

ATENUAR EL PRESIDENCIALISMO REFORZANDO SUS PODERES (UNA REALIDAD DISTINTA A LA IMAGINADA): LOS DECRETOS DEL PRESIDENTE

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA

Decano de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de
la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad
de José Clemente Paz; Secretario del Tribunal de
Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

FEDERICO THEA

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de
Buenos Aires; Presidente del Honorable Tribunal
de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La división de poderes en la teoría política. 2.1. División de poderes y distribución de funciones. 2.2. La recepción de la teoría en nuestra Constitución. 3. Organización y límites del Poder Ejecutivo. 3.1. Prohibiciones constitucionales expresas. 3.2. Función administrativa y facultad reglamentaria. 3.3. Centralización, descentralización y “doble fractura”. 4. Decretos delegados. 4.1. La delegación legislativa. 4.2. Decretos delegados antes de 1994. 4.3. Decretos delegados después de 1994. 4.4. Requisitos sustanciales y adjetivos de la delegación legislativa. 4.5. La Disposición Transitoria Octava. 5. Decretos de necesidad y urgencia. 5.1. Regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia. 5.2. Requisitos sustanciales: las *circunstancias excepcionales*. 5.3. El procedimiento constitucional y la Ley Reglamentaria 26.122. 6. Irrazonabilidad de la Ley 26.122 y (des)control de constitucionalidad.

I. INTRODUCCIÓN

La Reforma Constitucional de 1994 es el nombre con el que se conoce al pacto de elites que tuvo como objetivo fundamental extender el mandato del entonces presidente Menem, a efectos de continuar el proceso de reconversión económica y estructural del Estado iniciado en 1989.

La coalición de fuerzas políticas y sociales que ese proyecto representaba, encontró oportuno el momento dado, teniendo en cuenta la fortaleza con la que contaba el presidente y el apoyo electoral que lo sostenía como el líder político mayoritario.

La coyuntura propiciaba que la reforma constitucional se hiciera *desde afuera y por arriba*, es decir, relegando la tarea de la Convención Constituyente a lo que un acuerdo de cúpulas hubiere decidido. Ese fue el Pacto de Olivos y su traducción legal en el Núcleo de Coincidencias Básicas (NCB) aprobado por Ley 24.309, por la cual se declaró la necesidad de la reforma y se jugó a todo o nada: la Convención debía votar el NCB a *libro cerrado*, por la afirmativa o por la negativa, y en la gramática ya impuesta (art. 5°).

El paquete incluía, en lo que verdaderamente interesaba, las normas que regulaban la reelección presidencial, el sistema electoral que a partir de entonces regiría para ese cargo y las facultades legislativas del presidente que, de ese modo, quedarían expresamente constitucionalizadas.

Lo que no deja de llamar la atención es que todo esto se fundó en el deseo de “atenuar el presidencialismo” y de lograr un nuevo equilibrio de poderes. Alfonsín, contraparte en el acuerdo *por arriba*, comenzaba su intervención en una de las sesiones de tratamiento del NCB, manifestando: “En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente... la intención de estas reformas es fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes”¹.

De este modo, todo lo que se suponía iba a atenuar, vino a fortalecer, pues los pronósticos tomaron el camino de una ilusión que hoy parece casi poética:

- a) el Jefe de Gabinete, un cargo pensado como fusible ante una crisis terminal del sistema político que, anhelado por la oposición, evitaría la caída dramática del presidente, permitiendo un gobierno de coalición o de “unidad nacional”;
- b) los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) para ser utilizados en situaciones excepcionalísimas que hagan imposible el trámite ordinario de las leyes y controlados inmediatamente por un órgano especial del Congreso;
- c) los Decretos Delegados, pensados como mecanismos que permitirían “agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes” (art. 2°, NCB, inc. g), Ley 24.309).

Pero si todavía nos detenemos en el análisis de institutos como el de los decretos delegados y de necesidad y urgencia, es porque aún mantenemos esperanzas en el principio de división de poderes. Quizás de manera inercial, pero pareciera que las promesas de mayor control, libertad y de mejores decisiones que éste garantizaría, no han sido del todo desechadas y, en ese camino, la reunión de las funciones legislativas y administrativas en un solo órgano parece alterarnos.

Por eso, iniciamos este trabajo con una rápida recorrida histórica que permita rastrear los orígenes y evolución del principio de división de poderes hasta resultar alojado en nuestra Constitución. Posteriormente, analizaremos la densidad

1 Convención Nacional Constituyente, *Diario de sesiones*, Buenos Aires, Congreso de la Nación, p. 2631, disponible en www.infoleg.gob.ar.

organizativa y funcional del Poder Ejecutivo para pasar, luego, a la práctica constitucional de las delegaciones legislativas y DNU, diferenciando el régimen anterior y posterior a la reforma de 1994. Finalizaremos el viaje con algunas merecidas críticas al sistema legal de control de los decretos delegados y DNU plasmado en la Ley 26.122 y a la exorbitancia que ha adquirido el control de constitucionalidad en nuestro país.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA TEORÍA POLÍTICA

La búsqueda de límites al poder impuso, desde siempre, la necesidad de diseños institucionales hábiles para contenerlo y fue uno de los más intensos y permanentes móviles del pensamiento político.

Una de las respuestas más exitosas construidas por la teoría política fue el dispositivo de la división de poderes, “a tal grado que las primeras constituciones escritas, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1791, se consideran una aplicación de ella”².

Si bien con antecedentes que se remontan a la antigüedad clásica³, principalmente a la teoría del “gobierno mixto” de Polibio (siglo II a.c.), la teoría de la división de poderes tiene como su creador a MONTESQUIEU (1689-1755), quien la plasmó en su obra *Del espíritu de las Leyes* de 1748.

El “gobierno moderado” por el que abogaba Montesquieu, es aquel atravesado por divisiones horizontales y verticales.

Las primeras garantizan que entre el soberano y los súbditos existan “poderes intermedios”, es decir, “cuerpos privilegiados que desarrollan funciones estatales, y en cuanto tales hacen imposible la concentración del poder público en manos de uno solo”⁴. Estos “contrapoderes” quedan identificados con las prerrogativas de los señores, la nobleza, el clero, las ciudades y las corporaciones⁵.

Las segundas garantizan la fractura de la unidad del poder soberano y su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

2 BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, reimp. 2014, p. 135.

3 Sobre el punto, puede consultarse KODELIA, Gonzalo Sebastián, *Autoridades administrativas independientes: entre la técnica y la política. Historia, justificación y crítica*, José C. Paz, Edunpaz, 2024, cap. II, *División de poderes y republicanism*, pp. 85/97, disponible en <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/view/95/108/381-1>

4 BOBBIO, cit., p. 133.

5 Es útil destacar que, en este preciso punto, la teoría de la división de poderes se contrapone no sólo a la teoría del despotismo, “sino también a la de la república enunciada por Rousseau, para quien, una vez constituida la voluntad general que es la titular exclusiva de la soberanía, mediante el pacto social de cada cual con todos los demás, ya no se admiten ‘sociedades parciales’, interpuestas entre los individuos y el todo”, BOBBIO, cit., p. 134.

Es el “gobierno moderado” el lugar donde se aloja la libertad política. Son las divisiones horizontales y verticales que lo caracterizan, las que garantizan que no se abuse del poder, que se eviten las arbitrariedades estatales y que se ejerzan las libertades públicas. De ahí la máxima del poder como freno del poder: “La libertad política sólo se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no siempre. Sólo se la encuentra cuando no se abusa del poder, pero es una experiencia de todos los tiempos; todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él, y llega hasta donde encuentra límites [...] Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”⁶.

2.1. *División de poderes y distribución de funciones*

En la base de la teoría que estamos exponiendo, subyace la idea del abuso del poder como natural tendencia del soberano. El poder unido genera gobiernos despóticos; si se divide, gobiernos moderados, aptos para el ejercicio de la libertad: “Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el Poder Legislativo se reúne con el Poder Ejecutivo, no hay libertad... Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar... Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o diferendos de los particulares”⁷.

Claramente, la condición de posibilidad de la libertad es la división de las funciones estatales de legislar, ejecutar y juzgar. Su concentración es la base de los gobiernos despóticos, independientemente de si son reunidas por “el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo”. No se trata, entonces, de la sede del poder, sino de su concentración o separación. En la inteligencia de la teoría, serán despóticas aún las democracias, si el poder estatal no se encuentra dividido y radicado en distintas agencias públicas.

Es así que, precisando más el lenguaje, la teoría comenzó a hablar de división de funciones y no ya de poderes, atento a que “el poder del estado es único; las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poderes sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podría hablarse más bien de una separación de las funciones”⁸.

Estas funciones son imputadas a la persona jurídica estado y, bajo los moldes de la teoría así remozada, son las de legislar, juzgar y administrar, correspondiendo la última al Poder Ejecutivo.

6 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, *De las leyes relativas a la Constitución que determinan la libertad política*, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 204.

7 MONTESQUIEU, cit., Libro XI, pp. 205/206.

8 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, *Teoría general*, 5ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2000, pp. 42/43.

2.2. La recepción de la teoría en nuestra Constitución

La teoría de la división de poderes fue alojada por nuestra Constitución, importando del modelo norteamericano su variante de los “frenos y contrapesos”.

