer inciso prohíbe la realización de eventos culturales, recreativos y religiosos en espacios públicos o privados con concurrencia mayor a 10 personas.

Es decir que, a *contrario sensu*, se encuentra permitido realizar eventos culturales, recreativos y religiosos en espacios públicos o privados siempre que concurren 10 personas o menos. Y en estos casos, es “preferente” - pero no obligatorio - hacerlos en lugares abiertos. Esto último implica que este tipo de eventos, podrían hacerse en lugares cerrados, respetando estrictamente el protocolo indicado y destinando personal específico al control del cumplimiento de estas normas.

Curiosamente, en el inciso siguiente se prohíben “los eventos sociales o familiares en espacios cerrados y en los domicilios de las personas, en todos los casos y cualquiera sea el número de concurrentes, salvo el grupo conviviente”.

¿Diez desconocidos pueden reunirse en eventos “culturales, recreativos y religiosos”, pero las familias no pueden reunirse en sus propias casas, aunque sean menos de diez personas? ¿es que acaso resulta menos riesgoso reunirse en un evento cultural, recreativo o religioso en un recinto cerrado, que en un evento social o familiar, incluso celebrado al aire libre en el parque de un domicilio particular?

La falta de razonabilidad de la medida expuesta resulta palmaria y por ende, deviene manifiestamente inconstitucional dado que vulnera el derecho a la protección integral de la familia (art. 14 bis), a la igualdad (art. 16), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18), a la intimidad (art. 19) y a la reunión (art. 33), entre otros.

Sabemos que esos derechos, como todos, son relativos y por tanto pueden ser limitados, pero para ser constitucional, dicha limitación debe ser razonable, y en este caso, no lo es.

En tal sentido, al analizar el principio de legalidad expresado en la segunda parte del art. 19 de la Constitución Nacional según la cual: “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”; Bidart Campos enseña que no basta con la formalidad de la ley -en cuanto exige la “forma” normativa de la ley- para mandar o prohibir: *“¿basta que la ley mande o prohíba, para que sin más lo mandado o lo impedido sea constitucional? De ninguna manera: la Constitución está pensando, cuando enuncia la fórmula del principio de legalidad, en una ley constitucional”*.

El principio de legalidad no se reduce a un mero formalismo sino que por el contrario, el contenido de esa ley debe responder a ciertas pautas de valor suficientes. Para ello, sostiene Bidart Campos, acudimos al valor justicia, que constitucionalmente se traduce en la regla o el principio de razonabilidad.

Fundamentalmente, la razonabilidad exige que el “medio” escogido para alcanzar un “fin” válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin: o que haya “razón” valedera para fundar tal o cual acto de poder.

El maestro constitucionalista agrega que para dar por satisfecha la razonabilidad, además de la proporción en el medio elegido para promover un fin válido, también hace falta que no haya una alternativa menos restrictiva para el derecho que se limita.

Dalla Vía, por su parte, explica que la regla de la razonabilidad ha devenido en uno de los principios o pautas de interpretación más importantes y aplicables en la interpretación de la Constitución por parte de los jueces y tribunales. Sus referencias son muy frecuentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a tal punto que toda norma de rango infraconstitucional, se trate de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo, ya sea de alcance general o individual, será tachada de “arbitraria” si vulnera el principio de razonabilidad (Manual de derecho constitucional, 3 ed. Bs. As. Abeledo Perrot, 2011).

Resulta evidente que la medida bajo análisis al prohibir los eventos sociales o familiares en espacios cerrados y en los domicilios de las personas, en todos los casos y cualquiera sea el número de concurrentes no supera el test de razonabilidad, ya que no se explica qué diferencia habría entre este tipo de reuniones, y aquellas realizadas en el marco de eventos culturales, recreativos y religiosos que sí se encuentran permitidas.

Asimismo se afecta la igualdad ante la ley (art. 16 CN) dado que las familias bien podrían reunirse tomando los recaudos normados en el inciso 1 para realizar aquel tipo de eventos; se desprotege a las familias, siendo estas el “elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos); conforme se explicará en el punto siguiente, podría vulnerarse la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CN); la intimidad de las personas (art. 19); y el derecho de reunión (art. 33), en forma irrazonable.

