

1. Facultades normativas del Poder Ejecutivo (artículos 76 y 99 incisos 1, 2 y 3 CN)

El Poder Ejecutivo participa de la función creadora de normas del sistema jurídico, que no pertenece de modo exclusivo al Congreso. En lo que hace a los tratados internacionales, los negocia y los firma (99.11), *ad referendum* de la posterior aprobación del Legislativo (75.22). Respecto de las leyes, le cabe al Presidente la llamada “iniciativa legislativa” (facultad para presentar proyectos de ley -art. 77 CN-), y el “veto” de las leyes aprobadas por el Congreso (la Constitución se refiere a la potestad de “observación” total o parcial -arts. 80 y 83-). Asimismo, le corresponde reglamentar las leyes (art. 99.2 que ahora veremos) y excepcionalmente ejercer facultades propias del Congreso, por delegación previa de este (art. 76), o sin esa habilitación anterior, por razones de necesidad y urgencia (art. 99.3).

A continuación explicaré los fundamentos constitucionales de la facultad del Poder Ejecutivo para dictar normas de dos clases: 1) decretos “comunes” (o reglamentos “administrativos”), que son aquellos mediante los cuales dispone la organización de su propio departamento y reglamenta las leyes (art. 99 incisos 1 y 2). Estas son facultades normales y regulares del Ejecutivo, 2) los decretos con rango o contenido legislativo, que se encuentran en principio prohibidos por la Constitución, aunque habilitados por excepción, y que derivan de un estado de “necesidad y urgencia” (99.3) o de la delegación legislativa que el Congreso le realiza al Poder Ejecutivo (art. 76).

2. Los decretos o reglamentos “autónomos”, “independientes” u “orgánicos”: Artículo 99.1

El inciso 1º del artículo 99 expresa tres ideas de distinto alcance que describen el régimen presidencialista. La primera, que el Presidente de la Nación “es el jefe supremo de la Nación”, expresión algo inadecuada, pues en un sistema republicano no existe un poder que tenga “supremacía” sobre otro –de manera total- ni la Nación tiene un “jefe supremo”. Antes bien, el Congreso tiene cierta primacía sobre el Poder Ejecutivo, mediante las leyes generales que este debe imperativamente ejecutar e incluso removiéndolo por causa de mal desempeño del cargo (arts. 53, 59 y 60)¹. Aquella expresión, adoptada del proyecto de Alberdi, ha querido significar en realidad que el Poder Ejecutivo ejerce la denominada “jefatura del estado”, representando a la Nación frente a los estados extranjeros, organismos internacionales, estados locales y otras personas públicas y privadas. De ello derivan sus facultades para negociar y firmar los tratados internacionales (99.11) y convenios, declarar la guerra (99.15, sin perjuicio de la posterior ratificación legislativa cuando corresponda), e intervenir en juicio ante tribunales nacionales, extranjeros o internacionales en representación del Estado Nacional. A su vez comanda las fuerzas armadas (art. 99.12) y posee poder subsidiario para atender las emergencias en que está en peligro la paz social, el sistema democrático o la propia subsistencia del Estado². Todo ello se encuadra en la condición de “jefe de estado”.

¹ Asimismo, el Congreso puede determinar en gran medida la actuación de gobierno del Presidente: establece los tributos (art. 75 incs. 1 y 2), fija el presupuesto anual (75.8), aprueba o desecha los tratados internacionales negociados y firmados por el Ejecutivo (99.11 y 75.22), controla y ratifica o rechaza el ejercicio excepcional que aquel hace de facultades legislativas (arts. 76 y 99.3), aprueba o desaprueba –el Senado- las propuestas de designación de jueces (99.4), de embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios ante los estados extranjeros (99.7) y de oficiales superiores de las fuerzas armadas (99.13), puede insistir en los proyectos de ley vetados (art. 83), remover al Presidente, los ministros y el Jefe de Gabinete (arts. 53, 59 y 101), determinar el número y competencia de los ministerios (art. 100) e interpelar (pedir explicaciones e informes) a los ministros (art. 71).

² Estos poderes de emergencia están expresados por ejemplo en los artículos 99.16 y 20 que facultan al Presidente, durante el receso del Congreso, a declarar el estado de sitio por conmoción interior o intervenir una provincia por peligro en sus

La “jefatura del gobierno” es una noción incorporada en la reforma de 1994 y responde a la terminología habitual de las constituciones parlamentarias³. Implica que el Poder Ejecutivo ejerce el liderazgo o la conducción del gobierno federal y cuenta con iniciativa y facultades propias para proveer a la integración de los demás poderes, y promover su actuación: abrir el período de sesiones ordinarias del Congreso (art. 99.8)⁴, prorrogar sus sesiones (art. 99.9) o convocar a las cámaras a sesiones extraordinarias (art. 63), designar a los jueces, embajadores y a los altos mandos militares –todos ellos con acuerdo del Senado (art. 99 incisos 4, 7 y 13)-, y nombrar al Jefe de Gabinete y a los ministros (art. 100, si bien su número y función es determinado por ley del Congreso)⁵. Asimismo cuenta con la potestad co-legislativa de presentar proyectos de ley -art. 77 CN- y vetar los sancionados por el Congreso -arts. 80 y 83-), así como con las facultades de reglamentar las leyes (art. 99.2 que ahora veremos) y de legislar provisionalmente por delegación previa y transitoria del Congreso (art. 76) o por una razón excepcionalísima de necesidad y urgencia (art. 99.3). También se le otorgan atribuciones especiales de gobierno como las de convocar a consultas populares no vinculantes (art. 40), e indultar o conmutar penas por delitos federales (art. 99.5).

Por último, como derivación de la jefatura del gobierno, se establece que el Presidente es el titular jerárquico de la Administración Pública Nacional⁶ o “responsable político de la administración general del país”, idea que además está bien expresada en el art. 99.17 que lo faculta a “pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos”.

La reforma de 1994 procuró transferir al Jefe de Gabinete el ejercicio directo de la “administración” –ver art. 100-, reservando al Presidente sólo la responsabilidad política por ella⁷. Esto no se ha trasladado a la práctica pues el Presidente continúa siendo la cabeza indiscutida de toda la Administración y mediante su poder jerárquico es quien gobierna y

instituciones republicanas. La expresión máxima de las potestades excepcionales del Presidente en la atribución para emitir disposiciones legislativas por vía de decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3).

³ La jefatura del Estado y del Gobierno se encuentran desdobladas en los sistemas parlamentarios. La primera corresponde al monarca (vgr. España, Bélgica, Holanda) o a un Presidente (vgr. Francia, Alemania, Italia) e implica fundamentalmente y en general la representación del Estado, el mando supremo de las fuerzas armadas, la facultad de disolver el Parlamento y convocar a elecciones para su renovación y la de convocar a referéndum. A su vez, el Gobierno (encabezado por el jefe del gobierno o primer ministro e integrado por los demás ministros) es una emanación del Parlamento, de lo cual resulta que es designado por él. Le corresponde la dirección de la administración, el nombramiento de los funcionarios y la facultad co-legislativa de reglamentar las leyes. La Constitución española de 1978 establece al respecto que “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 97). En Francia, la Constitución de 1958 en sus Título III, “Del Gobierno”, dispone de manera similar que el Primer Ministro dirige la acción del Gobierno, y ejerce “la potestad reglamentaria” (art. 21). La Constitución de Alemania de 1949 (Capítulo VI, “Del Gobierno Federal”) fija su composición con el Canciller federal (Bundeskanzler) y los Ministros federales, elegidos a propuesta del Presidente de la República por la Dieta (Congreso) Federal.

⁴ Si bien las cámaras pueden iniciar por sí solas las sesiones ordinarias cada 1º de marzo (conf. art. 63)

⁵ Marienhoff denomina a todos estos “actos institucionales” (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, T.II, pág. 755).

⁶ La Administración Pública Nacional es el aparato estatal más grande del Estado. Está integrada por la Presidencia de la Nación, la Jefatura de Gabinete de Ministros, los Ministerios y todos los entes u organismos en los que se desconcentran sus atribuciones (administración pública centralizada: secretarías, subsecretarías, direcciones nacionales, etc.), y por los entes descentralizados (organismos con personalidad jurídica propia creados por la ley para fines específicos. Ej.: Banco Central, Administración Federal de Ingresos Públicos, universidades nacionales y muchos más), a cuyo conjunto se llama “administración pública descentralizada”.

⁷ La idea de responsabilidad política se relaciona con el juicio de buen o mal desempeño que realiza el electorado o el Congreso para el caso de juicio político.

administra de modo principal, estableciendo la agenda de gobierno, impartiendo instrucciones y realizando la designación de la mayoría de los funcionarios⁸.

La “administración general” abarca un sinnúmero de acciones y materias: algunas de ellas están expresadas en la Constitución y otras no. Entre las más elementales se encuentran las de nombrar y remover a los funcionarios y empleados de todos los organismos que están en la órbita del Ejecutivo (si la Constitución o las leyes no han prescripto otra cosa, lo cual ocurre en muy pocos casos, como los previstos en el art. 99.6), aprobar todos los años el proyecto de presupuesto nacional, enviarlo al Congreso (art. 100.6) y luego hacerlo ejecutar (art. 100.7) decidiendo la oportunidad de cada gasto e inversión.

Por lo demás, la función administrativa del Presidente es muy diversa y una segura guía para apreciar qué se encuentra incluido allí es recorrer la ley de ministerios o el organigrama de la Administración Pública Nacional⁹ y observar los distintos tipos de entes, competencias, funciones y servicios administrativos que existen.