Que el poder deba estar dividido, no implicaba una separación estricta en la “que cada uno de los tres poderes era ‘soberano en su esfera’, es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad”⁹. Dividir “no quería decir que estos departamentos no deberían tener una intervención parcial en los actos del otro o cierto dominio sobre ellos”¹⁰, ya que lo buscado era que cada poder público a cargo de funciones estatales específicas, al tiempo en que defendía su propia competencia, repelía los avances o invasiones de los demás.

Se trataba, entonces, de lograr un diseño institucional que consagre la fractura del poder estatal en sus tres funciones básicas, asignar cada una a un departamento específico y permitir la interferencia mutua con el objeto de controlar los avances de cada uno de ellos respecto a los demás. La teoría combinaba dos principios en forma compleja: división y control; atribución de funciones sustanciales a cargo de órganos específicos e intervenciones cruzadas.

Es así que nuestra Constitución dispuso que el gobierno federal (2ª parte, Título 1º, CN) se integra con un Poder Legislativo (Sección 1ª) a cargo de un Congreso bicameral (art. 44) con facultades para destituir por juicio político al presidente y a los miembros de la Corte Suprema (arts. 53, 59 y 60); un Poder Ejecutivo (Sección 2ª) desempeñado por un presidente (art. 87) con facultades de veto y nombramiento de magistrados (arts. 83 y 99, inc. 4º); y un Poder Judicial (Sección 3ª) ejercido por una Corte Suprema y demás tribunales inferiores (art. 108) con capacidad para controlar la constitucionalidad de leyes del Congreso y actos del presidente (art. 43).

3. ORGANIZACIÓN Y LÍMITES DEL PODER EJECUTIVO

Desde los inicios de nuestra organización nacional, con la sanción de la Constitución de 1853, triunfó la corriente que proponía la configuración de un presidencialismo *fuerte*, con amplias competencias en el Poder Ejecutivo.

Su principal inspirador, Alberdi, entendía necesario plasmar en las nuevas instituciones, atributos de la antigua monarquía como la centralización y el Ejecutivo *fuerte*, para cuyo diseño se apartó de las fuentes constitucionales estadounidenses para alojar al constitucionalismo conservador chileno y a sus constituciones de 1823 y 1833.

9 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 1, *Parte general*, cap. IX, *Las funciones del poder*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. IX-2.

10 MADISON, James, “El Federalista N° 47”, en HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 206.

Así, no dudaba en la elección al momento de pensar las facultades del presidente para la Confederación Argentina: “Mil veces se asemeja al de Chile que al de los Estados Unidos [...] Fuerte como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo”¹¹.

3.1. *Prohibiciones constitucionales expresas*

La traducción del pensamiento alberdiano en un Ejecutivo *fuerte* no implicó renunciar a la división de poderes en el diseño constitucional. Más bien mostró la necesidad de consagrar prohibiciones expresas al Poder Ejecutivo, tanto en su relación con el Poder Legislativo como con el Poder Judicial.

Las amplias atribuciones presidenciales fueron contrarrestadas por cláusulas prohibitivas que, si bien atentas a una noble preocupación, no hacían sino destacar lo que venía anticipándose: la radicación en el Ejecutivo del centro del poder estatal.

La marca a fuego de la teoría de la división de poderes en la Constitución Nacional se plasma en las cláusulas que prohíben:

- Al Poder Legislativo:
 - conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público (art. 29);
 - delegar en el Poder Ejecutivo competencias legislativas (art. 76, primera parte).
- Al Poder Ejecutivo:
 - emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99, inc. 3, segundo párrafo);
 - asumir funciones judiciales (art. 109).

3.2. *Función administrativa y facultad reglamentaria*

Preocupada ante los previsibles desbordes que un Poder Ejecutivo dotado de abundantes competencias podía generar, nuestra Constitución fijó claramente límites negativos a su actividad, mediante prohibiciones expresas de ejercicio de funciones legislativas y judiciales.

Si el presidente no legisla ni juzga, es porque le corresponde administrar. La función ejecutiva es aquella identificada con la Administración Pública y que surge de su rol de jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, responsable político de la administración general del país y comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (conf. art. 99, incs. 1º y 12, CN).

Esta posición de jefatura, lo obliga a actuar las declaraciones de los otros poderes: “Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las

11 ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios sobre la Constitución argentina de 1853”, en ALBERDI, Juan Bautista y SARMIENTO, Domingo Faustino, *Constitución y política. Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina. Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*; con Prólogo de Natalio R. BOTANA, Buenos Aires, Hydra, 2012, p. 283.

funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos”¹².

Se nota entonces que, así delimitada, la función administrativa propia del Poder Ejecutivo llega cuando los otros poderes hicieron su declaración mediante leyes, para ponerlas en práctica, o mediante sentencias, para garantizar su ejecución. Así concebida, la acción del Poder Ejecutivo queda subordinada a la declaración de los otros poderes.

Si se asigna al Poder Ejecutivo la competencia de actuar las declaraciones legislativas y judiciales es porque es el mejor capacitado para hacerlo, ya que en sus jefaturas supremas reúne las finanzas de la Nación y el monopolio de la fuerza pública, *la bolsa y la espada*. De ahí la importancia de mantener acotados y subordinados los márgenes de actuación del Ejecutivo.

Ahora bien, cuando el Poder Ejecutivo hace uso de sus facultades reglamentarias, no deja por ello de ejercer función administrativa, subordinada a la ley, ya que el objeto propio del reglamento no es otro que permitir la ejecución de la ley. Es decir, una vez emitida la declaración formal del Congreso, el reglamento se ocupa de ponerla en práctica: la dinámica es la misma, el Congreso declara y el Poder Ejecutivo actúa esa declaración, esta vez, bajo la forma de reglamentos subordinados a la ley.

Este es el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentaciones como atribución propia: el reglamento para garantizar la ejecución de una ley previamente dictada por el Congreso y subordinado a ella (art. 99, inc. 2º, CN).

Es así que una interpretación constitucional tributaria de la división de poderes no puede reconocer *competencias normativas* en el Poder Ejecutivo, ni que su actuación configure –en algunos aspectos– ejercicio de “función materialmente legislativa”. El reglamento sólo vale ante ley previa y en sus marcos, esta es la única competencia reglamentaria habilitada constitucionalmente como propia del Poder Ejecutivo.

Las leyes son aquellas que se dictan siguiendo el procedimiento constitucional para su formación y sanción (arts. 77/84), con debate público previo, con exposición de argumentos y con el juego democrático de las mayorías y minorías, en el cual el rol destacado lo asume el Congreso.

Nada de esto ocurre en el órgano presidencial unipersonal.

Pero principalmente, y esto es lo que más debiera importar, es el pueblo el que se beneficia mediante un control más directo del debate y de los argumentos cuando estos se dan en el Congreso. No sucede lo mismo cuando los temas de interés público quedan reclusos en los despachos ministeriales, en los cuales se

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 30.

encuentran mayores dificultades para acceder a sus contenidos y los funcionarios más liberados de dar razones públicas de sus decisiones, lo que “hace que sus redactores sean fácilmente influidos por grupos de interés sin que los habitantes puedan siquiera enterarse de los trámites cumplidos en su aprobación”. Ese escenario de mayor permeabilidad “favorece a los grupos pequeños y organizados frente a sectores amplios pero desorganizados”¹³.

De ahí que las teorías que reconocen “potestades normativas” en el Poder Ejecutivo, ya en su sola enunciación semántica, velan la dramática implicancia que tiene la reunión –en un órgano unipersonal del poder– del monopolio de la gestión directa, concreta e inmediata de las finanzas y de la fuerza pública, con la capacidad para declarar y actuar por sí, mediante el ejercicio de esas supuestas “potestades”, su dirección, destino y beneficiarios.

Lo dicho no apunta a centrar las críticas en un órgano del poder para diluir las que justamente merecen los otros. Sino más bien lo contrario: a criticar toda concentración de poder político y económico por entender que atenta contra el compromiso básico de la democracia identificado con la igualdad.

3.3. *Centralización, descentralización y doble fractura*

Si bien el titular del Poder Ejecutivo es el presidente de la nación (art. 87), su integración se completa con una estructura de órganos y de entes que coadyuvan al ejercicio de la función administrativa.

La teoría de la organización administrativa, adoptando la técnica de la personalidad jurídica –ya utilizada para dotar de personalidad al estado–¹⁴ construye el concepto de descentralización como mecanismo de distribución de competencias.

Si bien la descentralización puede tener como base un criterio territorial (provincias, municipios), la que corresponde al Poder Ejecutivo es siempre funcional. La descentralización implica, entonces, desgajar una parte de la Administración Pública, cuyo ejercicio corresponde al Poder Ejecutivo, y asignarla a una estructura descentralizada y personificada de entes estatales.

Así llegamos a que la función de administrar corresponde a una estructura de órganos centralizados (presidente, jefe de gabinete de ministros y demás ministros, arts. 100 y 102, CN) y, separadamente, a una estructura de entes descentralizados, creados por ley del Congreso (arts. 75, inc. 20, CN y 5º, inc. a), Ley

13 SOLA, Juan Vicente, *Tratado de derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 440.

14 La teoría del estado cristaliza en Alemania “en una aportación capital [...] el reconocimiento del Estado como persona jurídica [...] El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho”. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., p. 30.

25.152) y dotados de competencia específica, desgajada de la función general de administrar.

Esta fractura entre distintas estructuras estatales que ejercen la función de Administración Pública es precisamente la que busca la teoría jurídica administrativa como valor agregado a la teoría política de la división de poderes, ya que a una primera fractura de órganos encargados de las funciones sustanciales (legislar, juzgar, administrar), se suma una segunda fractura entre órganos centralizados y entes descentralizados, al interior de la misma función administrativa.