Por otra parte, estas prohibiciones genéricas para todas las familias, sin atender cuán numerosas sean, ni cuál es la situación sanitaria del lugar donde regirán, resultan absolutamente desproporcionadas con el fin enunciado (protección de la salud ante la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país) y por tanto contrarían nuestra Constitución Nacional.

## **2.- La violación del principio de legalidad en materia penal y de los límites establecidos por el artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional.**

Tal como puede advertirse, el DNU Nº 641/20 es también violatorio del artículo 99 inc. 3 y 18 de la Constitución Nacional en materia penal.

Véase que el reseñado artículo 9 inciso 2 prescribe que “[q]uedan prohibidos los eventos sociales o familiares en espacios cerrados y en los domicilios de las personas, en todos los casos y cualquiera sea el número de concurrentes, salvo el grupo conviviente. La infracción a esta norma deberá ser denunciada por la autoridad interviniente a fin de que la autoridad competente determine si se cometieron los delitos previstos en los artículos 205 y 239 del Código Penal de la Nación”.

Así, esta norma, cuya constitucionalidad se impugna, remite a las penas impuestas por el artículo 205 del Código Penal. Dicho artículo señala que “[s]erá reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

Al respecto, cabría comenzar por señalar que el artículo 205 del Código Penal es una especie de lo que la doctrina ha denominado “ley penal en blanco”, es decir, es una norma que contiene una amenaza penal (en este caso, de seis a dos años de prisión) por la infracción de otra norma a la cual se remiten.

El caso que nos ocupa posee particularidades atípicas que requieren del análisis de la combinación entre una ley penal en blanco y un decreto de necesidad y urgencia que la “completa”. En efecto, se trata de un decreto de necesidad y urgencia que crea una prohibición de hecho y remite de forma directa a una ley penal en blanco frente al incumplimiento del tipo de hecho que establece en la norma.

No podemos comenzar el análisis jurídico que nos compete sin recordar que todo el ordenamiento debe ser interpretado a la luz de las normas constitucionales. La Constitución Nacional, y recientemente en nuestra historia también los tratados internacionales, son la fuente de juridicidad de la que emana el resto del sistema. Ella es la razón por la que las y los jueces se encuentran facultados para ejercer lo que a partir del famoso caso “Marbury vs. Madison” se conoce como “control de constitucionalidad” (ahora también “de convencionalidad”). Consecuentemente, estas normas constituyen la guía hermenéutica que debemos seguir.

Al respecto, el artículo 18 de la Constitución Nacional señala que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”; por su parte, a nivel convencional, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”.

El aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” ha sido central en la construcción de los Estados modernos, especialmente a partir de la Revolución Francesa de 1789. Y es que la esencia de ser del Principio de Legalidad Penal radica en la existencia misma del contrato social: solamente los representantes del Pueblo de la Nación gozan del grado de legitimidad necesario para establecer sanciones penales. Por lo tanto, podemos afirmar que dicho principio constituye una consecuencia directa del contrato social: no hemos entregado nuestro poder al Estado para que actúe arbitrariamente, sino en representación de la voluntad popular.

Tal como lo expusiera Mir Puig, “... el principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo” (MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 10° ed., BdeF, p. 115).

Recordemos por otro lado que nuestro ordenamiento orgánico de poder no ha concedido al Poder Ejecutivo sino la función elemental de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, y ejecutarlas, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. De ahí que el Poder Ejecutivo no pueda limitar derechos ni tampoco crear relaciones obligacionales en cabeza de los habitantes de la Nación, sino solo reglamentar, a fin de ejecutar, aquellas que sus representantes legislativos hayan decidido regular. El límite del poder administrador entonces es la ley: de ahí su fuente, de ahí su legitimidad de acción.