El inciso 1º, en cuanto establece la jefatura jerárquica del Presidente sobre todo el aparato estatal integrado por el universo de entes administrativos, y que implica su poder de organización, ha sido entendido siempre como la fuente de una clase de decretos o reglamentos¹⁰ denominados “autónomos”. En España se los llama “independientes” y algunos autores prefieren denominarlos “orgánicos”. Mediante ellos el Poder Ejecutivo determina autónomamente la organización y el funcionamiento de su departamento -la Administración Pública-.¹¹ Se denominan así por tratarse de normas que no se encuentran estrictamente vinculadas a una ley que las preceda sino que derivan del poder de “autogobierno” del Ejecutivo. Así también el Congreso, la Corte Suprema, los demás órganos constitucionales y cualquier ente estatal emite disposiciones orgánicas o autónomas, pues cualquier de ellos goza de un ámbito de decisión propio sobre aspectos de su organización y funcionamiento¹².

Si bien los autores han discrepado sobre el alcance de las materias que corresponden a un decreto autónomo del Ejecutivo, la doctrina nacional coincide en que dichas normas, como mínimo, son las que establecen la organización interna de la Administración Pública y la tutela de su normal funcionamiento, esto es: 1) creación de organismos y entes “desconcentrados” en el ámbito de la Administración centralizada (secretarías y subsecretarías ministeriales, direcciones nacionales y todas las demás aperturas

⁸ Como contrapartida del poder jerárquico, delega cuantas funciones desea en el Jefe de Gabinete y demás ministros y autoridades y puede avocarse a voluntad al conocimiento de cualquier asunto referido a las materias delegadas.

⁹ Decreto 357/02

¹⁰ El tipo formal de acto emitido por el Poder Ejecutivo es el “decreto”, así como respecto del Congreso es la “ley”. Existen decretos con efecto particular (por ejemplo, la designación de un funcionario) y otros con alcance general, a los cuales se denomina comúnmente “reglamentos”.

¹¹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, t. I, págs. 242/3; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, VIII-35/6.

¹² Por ejemplo, la Constitución prevé la facultad de ambas cámaras de dictar sus reglamentos de organización interna y funcionamiento (art. 64 C.N.), así como los Ministros de tomar resoluciones “concernientes al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos” (art. 103) y la Corte de dictar su “reglamento interno” (art. 113 C.N.), mientras que el Consejo de la Magistratura emite “los reglamentos relacionados con la organización judicial” (artículo 114 inc. 6 C.N.). Otros órganos como el Defensor del Pueblo (art. 86), la Auditoría General de la Nación (art. 85), el Ministerio Público (art. 120) y las universidades nacionales (art. 75.19) ejercen un auto-gobierno pleno, pues gozan de autonomía funcional. Los llamados entes descentralizados o autárquicos poseen facultades propias de administración en el marco de lo que dispone la ley que los crea, y por último, los organismos desconcentrados disponen de aquellas en la medida de la delegación que les hubiera hecho el órgano con jerarquía superior. Ver: Linares, Juan Francisco, “Los reglamentos autónomos en el orden federal”. LL 1981-D, 1217.

orgánicas); 2) todas las delegaciones de facultades¹³ que el Poder Ejecutivo y los ministros realicen en los organismos o entes que les dependen jerárquicamente (con excepción de las competencias de los Ministerios, que son establecidas por ley del Congreso –art. 100-); 3) regulación de procedimientos administrativos de actuación y de formación de normas y actos del Ejecutivo y demás entes de la Administración, salvo que importen una restricción de los derechos de los particulares, en cuyo caso es materia que corresponde a una ley formal por imperio de la regla de reserva de ley (arts. 14 y 19 CN)¹⁴ ; 4) designación de funcionarios y empleados de la Administración (art. 99.7); 5) intervención de entes descentralizados (organizados y separados de la Administración central por medio de una ley para el cumplimiento de cometidos específicos) con el fin de hacer cesar un funcionamiento defectuoso o irregular y restablecer su normalidad¹⁵.

3. Los decretos reglamentarios o reglamentos de ejecución: Art. 99. 2

El inciso 2º establece la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo que da lugar a los llamados decretos reglamentarios o reglamentos de ejecución. La función de estas normas es la de complementar y precisar los contenidos de la ley a los fines de permitir o facilitar su ejecución. Conforme con ello, un decreto reglamentario se encuentra siempre ligado a una ley precedente del Congreso y su función es la de “llenar los detalles”¹⁶ o “regular los pormenores y detalles necesarios para la implementación de la ley”¹⁷. En este sentido, son numerosos los puntos que puede incluir una reglamentación: determinar el alcance de conceptos previstos en la ley, reglar procedimientos y formalidades, disponer plazos, determinar el organismo de la Administración al que le caben funciones de ejecución e interpretación (siempre que la ley no haya establecido ya la llamada “autoridad de aplicación” de la ley). En muchos casos, los denominados “decretos reglamentarios” contienen disposiciones propias de los decretos “autónomos”, y aún disposiciones que corresponden a una ley del Congreso, por exceder el contenido de la ley que están llamadas a reglamentar. Por ello es que lo más correcto es referirse a “disposiciones reglamentarias” en lugar de “decretos reglamentarios”, puesto que un mismo decreto puede contener disposiciones de varias clases (así como el art. 99.3 se refiere a las “disposiciones

¹³ La delegación administrativa es la transferencia de funciones de quien es titular de una competencia hacia un órgano jerárquicamente inferior.

¹⁴ Como son las disposiciones de la denominada “ley nacional de procedimientos administrativos”, decreto-ley n° 19.549. Un buen ejemplo de decreto autónomo que regula procedimientos es el decreto 1172/03, que aprueba los Reglamentos Generales de Audiencias Públicas, para la Publicidad de la Gestión de Intereses, para la Elaboración Participativa de Normas, y del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional en el ámbito del Ejecutivo. También, el Decreto 222/03 que establece un procedimiento de participación ciudadana previo al nombramiento de los jueces de la Corte, extendido por Decreto 588/03 para la designación del Procurador General de la Nación, el Defensor General de la Nación, fiscales y jueces de los tribunales federales inferiores.

¹⁵ La intervención es un remedio que tiene por fin poner en vigencia plena la causa creadora del ente. En general, la doctrina indica que para que proceda la intervención administrativa no se requiere la existencia de una norma que la autorice expresamente, pues ella deriva del deber de vigilancia y la responsabilidad de gobierno que incumbe al Presidente, en su carácter de órgano superior de la Administración Pública y responsable político de la “administración general del país”, por lo que aquella tiene fundamento en el artículo 99, inciso 1º de la Constitución (cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5a ed. actualizada, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 686; Marienhoff, Miguel S., “Intervenciones administrativas dispuestas por el Poder Ejecutivo”, La Ley 1984-D, p. 884 y ss.; y Barraza, Javier Indalecio, “La intervención administrativa y las facultades del interventor”, La Ley 1998-D, p. 187 y ss.) En años recientes, el Poder Ejecutivo dispuso numerosas intervenciones administrativas, en los siguientes entes: Comisión Nacional de Regulación del Transporte (decreto 454/2000), Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado (decreto 354/2002), Construcción de Vivienda para la Armada (empresa del Estado decreto 1140/2003), Comisión Nacional de Comunicaciones (decreto 521/2002), Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (decreto 348/2003), Ente Nacional de Regulación del Gas (decreto 571/2007), Obra Social Bancaria (decreto 1246/2009), Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (decreto 756/2011), y Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (Decreto 236/15).

¹⁶ “Wayman v. Southard”, 23 U.S (10 Wheaton) 1 (1825)

¹⁷ CS, “Delfino” (1927)

de carácter legislativo” para designar a lo que habitualmente se ha conocido como decretos legislativos o de necesidad y urgencia).

A diferencia de la mayor parte del texto constitucional, cuya fuente primordial fue la Constitución norteamericana de 1787, el inciso 2º del art. 99 procede de la Constitución de Cádiz de 1812, que a su vez reconocía la influencia de la constitución francesa de 1791, y que en ambos casos establecían la facultad reglamentaria del Ejecutivo como potestad co-legislativa¹⁸. Al constituir el “gobierno” una emanación del propio Parlamento, es natural en el sistema parlamentarista que el Ejecutivo comparta la función de creación normativa¹⁹.

Las disposiciones reglamentarias tienen indudable carácter normativo, pues son generales y abstractas y regulan conductas y situaciones jurídicas futuras, pero su sujeción al contenido de la ley formal del Congreso que reglamentan resulta necesaria para asegurar el principio de legalidad, que se desdobra en dos nociones: la primacía jerárquica de la ley y la reserva de ley en relación a determinadas decisiones estatales y materias²⁰. En este sentido es que este inciso, a la vez que reconoce la competencia presidencial de expedir “instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes”, exige que ello sea bajo el deber de “no alterar su espíritu (el de la ley) con excepciones reglamentarias”²¹.

Los decretos reglamentarios plantean el problema constitucional vinculado a la división entre lo legislativo (lo que corresponde al Congreso) y lo reglamentario, cuyo límite no es sencillo trazar en todos los casos. La ambigüedad de las leyes y la vocación legisferante creciente del Poder Ejecutivo y de la Administración, ha hecho inevitable que muchas leyes operen como un “marco” o “base” sobre la cual los reglamentos desarrollan sus contenidos con gran extensión, definiendo su alcance, imponiendo obligaciones, requisitos y restricciones, consagrando distinciones, clasificaciones, exclusiones y sanciones que muchas veces no figuran en la letra de la ley (por ejemplo: una ley crea un subsidio para “pequeños productores”, mientras que es la posterior reglamentación la que establece qué

¹⁸ El artículo 171 de la Constitución de Cádiz, además de la prerrogativa del rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le reconocía la de “expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la aplicación de las leyes”. La Constitución española de 1978 establece que el Gobierno “ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 97). En Francia, la Constitución de 1958 dispone de manera similar que el Primer Ministro ejerce “la potestad reglamentaria” (art. 21).

¹⁹ En la senda de introducir un elemento parlamentario, la reforma constitucional de 1994 otorgó al Jfe de Gabinete la facultad para “expedir los actos y reglamentos que sean necesarios” para ejercer la administración general del país al Jefe de Gabinete (Ver art. 100, incs. 1º y 2º).

²⁰ La “primacía de la ley” predica la superioridad de la ley sobre los decretos, según la escala de jerarquías normativas establecida en los artículos 31, 75.22 y 75.24. Por su parte, la reserva de ley alude a la necesidad de que ciertos contenidos, materias o decisiones estatales sean dispuestas bajo la forma de una ley del Congreso (materias penal, tributaria, electoral, presupuestaria, deuda pública, monetaria, servicios públicos, entre muchísimas otras mencionadas a lo largo de la Constitución, y en general, la regulación de las relaciones jurídicas y la reglamentación de los derechos individuales). El principio de legalidad es el gran resultado de las revoluciones democrático-liberales que tuvieron por objeto fundamental arrebatar al monarca el poder de restringir los derechos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene dicho que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la convención solo pueden ser establecidas por leyes, refiriéndose esta expresión a las normas jurídicas emanadas del Parlamento de acuerdo con los procedimientos de elaboración constitucionales. El fundamento de ello es garantizar que la extensión de los derechos no quede al arbitrio del poder unipersonal del Ejecutivo, sino que ello esté determinado por el órgano de representación popular y de modo 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”. De modo que el principio de legalidad es “consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación” (CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86).

²¹ Vgr.: El decreto 1007/2012 reglamenta la ley 26.743 que reconoce el derecho al reconocimiento de la identidad de género, en lo que hace a la organización del sistema de identificación registral (formulario para solicitar la rectificación registral de sexo y el cambio de nombre, formalidades de la nueva partida de nacimiento, y los requisitos para las peticiones de ciudadanos extranjeros).

se entiende por tales, a qué tipo de productores beneficia, en qué consiste la ayuda, cuál es su cuantía, cuáles son los requisitos para acceder a él, en qué casos se pierde, etc).

Los problemas más comunes podrían resumirse de la siguiente manera: 1) que el reglamento establezca disposiciones totalmente nuevas, como ser cargas y obligaciones no previstas en la ley; 2) que el reglamento, bajo pretexto de complementar la ley, distorsione o contradiga sus disposiciones, afectando su letra o su espíritu.

Ambos fenómenos son muy usuales en el ordenamiento argentino; basta tomar cualquier decreto reglamentario y cotejarlo con la ley a la que se refiere para encontrar novedades y contradicciones.

Veamos algunos ejemplos reales: la todavía vigente ley de ciudadanía n° 346 de 1869 establece la posibilidad de optar por la nacionalidad argentina para las personas nacidas en el extranjero, en estos casos: si residiesen en el país dos años continuos, hubiesen desempeñado empleos públicos, establecido en el país una nueva industria, tuvieran cónyuge argentino o ejercieran la docencia. La reglamentación de la ley, aprobada por el Decreto 3213/84, precisa el procedimiento judicial para ejercer aquella opción ante un juez, las características de los formularios de solicitud, las pruebas que en cada caso debe acompañar el extranjero peticionante, y el trámite y los plazos para la notificación de la ciudadanía adquirida al Registro Nacional de las Personas. Toda ellas son disposiciones indudablemente reglamentarias. El decreto contiene a la vez dos disposiciones que ensanchan el contenido sustancial de la legislación: por una de ellas se agrega entre los antecedentes que otorgan la opción el de haber tenido un hijo argentino nativo, y la otra prescribe como impedimentos para el otorgamiento de la ciudadanía el “no tener ocupación o medios de subsistencia honestos” y encontrarse procesado o condenado en una causa penal. Estas últimas previsiones, además de no estar incluidas en la ley, parecieran pertenecer al núcleo de decisión legislativa, pues precisamente acuerdan y quitan la nacionalidad, excediendo lo que constituye un mero detalle para “permitir la ejecución de la ley”.

En otro caso que es útil para ilustrar la cuestión, la ley 26.687 regula el consumo y la publicidad de los productos elaborados con tabaco. La ley prohíbe la publicidad de “los preparados que utilizan total o parcialmente como materia prima tabaco y son destinados a ser fumados, chupados, masticados, aspirados o inhalados”. A ello el Decreto reglamentario 602/2013 añade “los productos que pueden identificarse con productos elaborados con tabaco”, como los cigarrillos electrónicos y los accesorios como boquillas, pipas y ceniceros, y a los elementos asociados con marcas de tabaco como remeras, gorras y encendedores, ampliando notablemente el objeto de regulación. Asimismo, la ley establece la obligatoriedad de incluir mensajes e imágenes de advertencia en los empaquetados sobre los efectos nocivos del consumo de tabaco, encomendando al Ministerio de Salud la reglamentación sobre su contenido y demás características, lo cual importa encomendar la tarea reglamentaria no ya al Ejecutivo sino a un órgano inferior o “autoridad de aplicación”, como suele llamarse en las leyes al ente al que se transfiere la potestad regulatoria (de allí la concepción de los denominados “entes reguladores”, que en algunas materias son quienes verdaderamente “legislan” ciertas actividades, sobre la base de los lineamientos generales fijados en la ley).

Un caso sometido a la revisión judicial es el del decreto 936/11, reglamentario de la ley 26.364 (prevención y sanción de trata de personas), que prohíbe los avisos publicitarios de oferta sexual y crea una Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual con facultades para comprobar infracciones e intimar el cese de prácticas contrarias a la norma. Asimismo, la sanción a los medios está prevista en la Resolución 14/2011 de la Secretaría de Comunicación Pública, reglamentaria del decreto. Un grupo de personas que ofrecen dichos servicios impugnó judicialmente el decreto 936/11, aduciendo su falta de sustento en la ley contra la trata, que ni siquiera menciona el supuesto de la publicidad de servicios sexuales, y por ende la restricción del derecho de intimidad por medio de una norma infralegal. El tribunal que resolvió el planteo en última instancia²² estimó, con criterio amplísimo, que las reglamentaciones del Ejecutivo son válidas en tanto coincidan con la finalidad de la ley, en este caso, mitigar el flagelo de la trata de personas y la explotación sexual. La decisión coincide con la jurisprudencia predominante de la Corte, para la cual “las facultades de reglamentación que confiere el art. 99, inc. 2º de la Constitución Nacional habilitan para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el Legislador de una manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta” (Fallos: 190:301; 202:193; 237:636; 249:189; 308:668; 316:1239; 318:1707; 325:645 y 330:2255).

Este criterio, muy tolerante de la reglamentación de las leyes en cuanto “coincida con su finalidad”, aproxima casi hasta la confusión los decretos reglamentarios o ejecutivos a los decretos dictados en ejercicio de una delegación legislativa, prevista en el art. 76, cuyas características se desarrollan más adelante.

La delegación legislativa supone la directa transferencia del poder para legislar del Legislativo al Ejecutivo, sobre la base de un “marco” en la ley delegante, que debe ser suficientemente preciso. La diferencia entre ejercicio de la delegación legislativa y poder reglamentario de las leyes es sutil y en muchas ocasiones imperceptible, si bien puede decirse como aproximación teórica que mientras en la delegación el Congreso cede al Ejecutivo la decisión sobre los contenidos de rango legislativo, en la reglamentación la labor de este es siempre meramente complementaria de la ley, de segundo orden, o limitado a los detalles y procedimientos necesarios para que aquella se ejecute.

No obstante, las reglamentaciones que invaden el terreno de la ley son muy usuales, y pocas de ellas han generado conflictos judiciales que sirvan de base para establecer estándares jurisprudenciales de legitimidad. En uno de ellos, un grupo de ex soldados convocados a la guerra de Malvinas plantearon la inconstitucionalidad del decreto 509/88, reglamentario de la ley 23.109 que otorgó los beneficios previsionales a los veteranos de guerra, pues aquel circunscribió el derecho a aquellas personas que hubieran “participado en las acciones bélicas desarrolladas en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur”, excluyendo a los soldados que se encontraban físicamente en la retaguardia, sobre el continente, precisión que no figura en la ley²³.

4. Decretos de necesidad y urgencia: Art. 99.3

²² Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Cap. Fed., Sala III, 26/6/2012; LL 2012-E, 489.

²³ CS, “Arfinetti”, 7/7/2015

Los DNU o reglamentos de urgencia constituían hacia 1989 un tipo de norma más presente en los trabajos académicos que en la práctica real del poder. En aquel año irrumpieron súbitamente para transformarse, hasta el día de hoy, en un instrumento que todos los presidentes han usado con frecuencia y de manera ordinaria, hasta conformar lo que la propia Corte describió como una “sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo”, con su secuela de “debilitamiento del sistema republicano democrático”²⁴.

Al dictar un DNU, el Poder Ejecutivo ejerce alguna de las facultades del Congreso, de manera espontánea y sin que exista delegación legislativa previa que lo autorice para ello. Se trata de un ejercicio liso y llano de poderes legislativos, invocando para ello razones de urgencia.

4.1. Causas que habilitan los DNU

Antes de la reforma de 1994, la doctrina y la jurisprudencia abordaron la cuestión relativa a las causas que habilitan legítimamente el dictado de un DNU. La primera aproximación que la Corte realizó en relación con ello fue en el recordado caso “Peralta” (1990), donde rechazó la impugnación realizada al DNU n° 36/90 por el que se había dispuesto la devolución en títulos públicos de los depósitos a plazo fijo que se encontraban constituidos en las entidades financieras a la fecha del decreto.

En los considerandos 16° a 31° de aquella sentencia la Corte formuló una breve teoría sobre los DNU y sus condiciones de validez. Sostuvo que proceden ante a una “*situación de grave riesgo social*”, frente a la cual exista la necesidad de “*medidas súbitas*” y cuya eficacia no sea posible por medio de una ley. Estimó que el DNU 36/90 había resultado esencial para el “*aseguramiento de la paz y el orden social*”²⁵ (considerando 29°), y asimismo inevitable, pues la eficacia de la medida adoptada requería precisamente de un carácter sorpresivo que sólo la vía del decreto podía lograr, a fin de evitar la huida de los ahorristas que hubiera provocado el anuncio de una eventual ley con el mismo objeto²⁶.

Tales menciones bastaron para explicar la *causa* de los DNU en general y en particular para justificar la invocada en el decreto 36/90. Por su parte, como requisito de validez *ex post* la Corte señaló la necesidad de que “*el Congreso de la Nación no adopte decisiones diferentes*” a las del DNU (consid. 24°), rechazándolo o repudiándolo (consid. 25°), cosa que no había sucedido²⁷. Vale decir que a falta de rechazo expreso, el DNU debía entenderse aceptado de manera tácita o ficta.

La laxitud en la formulación del presupuesto fáctico habilitante de los DNU, junto al sentido convalidatorio que se asignó al silencio, la indefinición o la ambigüedad del Congreso, fueron entendidos como un aval de la Corte a una práctica que venía creciendo y que luego se volvió desmesurada; de allí la connotación negativa que en general arrastra aquel fallo.

²⁴ CS, “Consumidores Argentinos” (2010), consid. 5°.

²⁵ Las alusiones a la paz y al orden social que se realizan en el fallo se vinculan con la amenaza que existía al momento del dictado del DNU, de un proceso hiperinflacionario como el que había existido seis meses antes y que había provocado la paralización de la economía, una grave crisis social y la renuncia anticipada del Presidente Raúl Alfonsín.

²⁶ La retención de los depósitos y su devolución con bonos (“Plan Bonex”) buscó recortar drásticamente el circulante monetario, y deprimir la demanda de dólares de los tenedores de dinero, a fin de atenuar la inflación. Para ampliar ver: Sáenz, Juan I.: “Balance crítico sobre la jurisprudencia en materia de emergencia económica”, en *El Derecho Administrativo de la Emergencia II*, Fundación de Derecho Administrativo, 2002, ps. 157/184.

²⁷ Para la Corte existió una convalidación implícita pues la ley 23.871 se refirió tangencialmente a la medida adoptada por el DNU (al mencionar a “la conversión obligatoria de activos dispuesta por el Poder Ejecutivo”).

Ello llevó a que en el proceso de reforma constitucional de 1994 se planteara como uno de los puntos fundamentales la regulación restrictiva de los DNU²⁸, cuyo resultado es el art. 99.3 CN²⁹.

Sin embargo, el texto de esa disposición conserva cierta imprecisión en relación a la causa que justifica la emisión de un DNU (*circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de una ley*), y asimismo omite ciertas cuestiones fundamentales, como fijar un plazo para que el Congreso se pronuncie -como condición de validez del decreto-, y que esa intervención reúna ciertas condiciones de carácter deliberativo. En lugar de ello, la Constitución sólo dispone que el Congreso debe dar “inmediato” y “expreso” tratamiento al DNU. Esas deficiencias del texto constitucional permitieron que el Poder Ejecutivo continuara –luego de 1994-, actuando con arbitrariedad en la valoración acerca de la *excepcionalidad* de las circunstancias y de la *imposibilidad* de sancionar leyes, y así suele considerar excepcional lo que es ordinario, e imposible lo que en realidad es poco conveniente, dificultoso o menos cómodo.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de precisar los límites constitucionales a los DNU a través de dos fallos: “Verrocchi” (1999) y “Consumidores Argentinos” (2010).

En el primero revisó un DNU que excluía a un grupo de trabajadores de las asignaciones familiares otorgadas por una ley³⁰. En primer lugar la Corte determinó que la revisión acerca de la existencia de causa legítima para el dictado de un DNU es una cuestión justiciable y no a una típica “cuestión política” exclusiva del Ejecutivo y del Congreso, tal como lo sostuviera la mayoría del tribunal en un caso anterior (“Rodríguez, Jorge”, 1997)³¹. Según se sostenía en ese precedente, los DNU tienen “*un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria*”(consid. 13º), único para “*pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos -de valoración política- que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido*” (consid. 15).

En “Verrocchi” la Corte revirtió aquella posición auto-restrictiva y en un breve párrafo dejó en claro que la revisión de las condiciones en que fue emitido un DNU, cuando ello afecta derechos subjetivos, es de carácter “judicial”: “*corresponde al 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*

²⁸ El “Núcleo de Coincidencias Básicas” incluido en la ley declarativa de la necesidad de la reforma de la Constitución (24.309, art. 2º), preveía en su punto g), la “regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia”.

²⁹ De acuerdo con los debates de la Convención, el modelo adoptado es el de la Constitución de Italia, cuyo art. 77 establece: “No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”.

³⁰ Por medio del DNU 770/96, se limitó el universo de beneficiarios de las asignaciones familiares creadas por la ley 18.017 (aportes del Estado; vgr.: para la escolaridad de los hijos, por maternidad, etc.), quedando excluidos los trabajadores con remuneración superior a \$ 1.000 (pesos mil). El contenido legislativo del decreto era evidente, dejar sin efecto una ley sancionada en ejercicio de la facultad del Congreso de la Nación de reglar materia laboral (art. 75 inc. 12 CN), y la de otorgar los “beneficios de la seguridad social”, objeto que la Constitución encomienda a una “ley” (art. 14 bis CN). Ezio Verrocchi se vio directamente afectado por la mencionada exclusión, al verse privado –por superar su sueldo la suma tope fijada- de los beneficios que había gozado durante años bajo la ley 18.017.

³¹ “Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia” (1997). El DNU establecía la creación del sistema nacional de aeropuertos, su organismo regulador (ORSNA) y la concesión de su explotación. Un grupo de legisladores había impugnado el DNU, obteniendo una medida cautelar favorable en primera instancia, frente a lo cual el Jefe de Gabinete de Ministros pidió una avocación a la Corte, cuyo resultado fue el caso “Rodríguez”, que declaró la cuestión como “no justiciable”.

este Tribunales en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, 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” (consid. 9º, párr. 2º)³².

Colocada la existencia de “causa” legítima dentro del universo de las cuestiones revisables por los tribunales, la Corte desarrolló su tesis sobre los extremos que hacen configurar dicha causa.

Se establece que la excepción a la regla general de prohibición de legislar que pesa sobre el Presidente está dada por un “estado de necesidad”, que es aquel en el cual se verifican 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 Federal; 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” (considerando 9º).

Vale decir que el tipo de situación que da lugar a un DNU es sumamente acotado, pues aquella sólo se verifica ante un “estado de necesidad”³³ (donde es impostergable la adopción de una medida inmediata), conjugado con un supuesto de “fuerza mayor”³⁴ consistente en el impedimento fáctico absoluto para que las cámaras del Congreso se reúnan y sancionen una ley en tiempo útil³⁵. De ello debe derivarse que quedan excluidas como causas justificantes las meras dificultades, o los impedimentos *jurídicos* (vgr. que el Congreso se encuentre en receso), y mucho más los *políticos* (vgr. que no se logre el quórum para sesionar o que el Presidente no cuente con apoyo en una o en las dos cámaras).

De modo que el presupuesto que la Constitución establece en el 99.3 no es meramente la genérica “*emergencia*” (como lo es en el caso de la delegación legislativa prevista y regulada en el art. 76 CN), la cual ciertamente supone una situación excepcional que requiere medidas rápidas, sino un estado particularísimo de urgencia donde concurren dos circunstancias: a) el Congreso no puede reunirse; b) hace falta arbitrar una solución (de contenido legislativo) inmediata a un problema grave³⁶.

³² Con ello la Corte retomó la tradición jurisprudencial del precedente “Soria de Guerrero” (Fallos: 256:556), según la cual no está exenta del control judicial la violación de las normas constitucionales que regulan el proceso de creación de las normas, y la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan su vigencia (Fallos: 268:352; 318:445; 319:1479; 321:3487; 323:2256 y 330:2222).

³³ Noción jurídica según la cual se considera justificado un daño a otra persona o a un bien jurídico provocado con el fin de evitar un mal mayor, siempre y cuando no pueda ser evitado por otro medio menos lesivo.

³⁴ Como es sabido, la fuerza mayor consiste en todo acontecimiento que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.

³⁵ ¿Cuánto tiempo insume la sanción de una ley? Los reglamentos de ambas Cámaras admiten la posibilidad de un trámite sumarísimo, a través del tratamiento y votación directa en el recinto sin necesidad de tratamiento en las comisiones legislativas (mediante lo que se denomina en la jerga parlamentaria, tratamiento “sobre tablas”). En este sentido, deben tenerse presentes las experiencias de leyes sancionadas en el término de muy pocos días (vgr. la ley de emergencia n° 25561 de enero de 2002).

³⁶ El Juez Fayt había anticipado este criterio al votar en disidencia en el caso “Rodríguez Jorge” mencionado, donde expresó que “la excepción a la prohibición de legislar, impuesta por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, está condicionada a la

Definida de ese modo la “causa” de los DNU, a la Corte le bastó en “Verrocchi” y en varios casos posteriores con un somero examen de la “motivación” de los decretos para dejar en evidencia la ausencia de las condiciones objetivas para su dictado.

En “Verrocchi”, se expresó que el DNU 770/96 no aludía mínimamente a alguna imposibilidad real para que el Congreso se reuniera a los fines de tomar aquella medida, ni afirmaba siquiera que la necesidad de establecer un techo salarial para el cobro de las asignaciones familiares fuera impostergable, sino que sólo refería a ello como “*imperativo*” e “*indispensable*” para *adecuar el régimen a la disponibilidad de recursos*. Como conclusión, señala el fallo que “*Estas afirmaciones resultan dogmáticas e insuficientes pues no alcanzan a justificar la imposibilidad de revitalizar el régimen de las asignaciones familiares por medio del ejercicio de la función legislativa por el Congreso de la Nación*”, agregando que “*En estas condiciones, cabe concluir en la invalidez de los decretos cuestionados en el sub lite, por cuanto no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la norma constitucional describe con rigor de vocabulario*” (consid. 10º).

La doctrina de “Verrocchi” fue ratificada en “Consumidores Argentinos” (2010). La ocasión surgió a raíz de una peculiar situación política y judicial producida entre fines de 2009 y comienzos de 2010³⁷, frente a la cual la Corte pretendió dejar sentada una posición categórica en relación a los límites constitucionales de los DNU.

La sentencia declaró la inconstitucionalidad del DNU 558/02, que había introducido modificaciones permanentes a la ley 20.091 que regula la actividad aseguradora, reproduciendo la doctrina del caso “Verrocchi”, a la que agregó algunas consideraciones de interés³⁸.

En primer lugar, la Corte realizó una enérgica revindicación de las facultades judiciales de revisión de los DNU, que contrasta con las opiniones políticas de la época en las que se fustigó a los jueces que habían suspendido los efectos de los DNU 2010/09 y 298/10. Sostuvo la Corte: “*no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial*” (consid. 7º in fine) (...) *En este aspecto, no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente*

existencia de circunstancias excepcionales, propias de un estado de necesidad, que exijan medidas de urgencia que deban adoptarse en un tiempo menor al que requiere al Congreso la sanción de las leyes”.

³⁷ En diciembre de 2009, a poco de finalizadas las sesiones ordinarias del Congreso, el Poder Ejecutivo emitió el DNU 2010/09, por el cual destinó una cantidad de las reservas de divisas extranjeras bajo custodia del Banco Central, al pago de obligaciones de deuda pública con vencimientos durante el año 2010. La medida no sólo importaba el ejercicio de la facultad del Congreso de “arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación” (art. 75.7 CN), sino que constituía una orden impartida por el PEN hacia el Banco Central, en oposición a la ley 24.144 según la cual carece de facultades para emitir “órdenes o instrucciones” a la entidad. El Presidente del BCRA se negó a instrumentar la transferencia de divisas ordenada, lo cual motivó que por vía de otro DNU -18/2010- la Presidenta lo removiera de su cargo por considerarlo incurso en “mala conducta e incumplimiento de los deberes de funcionario público”. Frente a la negativa del Poder Ejecutivo a convocar a sesiones extraordinarias para tratar el decreto 2010/09, algunos diputados promovieron acciones judiciales contra la medida. El 13 de enero de 2010 un tribunal de primera instancia suspendió los efectos de la norma, lo cual fue confirmado por la Cámara con fecha 22 de enero, destacándose en ambos casos la inexistencia de una “imposibilidad funcional del Congreso” para tratar la medida, así como su falta de inmediatez, dado que disponía pagos a realizar durante todo el año 2010, lo cual demostraba una “injustificada premura” y un intento de “evitar a rajatabla” la participación del Poder Legislativo. Ello motivó un ataque virulento del gobierno contra los jueces (ver discurso del 12/1/2010 y Conferencia del 19/1/2010 en www.casarosada.com.ar), y finalmente una maniobra de elusión de las decisiones judiciales que consistió en derogar el decreto suspendido y reemplazarlo por otro idéntico (DNU 298/10) anunciado en el acto de apertura de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación del 1º de marzo de 2010, que agotó sus efectos sin intervención alguna del Congreso y sin revisión judicial oportuna.

³⁸ La asociación, en nombre de los consumidores, impugnó el DNU 558/02, que había modificado la ley 20.091 que regula la actividad aseguradora, posibilitando a las aseguradoras tomar deuda poniendo en garantía los mismos activos sujetos a la ejecución de los asegurados, a fin de resolver la situación de iliquidez propia de la crisis de 2001/02, pero en desmedro de los particulares.

verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima” (consid. 11°); y concluye —enérgicamente—: “cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional 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” (consid. 13°).

Luego, la Corte hizo fuerte hincapié en la finalidad explícita de los convencionales constituyentes de 1994 de atenuar el presidencialismo y fortalecer al Congreso. *“El dato relevante para la decisión —señala la sentencia— fue la sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo”.* Luego de citar las principales opiniones expresadas en la Convención, se concluye que *“todo lo aquí expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (confr. en igual sentido “Verrocchi”, Fallos: 322:1726, y sus citas)”* (consid. 9°), y que *“el texto transcripto (en referencia al art. 99.3 CN) es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país”* (consid. 10°).

4.2. La intervención posterior del Congreso

La reforma constitucional revirtió el principio de convalidación tácita sostenido en “Peralta”, estableciendo la necesidad de un tratamiento “expreso” para los DNU y prohibiendo en general la sanción tácita o ficta del Congreso (art. 82). La regla tuvo su primera aplicación en “Verrocchi”: la Corte no otorgó allí carácter ratificatorio a la ley 24.714, a pesar de que esta dispuso los mismos contenidos materiales que el DNU 770/96, lo que según el tribunal no equivalía a su convalidación expresa.

Sin embargo, con posterioridad la Corte toleró la ratificación tácita en el caso “Aceval Pollachi” (2011) ³⁹, donde consideró que la ley 25.972, en cuanto reiteró el objeto de anteriores DNU (883/02; 662/03; 256/03; 1351/03; 369/04 y 823/04 que prorrogaron sucesivamente la duplicación indemnizatoria de despidos dispuesta por la ley 25.561) debía entenderse como convalidatoria de aquellos. Tampoco se han opuesto reparos a la ratificación “vacía” (donde no hay verdadero tratamiento del DNU, sino sólo una votación favorable), ni a la ratificación “tardía” (en casi todos los casos la ratificación del Congreso se produce años después de dictado el DNU, lo cual es contrario al tratamiento “inmediato” que impone el art. 99.3 CN).

En definitiva, ni la Constitución ni la jurisprudencia de la Corte han resuelto los problemas relativos a la oportunidad y la forma en que el Congreso interviene en forma posterior a un

³⁹ CS, “Aceval Pollacchi” (2011)

DNU. La reforma suprimió el silencio positivo, pero al no fijar un plazo para la intervención parlamentaria -como sí lo hacen la Constitución española o la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires⁴⁰-, dejó las cosas casi en el mismo lugar que antes, al permitir que los DNU produzcan sus efectos durante todo el tiempo en que el Congreso no se pronuncia sobre ellos, para lo cual pueden pasar años o no ocurrir nunca, como en el caso de muchos DNU.

El obrar del Congreso agravó las cosas. En la demoradísima ley 26.122, del año 2006, que reglamenta su intervención, no sólo omitió fijarse un plazo sino que además consagró la eficacia de los DNU con la voluntad de una sola de las cámaras, al prever su artículo 24 que “el rechazo *por ambas Cámaras* del Congreso del decreto de que se trata implica su derogación”, lo cual significa –a *contrario sensu*- que basta la aprobación de una sola, o peor, su silencio o reticencia para tratarlo, para que el DNU continúe vigente a pesar de haber recibido el rechazo de la otra cámara⁴¹. En definitiva, el silencio o la indefinición del Congreso carecen de sanción jurídica, y un DNU puede agotar sus efectos sin intervención del Congreso, lo que nos retorna al estado de cosas pre-reforma⁴².

En este aspecto, son interesantes los votos de los jueces Petracchi, Maqueda y Argibay en “Consumidores”, en cuanto propician soluciones drásticas al problema, con las que concuerdo. Petracchi viene sosteniendo desde “Verrocchi” que los DNU emitidos sin una regulación adecuada de la intervención del Congreso son –sencillamente- inconstitucionales⁴³. En relación a los emitidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.122, lo entiende así por el sólo hecho de no haber intervenido la comisión bicameral permanente que, conforme con el 99.3 CN, tiene la función esencial de dictaminar sobre la ratificación o rechazo del DNU antes de que ello se trate en el pleno de ambas cámaras. Y sobre los otros aspectos fundamentales de la intervención parlamentaria, afirmó que además de la causa-antecedente relativa a la urgencia y a la imposibilidad de reunir al Congreso, son esenciales: a) la creación efectiva de la comisión bicameral; b) la regulación de la intervención del Congreso en relación al *plazo* de las cámaras para expedirse; c) las *mayorías* (simples o especiales) requeridas para la aprobación o rechazo del decreto; d) el significado de eventuales pronunciamientos antagónicos de las Cámaras; e) si el Congreso, en caso de aprobar el decreto, podrá (o no) introducirle modificaciones; f) los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de un rechazo (consid. 12º del voto en “Verrocchi”). Y para el caso de tener que juzgarse la constitucionalidad de un DNU posterior al 2006 –cosa que aún no ha sucedido en instancia de la Corte-, cabe pensar que la solución debería ser la misma, ya que la ley 26.122 no prevé el plazo de las cámaras para expedirse.

⁴⁰ El art. 91 de la Constitución de la CABA establece que la Legislatura “debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días de su remisión. Si a los veinte días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. Pierden vigencia los decretos no ratificados. En caso de receso, la Legislatura se reúne en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca, en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto”. La Constitución italiana prescribe al respecto que “los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación” (art. 77).

⁴¹ La Corte resolvió una causa donde una asociación había planteado la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 26.122. Negó legitimación a esa entidad, por considerar que carecía de un interés “substancial” y con suficiente “concreción e inmediatez” en relación a aquella disposición (CS, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Estado Nacional - ley 26.124”, 3/8/2010).

⁴² El Proyecto de ley modificatorio de la ley 26.122 que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados en 2010 proponía establecer que las cámaras se expidieran en la primera sesión posterior a la recepción del dictamen de la Comisión Bicameral, y que perderían vigencia los decretos que no fueran aprobados en forma expresa por ambas Cámaras dentro de los sesenta (60) días corridos contados desde la fecha de su dictado. (Orden del Día nº 146/2010). A su vez, en lo relativo a la aprobación establecía que debía concurrir la voluntad de las dos cámaras.

⁴³ Vid. casos “Risolia de Ocampo” -Fallos 323:1934-; “Zofracor” -Fallos 325:2394-; “Muller” -Fallos: 326: 1138-; “Leguizamón” – Fallos 327:5559-; “Aceval Pollacchi” -Fallos 334: 799- y “Coopser”, del 30/10/12.

Por su parte, la jueza Argibay había anticipado ya en su voto en la causa “Massa” (2006), originada en el DNU 214/02 de pesificación de los depósitos bancarios, que la intervención parlamentaria debía producirse bajo rigurosas condiciones de tratamiento *inmediato y debate expreso* para que la ratificación del Congreso sea válida. Respecto de la norma que se examinaba en ese caso expresó que *“La tardía ratificación por el Congreso, casi tres años más tarde, mediante un artículo incluido en la ley de presupuesto 25.967, sin mayor debate, es de todo punto de vista inaceptable, puesto que no sólo se aparta del procedimiento constitucional en sentido literal, sino que frustra la finalidad misma del artículo 99.3, cual es la de asegurar una deliberación oportuna y pública en el seno del Congreso para decidir sobre la ratificación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia. La brevedad de los plazos contenidos en el tercer párrafo del artículo 99.3 busca precisamente evitar que el decreto presidencial se transforme en un hecho consumado de difícil reversión por el Congreso y que la ciudadanía, por tratarse de un tema actual y vigente, pueda seguir la deliberación legislativa. El dispositivo constitucional creado a tales fines sería perfectamente superfluo si esta Corte acepta como sucedáneo el atajo de la ratificación de los decretos de necesidad y urgencia mediante un artículo incluido de manera descontextualizada en una ley de presupuesto dictada años más tarde”*. Según Argibay –en una idea que comparto plenamente- la Constitución al crear el procedimiento de revisión de los decretos de necesidad y urgencia, *“pretende mucho más que la sola aprobación o rechazo por el Congreso”* (Fallos: 329:5913, 5937, voto de la jueza Argibay). Con iguales fundamentos consideró que el DNU revisado en el caso “Consumidores”, que no había merecido tratamiento legislativo alguno, era insanablemente nulo. En el mencionado caso “Aceval Pollacchi” (2011), también consideró que la ratificación a los DNU de prórroga de la doble indemnización, era inválida, por implícita y por extemporánea⁴⁴.

5. Delegación legislativa y “decretos o reglamentos delegados”: art. 76

La delegación legislativa es la transferencia directa que el Poder Legislativo realiza al Presidente, a alguno de los entes que se encuentran en su órbita, o a otros órganos constitucionales, del ejercicio directo de alguna de sus atribuciones, lo cual da lugar a los llamados decretos o reglamentos delegados. Se trata de una práctica común, prevista constitucionalmente, en los países con sistemas parlamentaristas (Inglaterra, Francia, Italia, España, Alemania, etc.), y se encuentra admitida también en los Estados Unidos a pesar del silencio de su Constitución al respecto, por vía de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de acuerdo con las condiciones que allí se han establecido para su validez.

En nuestro país la delegación de funciones del Congreso al Presidente u órganos de la Administración ha recorrido los dos caminos: fue practicada históricamente sin previsión constitucional, tuvo validación general e imposición de ciertos límites en la jurisprudencia de la Corte, reconocimiento y regulación constitucional en la reforma de 1994 (artículo 76), y nueva jurisprudencia posterior que delimita sus posibilidades a la luz de los requisitos constitucionales que establece dicha disposición.

⁴⁴ Petracchi y Argibay han confirmado ese temperamento en una disidencia conjunta en el caso “Camaronera Patagónica” (2014), donde se examinó una resolución ministerial que había establecido impuestos a la exportación invocando una delegación legislativa previa. Mientras la mayoría de la Corte declaró la nulidad de la resolución –por versar sobre materia tributaria que es indelegable- pero consideró ratificado el tributo por medio de la ley 25.645, Petracchi y Argibay consideraron que dicha ley no podía entenderse como ratificatoria del acto ministerial, pues no traducía una voluntad legislativa clara y explícita de avalar los contenidos de aquella (consid. 20º de la disidencia). Para ampliar ver: Sáenz, Juan I., “Los casos ‘Verrocchi’ y ‘Consumidores Argentinos’: condiciones de validez de los DNU”, en Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Colección de Máximos Precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, 2ª. edición, 2014.

Si bien la delegación legislativa tiene una connotación inicial negativa, pues implica la abdicación del Congreso en el ejercicio de una facultad, con el crujido que ello significa para el principio de legalidad y la idea deliberativa⁴⁵, su justificación tradicional se vincula con razones de eficiencia y rapidez en la solución de situaciones de crisis, y de solvencia en materias legislativas específicas. En el primero de los supuestos mencionados, la delegación se fundamenta en la necesidad de adoptar decisiones legislativas inmediatas ante una emergencia, lo cual es incompatible normalmente con el trabajoso trámite de hacer funcionar a una legislatura numerosa y plural y procurar la sanción de las leyes; esto es: convocar a los legisladores con cierta antelación, lograr los *quórum* necesarios, tratar los proyectos en las comisiones parlamentarias especializadas (y en el mejor de los casos, de modo deliberativo y abierto al consenso), otorgar plazos reglamentarios para el estudio de los legisladores, realizar las sesiones, girar el proyecto a la otra cámara para su revisión (y eventualmente volver a recibirlo en la cámara de origen), pasarlo al Ejecutivo para su intervención, etc. Por el contrario, la emisión de un decreto es expedita: requiere de tanta preparación previa como prefiera el Presidente, y su decisión unilateral.

En el segundo caso, la razón de la delegación es la naturaleza de la materia legislativa – técnica o especializada- cuyo abordaje se considera mejor entregárselo a un órgano ejecutivo que posea mayor capacidad de análisis o solvencia profesional que el Congreso⁴⁶. Es lo que ocurre desde antiguo, en todo el mundo: las legislaturas o parlamentos crean un marco legal y delegan al Poder Ejecutivo o a una autoridad especializada –en órbita de alguno de los poderes o totalmente independiente-, el dictado de la legislación de un ámbito o materia específica. En nuestro país existen ejemplos típicos de ello, tanto de delegación directa al Ejecutivo de materias fundamentales de administración (organización ministerial, ejecución presupuestaria) como de delegación a entes especiales (al Banco Central en materia de regulación monetaria, financiera y cambiaria, a los organismos recaudadores en administración tributaria y a los genéricamente denominados “entes reguladores” en todo lo referido a servicios públicos y actividades de especial interés público)⁴⁷.

Antes de la reforma de 1994, la delegación legislativa tuvo su gran hito jurisprudencial en el caso “A.M. Delfino”⁴⁸ en el cual convalidó la delegación conferida al Poder Ejecutivo en una ley para ejercer la “la policía de los mares, ríos, canales y puertos” y crear sanciones a ser aplicadas además por un organismo administrativo, la Prefectura del Puerto de Buenos Aires.

⁴⁵ Remito al comentario del artículo 14 CN, en relación a la exigencia de ley formal para todo contenido normativo que implique una restricción (reglamentación) de los derechos.

⁴⁶ Y como ha dicho la Corte, “mayor información obtenida merced a su contacto cotidiano e inmediato con la realidad económica y social del país” (Fallos: 246:345)

⁴⁷ En los Estados Unidos, ese tipo de delegación se encuentra generalizada (“subdelegation”) y es ejercida a través de las agencias o comisiones, que son entes independientes o en órbita del Poder Ejecutivo que legislan (“rule-making”) e incluso ejercen funciones de resolución de conflictos –cuasi judiciales-. En otros países donde se encuentra prevista la función “reglamentaria” del Ejecutivo –vgr. España y Argentina-, también existen numerosos organismos administrativos con capacidad para dictar normas sobre la base de un marco legal aprobado por ley. La determinación sobre la naturaleza “legislativa” o “reglamentaria” de esas normas es propia de un arduo examen. Algo sobre los fundamentos de existencia de esos entes fue dicho por la Corte en oportunidad de convalidar sus funciones jurisdiccionales, en el caso “Fernández Arias” (1960). Sostenía allí: “Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del Estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos. Así acontece, incluso, en países como Gran Bretaña y los Estados Unidos”.

⁴⁸ Fallos: 148:430 (1927)

Los lineamientos que se establecieron allí para la delegación legislativa pueden sintetizarse así:

- 1) debe entenderse por “delegación” la transferencia total de una facultad, esto es, del “título” para legislar en una materia (por ejemplo, la potestad de regulación aduanera *in totum*). A esto la doctrina nacional llamó “delegación propia” y está terminantemente prohibido al Congreso;
- 2) no constituye propiamente “delegación”, sino reglamentación autorizada en el ex art. 86 inc. 2 (actual art. 99.2 CN), la habilitación que el Congreso confiere al Ejecutivo para que este ejerza complementariamente la función legislativa de “reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley”;
- 3) el poder de reglamentación del Poder Ejecutivo, y el ejercido por el Congreso en la ley que lo precede, son de idéntica naturaleza “legislativa”, “en el sentido de que ambos pueden comprender y se refieren a disposiciones de un orden semejante o igual”;
- 4) son propias del reglamento ejecutivo “aquellas modalidades de interés secundario o de detalle indispensable para la mejor ejecución de la voluntad legislativa”, sin más limitación que la de no alterar el contenido de la ley⁴⁹.

De acuerdo con ello, no existe diferencia sustancial entre “lo legislativo” propio del Congreso y “lo reglamentario”, que es función expresa del Ejecutivo, y su relación está dada por la primacía jerárquica que tiene la ley y la subordinación que el reglamento le debe. Por ello, se ha llamado “delegación impropia” a aquellas disposiciones legales que encomiendan o habilitan al Ejecutivo o a la Administración a complementar la legislación (ya que no se considera –en la inteligencia delineada en “Delfino”- una transferencia delegativa de funciones, sino de facultades paralelas del Congreso y del Presidente, y donde la primera activa a la otra).

A partir de allí el decreto delegado convivió confusamente con el decreto reglamentario –en la jurisprudencia al menos-, sin ocasión para establecerse con claridad en los pronunciamientos judiciales una diferencia que la doctrina ha persistido en establecer⁵⁰.

En relación a las condiciones de validez de una disposición delegada o reglamentaria, la Corte se limitó a precisar que si bien ellos pueden apartarse de la letra expresa de la ley o tratar contenidos no previstos en ella, resultaba necesario que se ajusten a la “política legislativa”, expresión de suma ambigüedad, que ha servido para convalidar la delegación prácticamente en todos los casos⁵¹.

El tratamiento de la delegación legislativa quedó de esa manera emparentado con el que ha recibido siempre hasta el día de hoy en los Estados Unidos, ampliamente admitida por la

⁴⁹ Para el caso concreto, la Corte consideró que la ley del Congreso, al legislar el buen mantenimiento de las condiciones sanitarias del puerto de la Capital el orden de la navegación, había habilitado implícitamente al Ejecutivo (o este contaba de por sí con facultades) para dictar reglamentos a fin de prevenir todos los actos que pusieran en peligro los fines de la ley, como crear contravenciones.

⁵⁰ Ver: Bianchi, Alberto B., *La delegación legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1990 y Santiago, Alfonso, Thury Cornejo, Valentín y Galeano, Juan José, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003. En ambas obras se puede encontrar una completa recopilación de los antecedentes nacionales y extranjeros en materia de delegación legislativa.

⁵¹ La expresión “política legislativa” fue empleada por la Corte por ejemplo en los casos “Prattico c/ Basso y Cía.”, Fallos: 246:345 (1960); “Laboratorios Anodia S.A. c/ Nación”, Fallos 270:42 (1968); “Domínguez c/ Kaiser Aluminio S.A.I.C.F.”, Fallos: 280:25 (1971); “Juan Antonio Brocchiero”, Fallos: 289:457 (1974); “The American Rubber Co. S.R.L.”, Fallos: 298:609 (1977); “Ufuto S.R.L.”, Fallos: 304:1898 (1982) y “Romero de Martino” Fallos: 335:1227 (2012), entre otros.

Corte Suprema, tanto respecto del Presidente como de autoridades administrativas. La regla jurisprudencial que se ha establecido a fin de revisar su validez también indica que el Congreso no puede delegar de modo absoluto la función de legislar en una materia, pero sí puede transferir una porción del poder legislativo para llenar los detalles (*fill up the details*) que una ley –por su necesaria generalidad y brevedad– no contempla, y con la única exigencia de que esa ley delegante delimite con claridad los aspectos fundamentales de la legislación, lo cual la Corte denomina “patrón o estándar inteligible” (*intelligible standard, discernible standard o prescribed standard*)⁵². Al carecer la constitución norteamericana de una previsión como la de nuestro artículo 99.2 sobre la facultad “reglamentaria” del Presidente, la delegación legislativa se considera un resorte normal de la organización del poder y ese es el único título bajo el cual el Ejecutivo y sus entes reguladores o agencias emiten normas o reglamentos.

Bajo el paraguas de gran tolerancia provisto por la jurisprudencia nacional, la delegación legislativa se expandió a todos los campos, tanto en épocas de normalidad como de emergencia. En un precedente, no obstante, la Corte estableció un categórico límite a la delegación en materia penal (caso “Mouviel”⁵³) y más recientemente hizo lo propio en materia tributaria⁵⁴. Ambas se encuentran garantizadas en la Constitución por la rígida aplicación del principio de legalidad, y por ende el Poder Ejecutivo no puede regularlas, ni siquiera en situaciones de necesidad y urgencia (art. 99.3 CN).

Un año antes de la reforma constitucional, la Corte resolvió un caso en el que –profundizando la doctrina de “Delfino” y adoptando los criterios de la Corte norteamericana– suprimió la diferencia entre ejercicio de la delegación legislativa y del poder de reglamentar las (“Cocchia”, 1993)⁵⁵. Sostuvo allí que los decretos delegados no existían en sentido

⁵² “United States v. Chicago, Milwaukee, St. Paul & Pacific R. Co.”, 282 U.S. 311. El Chief Justice Taft en su voto en “J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States”, 276 U.S. 394 (1928), explicaba: “[...] la bien conocida máxima delegata potestas non potest delegare, aplicable a los entes administrativos tanto en el derecho general como en el común, es bien entendida y tiene mayor aplicación en la interpretación de la Constitución federal y de las constituciones estatales que en el derecho privado. La Constitución federal y las constituciones estatales de este país dividen el poder del gobierno en tres ramas [...] Al poner en práctica esa división [...] sería una ruptura de la ley fundamental que el Congreso abandonara su competencia legislativa y la transfiriera al Presidente o a la rama judicial, o si intentara investirse por ley de competencias ejecutivas o judiciales. Esto no significa que las tres ramas no son partes coordinadas de un gobierno y que cada una –en el terreno de sus atribuciones– no pueda apelar a la actividad de las otras dos en la medida en que dicha apelación no constituya una usurpación de la competencia constitucional de aquellas. La extensión y el carácter que puede tener la ayuda que un poder pueda requerirle a otro debe ser determinada por el sentido común y por las necesidades inherentes de la coordinación gubernamental”. Así, por ejemplo, se ha convalidado la delegación en cuanto a la aprobación de condiciones de calidad para la importación de té (“Buttfield v. Stranahan”, 192 U.S. 470 -1904-), la aprobación de reglas sobre uso de las reservas forestales (“United States v. Grimaud”, 220 U.S. 506 -1911-), la fijación de la forma de expresar el contenido de los envases de productos alimenticios (“United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.”, 287 U.S. 77 -1932-), la determinación de prioridades en el transporte de cargas (“Avent v. United States”, 266 U.S. 127 -1924-), el establecimiento de precios para la distribución de la leche (“United States v. Rock Royal Cooperative”, 307 U.S. 533 -1939-), la regulación de precios y salarios en la industria carbonífera (“Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins”, 310 U.S. 381 -1940-), la fijación de los precios de los alquileres (“Bowles v. Willingham”, 321 U.S. 503 -1944-), la distribución de las cuotas de mercado en la industria tabacalera (“Fahey v. Mallonee”, 332 U.S. 245 -1947-), etc. Existen solo dos casos significativos en la historia jurisprudencial de los Estados Unidos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de leyes que habían delegado facultades legislativas: los casos “Panama Refining Co. v. Ryan”, 293 U.S. 388 (1935) y “A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States”, 295 U.S. 495 (1935).

⁵³ Fallos: 237:636 (1957). Se declaró allí inconstitucional la delegación que contenía el antiguo Código Procesal Penal de la Nación por la que se confería potestad al Jefe de Policía de la Capital para legislador en materia contravencional (“edictos policiales”).

⁵⁴ “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros” (2008) y “Camaronera Patagónica c/ Ministerio de Economía” (2014)

⁵⁵ Fallos: 316:2624 (1993). Se trataba de una demanda del gremio de Apuntadores Marítimos contra el Decreto N° 817/1992 por el cual –dentro de la política de reforma del Estado– se dispuso la privatización de los servicios portuarios y la desregulación de sus actividades en pos de reactivar el comercio exterior. Con ese fin se el decreto dejó sin efecto la Convención Colectiva de Trabajo que regía a los trabajadores del sindicato demandante. La Corte, por mayoría, convalidó el Decreto N° 817/1992 por reputarlo producto del ejercicio legítimo de una delegación del Congreso, por doble vía: una, la ley de reforma del Estado 23.696, y la otra el Tratado de Asunción del Mercosur, en cuyo marco la desregulación del transporte marítimo y fluvial y de la actividad portuaria era necesaria a fin de satisfacer la libre circulación de bienes y personas que promueve el tratado. En suma, la Corte consideró que existía una política legislativa o “programa de gobierno” –como ella

estricto, sino que siempre que para que el contenidos de una ley y hacerla operativa estamos ante "reglamentos de ejecución"⁵⁶.

La gran proliferación de delegaciones del Congreso, sumada a los otros factores que describían el fenómeno de "hiperpresidencialismo", llevó a incluir entre los dispositivos de la reforma constitucional de 1994 tendientes a atenuar esa característica, la regulación de la delegación legislativa, cuyo resultado es el artículo 76.

El constituyente de 1994 concibe entonces a la delegación como un mecanismo anormal del sistema institucional (una "patología"⁵⁷), de allí que –como primera disposición- la prohíbe terminantemente al establecer: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo".

Del resto de la disposición ("...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"), se desprenden algunos requisitos de imprescindible observancia. La delegación (entiéndase por ello tanto la ley delegante como las normas de inferior jerarquía por las cuales se hace ejercicio de la delegación) sólo es legítima si concurren estos recaudos: 1) fundamentación en un estado de emergencia o en tratarse de materias específicas de administración; 2) prescripción de bases de delegación y adecuación de las normas "delegadas" a dichas bases antecedentes; 3) plazo determinado para el ejercicio de la delegación; 4) no incurrir en la regulación de determinadas materias consideradas indelegables, por la especial vigencia del principio de legalidad (tributaria, penal y electoral, como mínimo).

En relación al estado de emergencia, los ejemplos más significativos sin dudas que han sido las leyes dictadas por el Congreso en las crisis económicas de 1989 y de 2002⁵⁸, que dieran lugar a amplísimas delegaciones a favor del Poder Ejecutivo. En cuanto a las "materias determinadas de administración", estas remiten a aquellas que pertenecen al Congreso – que las hay-y por ende resulta necesario realizar un repaso de cuáles son ellas. Una buena guía la constituye la enumeración realizada en su momento por la ley 25.148 (1999), que ratificó con carácter general la delegación anterior a 1994, por tres años (plazo luego prorrogado en varias ocasiones y fenecido en 2010). Allí decía (art. 2°): "A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con: a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le competa al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a

misma lo denominó– constituido por un conjunto de tres leyes que habilitaban al Ejecutivo a derogar aquel régimen laboral, aunque ello no estuviera expresamente contemplado en las leyes delegantes.

⁵⁶ que en algunos casos son "adjetivos" (sólo establecen procedimientos de aplicación) y en otros "sustantivos" (cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley). No existe en tal caso –decía la Corte- transferencia alguna de competencia, sino solo concreción de una clara política legislativa o "programa de gobierno aprobado por el Congreso". Cabe precisar que se juzgaba allí la constitucionalidad de un decreto que invocando una serie de leyes sobre reforma del Estado y desregulación económica había dejado sin efecto un convenio colectivo de trabajo y otras normas de rango legal.

⁵⁷ Santiago, Alfonso, Thury Cornejo, Valentín y Galeano, Juan José, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 257.

⁵⁸ Ver: leyes 23.697 (1989) y 25.561 (2002) de "emergencia económica".

cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país. Dentro de este último inciso –residual- cabe incluir sin dudas la reasignación de partidas del presupuesto nacional, competencia cuya delegación en el Jefe de Gabinete de Ministros ha sido cristalizada en una disposición de carácter permanente (art. 37 de la ley 24.156 de Administración Financiera).

El caso “Oviedo c/ Marcone”⁵⁹, resulta de especial interés porque trató una delegación de naturaleza administrativa, pero dirigida a la propia Corte Suprema en su carácter de cabeza del Poder Judicial de la Nación. Es la contenida en el Artículo 8º de la Ley Nº 23.853 (de autarquía del Poder Judicial) que confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles en los procesos y fijar sus montos y actualizaciones, administrar los recursos del presupuesto judicial y adecuar el monto del recurso de queja establecido en el Artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En ejercicio de esa delegación, la Corte había elevado por la Acordada Nº 2/2007 el monto de dicho depósito, cuya validez se discutía. En suma, la Corte convalida plenamente su aptitud para ser destinataria de delegación legislativa en materias de administración, al igual que el Poder Ejecutivo⁶⁰.

La ley delegante debe contener las “bases de la delegación”, es decir, aquello que en la jurisprudencia se llamó estándar comprensible, política legislativa o con denominaciones similares y que quiere significar que la ley debe definir los límites de actuación del Ejecutivo⁶¹. Las leyes de delegación suelen exhibir límites imprecisos, como cuando el Congreso se limita a señalar determinados objetivos generales (“el reordenamiento del sistema financiero”, el “control del mercado de cambios”, la “reactivación de la economía” o “la regulación de los precios”), y ciertamente el artículo 76 no ha venido a imponer un remedio suficiente a ello.

Uno de los casos resueltos por la Corte en forma posterior a la reforma ha sido “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional”⁶², donde se estableció que el Decreto Nº 1.204/200151, por medio del cual los abogados del Estado Nacional quedaban exentos de la obligación de matricularse en el Colegio Público de Abogados de la Capital

⁵⁹ Fallos: 331:419 (2008)

⁶⁰ Ello con independencia del órgano a quien le corresponda la titularidad de la función administrativa dentro del Poder Judicial: si a la Corte Suprema o al Consejo de la Magistratura (ver art. 114).

⁶¹ En igual sentido, el art. 76 de la constitución italiana de 1948, dispone el ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado en el Gobierno sino con determinados principios y criterios directivos, y solamente por tiempo limitado y para objetos definidos, y la constitución española de 1978 admite la delegación legislativa por parte de las Cortes Generales en el Gobierno pero con una restricción altamente significativa. En efecto, lo relativo al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” no puede ser materia de delegación y sólo puede ser regulado por leyes orgánicas, para cuya aprobación, modificación o derogación se exige una mayoría absoluta en el congreso (art. 81). En las materias en las que se admite la delegación legislativa, la constitución obliga a delimitar con precisión su objeto y su alcance: “... la delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno en forma expresa en materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno” (art. 82.3).

En ambos casos el contrapeso de esta posibilidad del Poder Ejecutivo de recibir por delegación del Parlamento o incluso de detraer para sí, en ciertas condiciones excepcionales que él mismo define, una porción de la competencia confiada al Congreso, reside en el principio que está en la base del régimen parlamentarista y que sustenta la organización de todo el sistema, a saber, la responsabilidad del gobierno ante la asamblea, la cual puede constitucionalmente obligarlo a dimitir si le niega su confianza o adopta una moción de censura (art. 94, Constitución italiana de 1948; art. 114, Constitución española de 1978). En Francia, ni aun con el fortalecimiento del jefe de Estado francés en la Constitución de 1958, se llegó a legitimar abiertamente la técnica delegativa. Incluso entonces se mantuvo el principio teórico de la indelegabilidad propia de los poderes y el art. 38 faculta al Parlamento a autorizar al gobierno para adoptar durante un plazo determinado medidas que son normalmente del dominio de la ley, que se denominan ordenanzas.

⁶² Fallos: 331:2406 (2008)

Federal, no había constituido un ejercicio válido de la delegación legislativa contenida en el Artículo 1º, apartado I, inciso f), de la Ley Nº 25.414, pues –precisamente- las “bases” allí establecidas eran demasiado genéricas e indeterminadas, pues si bien se encontraba claro el fin de lograr una reducción del gasto público, se habilitaba para ello al Ejecutivo a derogar disposiciones legales en general, sin discernir el tipo o subgrupo de leyes vigentes que podrían ser afectadas con aquel propósito⁶³.

Más reciente, en el caso, “Camaronera Patagónica c/ Ministerio de Economía”, se declaró la inconstitucionalidad de la delegación establecida en el Artículo 755 del Código Aduanero para fijar derechos de importación y exportación, por su excesiva amplitud y falta bases que le den marco suficiente a la voluntad legislativa⁶⁴.

En la delegación, el Congreso conserva siempre la titularidad de la facultad legislativa delegada, con lo cual puede reasumirla en cualquier momento, y además está llamado especialmente a revisar los decretos delegados del Ejecutivo, ratificándolos o rechazándolos (ley 26.122). A su vez, mientras no sean derogados por el Congreso dichos decretos tienen la jerarquía normativa de una ley, a diferencia de los reglamentarios cuyo rango es siempre sub-legal.

En relación a la delegación legislativa preexistente a la reforma fue, primero, declarada válida por un término de 5 años (cláusula transitoria 8ª. de la Constitución), plazo prorrogado por medio de la Ley Nº 25.148, de 1999, por tres años. Luego se dictaron las Leyes Nros. 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519 que, por un lado, fueron prorrogando el plazo originalmente establecido en la Ley Nº 25.148 y, por el otro, generaron nuevas ratificaciones de la legislación delegada. En particular, la Ley 26.519, además de prorrogar por un año más la totalidad de la delegación legislativa previa a la reforma constitucional, creó una comisión bicameral especial para revisar toda esa normativa, con la finalidad de elevar un dictamen con el universo de leyes delegantes vigentes. Ello dio lugar a la conformación de un equipo técnico de académicos que realizó un informe sumamente completo sobre toda la temática de la delegación legislativa⁶⁵. Si bien dicho informe estuvo dirigido a sustentar decisiones del Congreso “acerca de la necesidad y/o conveniencia política de renovar o no las delegaciones legislativas contenidas en las leyes sancionadas con anterioridad a la mencionada reforma constitucional”, el plazo fijado en la Ley Nº 26.519 para revisar la legislación delegante venció el 24 de agosto de 2010 y no ha sido prorrogado, por lo cual la delegación anterior a 1994 debe reputarse que –en principio- ha caducado.

⁶³ Esa norma, del año 2001, establecía: “Facúltase al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones hasta el 1º de marzo del año 2002. I. Materias determinadas de su ámbito de administración: [...] f) Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones”

⁶⁴ “ni la Ley Nº 22.415 ni mucho menos la Ley Nº 25.561 establecen, siquiera con mínimos recaudos, los elementos esenciales del tributo de que se trata. Por una parte, la Ley Nº 25.561 solo contiene en su Artículo 5º, tercer párrafo, in fine, una previsión de creación de un derecho a la exportación de hidrocarburos, supuesto ajeno al de la especie cuya constitucionalidad no es objeto aquí de discusión. Pero, con la salvedad mencionada, no hay otra disposición en su articulado que permita establecer, con claridad y sin duda alguna, las pautas de la clara política legislativa a las cuales debe atenerse el Presidente. Es más, de su lectura no puede siquiera intuirse que el Poder Legislativo haya delegado en el Ejecutivo la posibilidad de crear este tipo de gravámenes, más allá de la admisibilidad constitucional de tal mecanismo, que como se señaló anteriormente debe ser enérgicamente rechazada por su naturaleza tributaria

⁶⁵ Informe final de integrantes del Equipo Técnico Jurídico previsto en el art. 5 de la Ley 26.519 (<http://www1.diputados.gov.ar/dependencias/dip/26519/Informe%20EquipoT%C3%A9cnico%20Jur%C3%ADdicoCBE.pdf>).

Por último, cabe mencionar la cuestión de la subdelegación, sobre cuyo particular la Corte se ha pronunciado en los casos “Julio Héctor Czerniecki”⁶⁶ y “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.”⁶⁷, admitiéndola⁶⁸.

⁶⁶ Fallos: 318:137 (1995).

⁶⁷ Fallos: 330:1855 (2007).

⁶⁸ “[...] las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la Administración pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida [...] Sin embargo ... no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la Administración (Artículo 3º de la Ley Nº 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes”.