De ahí que la descentralización constituye una instancia destinada a reforzar los controles mutuos y, con ello, los límites; a reducir la concentración de competencias en el presidente, a efectos de evitar las arbitrariedades estatales, y a favorecer el desempeño de las capacidades de los entes con habilidades técnicas específicas.

En la estructura de órganos centralizada (presidente, jefe de gabinete y demás ministros), el principio básico que rige sus relaciones es el de jerarquía, es decir, “los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes”¹⁵.

La jerarquía implica la facultad de ordenar, dirigir y controlar, y el correlativo deber de obedecer, de acuerdo con los distintos grados de poder alcanzados por los órganos, en una estructura piramidal de relaciones cuya cúspide—en la Administración centralizada— corresponde al presidente en su rol de jefe supremo.

Lo distintivo de la jerarquía es la subordinación del inferior frente al superior, situación que sólo puede darse al interior de un mismo ente administrativo, tal como sucede en la administración centralizada.

Las relaciones entre los entes descentralizados, y entre estos y la administración centralizada, no se rigen por el principio de jerarquía y, por lo tanto, no existen poderes de subordinación. Los instrumentos de relación son la cooperación, es decir, deberes recíprocos de colaboración; y la coordinación, en caso de presentarse competencias que puedan resultar concurrentes o compartidas.

Es necesario tener presente lo dicho porque plantea la necesidad de analizar la constitucionalidad de una práctica muy recurrente en nuestro derecho público, cual es la del Congreso cuando *delega* en órganos subordinados al Poder Ejecutivo (jefe de gabinete, ministros) o en entes descentralizados (BCRA, AFIP) la *reglamentación* de leyes que hagan a su competencia material. Mucho más cuando esa reglamentación encubre una auténtica delegación de funciones legislativas en órganos o entes que pueden reunir la gestión de intereses sociales trascendentes

como la seguridad pública y la defensa, o la política monetaria y cambiaria, y la recaudación pública.

Notemos que, si hay reglamentación o aún delegación en el presidente, este es un órgano con legitimidad democrática plena, ya que su elección es producto del voto popular. Pero no sucede lo mismo con los titulares de sus órganos subordinados ni mucho menos con quienes comandan los entes descentralizados, sobre los cuales el presidente ni siquiera posee un poder jerárquico de control y ordenación.

4. DECRETOS DELEGADOS

Podemos remontarnos a nuestros orígenes constitucionales para encontrar antecedentes de ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, es decir, materias sometidas constitucionalmente al Congreso que fueron reguladas por el presidente de la nación mediante decretos.

Síntoma del presidencialismo *fuerte*, las prohibiciones expresas y la reserva de esas materias al Poder Legislativo, no fueron suficiente para impedir que ya en el periodo 1854/61, se emitieran decretos disponiendo sobre bancos federales (art. 75, inc. 6º, CN), aduanas y derechos de importación y exportación (arts. 9º y 75, incs. 1º y 10, CN), tributos (arts. 4º y 75, inc. 2º, CN) y correos (art. 75, inc. 14, CN).

Más adelante en el tiempo, y al pulso de la crisis política y económica de 1890, el Poder Ejecutivo emitió, en marzo del año siguiente, decretos por los cuales suspendía términos legales y comerciales, modificando derechos contractuales cuya reglamentación corresponde, por reserva del art. 14 CN, al Poder Legislativo.

Pero al menos en todos estos casos, el Poder Ejecutivo solicitó siempre la intervención expresa del Congreso y éste la produjo ratificando o anulando los decretos emitidos¹⁶.

La Corte Suprema, a los pocos años de constituirse, también produjo sus primeras impresiones acerca de la cuestión del ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, en materias claramente asignadas, con carácter exclusivo, al Congreso de la Nación.

Así, en una causa criminal en la que se acusaba al imputado de integrar las montoneras del Chacho Peñaloza y Felipe Varela, y de participar en la rebelión de la provincia de La Rioja en 1868, la Corte Suprema –adhiriendo a la vista del procurador general– reconoció que “ni el Comisionado Nacional ni el Poder Ejecutivo tenían facultad Constitucional para conceder esta amnistía, que según el inciso 17, art. 67 es atribución exclusiva del Congreso, pero estando obligado el Presidente y su Comisionado a pacificar La Rioja, y siendo la amnistía el

16 Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, CSJN, 2010, pp. ½, disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/inicia>.

medio más eficaz y racional de conseguir este objeto en las circunstancias en que se hallaba aquella Provincia en 1868, hicieron bien en ofrecer la amnistía con calidad de obtener la aprobación superior, como se hizo. Era entonces el Congreso, y no un juez el que podía haber anulado la amnistía, si la creía perjudicial o indebida. Pero el Congreso, a quien se dio cuenta con todos los documentos de estos sucesos, la aprobó dejándola subsistente. Estaban pues llenadas las formas constitucionales”¹⁷.

La apreciación trascrita ya expone los rudimentos de la teoría que justifica la intromisión del Poder Ejecutivo en materias legislativas. Como principio, no corresponde al presidente inmiscuirse en asuntos que pertenecen al Congreso (conceder amnistías), salvo que:

- a) exista un fin estatal relevante (pacificar La Rioja),
- b) el medio (la amnistía) resulte eficaz para alcanzarlo,
- c) existan circunstancias excepcionales (la rebelión de 1868), y
- d) el Congreso ratifique expresamente la decisión.

Algunos años después, la Corte ratificó esta línea de pensamiento al desestimar el reclamo del actor, quien alegaba la inconstitucionalidad de la declaración en estado de sitio de la provincia de Buenos Aires, dictada por el Poder Ejecutivo. En esa oportunidad manifestó “que tanto el decreto de estado de sitio, como el que ordenó la traslación del asiento del Gobierno a Belgrano, fueron aprobados por leyes del Congreso [...] Que en virtud de estas sanciones, aquellas medidas gubernativas adquirieron el carácter de actos legislativos del Congreso, única autoridad que hubiera podido someterlas a juicio y condenarlas”¹⁸.

En ambos precedentes coinciden algunos elementos esenciales:

- a) la necesidad de que el acto del Poder Ejecutivo –en principio, inconstitucional– sea saneado por una declaración expresa posterior del congreso, y
- b) la existencia de situaciones extraordinarias, tanto por la rebelión en una provincia como por la declaración en estado de sitio de otra.

Ambos extremos merecen ser criticados ya que, la ratificación del Congreso, aun expresa, de un acto inconstitucional, no es suficiente para sanearlo. Ello, porque el estado de cosas generado a partir de ese acto ilegítimo origina un ambiente distinto respecto al cual debiera haber intervenido el Poder Legislativo. Ese nuevo escenario, coacciona una actuación que, de otro modo, no se hubiese presentado. Además, devalúa las competencias del Congreso al reducir las a convalidar o rechazar lo que han decidido otras instancias.

Por otro lado, lo que determina la existencia de una situación extraordinaria, de emergencia o de urgencia, son los hechos comprobados de la causa, único sustrato que justifica la decisión, y no la simple apelación a la formalidad de un

17 CSJN, “Criminal c/ Andrade”, *Crisólogo*, 1872, Fallos:11:405.

18 CSJN, “Varela, Mariano c/ Anzó”, *Avelino*, 1881, Fallos, 23:257.

acto presidencial, aunque éste alcance la trascendencia de una declaración de estado de sitio.

4.1. *La delegación legislativa*

Dijimos que el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentos es aquel delimitado por el art. 99, inc. 2, CN mediante el cual el presidente emite decretos reglamentarios de leyes del Congreso o *Reglamentos de Ejecución*, sin que ello implique ejercicio de función *materialmente legislativa*, sino que ella no deja de ser función administrativa subordinada a la ley.

También es cierto que dicha atribución reglamentaria en el Poder Ejecutivo, destinada a poner en ejecución una ley ya vigente, en nada se relaciona con las *leyes reglamentarias* de los derechos que, por imposición del art. 14 CN, sólo corresponde al Congreso¹⁹.

Hasta acá nuestro esquema constitucional, tributario de la división de poderes en su variante de los *frenos y contrapesos*.

El dispositivo de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo conmociona sus cimientos y es en el principio, donde debemos aclarar que su admisión implica el reconocimiento de la competencia del presidente –y hasta de órganos subordinados o entes de la estructura descentralizada– para emitir actos legislativos, es decir, “reglas de conducta humana en forma general e imperativa”²⁰, en materias reservadas al Congreso, aun referidas a derechos y garantías.

La emisión de estos decretos implica la consagración en el derecho público argentino de los *reglamentos delegados*, los que “no deben confundirse con los reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios, cuyo dictado es atribución propia del Poder Ejecutivo [...] y ellos no pueden alterar las leyes con excepciones reglamentarias [...] Por otra parte, las leyes entran en vigencia con independencia de que se hayan dictado o no tales decretos reglamentarios. Los reglamentos delegados, en cambio, integran una ley incompleta... que no puede aplicarse sin ellos [...] El Ejecutivo sólo puede dictarlos habiendo una delegación legislativa expresa”²¹.

Podemos reconocer que, en principio, los defensores de la delegación legislativa cuentan con buenos argumentos. Así, podemos identificar una necesidad real surgida de la ampliación de las competencias estatales en los campos de la sociedad y la economía, la que requiere de procedimientos más ágiles en la toma de decisiones que sean eficaces en tiempos y costos. Podemos constatar que no pasa un solo día en el cual el presidente, sus órganos subordinados o la estructura

19 Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, T. II, 4ª ed. amp. y act., 4ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 261.