Es solo en los Estados autocráticos, totalitarios o no democráticos en los que el poder unipersonal del administrador es capaz de emitir disposiciones de naturaleza legislativa; en efecto, en dichas formas de organización de poder, el jerarca acumula la suma del poder público.

Es por ello que bajo una interpretación constitucional elemental, cuando el artículo 205 C.P. señala “medidas adoptadas por las autoridades competentes” puede hacer referencia a dos tipos de “medidas”: a) aquellas adoptadas por el Poder Legislativo en ejercicio de sus atribuciones constitucionales; b) aquellas adoptadas por el Poder Ejecutivo en ejecución de las normas emanadas del Congreso de la Nación.

Solamente esta configuración de poder deja en pie al artículo 18 de la Constitución Nacional en combinación con una ley penal en blanco, cuando dicho artículo señala que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley”; y es que, como resulta obvio a esta altura de las cosas, ¿cómo podría un habitante de la Nación ser penado con juicio previo fundado en ley si quien ha determinado el hecho por el que es juzgado no fue la ley, sino el decreto del jerarca administrativo?

Por ello es de suma importancia no confundir la voluntad legislativa con la Ejecutiva. Las leyes penales en blanco poseen validez constitucional únicamente en la medida en la que quien haya determinado el hecho por el que se juzgará a un ciudadano sea el Poder legisferante, ya que, en caso contrario, estaremos ante una palmaria violación del artículo 18 y las normas concordantes del sistema internacional de derechos humanos.

Cuando el artículo 205 señala “*las medidas adoptadas por las autoridades competentes*”, refiere claramente a las medidas adoptadas en el marco de las atribuciones constitucionales de cada

poder, ya que, en caso contrario, estaríamos frente a un artículo que prevé un accionar público al margen de la Constitución.

En efecto, en su caso, el Legislador debe dictar la ley limitante de derechos, el Ejecutivo ejercer sus atribuciones de reglamentación y ejecución de las leyes, y es el juez el que, en un caso concreto determinará si se ha cometido el delito señalado en la ley penal en blanco, de conformidad a las constancias de la causa.

Ahora bien, ¿qué sucede si se plantea que los Decretos de Necesidad y Urgencia, también por imperio constitucional, poseen jerarquía legal? En efecto, pueden dictarse y poseen jerarquía legal, salvo en aquellas cuestiones que el constituyente le ha quitado de forma expresa, esto es, en materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, con el fin de salvaguardar principios elementales del contrato social.

La Constitución de la Nación señala expresamente que el Ejecutivo no podrá, bajo pena de nulidad insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo; y ello es justamente lo que sucede cuando es él, y no el Poder Legislativo, quien determina los hechos por los que un ciudadano debe ser juzgado penalmente.

Sin embargo, se argumentará que determinar el hecho concreto por el que se pena no constituye materia penal: si la determinación del hecho penado no constituye materia penal, entonces, nada más puede constituirlo. Es justamente la esencia de la ley penal la determinación del hecho por el que deberá activarse el aparato coercitivo del Estado, en tanto sin ello, no existe la norma penal. No puede sostenerse válidamente que una característica sin la que el género o concepto no existe no es parte de ese concepto.

Es justamente por ello también que el Poder Ejecutivo no puede crear un régimen penal entero a partir de una ley penal en blanco, como se pretende en estos casos; y es justamente por ello también que el Poder Ejecutivo no puede soslayar la intervención de un Congreso que funciona, pretendiendo erigirse en el único poder estatal que regula *sine die* una situación de emergencia tan compleja como es la pandemia que nos aqueja.

Las ideas más modernas de separación de poderes y funciones que influyeron en quienes proyectaron a la Argentina como república independiente de España no nacieron como un dogma: surgieron principalmente a partir de duras experiencias históricas vividas por pueblos gobernados bajo un sistema de concentración de poder. Dicho poder ha recaído siempre en manos de un monarca, emperador, dictador, autócrata o, sea cual fuese su denominación, sujeto que se ha arrogado la titularidad de un derecho superior, divino o adquirido por causas terrenales de cualquier índole, para gobernar a otros sin límites a su voluntad.