20 GORDILLO, cit., p. IX-8.

21 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, T. IV, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 705/706.

de entes descentralizados, no emitan algún acto que, en mayor o menor medida, o aun potencialmente, impacte en la esfera de derechos ciudadanos.

Además, la complejidad de la regulación económica en áreas que requieren de un conocimiento especializado contribuye a justificar la delegación legislativa en organismos técnicos que —es indispensable aclararlo— no por ello dejan de ser políticos ni de estar atravesados por intereses contrapuestos que puján en direcciones contrarias.

Pero si bien esto puede fundar algún tipo de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, lo determinante es revelar: ¿qué espacio quedará entonces para el Congreso? ¿cuál será la medida de su competencia, así recortada? ¿cómo deberá actuar antes y después de decidir la delegación?

4.2. *Decretos delegados antes de 1994*

La delegación legislativa en el Poder Ejecutivo fue reconocida jurisprudencialmente, pese a que nuestra Constitución nada decía al respecto antes de su reforma de 1994.

Una aplicación estricta de los principios constitucionales comprometidos con la división de poderes hubiese propuesto una hermenéutica prohibitiva. Sin embargo, acudiendo a fundamentaciones oscuras o a subterfugios lingüísticos, la Corte reconoció la validez constitucional de los decretos delegados, aun antes de su recepción en la norma suprema.

Así lo hizo al declarar la validez constitucional del Reglamento del Puerto de la Capital, norma que tipificaba acciones punibles y establecía sanciones en materia de navegación, en su relación con la Ley 3445²².

En la inteligencia de la Corte “no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella... Existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido”.

Ahora bien, si de “pormenores y detalles” se trataba, ¿para qué teorizar acerca de la delegación? Son precisamente esos “pormenores y detalles” para la ejecución de la ley, el ámbito de los decretos reglamentarios previstos en el art. 99, inc. 2º, CN.

La respuesta está dada porque el caso no planteaba nada cercano a “pormenores y detalles” y la propia Corte lo deja dicho cuando afirma que “el Poder Legislativo lejos de apurar la reglamentación se ha limitado a señalar de un modo general la voluntad legislativa”. No eran “pormenores y detalles” los del

22 CSJN, “Agencia Marítima Delfino”, 1927, Fallos, 148:430.

reglamento impugnado, sino “sanciones punitivas constituidas por el arresto o la multa”.

De ahí que sea acertada la crítica al fallo, “el cual no supo (o no quiso) distinguir claramente las dos clases de reglamentos [...] Se confunden aquí los reglamentos delegados con los reglamentos de ejecución”²³.

Algunos precedentes posteriores establecieron ciertos límites, sin embargo, el camino fue errático hasta desembocar en un “desenfreno delegativo... con una extensión inusitada”²⁴.

Entre aquellos que fijaron ciertas pautas restrictivas, corresponde destacar aquel que declaró la inconstitucionalidad de la facultad policial para crear figuras contravencionales mediante edictos firmados por el Jefe de Policía de la Capital.²⁵ En esta oportunidad, la Corte sostuvo lo que en “Delfino” ocultó: “el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables”.

Si en “Delfino” la Corte se conformó con que el Congreso señale “de un modo general la voluntad legislativa”, en “Prattico”²⁶ exigió “que la política legislativa haya sido claramente establecida”. En esta oportunidad entendió que dicho extremo se encontraba cubierto con lo dispuesto por la Ley 12.983, a lo que sumó las circunstancias excepcionales en las cuales se enmarcaron los decretos que dispusieron aumentos salariales de emergencia.

Finalmente, muy poco antes de producirse la reforma constitucional de 1994,²⁷ “la Corte introdujo mayor confusión aún al introducir el concepto de la ‘delegación impropia’ [...] Esta delegación impropia no sería, según la Corte, una delegación legislativa, sino una modalidad del poder reglamentario del art. 99, inc. 2 [...] este fallo pretende borrar definitivamente del derecho positivo la diferencia entre decretos reglamentarios o reglamentos de ejecución, que son legítimos porque están previstos en el art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional, y los reglamentos delegados, que eran ilegítimos hasta 1994”²⁸.

De la “voluntad legislativa general” en “Delfino”, pasando por la “clara política legislativa” en “Prattico”, llegamos al “bloque de legalidad” o “programa de gobierno” en “Cocchia”, como fundamento para avalar la constitucionalidad del Decreto 817/92 –emitido bajo “delegación impropia”– por el cual se suspendieron los convenios colectivos de los trabajadores marítimos y portuarios, y se flexibilizaron las condiciones para su renegociación.

23 EKMEKDJIAN, cit., p. 706.

24 GELLI, cit., p. 265.

25 CSJN, “Raúl Oscar Mouviel”, 1957, Fallos: 237:636.

26 CSJN, “Prattico, Carmelo”, 1960, Fallos: 246:345.

27 CSJN, “Cocchia, Jorge Daniel”, 1993, Fallos: 316:2624.

28 EKMEKDJIAN, cit., p. 709.

En efecto, esta “delegación impropia” que surge del “bloque de legalidad” integrado, en el caso, por las Leyes 23.696 de emergencia económica, 24.094 de puertos y el tratado de Asunción por el cual se creó el Mercosur, origina una subespecie de reglamentos de ejecución, los *sustantivos*, es decir, aquellos “que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley [...] sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos”.

Como vemos, el abuso del lenguaje, la oscuridad argumentativa y la “lucha de palabras” sólo se entienden cuando se cae en la cuenta de algo elemental: con todas las críticas que podamos hacer, tanto en “Delfino” como en “Prattico”, los decretos impugnados tenían un antecedente legal cierto. En “Cocchia”, ni siquiera eso. La constatación de esa ausencia llevó a la falacia del “bloque de legalidad”.

4.3. *Decretos delegados después de 1994*

La Ley 24.309, conforme el procedimiento previsto en el art. 30 CN, declaró la necesidad de “la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957” (art. 1°).

En sus arts. 2° y 3° estableció los temas habilitados para ser tratados y resueltos por la Convención Constituyente. Sin embargo, aquellos incluidos en el art. 2° debían aprobarse o desecharse conjuntamente, “entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes” (art. 5°).

A este temario *cerrado*, en el cual se incluía hasta la redacción de la futura norma constitucional, la ley lo denominó *Núcleo de Coincidencias Básicas* (NCB), consagrando con ello un inaceptable avasallamiento a la soberanía de la Convención Constituyente, la cual debiera representar el máximo grado de participación ciudadana y de deliberación pública, libre e igualitaria, al constituirse en ese ámbito las reglas básicas de convivencia que fundan una comunidad de iguales.

El NCB representaba, además, “la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma”, y entre sus objetivos principales figuraba la “atenuación del sistema presidencialista” (art. 2°, ap. a, Ley 24.309).

Así lo entendieron también los convencionales constituyentes. Uno de ellos, García Lema, manifestó que “los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3° de la ley declarativa, a ciertas finalidades, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma”. Entre esas ideas-fuerza, se encontraba la de “generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado –el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial–; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen

presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial”²⁹.

El convencional Paixao sostuvo que el conjunto de reformas propiciado en el NCB, estaba referido a una realidad que encarna una forma “de concentración del poder en nuestra Constitución histórica y en la vida institucional de esa Constitución [...] la concentración de poder en el Poder Ejecutivo nacional”. La finalidad de la reforma estaba dirigida a “asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política”³⁰.

Ahora bien, podemos disentir acerca de si la incorporación de los Decretos Delegados –como también los de Necesidad y Urgencia– honró o no la finalidad perseguida de atenuar el sistema presidencialista.³¹ Lo cierto es que tanto unos como otros fueron incluidos en el NCB (art. 2º, ap. G, Ley 24.309) e incorporados a la Constitución Nacional en 1994.

Teniendo en cuenta esta evidente tensión, debemos encontrar algún mecanismo que concilie estos extremos. Solo estaremos cerca si no perdemos de vista que el ejercicio de estas competencias por el Poder Ejecutivo resulta de excepción, que fueron establecidas luego de una prohibición expresa y que su extensión debe ser medida bajo la finalidad del constituyente de atenuar el sistema presidencialista. La ponderación de estos parámetros nos lleva a concluir en una interpretación restrictiva y en un control estricto de su ejercicio.

Toda vez que estemos ante un decreto delegado o de necesidad y urgencia debemos interpretarlo partiendo de la base de que esas competencias fueron concedidas con la finalidad de atenuar, y no de fortalecer, las facultades del presidente.

4.4. *Requisitos sustanciales y adjetivos de la delegación legislativa*

Rendida a los hechos, la reforma constitucional intentó establecer algún cauce normativo a una realidad insuperable.

Lo primero que debemos notar es que la norma trascrita se inserta en el capítulo cuarto, de la sección que la Constitución le dedica al Poder Legislativo, el cual refiere a las *Atribuciones del Congreso*. El dato no es menor, ya que nos permite comprender que la emisión de decretos delegados no es una competencia

29 Convención Nacional Constituyente, cit., pp. 2200/2201.

30 Convención Nacional Constituyente, cit., pp. 2201/2202.

31 En efecto, en el seno de la convención constituyente hubo voces, como la del convencional Bravo, para quien “esta atenuación del régimen presidencialista es una falacia; no existe. Al contrario: estamos creando un régimen hiperpresidencialista. Y lo estamos creando porque le otorgamos más facultades al Poder Ejecutivo”, Convención Nacional Constituyente, cit., p. 2271.

constitucional directa del Poder Ejecutivo (como sí es la de emitir decretos de necesidad y urgencia), sino que lo que la Constitución regula es una decisión que eventualmente toma el Poder Legislativo, órgano al que le corresponde la evaluación y ponderación de los hechos sobre los cuales debe necesariamente fundarse su acto legislativo.

Es atribución del Congreso decidir la delegación legislativa y dar inicio, con esa decisión, a una situación relacional específica entre una ley (del Poder Legislativo) delegante y un decreto (del Poder Ejecutivo) delegado.

Entonces, la delegación legislativa debe entenderse como una atribución del Congreso que relaciona una ley delegante previa con un decreto delegado posterior.

El art. 76 CN, nos da los requisitos sustanciales, es decir, materiales u objetivos que debe contener la ley delegante, sin los cuales resultaría inconstitucional. Ellos son:

- a) el objeto sobre el cual el decreto delegado puede legislar: materias determinadas de administración o de emergencia pública;
- b) el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo está habilitado para ejercer esa competencia de excepción: emitir decretos delegados sobre las materias previamente fijadas; y
- c) las bases de la delegación, es decir, las directrices que el Congreso impone al presidente en su ley delegante y que el decreto delegado debe recoger.

Como fue dicho, todo el dispositivo de la delegación legislativa debe ser entendido restrictivamente por conmovier el principio de división de poderes y resultar una excepción a prohibiciones expresas y específicas.

Lo mismo debe ocurrir cuando de interpretar las materias sobre las cuales puede recaer la delegación se trata. En ese sentido, lo primero que debe destacarse es que esas materias (de administración o de emergencia pública) deben estar *determinadas* en la ley delegante. Es decir, no llena el requisito constitucional una ley delegante que no se esfuerce por detallar en la mayor medida posible cuáles son las materias de administración o de emergencia pública habilitadas para que el decreto delegado se pronuncie sobre ellas.

Aun así, continúa la incertidumbre acerca de cuáles son esas materias, ya que “comprenden un universo de asuntos múltiples, cuya determinación no siempre es sencilla y, por eso mismo, constituye el núcleo del problema de la delegación”³².

Con todo, podemos rastrear esas materias de administración en las definiciones que sucesivamente dieron algunas leyes delegantes e identificarlas con el régimen jurídico de los órganos y entes estatales, aun los de seguridad y defensa, y con el de los bienes y servicios públicos. Paralelamente descartarla “en todo lo

que sea materia del ejercicio del poder de policía del Estado, es decir, la reglamentación de los derechos”³³ que, como fue dicho, sólo corresponde al Congreso por imperativo del art. 14, CN.

El otro supuesto, materias determinadas de emergencia pública, es más vasto pero sólo procede si hubo una declaración legislativa de emergencia pública, lo que no implica un pronunciamiento meramente formal, sino la constatación acabada y con sustento fáctico suficiente de la situación crítica. Además, la delegación en materias de emergencia pública debe ser adecuada y proporcional para hacer frente y conjurar el escenario de excepción, todo ello controlable mediante el examen de razonabilidad, el que no es monopolio del Poder Judicial sino también del Congreso al pronunciarse sobre los decretos delegados y de la comunidad política mediante sus derechos de crítica y protesta.

Siguiendo el mismo método, las leyes que fueron sucesivamente declarando la emergencia pública identificaron como materias sujetas a delegación las referentes a la reestructuración de contratos y deuda pública, régimen de empleo público y el reordenamiento de los mercados monetario, financiero, cambiario, de seguros y de capitales.

Al llegar a este punto se impone siempre la pregunta de si las materias vedadas para los decretos de necesidad y urgencia (penal, tributaria, electoral y régimen de los partidos políticos), también lo están para los decretos delegados. O lo que es igual: si la “falta de una prohibición similar a la dispuesta en el art. 99, inc. 3, para los decretos de necesidad y urgencia, habilita la delegación en esas cuestiones, cuando existe emergencia pública”³⁴.

Para el caso de la materia tributaria es clara la posición de la Corte en cuanto a su improcedencia como objeto regulable por decreto delegado, en virtud del principio de legalidad tributaria de los arts. 4º, 9º, 17, 52 y 75, incs. 1º y 2º, CN.

Así lo sostuvo al declarar la inconstitucionalidad del art. 59, segundo párrafo, de la Ley 25.237 (norma delegante) y de la decisión administrativa 55/00 de la jefatura de gabinete de ministros (norma delegada), en tanto regulaba las tasas percibidas por la inspección general de justicia, destacando que “no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo”³⁵.

Más aún, la Corte dispuso que ni siquiera la ratificación posterior por ley del Congreso de un decreto delegado que regula materia tributaria, alcanza para sanear retroactivamente el vicio de origen: “Que debe enfatizarse, de manera correlativa,

33 EKMEKDJIAN, cit., p. 713.

34 GELLI, cit., p. 270.

35 CSJN, “Selcro S.A.”, 2003, Fallos: 326:4251.

que ese valladar incommovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución [...] En tales condiciones, corresponde señalar que la Ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable, como la Resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura”³⁶.

En cuanto a las otras materias, podemos concluir sin mucho esfuerzo que el mismo principio de reserva legal “es en un todo trasladable a la materia penal”, en virtud del art. 18 CN. Sobre las materias restantes, es pertinente la pregunta acerca de “¿qué emergencia pública requeriría una modificación de la Ley de Partidos Políticos o de la Ley electoral que no pueda esperar a la sanción del Congreso?”³⁷

Por último, en lo que hace a los requisitos sustanciales, queda por desentrañar el concepto de *bases de la delegación* utilizado por el art. 76 CN. Teniendo en cuenta los estándares ensayados anteriormente y la interpretación restrictiva que venimos propiciando, las bases de la delegación se relacionan más con la “clara política legislativa” exigida en “Prattico”, que con la “voluntad legislativa general” de “Delfino” o el “bloque de legalidad” de “Cocchia”. En efecto, las bases debieran contener “el objetivo preciso a cumplir, la indicación precisa de las materias prohibidas al delegatario, los límites máximos y mínimos, las alternativas técnicas permitidas y prohibidas, si es posible o no la subdelegación”.³⁸ Es la adopción, por el derecho público argentino, de la regla del “principio claro e inteligible” importada de la jurisprudencia norteamericana³⁹.

Las bases de la delegación debieran ser aquellas directrices prescriptivas presentes en la ley delegante y que el decreto delegado debe obligatoriamente recoger. Son un anticipo de la decisión que deberá complementar, finalmente, el Poder Ejecutivo mediante la emisión del decreto delegado.

Si bien la ausencia de bases decanta en la inconstitucionalidad de la ley delegante, su formulación excesivamente vaga puede conducir a la misma decisión, o afectar la eficacia de la delegación e invalidar el decreto delegado. Esta última fue la opción que tomó la Corte y la que generó la siguiente regla: “1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate... Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas,

36 CSJN, “Camaronera Patagónica S.A.”, 2014, Fallos: 337:388.

37 GELLI, cit., p. 270.

38 ERMEKDJIAN, cit., p. 717, citando a Humberto QUIROGA LAVIÉ.

39 Conf. “SOLA”, cit., p. 443.

sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente”⁴⁰.

En cuanto a los requisitos adjetivos, es decir, al procedimiento para la emisión de decretos delegados, el art. 100, inc. 12, CN establece su refrendo sólo por el jefe de gabinete de ministros y su control por la Comisión Bicameral Permanente, prevista en el art. 99, inc. 3º, cuarto párrafo, CN.

Una última cuestión hace al sujeto destinatario de la delegación que no puede ser otro que el presidente, al ser el titular del Poder Ejecutivo unipersonal (art. 87 CN). Sin embargo, la Corte admitió que “las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegados por éste en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”⁴¹.

4.5. *La Disposición Transitoria Octava*

La Ley 24.309 por la que se declaró la necesidad de la reforma constitucional, autorizó a la Convención Constituyente a “sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias” (art. 2º, inc. d).

En virtud de esta autorización, la Constitución contiene, luego de su último artículo (el 129), 17 disposiciones transitorias, las que son auténticas normas constitucionales de vigencia temporal –sujetas al cumplimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición– y cuyo fin es permitir una transición ordenada entre el régimen constitucional anterior y el nuevo, producto de la actividad de la Convención Constituyente.

Entre ellas, encontramos una referida al art. 76 CN, la disposición transitoria octava que dice: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

El plazo previsto en la disposición transcrita vencía el 24 de agosto de 1999. Un día antes fue promulgada la Ley 25.148.

Dicha norma ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de 3 años, la totalidad de la delegación legislativa emitida con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, y aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la referida delegación (arts. 1º y 3º).

Sucesivamente, las Leyes 25.645, 25.918 y 26.135 fueron prorrogando el plazo de 3 años hasta que la Ley 26.519 dispuso una última prórroga “a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año” (art. 1º).

40 CSJN, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”, 2008, Fallos: 331:2406.

41 CSJN, “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.”, 2007, Fallos: 330:1855.

Además, esta última norma dispuso la creación, en el ámbito del Congreso, de una comisión bicameral que “tendrá como misión y tarea revisar, estudiar, compilar y analizar [...] la totalidad de la legislación delegante preexistente en virtud de la disposición transitoria octava de la Constitución Nacional, con la finalidad de elevar a conocimiento del presidente de cada Cámara... un informe final conteniendo... a) Cuáles son las leyes que delegan facultades; b) Cuáles de ellas están vigentes; c) Cuáles fueron modificadas, derogadas o son de objeto cumplido; d) Si las materias se corresponden con lo regulado en el art. 76 de la Constitución Nacional” (art. 3º).