La división de poderes, junto a un sistema de frenos y contrapesos, son una respuesta humana a dichos acontecimientos, en un intento de instauración de un mecanismo de control que evitase el exceso de poder por persona alguna, y con ello, que un gobierno democrático se convirtiese en una tiranía. Los bienes jurídicos tutelados por este sistema son, en esencia, las libertades fundamentales de los gobernados frente al poder estatal.

En este marco, los Decretos de Necesidad y Urgencia fueron concebidos como una herramienta de uso excepcionalísimo como salvaguarda del funcionamiento esencial del Estado y los intereses generales de la sociedad en momentos en los que el Congreso se ve materialmente imposibilitado de ejercer sus funciones. Su excepcionalidad es tan extrema en razón a que su dictado entra en colisión directa nada menos que con el principio republicano de división de poderes y con la democracia como forma de gobierno. Se trata de una colisión desigual, en la que la Constitución inclina la balanza en favor del DNU: por un instante, un decreto puede “apagar” la república democrática y dar paso a un supuesto de concentración de poder en el que una sola persona ejerce la titularidad de la suma de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en su lapicera, encontrándose así a un paso de la suma del poder público.

Por ese instante, la suspensión de la división de poderes da lugar también a la suspensión de la representación democrática, puesto que una sola persona condensa en sí misma la voluntad de todos los legisladores de todos los partidos políticos, oficialistas y opositores. En ese momento, una sola persona posee la suma del poder político del país entero, reemplazando todas sus voces,

disidencias, oposiciones y razones por su voluntad. Por ese instante, el presidente se erige en un verdadero autócrata político al amparo del Estado Constitucional de Derecho.

No obstante, de forma alguna dicha forma excepcionalísima de ejercer el poder puede contrariar la propia letra constitucional que la contempla, ni contradecir los principios más elementales del contrato social. Es justamente en ese marco jurídico, y con la mayor de las responsabilidades, que debe desarrollarse esa actividad tan peligrosa.

La severidad de esta institución conduce a su máxima limitación posible en lo que hace a su temporalidad; ya que, en caso contrario la excepción se convertirá en regla, y la constitución deberá ser dejada de lado para que se implemente un nuevo orden.

Cuando se interpreta esta institución entonces, no puede hacerse por fuera de la Constitución, sino en su marco, y aún más, con la más absoluta de las cautelas interpretativas, porque lo que se encuentra en juego es nada menos que la república democrática.

Sumado a lo expuesto, debe ponerse de resalto que el artículo 99 inciso 3 señala que “[e]l 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”.

Ello significa que las cámaras deben tratar “de inmediato” y en pleno el Decreto de Necesidad y Urgencia. Sin embargo, desde la vuelta a su funcionamiento, este Congreso no ha tratado en pleno los Decretos de Necesidad y Urgencia de los que se ha valido el Poder Ejecutivo para gestionar la situación generada por la pandemia.

En efecto, la Cámara de Diputados de la Nación ni siquiera ha abordado estas normas de urgencia, violentándose así la letra de la Constitución Nacional que no da lugar a dudas respecto a este punto.

Consecuentemente, resulta necesario, por imperio constitucional, que esta Cámara se avoque expresamente al tratamiento de la normativa en cuestión.

Sin embargo la Ley N 26.122 no establece ninguna solución para el caso que el Congreso no trate el decreto dictado por el Poder Ejecutivo. En consecuencia, como el decreto desde su dictado tiene la misma eficacia que una ley, aquel seguirá surtiendo efectos sin haber sido sometido al control parlamentario, contrariando la manda constitucional.

En este sentido Bidart Campos sostiene lo siguiente: “[c]uando el decreto llega al Congreso es absolutamente imposible que el silencio de sus Cámaras signifique aprobación, y por ende el mantenimiento de su vigencia. La ley reglamentaria a dictarse no puede establecer para este caso específico una aprobación tácita, porque de hacerlo violaría ostensiblemente el artículo 82 de la Constitución. Como lo vedado es la aprobación tácita, estamos seguros de que el rechazo tácito se ha de considerar implícito y válido, de manera que si el decreto de necesidad y urgencia no recibe sanción expresa debe reputarse como rechazado”.

Esta irregularidad legislativa agrava las consecuencias de la norma impugnada, por cuanto permite por omisión, que el Poder Ejecutivo se arrogue funciones que no le corresponden, y como en el caso, se establezca por DNU, la creación de un régimen punitivo casi permanente por parte del Ejecutivo; violentando los principios más básicos de la constitución, y, con ello, del contrato social de todos los argentinos.

### **3.- La facultad del Congreso de declarar la nulidad de una norma, por inconstitucionalidad**

La “nulidad absoluta e insanable” refiere a una declaración que tiene por no sucedidos o inexistentes hechos que realmente se han producido.

En este caso, sostenemos que esta facultad que tiene el Congreso de declarar la nulidad total o parcial del Decreto 641/20 encuentra sustento en su inconstitucionalidad, en virtud de lo consagrado en los artículos 99 inciso 3, 29 y 36 de la Constitución Nacional.

El constituyente del 94 condenó las conductas de quienes interrumpieren la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático, reprobando esos actos con la tacha de insanablemente nulos (art. 36).

De lo expuesto en los puntos precedentes se deduce que las disposiciones cuestionadas del Decreto 641/20 son inconstitucionales y no valieron nunca como acto constitucional válido.

Es por ello que consideramos razonable e imperativo que este Poder Legislativo, además de rechazar su aprobación, también ejerza esta función y declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable del instrumento.

En visión retrospectiva, la sanción de nulidad, desde la mismísima carta constitucional, no es una novedad en el derecho público nacional. Ya los padres fundadores, cuando incluyeron el artículo 29 de nuestra Ley de Leyes, declararon que los actos que conceden poderes tiránicos (facultades extraordinarias, suma del poder público, sumisiones o supremacías) llevan consigo una nulidad insanable.

Asimismo, esa manifestación del Congreso tiene también un efecto político determinante: declarar cuál es el estado de cosas, para el propio Congreso, con relación a la doctrina de la concesión de la suma del poder público, y en qué medida considera limitada su propia competencia.

Si bien existe acuerdo en reconocer la atribución del Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad de las normas sometidas a su conocimiento y, en su caso, establecer su inaplicabilidad al caso concreto, **nada hay en el texto constitucional que excluya al Poder Legislativo de ejercer también un control constitucional sobre normas dictadas por otro Poder que deba validar, y aún sobre sí mismo. Por el contrario, está obligado a hacerlo.**

El control judicial de constitucionalidad no se encontraba expresamente previsto en el texto de la Constitución de 1853 y constituye una creación pretoriana desarrollada en nuestro país a partir de los casos "Elortondo" y "Sojo", siguiendo el precedente norteamericano "Marbury vs. Madison". Recién a partir de la reforma constitucional de 1994 se incluyó explícitamente la posibilidad de que los jueces declaren la inconstitucionalidad de una norma, al regular la acción de amparo en el artículo 43.

De la necesidad de que exista un órgano que ejerza control sobre el Congreso Nacional, para mantenerlo dentro de su esfera de atribuciones y como garantía de los derechos y garantías de las personas, no se desprende de ninguna manera que éste no pueda ejercer control sobre sus propios actos (en este caso, sobre las leyes que dicta), y declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que no se compatibilizan con la Constitución Nacional, o sobre actos de otro Poder.

Por el contrario, el orden de supremacía constitucional establecido en el artículo 31 de la Carta Magna, así como los compromisos contraídos por el Estado argentino al suscribir los tratados internacionales de derechos humanos, imponen la obligación del Poder Legislativo de eliminar del ordenamiento jurídico, normas contrarias a la Constitución.

En efecto, **en la Argentina, el control de constitucionalidad puede ser ejercido por varios órganos del Estado.** Tanto el Poder Judicial, como el Legislativo y el Ejecutivo, así como los otros órganos estatales creados por la Constitución Nacional que no se encuentran propiamente insertos en ninguno de ellos, pueden y deben efectuar un análisis de constitucionalidad sobre las normas y los actos. Ello, en virtud del orden de supremacía establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional. Por eso se dice que se trata de un sistema concurrente o complejo de control de constitucionalidad (conf. Sagüés, Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 95; Quiroga Lavié, Derecho constitucional, p. 474).

En la lógica de la división de poderes y los controles mutuos, es entendible que quienes diseñaron nuestro ordenamiento institucional hayan pensado en que el Poder Judicial debía controlar las normas que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo dictaran, a fin de proteger derechos individuales frente a violaciones que éstos últimos pudieran cometer. Se justifica como parte de la función que cumple en el sistema de pesos y contrapesos diseñado en el régimen republicano adoptado por nuestra Constitución. A su vez, resulta una garantía para los individuos que pueden obtener protección de sus derechos frente a actos de otros poderes que violenten el orden constitucional.

Sin embargo, como se dijo, de ninguna norma constitucional surge que el resto de los poderes no puedan efectuar un control de constitucionalidad de los actos que de ellos emanan, sino que, por el contrario, el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo deben hacerlo.



2020 “Año del General Manuel Belgrano”

Considerando que el control de constitucionalidad que pueden ejercer los jueces es limitado en sus alcances, queda manifiesta la necesidad de que exista un pronunciamiento que deje sin efecto las normas que resultan inconstitucionales, para todos los casos.

Por ello, el sistema que mejor se compatibiliza con las exigencias de una democracia constitucional como la nuestra, es el que permite el control de constitucionalidad de las normas y actos a distintos órganos: un sistema de control constitucional concurrente o complejo.

Y, como se advirtiera, éste es el sistema adoptado por la Argentina, en el cual el resguardo constitucional no está monopolizado por el Poder Judicial, sino que también lo ejercen, en distinta medida, el Poder Legislativo, el Ejecutivo y otros órganos estatales.

Al respecto, cabe señalar que incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre la potestad constitucional del Poder Legislativo para declarar la nulidad de leyes y, en general, normas que agredan la Constitución Nacional. En efecto, respecto de la validez de la norma que dispone la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso “Simón”, la Corte se expidió también sobre la atribución del Congreso para declarar la nulidad de las leyes y la posterior revisión judicial; allí sostuvo: “[q]ue, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al declarar la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica. Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada - o, en su caso, rechazada- por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que **la supuesta “usurpación de funciones” tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto. Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío.**” (voto de la mayoría en el caso “Simón”, el resaltado es propio).

A esta altura, este contralor parlamentario de constitucionalidad es muy común, ya sea que se ejerza sobre los actos del Poder Ejecutivo mencionados como sobre sus propias leyes e iniciativas. En efecto, basta con leer los fundamentos de gran cantidad de proyectos legislativos que promueven la modificación, derogación y hasta nulidad de leyes y decretos invocando su inconstitucionalidad, existiendo un antecedente paradigmático en el caso de las leyes de impunidad, denominadas Punto Final (Ley N° 23.492) y Obediencia Debida (Ley N° 23.521), y los indultos por Decretos N° 1002/89, 1004/89, 1005/89, 2741/90, 2745/90 y 2746/90, cuyas nulidades fueron declaradas por este parlamento.

En definitiva, **el Congreso no sólo se encuentra facultado, sino que se encuentra obligado a realizar el control de constitucionalidad sobre sus actos y sobre actos de otros órganos como el Poder Ejecutivo en determinados casos como los decretos de necesidad y urgencia.**

Es por lo expuesto que solicitamos la aprobación del presente proyecto de ley.

PAULA OLIVETO LAGO

MARIANA STILMAN

MARCELA CAMPAGNOLI

LEONOR MARTINEZ VILLADA

LUCILA LEHMANN

JUAN MANUEL LOPEZ

MAXIMILIANO FERRARO

MONICA FRADE

HECTOR FLORES



DIPUTADOS  
ARGENTINA

2020 “Año del General Manuel Belgrano”