La tarea encomendada fue cumplida con la emisión del informe del 30-6-10, en el cual se relevaron más de 350 leyes delegantes anteriores a 1994, distribuidas en 8 anexos y agrupadas por materia⁴².

5. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Como venimos anticipando, la emisión por el Poder Ejecutivo de actos de sustancia legislativa es concomitante con los inicios de nuestra organización institucional y acorde al sistema presidencialista *fuerte* establecido por la Constitución de 1853. Sin embargo, como también fue expuesto, siempre se requirió ley expresa que ratifique la decisión del Poder Ejecutivo.

Todavía en 1989, ante la impugnación del Decreto 1096/85, por el cual se creó el signo monetario *austral*, la Corte sostuvo que la causa se había tornado abstracta al ser ratificado el decreto cuestionado por la Ley 23.410⁴³.

Un año después, la Corte dio un dramático giro al emitir el fallo “Peralta”⁴⁴.

En dicha causa, los actores pretendían la inconstitucionalidad del Decreto 36/90 por el cual se sustituyeron los depósitos bancarios en dinero a plazo fijo por títulos de la deuda pública externa (Bonex).

La Corte se pronunció por la validez constitucional de la norma invirtiendo el principio sostenido históricamente: si antes el decreto era inválido salvo ratificación expresa por ley, ahora el decreto es válido salvo rechazo expreso por ley.

En efecto, el tribunal sostuvo que “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el Decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas

42 Informe Final. Comisión Bicameral Especial para el cumplimiento de la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución Nacional –Ley Nº 26.519– (2010).

43 CSJN, “Porcelli, Luis A.”, 1989, Fallos: 312:555.

44 CSJN, “Peralta, Luis A.”, 1990, Fallos: 313:1513.

súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”.

La práctica histórica del Poder Ejecutivo de emitir actos de sustancia legislativa invocando situaciones de emergencia, llegó a ser calificada como “una mutación constitucional violatoria, a nuestro juicio, de la constitución formal, que describimos con la siguiente norma (no formulada) en la constitución material: el Ejecutivo está habilitado para dictar reglamentos de urgencia en materias que son de competencia del Congreso; o en otros términos: las competencias del Congreso admiten ser asumidas por el Poder Ejecutivo cuando éste estima que su ejercicio viene reclamado por razones de urgencia, necesidad o emergencia grave”⁴⁵.

Con el fallo “Peralta”, y la mayor degradación de ese régimen, se sumó “un estímulo para continuar recorriendo con desprolijidad inconstitucional la referida praxis”⁴⁶. Esta pendiente llegó a registrar, durante las dos presidencias de Menem (1989-1999), la emisión de 545 decretos de necesidad y urgencia, frente a los 10 de su antecesor Alfonsín (1983-1989)⁴⁷.

5.1. *Regulación constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia*

La práctica detallada y el régimen para ella previsto a partir del fallo “Peralta”, llevaron a la discusión acerca de la conveniencia de incorporar a la Constitución una regulación específica para los decretos de necesidad y urgencia.

Así, el convencional García Lema expuso el dilema en los siguientes términos: “Correspondió entonces discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o si debían ser reglamentados en la propia Constitución. Se optó por esta segunda solución porque parece lógico que aun las cuestiones que ofrecen dificultades para su tratamiento constitucional, sean previstas en la Ley fundamental, pese a los conflictos que se generen, antes de que existan prácticas paralelas al sistema constitucional [...] La ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución es que permite delinearlos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación deba dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días

45 BIDART CAMPOS, Germán José, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. II-B, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 303.

46 BIDART CAMPOS, cit., p. 303.

47 Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, cit., p. 9; BALBÍN, Carlos Francisco, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 643/644.

para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores”⁴⁸.

Otro convencional, Ortiz Pellegrini, al recordar la obligación del congreso de pronunciarse expresamente y la consecuente prohibición de la sanción tácita o ficta (art. 82, CN), puso de relieve que “no podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso “Peralta”, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso “Peralta” ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país”⁴⁹.

De este modo, llegamos a la regulación constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia, DNU (art. 99, inc. 3).

Notamos que, a diferencia de los delegados, la emisión de decretos de necesidad y urgencia constituye una atribución que corresponde al presidente y que es de fuente constitucional directa.

Sin embargo, ese es sólo el inicio del trámite, por cuanto el Congreso es el órgano que cierra el procedimiento con su intervención expresa, y cuyo silencio nunca “significa aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, ya que el art. 82 contiene una norma, que reputamos general para todos los casos y para cualquiera, conforme a la cual la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, agregando para disipar cualquier duda que ‘se excluye, en todos casos, la sanción tácita o ficta’”⁵⁰.

5.2. *Requisitos sustanciales: las circunstancias excepcionales*

Además de estar excluida la materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, la atribución que excepcionalmente se otorga al Poder Ejecutivo para emitir decretos de necesidad y urgencia, se justifica ante la existencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.

La comprobación de dicho estado excepcional, “excede al voluntarismo subjetivista del presidente de la república y [...] descarta cualquier apremio basado en su mero interés o conveniencia”⁵¹.

48 Convención Nacional Constituyente, cit., pp. 2207/2208.

49 Convención Nacional Constituyente, cit., p. 2441.

50 BIDART CAMPOS, cit., p. 306.

51 BIDART CAMPOS, cit., p. 308.

Esa situación debe precisarse ante las circunstancias de hecho que rodean el caso, correspondiendo al Poder Legislativo su control mediante su intervención posterior, pero también al Poder Judicial: “Es atribución de este Tribunal 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”⁵².

El mismo fallo aclara que las *circunstancias excepcionales* sobre las que se monta la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia, y que son controlables en su sustento fáctico por el Poder Legislativo, pero también por el Poder Judicial, se dan cuando se comprueba, alternativamente: “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”.

Pero además de la comprobación fáctica suficiente de la existencia de *circunstancias excepcionales*, los Decretos de Necesidad y Urgencia deben reunir, al menos, dos requisitos más:

- a) no deben regular materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos; y
- b) deben tener una vigencia temporal limitada al estado excepcional. Así lo entendió la Corte al invalidar un decreto que modificaba la Ley de Seguros, por entender “que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la Ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional”.⁵³

5.3. *El procedimiento constitucional y la Ley Reglamentaria 26.122*

Los decretos de necesidad y urgencia deben contar con el refrendo de todos los ministros y del jefe de gabinete.

Una vez cumplido, el procedimiento continúa del siguiente modo:

- a) el jefe de gabinete de ministros, dentro de los diez días posteriores a su emisión, somete personalmente la medida a consideración de la comisión bicameral permanente;

52 CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel”, 1999, Fallos: 322:1726.

53 CSJN, “Consumidores Argentinos”, 2010, Fallos: 333:633.

b) la comisión, dentro de los diez días de recibida la medida, elevará su despacho al plenario de cada cámara para su inmediato y expreso tratamiento.

Hasta la creación de la comisión bicameral permanente y la sanción de la ley a la que alude el último párrafo del art. 99. inc. 3º, CN, parte de la doctrina sostenía la prohibición absoluta de los decretos de necesidad y urgencia, atento a que “la imposibilidad de que opere la participación obligatoria y el trámite de seguimiento y control a cargo de los órganos que la Constitución determina, no sólo impide dictar decretos de necesidad y urgencia sino, además, acarrea la inconstitucionalidad de los ya emanados al margen del itinerario hasta ahora inhibido de aplicación y funcionamiento”⁵⁴.

También en la postura de algunos jueces supremos se advertía esta posición. Así, Argibay decía: “Si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable”⁵⁵.

Del mismo modo, Petracchi concluía: “La vía establecida en el art. 99, inciso 3º de la Constitución Nacional, exigía que el Congreso sancionara la ‘ley especial’ que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, pues el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias. Hasta que no fue sancionada la ley que reclamaba el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, no podía cumplirse con la ‘subetapa’ legislativa prevista por aquélla y ello determinaba la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia. Como se sabe, sólo en el año 2006 fue sancionada la ley especial que la Constitución exigía”⁵⁶.

La Ley 26.122 es la que prevé el último párrafo del art. 99, inc. 3º, CN.

Su objeto consiste en regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos delegados, de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial de leyes. Además, estableció el mecanismo de integración de la comisión bicameral permanente y su funcionamiento, el que no se interrumpe “aun durante el receso del Congreso de la Nación” (art. 6º).

La norma prevé el pronunciamiento separado de cada cámara, si bien no le impone plazo. La decisión deberá ser expresa y por el rechazo o aprobación del decreto, sin “introducir enmiendas, agregados o supresiones” (arts. 22 y 23); lo que constituye un mecanismo de “veto legislativo”⁵⁷ que cierra el procedimiento.

54 BIDART CAMPOS, cit., p. 313.

55 Voto de Argibay en CSJN, “Consumidores Argentinos”, 2010, Fallos: 333:633

56 Voto de Petracchi en CSJN, “Consumidores Argentinos”, 2010, Fallos: 333:633

57 Conf. “SOLA”, cit., pp. 476/478.

Sólo el rechazo expreso de ambas cámaras implica la derogación del decreto, “quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (art. 24). Hasta que esto suceda, el decreto tiene “plena vigencia de conformidad a lo establecido en el art. 2º del Código Civil” (art. 17).

6. IRRAZONABILIDAD DE LA LEY 26.122 Y (DES)CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La realidad política más inmediata demuestra que en la Argentina de hoy, no solo gobierna el presidente, sino que lo hace con sólo dos institutos: los DNU y el veto. A esto ha quedado reducida la Constitución.

No hace falta *cerrar* el Congreso, basta con que el presidente acuda a estas atribuciones que –vale aclararlo– prevé la propia Constitución, para clausurarlo. En efecto, mediante los DNU el presidente legisla y mediante el veto, impide que legislen otros. A lo sumo necesitará de una minoría de legisladores (86 diputados o 25 senadores) para obstruir la insistencia legislativa sobre una ley vetada (art. 83 CN).

Tan fácil y tan claro como la irrazonabilidad e inutilidad de la Ley 26.122 que, supuestamente, venía a controlar la legitimidad y constitucionalidad de los decretos delegados y de necesidad y urgencia, reglamentando la intervención del Congreso.

Irrazonable por prever un mecanismo que permite que sea mucho menos costoso ratificar un acto excepcionalísimo (como un DNU o decreto delegado) que ordinarísimo (como la sanción de una ley). En efecto, basta la venia de una sola cámara para ratificar un decreto delegado o de necesidad y urgencia, mientras que para una ley se necesita la voluntad concurrente de ambas cámaras.

Inútil por cuanto, desde su sanción, jamás se ha invalidado por el Congreso un decreto delegado o de necesidad y urgencia.

En este trabajo ofrecimos nuestra lectura de cómo la Constitución recepta y traduce el principio de división de poderes y distribución de funciones estatales, en relación con el régimen de regulación de los decretos delegados y de necesidad y urgencia.

Si bien nuestro análisis incluyó referencias a la principal jurisprudencia de la Corte sobre la materia, nos parece que nada de lo dicho hasta aquí puede pasar por alto la importancia de pensar críticamente el rol del Poder Judicial en el control –o no control o descontrol– de los DNU y la delegación legislativa, a la luz de la teoría de la división de poderes.

Y decimos esto porque la jurisprudencia de la Corte es tan maleable que permite hasta defender la constitucionalidad del DNU 70/23⁵⁸, decreto que rompe de manera evidente cualquier equilibrio de poderes, pero encuentra sin embargo

58 Ver, entre muchos otros, a BIANCHI, Alberto B., “Casos ‘fáciles’ y casos ‘difíciles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU. A propósito del DNU 70/2023”, TR LALEY AR/

a un Poder Legislativo bloqueado, a un Poder Judicial dispuesto a mirar para un costado –hasta que ya no sea políticamente conveniente hacerlo– y a *destacados académicos* dispuestos a encontrar los argumentos más disparatados con tal de defender al poder de turno, o al poder económico, que es más permanente y cada vez más concentrado.

Esto es posible, en gran medida, porque los contrapesos que están presentes en la atribución de las principales competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –al menos en la letra de la Constitución– no los encontramos cuando analizamos la facultad de ejercer el control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Esta desregulación del control judicial de constitucionalidad constituye un peligro en sí mismo, por el amplio poder discrecional que le otorga al poder del estado con menos escrutinio público, y tiene el peligroso agregado de que cualquier discusión pública o intento de regulación de las competencias del Poder Judicial por parte de los otros poderes del estado suele leerse como una injustificada intromisión en su *independencia*. El peligro, en efecto, es que la discusión pública sobre el control judicial de constitucional queda censurada.

El control de constitucionalidad consiste en la revisión de la adecuación de las normas dictadas por las autoridades constituidas de un estado con los requisitos establecidos en su Carta Magna.

En la teoría que la propia Corte Suprema ha construido, el control de constitucionalidad está pensado básicamente “como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno”⁵⁹. Es decir que todo el sistema se construye sobre la base de la idea de derechos básicos o fundamentales, que en la filosofía moral y política liberal contemporánea suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos:

- a) que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio. Es decir, que tales derechos “atrincheran” ciertos bienes que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo y los ponen a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones relativas al *bien común* o al *interés general*; y
- b) que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías pueden decidir, sirviendo así, en palabras de Dworkin, como “cartas de triunfo” frente a los poderes mayoritarios.⁶⁰

Por lo general, el diseño institucional adoptado para la protección de estos derechos básicos resulta de la combinación de dos piezas maestras:

DOC/546/2024; CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”, *LA LEY* 10/01/2024.

59 CSJN, “Rizzo”, 2013, Fallos: 336:760.

60 DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

- c) la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos; y
- d) la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria que, justamente, asegure la supremacía de la Constitución.

Ahora bien, la idea de que los jueces y las juezas al ejercer el control de constitucionalidad tan solo hacen valer frente a los otros poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Constitución, pasa por alto la *brecha interpretativa* que existe entre la Constitución y lo que los jueces y juezas dicen de ella. En efecto, frente a la idea de un ejercicio de control de constitucionalidad de mera lectura *pasiva* y aplicación mecánica, se opone una realidad que hace de la tarea un ejercicio *activo* y *creador* de soluciones normativas.

De hecho, la zigzagueante jurisprudencia de la Corte en materia de interpretación constitucional confirma que la Constitución permite, con frecuencia, ser interpretada de distintos modos, muchos de ellos –incluso– incompatibles entre sí.

A este problema, que siguiendo a Bayón hemos denominado como el problema de la “brecha interpretativa”, debemos agregarle un condimento adicional: que los magistrados y las magistradas tienen a su disposición una inmensa diversidad de criterios interpretativos –muchas veces opuestos entre sí– que les permite llegar a distintos *resultados*. Esta situación, que ya de por sí es generadora de suficientes riesgos institucionales, se ve además agravada por el hecho de que los jueces y las juezas no están obligados a seguir un determinado criterio de interpretación constitucional que hayan escogido, sino que pueden ir cambiando de ruta exegética en cada caso en el que les toca intervenir. Según Sagües⁶¹, la Corte ha recurrido a lo largo de su historia a una amplia gama de criterios interpretativos: literal, popular, especializado, de la intención y/o voluntad del autor, justo y racional, orgánico-sistémico, jurídico-realista, de la existencia de un “legislador perfecto”, dinámico, teleológico, conforme a una autoridad externa, práctico, continuista y objetivo.

Tal como señala Gargarella, “los problemas que se derivan de una práctica interpretativa como la que desarrolla la Corte no se vinculan con el hecho, tal vez banal, de que los jueces escojan criterios interpretativos de tipo ‘x’ en lugar de criterios tipo ‘y’ como fundamento último de sus decisiones. El problema surge porque dicha particular selección (que aquí asumo que es –como debería ser– previa a la decisión del caso) resulta completamente determinante de la decisión final que luego va a firmar la Corte frente al caso concreto. De allí que sea imperativo que, al menos, los jueces hagan un esfuerzo por justificar ante

61 SAGÜES, Néstor Pedro, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (1), 2004, pp. 151-170.

nosotros la peculiar selección de concepciones interpretativas que utilicen en el caso concreto”⁶².

A todos estos criterios de interpretación constitucional, tenemos que agregar una variable adicional: si bien se ha reconocido cierto deber de los tribunales inferiores de seguir la doctrina de la Corte, esta obligación ha encontrado diversas excepciones a lo largo de los años. Es decir, que no solo los criterios interpretativos son múltiples, sino que además son múltiples sus intérpretes en el Poder Judicial, y ni siquiera la intervención de la Corte puede garantizar que sobre un tema determinado todos los jueces respeten un mismo criterio.

Esta situación se ve complementada, a su vez, por la creciente constitucionalización de los conflictos jurídicos –y la consecuente *bajamar* del principio de legalidad–⁶³ que ha llevado a algunos autores a señalar la necesidad de “volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral”.⁶⁴

En resumen, es claro que estamos lejos de un entendimiento unívoco de qué es lo que defendemos cuando promovemos respetar la Constitución. La circularidad se da, puesto que no hay Constitución ni derechos, sino nuestras ideas como sujetos de una y otros. De lo que se trata es de política, como disputa, y de derecho, como desacuerdo. Y si de algo sirve el discurso constitucional es para tenerlo como aliado en esa disputa y desacuerdo.

62 GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, T. 1, *Democracia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008. Ver también, en la misma obra, GARGARELLA, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”.

63 LAPORTA, F. J., “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa* 24, 2001, p. 460. Según García Amado, “la tan manida apología actual del principalismo, del papel de los valores, ya sea en general, ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías”, GARCÍA AMADO, J. A., *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 10-11, citado en MEORI, A. A. y CHAUMET, M. E., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, *La Ley D*, 2008, p. 717.

64 LAPORTA, cit., p. 459. En este sentido, Diana explica que los principios de legalidad y de libertad juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno. Por ello, en opinión del citado autor, “la presunción de inconstitucionalidad de las normas no puede ser la regla en esta democracia. La regla parte de una responsabilidad compartida de todos para encausar nuestra actividad hacia su mejoramiento”, DIANA, Nicolás, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, *La Ley Sup. Act.*, 26/02/2008, p. 1.

En la Argentina, la posibilidad del control de constitucionalidad *suele fundarse* en el art. 31 CN, que consagra el principio de supremacía constitucional; y en el art. 116 CN, que determina la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la Constitución. Es importante el “suele fundarse”, porque se trata de una interpretación que ha realizado la propia Corte sobre esos artículos. De esta manera, es importante tener presente que la Constitución de 1853 no constituía en sí misma una fuente primaria y explícita del control judicial de constitucionalidad: en ninguna de sus normas encontramos atributos que hagan de los jueces competidores por el poder del estado.

Esto no quita que Alberdi se haya interrogado acerca de “¿cuál es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes?” y que su respuesta haya sido “la Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino”⁶⁵. Sus apreciaciones tenían como fuente el art. 97 de la Constitución de 1853 cuando asignaba “a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Si bien reconocía que “no hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución”, afirmaba que “los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución”⁶⁶.

Sin embargo, Alberdi tomó el punto en relación con el derecho de petionar a las autoridades del art. 14, “ejercido colectivamente con los fines de obtener la abrogación de instituciones malas y la sanción de otras buenas”,⁶⁷ es decir, como cauce para regenerar el derecho público heredado de la colonia y trocarlo por otro oxigenado en las nuevas instituciones: “todo el mundo puede acusar ante la Corte Suprema la inconstitucionalidad de las leyes civiles y administrativas realistas, que alteran los principios y poderes establecidos por la Constitución, y pedir que se declaren contrarias a ella”. Era la ruptura con el derecho colonial y su sustitución por el derecho patrio, lo que abrazaba Alberdi al momento de ver en la Corte una aliada para dicha purga.

La consagración de un poder de la magnitud que tiene el adquirido hoy por el control de constitucionalidad judicial, tampoco se desprende de las primeras leyes de organización y competencia de los Tribunales Federales. Las Leyes 27

65 ALBERDI, Juan Bautista, “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853”, en ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas*, T. IV, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, p. 249.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

(art. 3°) y 48 (art. 21) encomendaron a los tribunales de la Nación mantener el orden de prelación normativa que proponía en la cúspide a la Constitución, siempre en el marco de una causa entre partes legitimadas, y habilitaron a prescindir de las disposiciones contrarias a ella si esto fuera peticionado e inevitable para resolver la cuestión.

Los Tribunales ensancharon esta avenida, y la Corte se autoproclamó intérprete final de la Constitución, asumiendo la última palabra institucional. Hoy, a más de 130 años de su nacimiento (que fue por vía jurisprudencial), el control judicial de constitucionalidad adquirió en Argentina dimensiones de tal magnitud que le permiten al Poder Judicial ser extremadamente laxo al analizar la legitimación activa y, por lo tanto, intervenir en supuestos en los que la configuración de un *caso judicial* es por lo menos dudoso, suspender la vigencia de leyes en su totalidad, e incluso hacerlo en el marco de procesos cautelares, sin mayor debate y prueba.

Históricamente, se afirmaba que las principales características, o mejor dicho, las condiciones del control judicial de constitucionalidad en la Argentina, eran las siguientes:

- a) debe desarrollarse dentro de un *caso o controversia judicial*, lo que excluye el control genérico o abstracto y la acción popular;
- b) es difuso, pues cualquier tribunal judicial puede ejercerlo. Es decir, que se encuentra desconcentrado en diversos órganos del Poder Judicial, que no está monopolizado por un sector de la judicatura, aunque la Corte es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria;
- c) no procede en casos abstractos, ni en forma preventiva o consultiva;
- d) la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo puede darse en el curso de un procedimiento litigioso, es decir, en una controversia entre partes con intereses jurídicos contrapuestos, en la cual las formulaciones de inconstitucionalidad persigan la determinación de derechos debatidos entre las partes del juicio. Siendo de interpretación y aplicación restrictiva, y a casos excepcionales, la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad *de oficio* por parte del Poder Judicial;
- e) el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes*. Es decir, tiene efectos individuales y no generales o abstractos respecto a otros potenciales sujetos afectados por la norma cuestionada;
- f) la declaración de inconstitucionalidad de una norma carece, pues, de efectos derogatorios genéricos. La ley declarada inconstitucional sigue vigente, pero no se aplica al caso concreto; y
- g) la declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *última ratio* que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la

Ley Fundamental. Por lo tanto, al ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, cuando ello es de estricta necesidad.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha observado una relajación de esas condiciones, que han transformado el control judicial de constitucionalidad, quedando en manos del Poder Judicial un nivel de discrecionalidad muy grande. Actualmente:

- a) los efectos rompieron el expediente de partes y se proyectan como leyes gracias a la legitimación colectiva⁶⁸;
- b) la declaración no necesita de petición, ya que el juez la dicta por su oficio⁶⁹;
- c) que la cuestión revista actualidad ya no es indispensable, pudiendo recaer pronunciamientos en asuntos prematuros o abstractos;
- d) hay absoluta discrecionalidad (cuando no arbitrariedad) en la concesión de recursos –mediante el manejo de los requisitos del recurso extraordinario federal– y en su rechazo, a través de la *plancha del 280*⁷⁰;
- e) se ha llegado a rechazar el cumplimiento por parte del Poder Judicial de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, poniéndose por encima de los restantes poderes del estado y apropiándose no ya del discurso constitucional sino, además, del convencional⁷¹;
- f) la inconstitucionalidad no espera a la sentencia, sino que llega antes en las medidas cautelares;
- g) no hay límite en su objeto, puesto que leyes enteras pueden caer bajo su revisión; y
- h) la multiplicidad de estándares y los constantes cambios de criterio en materia de legitimación activa, permiten regular con gran discrecionalidad quiénes pueden ser parte y, por lo tanto, tener algo que decir y opinar, en los casos en los que se discute la constitucionalidad de las normas.

Así, vemos que las leyes son aquello que sanciona el Congreso, promulga el presidente y no declara inconstitucional un/a juez/a. El proceso no culmina con la publicación de la norma en el Boletín Oficial, sino en los despachos judiciales que se reservan el auténtico poder de veto.

Pero lo que lleva al paroxismo a este poder, es su calidad de difuso. Cualquier juez o jueza, de cualquier jurisdicción, fuero y jerarquía, monopoliza

68 CSJN, “Halabi”, 2009, Fallos: 332:111; “Padec”, 2013, Fallos: 336:1236.

69 CSJN, “Mill de Pereyra”, 2001, Fallos: 324:3219; “Rodríguez Pereyra”, 27/11/2012, Fallos: 335:2333.

70 El *certiorari* negativo que dicho artículo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra, permite a la Corte rechazar su jurisdicción extraordinaria, aun reunidos los requisitos que la habilitan, “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma”.

71 CSJN, “Fontevicchia”, 2017, Fallos: 340:47.

el discurso constitucional, se reserva la última palabra en esa materia y desafía al resto de los poderes.

A todo este panorama se le debe sumar el contexto político y judicial argentino de los últimos años, en el que encontramos cada vez casos más relevantes de normativas aprobadas por amplias mayorías legislativas pero declaradas inconstitucionales rápidamente por el Poder Judicial, o suspendidas por años hasta que se confirma su constitucionalidad pero logrando el objetivo de hacerle perder efectividad a las políticas públicas y, al mismo tiempo, ejemplos groseros de decretos o resoluciones inconstitucionales, o acuerdos con organismos internacionales con graves vicios de procedimiento e ilegitimidad que, como no afectan derechos de las minorías privilegiadas, y sus efectos nocivos se diluyen en el conjunto de la población presente y sobre todo en las generaciones futuras, no encuentran ningún límite real basado en el principio de la división de poderes.

Si la academia jurídica ha presentado a este ensamble de regulación de los DNU y la delegación legislativa, y al control judicial de constitucionalidad como un *sistema* de división de poderes, sólo es posible ante la mirada impávida de un auditorio adormecido por siglos de sedación doctrinaria. Todo lo contrario. No existe posibilidad alguna de que todo lo que estudiamos en este trabajo pueda presentarse como un armado coherente, ordenado y sistémico, y menos aún luego de las metamorfosis sufridas en las últimas décadas, producto de identificar cada característica como algo aislado y no como parte de un sistema que debe respetar delicados equilibrios.

Por eso nos parece fundamental que cuando se pone en discusión el régimen constitucional y legal de los DNU y la delegación legislativa se haga de la mano de una revisión crítica de la potestad, reservada con absoluta discrecionalidad al Poder Judicial, de efectuar el control de constitucionalidad. Sin una mirada global de los desequilibrios teóricos y prácticos del esquema de división de poderes que sufre nuestra país, difícilmente podremos avanzar en la consolidación de las reglas claras que una democracia sólida necesita y, sobre todo, que necesitan las grandes mayorías para que sus derechos no se vean atropellados sin ningún tipo de control por los sectores económicos más poderosos y concentrados, locales y foráneos, que son los que suelen hacer uso y abuso de estos desequilibrios institucionales en beneficio propio.

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA

Es Abogado y Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Decano de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Autor de libros y

otras publicaciones sobre la especialidad. Secretario del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

FEDERICO THEA

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Cuenta con estudios de posgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires y un Máster en Derecho Público de la University College London como becario del British Council. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Presidente del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Fue Director de Asuntos Jurídicos de YPF, Secretario Legal y Administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas Nacional, Rector de la Universidad Nacional de José Clemente Paz, Secretario General de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires y representante del Poder Ejecutivo ante el Consejo de la Magistratura provincial, con carácter de Consejero Titular. Autor de numerosos artículos académicos sobre su especialidad y libros como *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema*, *Derecho a la vivienda y litigio estructural* (EdUnpaz, 2017) y *La Justicia Acusada* (Penguin Random House, 2020).

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Jueces y Magistrados de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Jóvenes y Jóvenes Externos de la
Facultad de Derecho



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL