

SECCIÓN A CARGO  
DE MARISA L. PANETTA, GERÓNIMO ROCHA PEREYRA  
Y ESTELA B. SACRISTÁN

## DIMENSIÓN ACTUAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

por ALBERTO B. BIANCHI

Al que nace barrigón es al fudo que lo fajen.

### I. PLANTEO

#### 1. *El tema y su importancia*

Hasta que en 1993 la Corte resolvió "Cocchia v. Nación Argentina"<sup>1</sup>, la delegación legislativa no había despertado mayor interés. El Tribunal todavía repetía con monótono treno la discutible jurisprudencia establecida siete décadas antes en "A. M. Delfino"<sup>2</sup> y la doctrina habitualmente analizaba este tema

<sup>1</sup> Fallos, 316:2624 (1993). Empleando la delegación legislativa como herramienta teórica, la Corte declaró la constitucionalidad de un decreto por medio del cual el Poder Ejecutivo había dejado sin efecto un convenio colectivo de trabajo homologado por el Ministerio de Trabajo.

<sup>2</sup> Fallos, 148:430 (1927). En este caso fue convalidada una multa impuesta a una compañía marítima por infringir disposiciones portuarias. Se discutía entonces la constitucionalidad de un decreto de 1908 —aprobatorio del Reglamento del Puerto de Buenos Aires— en cuya aplicación la Prefectura General de Puertos había impuesto una multa por arrojar residuos en lugar prohibido. Dicho decreto había sido dictado en aplicación de lo previsto por la ley 3445 —de octubre de 1896— que había encargado a dicha Prefectura el ejercicio del poder de policía de los puertos sometidos a jurisdicción nacional. La tesis de la accionante era que la configuración de la multa en un reglamento administrativo suponía el ejercicio de una función legislativa que el Congreso no podía delegar en la Administración, bajo pena de violar los arts. 18, 67, incs. 11, 12 y 28; y 86, inc. 2º, CN. La Corte rechazó la pretensión de la empresa accionante y admitió, en consecuencia, la validez constitucional de la delegación efectuada por la ley 3445, pero lo hizo bajo un esquema interpretativo de la delegación que creo equivocado, pese a que se ha transmitido luego a toda la cadena de fallos posteriores. A partir de "A. M. Delfino", la Corte aplicó en numerosas situaciones la doctrina que emana de este fallo. Así por ejemplo en lo atinente a multas administrativas convalidó en "Sebastián Cartagenova", Fallos, 156:323 (1930) la delegación efectuada por la ley 5098 en el Concejo Deliberante de la Capital Federal para legislar sobre arrestos y multas. Con igual criterio en "León Waizelbaum", Fallos, 207:133 (1947) declaró la constitucionalidad de la ley 12.713 que había delegado en el Departamento Nacional de Trabajo las condiciones en que debían ser llevados los libros laborales, permitiendo además la aplicación de multas por infracción a la norma. En "Eduardo Soete", Fallos, 253:171 (1962), admitió la validez de la ley 13.526 que había delegado en el Poder Ejecutivo la reglamentación de los registros de impor-

en los estudios generales sobre el reglamento, dentro de las fuentes del derecho administrativo<sup>3</sup>. Por mi lado, la cuestión me había resultado suficientemente atractiva como para publicar un trabajo en el cual intenté señalar, que esta institución en la Argentina era más compleja de lo que aparentemente puede parecer, en la medida en que confluyen en ella, sin armonía alguna, las fuentes norteamericanas y españolas de nuestra Constitución, dando pie a dos clases diferentes de reglamentos que en realidad están ordenados al cumplimiento de un solo fin<sup>4</sup>.

La trascendencia del caso "Cocchia" hizo que la Convención Constituyente reunida en 1994 se ocupara expresamente de la cuestión y produjera una norma específica (el art. 76) para regular los límites de contenido y temporales de la delegación. Se trataba de uno de los tantos intentos del constituyente de 1994 por limitar la autoridad presidencial, para lo cual incluso creyó conveniente elevar el status del refrendo de los decretos que ejercieran facultades delegadas, dando esta competencia al jefe de Gabinete (art. 100, inc. 12). El nuevo artículo constitucional, además, estaba reforzado con la disposición transitoria octava, según la cual la legislación delegada preexistente, que no contuviera plazo establecido para su ejercicio, caducaría a los cinco años de entrada en vigencia la reforma, con excepción de la que el Congreso ratificara expresamente por medio de una nueva ley. La Convención así, implícitamente, encomendaba al Congreso la tarea de revisar toda la legislación delegada preexistente y determinar cuál de ella sería ratificada y cuál no. Para el cumplimiento de esta tarea la Convención otorgó cinco años que expiraban el 24 de agosto de 1999.

Recién cuando estos cinco años estaban por cumplirse<sup>5</sup>, nuestros legisladores tomaron conciencia de la trascendencia institucional que el caso tenía. Pero ya sin tiempo suficiente para encarar seriamente la tarea, el Congreso optó por la vía más rápida y sencilla: autoconcederse una prórroga. Fue así que nació la ley 25.148<sup>6</sup> que, sin embargo, fue bastante más allá de disponer la mera prórroga del plazo. La ley abordó en realidad cuatro cuestiones: a) prorrogó por

ladadores, fraccionadores o transformadores de productos industrializados o manufacturados y en "The American Rubber Co. SRL" lo hizo respecto de la ley 11.275 con relación a las facultades sancionatorias de la Secretaría de Comercio empleadas contra los infractores al régimen de identificación de mercaderías. Igual doctrina fue aplicada en "Radio Suipacha SACIF", *Fallos*, 300:271 (1977) en punto a la Ley de Abastecimiento 20.680 y en "Ufito SRL", *Fallos*, 304:1900 (1982), caso en el que se cuestionaba una resolución de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas dictada bajo el imperio de la ley 19.508.

<sup>3</sup> Cito por todos a MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, § 69, p. 256.

<sup>4</sup> BIANCHI, Alberto B., *La Delegación Legislativa*, Buenos Aires, 1990.

<sup>5</sup> Véase BIANCHI, Alberto B., "¿Toda la legislación delegada está por caducar? ¿Qué hacemos con la disposición transitoria octava?", ED, 182-1272.

<sup>6</sup> BO, 24/8/1999.

tres años el plazo de la disposición transitoria extendiéndolo hasta el 24 de agosto de 2002 (art. 1°); b) definió qué debe entenderse por materias determinadas de administración (art. 2°); c) aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada bajo la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994 (art. 3°); y d) excluyó de su ámbito todo lo referente a los reglamentos ejecutivos, es decir los que son dictados de conformidad con el art. 99, inc. 2°, CN.

Pero el Congreso tampoco encontró durante ese lapso tiempo suficiente para cumplir su cometido. El resultado ha sido entonces la sanción de la ley 25.645<sup>7</sup> que, con similar espíritu al de su predecesora, extiende por dos años más la prórroga, de modo que hasta el 24 de agosto de 2004 puede el Congreso abocarse a la tarea que la Convención le requirió hace ya ocho años<sup>8</sup>. Asimismo, desde la reforma constitucional, además de las dos leyes mencionadas, el Congreso ha dictado otras de trascendencia para la configuración actual de la delegación legislativa y la Corte Suprema ha producido algunos fallos que sin entrar en el fondo del problema se han referido a ella. Paralelamente, luego de la reforma de 1994, la delegación legislativa salió del discreto espacio que la doctrina le otorgaba. Se publicaron una gran cantidad de trabajos específicos que perseguían el objeto de interpretar la nueva norma constitucional<sup>9</sup>, y en las obras generales ésta ahora posee un tratamiento destacado<sup>10</sup>.

Pues bien, mi intención con el presente artículo, es describir cuáles son los puntos centrales que configuran actualmente la temática de la delegación legislativa y tratar de establecer, con la síntesis que requiere un trabajo de estas proporciones, el estado de cada uno de ellos. Intento verificar también si el art. 76 ha generado una contención mayor a la actividad presidencial que la anteriormente existente, o si por el contrario la delegación desde la reforma ha sido mayor aún. Todo ello, me parece, tiene interés en la medida en que la mayoría de las leyes requieren de la posterior intervención ejecutiva que interprete su sentido y permita aplicarlas. Asimismo, en un plano más teórico, el problema se

<sup>7</sup> BO, 9/9/2002.

<sup>8</sup> Bidart Campos sostiene la inconstitucionalidad de esta nueva prórroga. BIDART CAMPOS, Germán J., "La renovación inconstitucional de las prórrogas de la legislación delegada", LL, 30/9/2002.

<sup>9</sup> Entre ellos y sin perjuicio de los artículos que mencionaré más adelante, señalo el de Pablo E. Perrino, que con gran claridad hizo un análisis completo de la nueva realidad constitucional. PERRINO, Pablo E., "Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma constitucional", en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marichhoff, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 971/992.

<sup>10</sup> Véanse, por ejemplo, las recientes ediciones de los tratados de Juan Carlos Cassagne y Rodolfo C. Barra. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 184 y ss. y ps. 379 y ss.; BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, cap. IX, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

ubica en el centro de las relaciones entre el Congreso y el presidente, lo que tiene una evidente conexión con la separación de poderes. Me ha parecido entonces, que la sanción de la ley 25.645 concede una buena oportunidad para reflexionar un poco más en torno a la delegación legislativa y su estado actual.

## 2. Mapa tentativo de la delegación

Tenemos entonces que la legislación actual sobre la delegación legislativa está integrada, en el plano constitucional, por los arts. 76, 100, inc. 12, y por la disposición transitoria octava. En el orden legislativo, rigen en forma general las leyes 25.148 y 25.645, sin perjuicio de otras muchas que prevén delegaciones singulares. El panorama, no obstante, está plagado de dudas planteadas por la reforma constitucional y resueltas en parte por la ley 25.148, quien a su vez creó nuevos interrogantes. Veamos algunos de ellos.

A. El art. 76 planteó —por lo menos— la necesidad de despejar cinco cuestiones: (i) cuál de los dos tipos de delegaciones definidos por la jurisprudencia fue prohibido; (ii) qué debe entenderse por Poder Ejecutivo en el ámbito del art. 76; (iii) el significado de materias determinadas de administración; (iv) si el Congreso puede delegar en materia penal, tributaria, electoral, y de partidos políticos; (v) la autonomía de las normas delegadas luego de producida la caducidad de las normas delegantes. Además de estos interrogantes la reforma estableció la necesidad de que el Congreso fije en la ley delegante las bases, esto es, los límites impuestos al órgano delegado. No obstante tratarse de un concepto muy amplio, no me parece que genere mayores dudas sobre su significado. Al mismo tiempo sería muy difícil que la Constitución pudiera haber fijado un estándar más preciso. Lo importante es que puso como requisito de la delegación que ésta tuviera bases, las que serán luego analizadas en cada caso por los jueces.

B. El art. 100, inc. 12, no aclara si el refrendo del jefe de Gabinete debe hacerse sobre todos los decretos delegados o solamente sobre los que derivan de leyes de emergencia.

C. En la disposición transitoria octava el problema central es determinar qué quiso decir la Convención cuando se refirió a la legislación delegada preexistente.

D. La ley 25.148 definió el significado de materias determinadas de administración, pero a su vez ha planteado otras dudas con motivo del ámbito de la legislación delegante abarcada en su art. 1º y de la relación entre este último y el art. 3º. No menos problemático es lo dispuesto en el art. 4º en relación con los reglamentos ejecutivos.

E. Por último, la ley 25.645 reproduce con una identidad casi total a la ley 25.148, lo que en una primera impresión haría parecer innecesario todo lo que

no se refiera a la prórroga establecida en el art. 1º. Sin embargo, el art. 3º que también reproduce igual norma de la ley 25.148 tiene su sentido como veremos.

Tenemos entonces los interrogantes que surgen directamente de la Constitución y los que ha generado la defectuosa técnica legislativa empleada en la ley 25.148 y su más reciente versión la ley 25.645. Entre los primeros el más trascendente sin dudas es el del contenido de las materias determinadas de administración, pues si bien éstas fueron descritas por el art. 2º, ley 21.148, la legislación anterior y posterior a esta norma no contribuye a la clarificación de este concepto.

Como plan de trabajo voy a referirme primero a los interrogantes originados en la disposición transitoria octava y la ley 25.148, luego a los que nacen del art. 76, y del art. 100, inc. 12 y finalmente me ocuparé especialmente del problema de las materias determinadas de administración por ser éste el eje del sistema de la delegación legislativa. En las conclusiones analizaré el eterno problema de la confusión entre reglamentos ejecutivos y delegados, no despedada por ninguna de estas normas.

## II. INTERROGANTES DERIVADOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA OCTAVA Y DE LAS LEYES 25.148 Y 25.645

Todo lo referente a la delegación legislativa se ha ido tornando cada vez más confuso, de modo que creo necesario empezar por una distinción elemental. Por legislación delegante debe entenderse la que emite el órgano que delega, esto es, el Congreso. Es la que entrega al Poder Ejecutivo una porción de competencia legislativa para que éste la ejerza dentro de los límites fijados por ella. Legislación delegada en cambio es la que nace como fruto de la delegación, emitida por el presidente o el órgano administrativo que corresponda, con el fin de completar la norma delegante. Para ser más burdamente sencillo aún, la legislación delegante es la ley, y la legislación delegada es el reglamento. Juntas forman, finalmente, una sola pieza legislativa.

Hecha esta aclaración, necesaria especialmente al momento de interpretar la disposición transitoria octava, recordemos que la delegación legislativa, al momento de producirse la reforma de 1994, había dado lugar a una gran cantidad de leyes que delegaban en materias de muy diversa índole, generando reglamentos delegados de variada índole también.

Para limitar esta actividad el art. 76 en relación con la legislación delegante impuso una prohibición general, pero admitió dos excepciones. Es decir, el Congreso sólo podría dictar leyes que delegaran en materias determinadas de administración o de emergencia pública. Debía además fijar un plazo para el ejercicio de esa delegación.

La nueva norma constitucional imponía la necesidad de resolver la situación de la legislación delegante y delegada anterior a la reforma, que tanto abar-

caba las materias ahora permitidas por vía de excepción, como las prohibidas. A tales fines fue dictada la disposición transitoria octava cuya misión era establecer el estatuto jurídico (transitorio) de las normas previas a la reforma, ya se tratara de la legislación delegante como de la delegada. Para ello se impuso el plazo de cinco años. Sin embargo, como fruto de una redacción poco cuidadosa, la disposición transitoria sólo aludió a la legislación delegada, dejando como interrogante si con ella pretendía abarcarse solamente esta categoría o a las dos.

Ya se tratara de la legislación delegada, de la legislación delegante o de ambas, lo único cierto en 1999 era que el día 24 de agosto vencía el plazo establecido por la disposición transitoria octava y algo grave iba a suceder si el Congreso no tomaba urgentemente cartas en el asunto.

Cierto es que cuando se dispone de poco tiempo para resolver cuestiones complejas, lo mejor es tratar de abarcar lo menos posible, pues con ello la exposición al error se minimiza. Pero el Congreso no siguió este razonamiento elemental y al sancionar la ley 25.148 quiso hacer de ella una ley más ambiciosa de lo que la urgencia permitía. Tal vez no quería darse a la ciudadanía la impresión de que en cinco años no se había formulado la revisión legislativa encomendada por la Convención<sup>11</sup>, y para no dictar una ley de un solo artículo disponiendo meramente la prórroga del plazo otorgado por la disposición transitoria octava, nuestros legisladores optaron por avanzar en varias direcciones que hoy generan nuevos problemas de interpretación.

En síntesis, la ley se ocupó tanto de la legislación delegante como de la delegada (arts. 1º y 3º), describió también las materias determinadas de administración (art. 2º) y, no satisfecha con ello, aclaró que sus disposiciones no alcanzaban a los reglamentos ejecutivos, es decir los nacidos bajo el art. 99, inc. 2º. Reconozco que la ley tuvo el loable propósito de dejar resueltos de una sola vez todos los problemas, pero insisto, la delegación legislativa posee en nuestro país una trama tan confusa, que estas buenas intenciones suelen no tener buen destino cuando prima la urgencia.

Según dice el art. 1º, ley 25.148 (reproducido ahora por el mismo artículo, ley 25.645): *"Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratifícase en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El Poder Ejecutivo nacional ejercerá su atribución con arreglo a lo dispuesto en el art. 100, inc. 12, Carta Magna"*

<sup>11</sup> No obstante ello, los cuerpos técnicos parlamentarios habían estudiado el problema. Véase por ejemplo el informe elaborado por el Instituto Federal de Estudios Parlamentarios del Senado de la Nación, bajo la dirección del Dr. Rodolfo Antonio Iribarne.

La redacción es confusa pues en realidad debió decirse simplemente que el plazo de caducidad establecido en la disposición transitoria octava quedaba prorrogado por tres años. Sin embargo, imagino que los cuestionamientos constitucionales que se formularon a esta prórroga hicieron que el Congreso optara por esta redacción, donde es incorrecta la expresión "ratificase en el Poder Ejecutivo", pues en realidad lo que hizo fue prorrogar la vigencia de las leyes dictadas con anterioridad. Nada se ratificó tampoco en el Poder Ejecutivo, pues se trataba de legislación emanada del Congreso<sup>12</sup>. También es erróneo aludir a la "delegación legislativa", pues debió decirse legislación delegante. Por lo demás, en la parte final del artículo se alude al Poder Ejecutivo, esto es al presidente de la Nación, cuando el artículo constitucional allí citado corresponde al jefe de Gabinete.

El primero de los problemas es que —fórmula— el art. 1º no es abarcativo de toda la legislación delegante anterior a la reforma de 1994, sino solamente de la que se refiere a materias determinadas de administración y emergencia pública, que son las que resultan expresamente "ratificadas"<sup>13</sup>. ¿Cuál es entonces el destino de la legislación delegante abarcativa de cuestiones no comprendidas en las dos excepciones del art. 76? ¿Podría decirse que tal legislación anterior a la reforma, caducó porque el Congreso no la ratificó expresamente en agosto de 1999?

Lo que para colmo favorece esta interpretación es que el Congreso —artículo seguido— definió qué debe entenderse por materias determinadas de administración, quizás con la intención de señalar cuáles eran las leyes delegantes que quedaban vigentes por tres años más y cuáles no. Si además, ello deriva directamente del art. 76, no es difícil sostener que el Congreso sólo quiso mantener vigente aquello que la Constitución permite y derogar lo que ella prohíbe.

El segundo problema se plantea con el art. 3º referido a la legislación delegada. Esta norma aprueba la totalidad de los reglamentos delegados dictados al amparo de las leyes preexistentes a la reforma constitucional de 1994, ya sea que se tratara de normas referidas a materias comprendidas dentro de las excepciones del art. 76 o fuera de ellas. Ello quiere decir que todos los reglamentos delegados dictados hasta el 24 de agosto de 1999, bajo la legislación delegante sancionada antes de la reforma de 1994 en su conjunto, obtuvieron el rango de ley.

En síntesis, la letra estricta de la ley 25.148, sugiere que:

(i) Dado el transcurso del plazo de cinco años establecido en la disposición transitoria octava, caducó toda la legislación delegante que no estuviera

<sup>12</sup> En realidad el término "ratifíquese" viene de la disposición transitoria octava, que dispone la caducidad de la legislación que al cabo de cinco años no sea ratificada expresamente por una ley. Pero la ley 25.148 no dispuso jurídicamente una ratificación, sino la prórroga de vigencia de la legislación comprendida en ella.

<sup>13</sup> "...ratifíquese... por el plazo de tres años... la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública...".

referida a materias determinadas de administración o emergencia pública anterior a la reforma constitucional de 1994.

(ii) La legislación delegante anterior a la reforma comprendida en estas dos excepciones, ha sido ratificada (prorrogada en su vigencia) por tres años, ahora ampliados a dos más.

(iii) Los reglamentos derivados de la legislación prevista en (i) y (ii), emitidos hasta la sanción de la ley 25.148, adquirieron rango de ley.

(iv) Se presume que toda la legislación delegante dictada después de la reforma encuadra dentro de algunas de las dos excepciones que permite el art. 76, caso contrario sería inconstitucional.

(v) Se presume que luego de la ley 25.148 ya no se dictaron reglamentos delegados nacidos de la legislación delegante mencionada en (i).

Indudablemente, el texto de los arts. 1º y 3º, ley 25.148 —ahora reproducidos en la ley 25.645— parece indicar esta problemática de solución interpretativa, pero cabe preguntarse si con ello se satisfacen las exigencias de la disposición transitoria octava y de una mínima seguridad jurídica. En mi opinión ninguno de estos requisitos se cumple.

Tal como dije al comienzo, la obligación del Congreso bajo la disposición transitoria octava consistía en analizar *toda* la legislación (delegante y delegada) ya sea que estuviera comprendida en las dos excepciones establecidas por el art. 76 o no. Esta obligación no ha sido cumplida y si nos atuviéramos a la interpretación arriba formulada podría no serlo. Si esto ocurriera, habrá una gran cantidad de leyes, no identificadas exactamente, que tendrán de ahora en más un destino incierto, pues el Congreso no las habrá derogado expresamente sino por un medio implícito como es el art. 1º, ley 25.148.

Tampoco era necesario ni conveniente que en un solo acto legislativo adquirieran fuerza de ley una cantidad indeterminada de reglamentos cuya revisión o simple derogación en caso de ser ya innecesarios bien podría haberse encomendado al Poder Ejecutivo por una sencilla ley sancionada en forma inmediata a la entrada en vigencia de la reforma. Es indudable, además, que muchos de dichos reglamentos no entraban dentro de las dos excepciones que prevé el art. 76 y sin embargo el Congreso les dio rango de ley en forma instantánea, elevando la categoría jurídica de normas que ahora podrían ser inconstitucionales<sup>14</sup>. Todo ello

<sup>14</sup> Incluso, en caso de que fuera necesario decidir si la disposición transitoria octava se refiere al *reglamento delegado* o a la *ley delegante* personalmente optaría por esta última, pese a lo que formalmente dice su texto. Hay dos razones a mi entender que justifican esta posición. En primer lugar la legislación aludida debe ser ratificada por el Congreso. Ello hace pensar que se trata de leyes y no de reglamentos, pues de lo contrario dicha ratificación habría sido encomendada al Poder Ejecutivo de donde emanan los reglamentos delegados. Pero ese argumento, sin perjuicio de su imponente, no es determinante. El que sí me parece decisivo es el del plazo de ejercicio. Caducará —dice la disposición transitoria— aquella legislación que no tenga plazo determinado para su ejercicio. Pues bien, ¿cuál es la norma que debe fijar un plazo de ejercicio: la



demuestra que el art. 3º, ley 25.148, al haber dispuesto una aprobación definitiva, fue completamente innecesario y jurídicamente erróneo.

Una consideración merece también el art. 4º, según el cual los reglamentos ejecutivos, es decir los que proceden del art. 99, inc. 2º, no están alcanzados por las disposiciones de la ley. Es entendible que en un sistema jurídico que ha distinguido tradicionalmente entre reglamentos ejecutivos y reglamentos delegados, por artificial que sea esa diferencia, se incluya una norma de esta naturaleza. Pero sin dudas ella contribuye a aumentar la confusión entre cuáles reglamentos fueron elevados al rango de ley en virtud del art. 3º y cuáles no, especialmente si la propia ley no establece un criterio clasificador más allá de lo dispuesto en el art. 2º. Podrá decirse que hay reglamento ejecutivo cuando el presidente invoca las facultades del art. 99, inc. 2º (o del art. 86, inc. 2º, para los anteriores de la reforma), pero ello deja la cuestión librada a la discrecionalidad del presidente y por lo demás bien sabemos que desde "A. M. Delfino" hasta "Cocchia", es decir desde 1927 hasta 1993, la Corte sostuvo invariablemente que los reglamentos delegados nacían del art. 86, inc. 2º. Por lo tanto, si el Poder Ejecutivo siguió este criterio jurisprudencial tan reiterado, es muy probable que en más de una ocasión haya fundado un reglamento delegado en dicha norma constitucional, lo que resta certeza a tal criterio clasificador.

Por último, cuando ya se habían cumplido los tres años establecidos en el art. 1º, ley 25.148, fue promulgada con efecto retroactivo la ley 25.645<sup>15</sup>. Sus disposiciones reproducen fiel e innecesariamente las de su predecesora. Sólo dos cuestiones son de importancia en esta norma. La primera y más importante es la prórroga (también se alude a la ratificación) del plazo de la disposición transitoria octava. Pero también se reproduce el art. 3º, el cual aprueba la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994. Como esta legislación ya estaba aprobada por la ley 25.148 y tenemos que darle algún sentido jurídico a esta norma, debe entenderse que han quedado aprobados los reglamentos delegados emitidos luego de la ley 25.148. Ello obliga a presumir, además, bajo lo estrictamente dispuesto por la ley 25.148, que el Congreso alude ahora a los reglamentos originados en leyes cuyas delegaciones se hallan dentro de las excepciones autorizadas por el art. 76, pues las restantes perdieron vigencia al no ser ratificadas cuando se cumplieron los cinco años de la disposición transitoria.

En síntesis, creo que el Congreso no habrá de cumplir bien y debidamente con el mandato constitucional que le impuso la disposición transitoria octava, hasta tanto no haya producido una revisión exhaustiva de la legislación dele-

¿Ley delegante o el reglamento delegado? Parece obvio que debe ser la primera. Es el Congreso el que fija el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo ejercerá la delegación y, ello, por lo demás, es exactamente lo establecido en el art. 76, del cual depende la cláusula transitoria octava.

<sup>15</sup> BO, 9/9/2002.

gante y delegada sancionada antes de la reforma de 1994. Para ello, siguiendo el criterio que surge de la ley 25.148, deberá determinar qué leyes están vigentes y cuáles no, y sancionar una norma que lo establezca con claridad suficiente para despejar la inseguridad jurídica y la confusión hoy existentes.

### III. INTERROGANTES DEL ART. 76 Y DEL INC. 12 DEL ART. 100

Veamos ahora los interrogantes que planteó el art. 76 y su estado actual. Antes de ello recordemos someramente su esquema. El artículo tiene: a) una regla general; b) dos excepciones; c) dos requisitos para el ejercicio de estas excepciones y d) una regla de seguridad jurídica.

*A. Regla general:* se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.

*B. Excepciones:* salvo en materias determinadas a) de administración o b) de emergencia pública.

*C. Requisitos:* a) con plazo fijado para su ejercicio y b) dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

*D. Regla de seguridad jurídica:* la caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior, no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Cada uno de estos puntos genera alguna pregunta.

#### 1. ¿Qué tipo de delegación legislativa fue prohibida?

La primera pregunta sugerida por el art. 76 es cuál de los dos tipos de delegación fue alcanzado por la prohibición establecida en él. Bien es sabido que en "A. M. Delfino"<sup>16</sup>, la Corte formuló una distinción entre la llamada delegación propia, entendida como una transferencia total de facultades legislativas, y la impropia, descripta como el ejercicio de esa transferencia pero en forma limitada y con el objeto 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 la ley. La primera estaba prohibida y la segunda —que a juicio del Tribunal provenía del antiguo art. 86, inc. 2°— estaba permitida<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Citado en nota 2, *supra*.

<sup>17</sup> Decía allí la Corte que "el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la Administración ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos. Es éste —continúa— un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el art. 29" (*Fallos*, 148:434). Como regla fundamental la Corte establece, entonces, que el Congreso no puede delegar en el presidente o en otro departamento de la Administración ninguna de sus atribuciones; pero aclara luego que "no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el

Ya dije en un trabajo anterior<sup>18</sup>, y lo repito aquí, que el art. 76 hubiera hecho un gran favor al realismo del sistema constitucional argentino, si en lugar de intentar arrasar lisa y llanamente con estas nociones, las hubiera perfeccionado técnicamente. Sin embargo, la Convención de 1994 apoderada de un espíritu exageradamente idealista, quiso prohibir algo que, por estar en la esencia de todo gobierno, no es tan fácil de suprimir. Y la realidad legislativa posterior a 1994 se ha encargado de demostrarlo abundantemente, como veremos cuando me refiera al concepto de materias determinadas de administración. De modo pues que en mi opinión, ya expuesta hace algunos años en el trabajo arriba citado, la reforma de 1994 pretendió suprimir la delegación propia y en relación con la impropia, admitió solamente dos excepciones. Esta opinión —en cuanto a los alcances de la prohibición constitucional— es compartida también por Juan Carlos Cassagne<sup>19</sup>, Julio R. Comadira<sup>20</sup> y por María Angélica Gelli<sup>21</sup>. Barra, por su lado, sostiene que el art. 76 en realidad es una norma que autoriza la delegación en las dos materias allí indicadas<sup>22</sup>.

## 2. ¿Qué debe entenderse por Poder Ejecutivo?

Hasta 1994 el Congreso no sólo delegaba en el Poder Ejecutivo, sino también en otros órganos y entes que componen la Administración Pública, incluso se registran delegaciones a favor de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Ahora, el art. 76 establece una prohibición para delegar en el Poder Ejecutivo, y luego menciona las dos excepciones. Así, mediante una redacción indirecta, la norma sugiere que no puede haber delegaciones en los restantes componentes de la Administración. ¿Debemos deducir entonces que el presidente de la Nación es el único órgano habilitado constitucionalmente para recibir una delegación legislativa? Si nos atenemos a los propósitos de la refor-

---

ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella" pues "existe una distinción fundamental entre la delegación de 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 aun en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario se halla fuera de la Constitución" (*Fallos*, 148:435).

<sup>18</sup> BIANCHI, Alberto B., "Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma de la Constitución". RDA, nro. 17, año 6, sept.-dic. 1994, ps. 379/430.

<sup>19</sup> CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, T. I, p. 382.

<sup>20</sup> COMADIRA, Julio R., *Los reglamentos delegados*, obra colectiva sobre Acto y Reglamento Administrativo, correspondiente a las Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, ps. 679/692, esp. p. 686.

<sup>21</sup> GELLI, María Angélica, *Cuestiones de la delegación legislativa*, ED, 182-1277, esp. p. 1282.

<sup>22</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, cit., T. I, p. 486.

ma, imbuida de la necesidad de restringir la delegación todo lo posible, la respuesta debería ser afirmativa. Pero esta certeza se desdibuja si consideramos el destinatario de la delegación establecido en algunas leyes.

El caso más importante es el del jefe de Gabinete. Según el art. 100, inc. 7º, el jefe de Gabinete tiene a su cargo la ejecución del Presupuesto nacional y como consecuencia de esta atribución el Congreso delega en él una serie de facultades que aparecen en la Ley de Presupuesto y también en otras. Así, por ejemplo, la ley 25.565 (presupuesto 2002)<sup>23</sup> delega una serie de facultades de ejecución presupuestaria en el jefe de Gabinete y luego en el art. 58 establece: *"Las facultades otorgadas por la presente ley al jefe de Gabinete de Ministros podrán ser asumidas por el Poder Ejecutivo nacional, en su carácter de responsable político de la Administración general del país y en función de lo dispuesto por el art. 99, inc. 10, CN. Asimismo, déjase establecido que el jefe de Gabinete de Ministros podrá delegar las facultades conferidas por la presente ley, en el marco de las competencias asignadas por la Ley de Ministerios"*.

De igual modo, la ley 25.452 (ley de subsidio a favor de la Fundación de la Hemofilia)<sup>24</sup> facultó al jefe de Gabinete a reasignar partidas presupuestarias correspondientes a la Jurisdicción 80 Ministerio de Salud, destinadas a otorgar un subsidio de \$ 2.000.000 a favor de la Fundación de la Hemofilia, para ser distribuidos a los pacientes con hemofilia infectados con el virus HIV y a sus causahabientes.

Tenemos aquí dos ejemplos típicos de delegación en el jefe de Gabinete, bien que tienen fundamento en la facultad constitucional de ejecutar el Presupuesto. Pero también la ley 25.237 (presupuesto 2000)<sup>25</sup> cuyo art. 59 se refiere a las tasas que percibe la Inspección General de Justicia, dice en su segunda parte: *"Facúltase a la Jefatura de Gabinete de Ministros a partir de la vigencia de la presente ley a fijar los valores o en su caso escalas a aplicar para determinar el importe de dichas tasas, como así también a determinar los procedimientos para su pago y las sanciones a aplicar en caso de su incumplimiento"*. Ya no nos encontramos aquí ante una facultad típica de ejecución presupuestaria, sino de fijación de la alícuota de una tasa.

Asimismo, la norma constitucional no ha impedido —y no creo que debiera hacerlo— que el Congreso indique específicamente cuál será el órgano administrativo que actúe como autoridad de aplicación. Ley 25.453 (Ley de Déficit Cero) en el art. 16 instituyó a tal efecto conjuntamente a los Ministerios de Economía y de Trabajo, Empleo y Recursos Humanos, en lo que fuera materia de su competencia. La ley 25.380 (régimen para las indicaciones de proceden-

<sup>23</sup> BO, 21/3/2002.

<sup>24</sup> BO, 6/8/2001.

<sup>25</sup> BO, 10/1/2000.

cia y denominaciones de origen de productos alimentarios y agrícolas) estableció en el art. 34 que la autoridad de aplicación sería la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación.

Encontramos también algunas delegaciones en entidades autárquicas. Por ejemplo, la ley 25.413 (Ley de Competitividad)<sup>26</sup> estableció un impuesto del seis por mil sobre los créditos y débitos efectuados en cuentas —cualquiera fuera su naturaleza— abiertas en las entidades financieras (art. 1º). Luego en el art. 6º, dispuso que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) establecería los plazos, forma y oportunidad de los pagos correspondientes a dicho impuesto. También encontramos delegaciones en el Banco Central, cuya Carta Orgánica prevé la delegación en él de ciertas facultades. El art. 29 de aquella, conforme la redacción establecida en la ley 25.562<sup>27</sup>, dice: “*El Banco Central de la República Argentina deberá: ... b) Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija*”.

Hay casos como el de la ley 25.422 (Ley de Recuperación de la Ganadería Ovina)<sup>28</sup>, que instituye al Poder Ejecutivo nacional como autoridad reglamentaria (art. 1º). Dice luego en el art. 7º que la autoridad de aplicación es la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación y, en ese ámbito, el art. 9º crea la Comisión Asesora Técnica del Régimen para la Recuperación de la Ganadería Ovina (CAT). Luego se establece en el art. 13 que la autoridad de aplicación dictará el reglamento interno de funcionamiento de la CAT. Más adelante, en el art. 15, se crea un fondo fiduciario denominado Fondo para la Recuperación de la Actividad Ovina (FRAO), y finalmente el art. 17 dispone que la autoridad de aplicación, previa consulta con la CAT, establecerá el criterio para la distribución de los fondos del FRAO dando prioridad a las zonas agrocológicas del país en las cuales la ganadería ovina tenga una significativa importancia para el arraigo de la población y a los planes de trabajo o proyectos de inversión en los cuales se incremente la ocupación de mano de obra y/o en los que las personas físicas titulares de los beneficios se comprometan a radicarse dentro del establecimiento rural promovido. En síntesis, la ley delega en el Poder Ejecutivo el dictado de las normas reglamentarias o complementarias, pero al mismo tiempo autoriza directamente a la autoridad de aplicación a dictar normas para el funcionamiento de un órgano creado por la ley a quien a su vez le encomienda la distribución de un fondo fiduciario sobre la base de un criterio general que ella misma establece.

Algunas leyes, incluso, generan algunas dudas sobre cuál es el órgano delegado, ya que se menciona al Poder Ejecutivo pero inmediatamente el Congre-

<sup>26</sup> BO. 26/3/2001.

<sup>27</sup> BO. 8/2/2002.

<sup>28</sup> BO. 4/5/2001.

so indica específicamente qué órgano de la Administración ejercerá la facultad delegada. La ley 25.649 (Ley de Promoción de Medicamentos por su nombre genérico) <sup>29</sup> establece en su art. 8º, que el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud será el organismo encargado de controlar el cumplimiento de la ley, e inmediatamente después el art. 9º encomienda directamente a la "autoridad sanitaria nacional" elaborar—dentro de los 60 días de promulgada la ley— un vademécum, en el que se ordenarán las especialidades medicinales genéricas o formas comerciales autorizadas. Es el caso también de la ley 25.404 (Ley de Protección de las Personas con Epilepsia) <sup>30</sup>, cuyo art. 9º establece que "*El Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Salud en su calidad de autoridad de aplicación de la presente, llevará a cabo un programa especial en lo relacionado con la epilepsia, que tendrá los siguientes objetivos, sin perjuicio de otros que se determinen por vía reglamentaria:...* b) *Dictar las normas que desde el ámbito de su competencia permitan el mejor cumplimiento del objeto de la presente*".

Mayores dudas aún genera por ejemplo la ley 25.415 (Programa de detección y atención de la hipoacusia) <sup>31</sup>, cuyo art. 4º crea el Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia en el ámbito del Ministerio de Salud. Según esta misma norma, el Programa tendrá entre otros objetivos: "*Establecer, a través del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica, las normas para acreditar los servicios y establecimientos incluidos en la presente ley, los protocolos de diagnóstico y tratamiento para las distintas variantes clínicas y de grado de las hipoacusias*" (inc. g]).

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte, al resolver el caso "Julio Héctor Czerniecki" en febrero de 1995 <sup>32</sup>, sin prestar demasiada atención a la reforma constitucional del año anterior, el Tribunal siguió repitiendo su conocido cliché "no existe óbice constitucional para que el órgano legislativo confiera al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo cierta autoridad a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley" <sup>33</sup>. Un año después, en "Brunicardi v. Banco Central de la República Argentina" <sup>34</sup>, la Corte entendió que la autorización anticipada y genérica que el Congreso ha otorgado en la Ley de Ministerios al Ministro de Economía, para intervenir en operaciones de empréstito externo, operaciones financieras de ese carácter y en las negociaciones

<sup>29</sup> BO, 19/9/2002.

<sup>30</sup> BO, 3/4/2001.

<sup>31</sup> BO, 3/5/2001.

<sup>32</sup> Fallos, 318:137 (1995).

<sup>33</sup> Consid. 6º, Fallos, 318:139.

<sup>34</sup> Fallos, 319:2886 (1996).

internacionales de naturaleza económica, monetaria, comercial y financiera <sup>35</sup>, podría ser considerada como una delegación impropia en materia determinada de administración, cuyas bases estarían dadas en la Ley de Presupuesto <sup>36</sup>.

La reseña anterior naturalmente es incompleta, pero permite no obstante tener una idea de que el Congreso y también la Corte Suprema no han sido demasiado estrictos en la interpretación de lo que debe entenderse por Poder Ejecutivo en el ámbito del art. 76. Parecería así que el art. 76 no aludiría solamente al presidente de la Nación sino también a otros órganos y entes integrantes de la Administración Pública <sup>37</sup>. Por mi parte, a la luz de esta legislación <sup>38</sup>, coincido en no extremar la rigidez interpretativa de esta norma, pues el resultado inevitable de ello es aumentar innecesariamente la carga de tareas del presidente, lo que supone dar mayor poder reglamentario a las oficinas técnicas dependientes de aquél, quienes en definitiva terminarán subdelegando en los que poseen competencia específica. Más aconsejable entonces —al menos por el tiempo que ello ahorra— es que el Congreso delegue directamente en el órgano o ente que debe ejercer la delegación en función de su competencia en la materia delegada. Me permito así, hacer extensivo a toda la Administración el criterio expuesto por Gordillo en relación con los entes reguladores de servicios públicos <sup>39</sup>. Cassagne, por el contrario, entiende que la delegación es una facultad sólo acordada al Poder Ejecutivo y por ende las potestades delegadas en los entes reguladores antes de la reforma constitucional pueden subsistir únicamente en la medida en que se adecuen a los límites establecidos en el art. 76 <sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Se trataba del art. 20, incs. 13 y 25, Ley de Ministerios según el texto ordenado por el dec. 132/1983, vigente al tiempo de los hechos que se discutan en esos autos.

<sup>36</sup> Consid. 13, *Fallos*, 319:2918.

<sup>37</sup> Comadira entiende que es posible extender la delegación a favor de entes descentralizados creados por el Congreso en ejercicio de facultades constitucionales, sea que éstas se justifiquen en razón de la materia administrativa específicamente asignada por la Constitución al Congreso o bien por involucrar la reglamentación de derechos individuales (trabajo citado en nota 20, p. 690). Gelli, por el contrario, sólo admite que el órgano delegado sea el presidente (trabajo citado en nota 21, p. 1283).

<sup>38</sup> En un primer momento (art. cit., nota 18, p. 425) sostuve que para mantener la coherencia terminológica entre los arts. 76 y 87, el concepto de Poder Ejecutivo en el art. 76 debía limitarse a "presidente de la Nación", pero la conducta posterior del Congreso me hace pensar en la conveniencia de no limitar este concepto y admitir que otros órganos o entes puedan ser objeto de una delegación legislativa.

<sup>39</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., T. I, cap. VII, ps. 60/61. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.

<sup>40</sup> Este autor advierte, asimismo, que una permisón legislativa amplia a favor de los entes reguladores, podría convertirlos en parlamentos sectoriales permanentes. (*Derecho Administrativo*, T. I, ps. 383 y 384).

3. *¿Puede delegar el Congreso en materia penal, tributaria, electoral y de partidos políticos?*

El art. 76, en cuanto habilita al Congreso a delegar en materias de emergencia pública genera la duda de si éstas pueden abarcar también las materias prohibidas al Poder Ejecutivo en el art. 99, inc. 3º, es decir lo penal, lo tributario, lo electoral y el régimen de los partidos políticos. No caben dudas de que el propósito de la reforma de 1994 fue prohibir al Poder Ejecutivo el ejercicio de estas competencias en forma autónoma, es decir por medio de un reglamento de necesidad y urgencia, dada la sensibilidad que estas materias poseen; pero, ¿esta prohibición se extiende también cuando el presidente está legalmente habilitado para ello, o puede decirse que tal sensibilidad desaparece cuando primero legisla el Congreso, fija un plazo de ejercicio y establece las bases para legislar?

La respuesta no es fácil y puede haber buenos argumentos en ambos sentidos<sup>41</sup>. Pero no nos olvidemos que mientras la Constitución Nacional permita al presidente dictar reglamentos ejecutivos sobre estas materias, la discusión será meramente académica. En otras palabras, bajo el art. 99, inc. 2º, el presidente puede reglamentar leyes penales, impositivas, electorales y de partidos políticos, con la sola limitación de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Y todo sabemos además que el control judicial en esta materia es muy benevolente.

La Corte Suprema comenzó a ocuparse de este problema en 1928 cuando resolvió el caso "Administración de Impuestos Internos v. Chadwick, Weis y Cía. Lda."<sup>42</sup>. La demandada impugnaba el decreto reglamentario de la ley 11.252, señalando que la ley en cuestión establecía un impuesto sobre las primas de seguros que debían pagar solamente las compañías aseguradoras no radicadas en el país, mientras que la reglamentación había extendido el tributo a los particulares que también estaban en esas condiciones. La Corte, si bien admitió que el decreto no era aplicable a la recurrente pues no era un particular, por vía de *obiter* convalidó la reglamentación diciendo: "*Que de acuerdo con el texto expreso de la cláusula constitucional que se dice vulnerada en el caso, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, pero no puede alterar su espíritu con dichas reglamentaciones; enunciado que importa, en otros términos, de acuerdo con preceptos generales de la exégesis más estricta, que los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma;*

<sup>41</sup> Barra, por ejemplo, sostiene que el art. 76 habilita al Congreso a delegar en materias prohibidas por el art. 99, inc. 3º. (*Tratado...* cit., T. I, p. 492).

<sup>42</sup> *Fallos*, 151:5 (1928).



*el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva, y en consecuencia, procede establecerse en general, desde luego, que no vulneran el principio constitucional de que se trata las instrucciones y reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes cuando esa reglamentación se dicte 'cuidando', para usar el vocablo de la Constitución, de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes hayan sido sancionadas"* <sup>43</sup>.

Algunos años después volvió a convalidar la constitucionalidad de otro decreto con iguales razonamientos en "María F. de Salmón" <sup>44</sup>. La norma cuestionada era la Reglamentación General de Impuestos Internos en cuanto establecía ciertas presunciones de fraude a las disposiciones de la ley reglamentada. Dijo la Corte que *"...el Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria constitucional, cuando simplemente se aparta de la estructura literal de la ley siempre que se ajuste al espíritu de la misma; y el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva"* <sup>45</sup>. Igual criterio surge de la causa "Pérez y González" <sup>46</sup>, seguida por infracción a la ley 12.591, cuyo reglamento exigía colocar carteles identificatorios del precio y categoría a la cual pertenecían en los artículos objeto de la regulación legal. Dijo el Tribunal: *"Esta Corte ha decidido de manera reiterada que el Poder Ejecutivo no excede la facultad reglamentaria que le acuerda el art. 86, inc. 2º, CN, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales: propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajusten así en definitiva, a su espíritu"* <sup>47</sup>.

De igual manera, en "Julio L. Bustos SRL v. Nación Argentina" <sup>48</sup>, donde se discutía la constitucionalidad de una reglamentación aduanera que eliminaba la exención de pago de derechos para ciertos productos contemplados genéricamente en la ley 11.588, la Corte resolvió a favor de la constitucionalidad de la norma diciendo: *"...como lo tiene decidido este Tribunal, en forma reiterada, no excede aquél la facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o cons-*

<sup>43</sup> Fallos, 151:33.

<sup>44</sup> Fallos, 178:224 (1937).

<sup>45</sup> Fallos, 178:226.

<sup>46</sup> Fallos, 200:194 (1944).

<sup>47</sup> Fallos, 200:195.

<sup>48</sup> Fallos, 232:287 (1955).

tituyan medios razonables para evitar su violación y se ajustan así, en definitiva, a su espíritu" <sup>49</sup>. Más tarde, en "Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines v. E. Flaibán SA" <sup>50</sup>, se declaró la constitucionalidad de la reglamentación que exigía pagar la contribución patronal a la obra social de una asociación profesional de trabajadores. La Corte repitió en este caso lo que ya se había convertido por entonces en un cliché habitual: "Los decretos reglamentarios del Poder Administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando... de qué se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas" <sup>51</sup>.

Los casos posteriores, en general, siguen esta misma corriente de modo, pues, de que sólo se pueda extraer de ellos pautas muy generales. La mayoría de los fallos invocan el principio general de la norma constitucional y luego pasan inmediatamente a determinar si en el caso concreto se ha cumplido o no con la limitación allí impuesta, es decir, no se han elaborado principios jurisprudenciales sobre los poderes presidenciales para la ejecución de las leyes. La Corte se ha movido más bien con un criterio intuitivo sin establecer reglas objetivas que den sostén y permitan comprender mejor el enunciado constitucional. A tal fin simplemente se han redactado dos fórmulas generales que se utilizan indistintamente y que expresan conceptos idénticos más allá de las palabras empleadas en cada una:

*El Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria cuando se aparta, simplemente, de la estructura literal de la ley, siempre que se ajuste al espíritu de la misma, cuyo texto puede ser modificado en sus modalidades de expresión, con tal de que no se afecte su aceptación substantiva.*

*El Poder Ejecutivo no excede la facultad reglamentaria, que le acuerda la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medidas razonables para evitar su violación y se ajusten, en definitiva, a su espíritu.*

Se han utilizado también otras expresiones tales como: los decretos reglamentarios son válidos cuando los lineamientos de la "política legislativa" aparecen suficientemente determinados en la ley o no se altera su espíritu <sup>52</sup>; o bien: existe violación del art. 86, inc. 2º, CN (hoy 99, inc. 2º), cuando la reglamentación de la ley puede considerarse incompatible con el espíritu de la misma, extremo que con-

<sup>49</sup> Fallos, 232:293.

<sup>50</sup> Fallos, 244:309 (1959).

<sup>51</sup> Fallos, 244:312.

<sup>52</sup> "The American Rubber Co. SRL", Fallos, 298:609 (1977).

curre si la norma reglamentaria excede el ámbito en que la interpretación es opinable y en que es posible la elección entre varias soluciones<sup>53</sup>, pero puede advertirse que en cualquier caso se mantiene igual criterio de fondo.

Frente a un escaso escrutinio judicial de las facultades reglamentarias, no es difícil encontrar decretos donde el Poder Ejecutivo ingresa en materias prohibidas por la Constitución, como la de los partidos políticos, por vía del art. 99, inc. 2°. De ello existen algunos ejemplos recientes. La ley 25.611 modificó el art. 29, Ley Orgánica de los Partidos Políticos (ley 23.298), permitiendo que la elección de los candidatos a presidente y vicepresidente, así como la de los candidatos a senadores y diputados nacionales se realizaran a través de internas abiertas. Posteriormente, el Poder Ejecutivo reglamentó esta norma por medio del dec. 1397/2002, en el cual se dispuso (art. 3°) que el padrón electoral a utilizar en las elecciones internas abiertas de los partidos políticos estaría constituido por la totalidad de los ciudadanos habilitados a sufragar, de acuerdo con el Código Electoral nacional. Esto motivó el planteo de una acción judicial impugnando la constitucionalidad de tal disposición, y el éxito obtenido en estas acciones hizo que el Poder Ejecutivo dictara el dec. 1578/2002 que modifica el 1397/2002, en relación con los ciudadanos habilitados para votar en la interna de cada partido político o alianza electoral nacional. Así el art. 3° reformado establece que *"Tendrán derecho a sufragar en la elección interna de cada partido político o alianza electoral nacional, sus afiliados y los ciudadanos que carezcan de afiliación política"*.

Puede verse, entonces, que la prohibición constitucional rígida y formal del art. 99, inc. 3°, puede quedar privada de toda efectividad por virtud del inciso inmediato anterior. Una vez más, la coexistencia de reglamentos delegados y ejecutivos sin un claro criterio diferenciador entre ambos —si puede haberlo— complica cualquier análisis de estos problemas.

#### 4. *¿Tienen autonomía las normas delegadas luego de producida la caducidad de las normas delegantes?*

El art. 76 ordena que toda norma delegante fije un plazo para que el delegado ejerza la habilitación otorgada, vencido el cual ésta caduca. Luego agrega, como medida de seguridad jurídica, que *"La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa"*.

La pregunta que sugiere esta situación es si la norma delegada, nacida dentro del plazo otorgado por la ley delegante, tiene vida autónoma y puede se-

<sup>53</sup> "López v. Estado nacional", *Fallos*, 300:1167 (1978).

guir generando nuevas situaciones jurídicas luego de vencido el plazo de caducidad o si, por el contrario, ella sigue la suerte de la norma principal y también caduca, sin perjuicio, claro está, de la continuidad de las relaciones jurídicas nacidas durante el plazo establecido en la ley.

Una primera respuesta parece aconsejar que la norma delegada tenga autonomía de vida posterior al ejercicio del plazo de caducidad. Ello evitaría que una reglamentación tardía carezca de efectividad alguna al no tener tiempo de dar lugar al nacimiento de relaciones jurídicas, o de que fueran muy escasas las que pudieran establecerse. Pero no podemos dejar de admitir, también, que la vida autónoma del reglamento delegado posterior al vencimiento del plazo de la delegación, priva a éste de mayor sentido, ya que una reglamentación ejercida en términos amplios puede hacer innecesaria una nueva habilitación legal.

5. *¿Qué tipo de reglamentos delegados debe refrendar el jefe de Gabinete?*

El art. 100, inc. 12, incluye dentro de las atribuciones del jefe de Gabinete "Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente". De no haberse incluido esta última mención sobre la Comisión Bicameral Permanente, la norma sería clara en el sentido de que todos los reglamentos delegados (los que se refieren a materias determinadas de administración y los que se dictan en virtud de una emergencia pública), deberían ser refrendados por el jefe de Gabinete. Pero la Constitución crea la mencionada Comisión (que por lo demás todavía no existe) en el art. 99, inc. 3º, con el exclusivo objeto de revisar los reglamentos de necesidad y urgencia. Tenemos entonces dos opciones: a) el art. 100, inc. 12, extiende la competencia revisora de la Comisión a todos los reglamentos delegados o b) la competencia de aquélla se limita exclusivamente a la legislación de emergencia, ya sea que se trate de reglamentos delegados o de reglamentos de necesidad y urgencia. En este segundo supuesto el refrendo del jefe de Gabinete sólo comprendería los reglamentos delegados en casos de emergencia.

Me inclino por esta segunda opción, en la medida en que me parece más acorde con el propósito para el cual la Comisión fue pensada por los constituyentes. Si bien la redacción del art. 1º, ley 25.148 (luego reproducida por la ley 25.645) sugiere lo contrario, pues se refiere al art. 100, inc. 12, abarcando todos los reglamentos comprendidos en el art. 76, no olvidemos la imperfección técnica de esta norma, que incluso menciona al Poder Ejecutivo cuando alude a una disposición constitucional del jefe de Gabinete.

## IV. MATERIAS DETERMINADAS DE ADMINISTRACIÓN

Sin lugar a dudas el eje de la delegación pasa por el concepto de "materias determinadas de administración", el cual a primera vista es contradictorio pues siendo el Poder Ejecutivo el órgano administrador por excelencia, parece un contrasentido que el Congreso pueda delegarle materias relativas a la administración. No obstante, la norma constitucional existe y era necesario buscarle algún sentido, que además fuera coherente con la tendencia restrictiva de la delegación establecida en el art. 76.

La ley 25.148 definió entonces cuáles son las materias determinadas de administración, acudiendo para ello a una idea aportada en su momento por Julio R. Comadira quien conjugó en ella las enseñanzas de Bielsa y Marienhoff. Recuerda Comadira, en primer lugar<sup>54</sup>, que la locución "materias determinadas de administración" fue utilizada por Bielsa para referirse a los aspectos sobre los cuales puede recaer una delegación legislativa, bien que si leemos las conclusiones de este autor su visión sobre la delegación es verdaderamente restrictiva<sup>55</sup>. Tal circunstancia permitiría suponer que el Congreso, al sancionar el punto G (b) del Núcleo de Coincidencias Básicas de la ley 24.309, luego volcado casi textualmente en el art. 76 y en la cláusula transitoria octava, tuvo en cuenta la doctrina del célebre profesor rosarino, pero ello no surge de lo dicho por Alberto García Lema, uno de los miembros informantes en la Convención<sup>56</sup>. En segundo lugar, Comadira recordó la distinción efectuada por Marienhoff entre administración general y especial<sup>57</sup>. La primera es la que tenía asignada el presidente en virtud del antiguo art. 86, inc. 1º (hoy 99, inc. 1º) y la segunda son las administraciones especiales del Congreso, identificadas por Marienhoff en la facultad de crear entidades autárquicas.

De la unión de estas dos nociones, surgió la enumeración que luego el Congreso volcó en el art. 2º, ley 25.148, que dice<sup>58</sup>:

*"A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con:*

*"a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos*

<sup>54</sup> Trabajo citado en nota 20, p. 686.

<sup>55</sup> BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 480.

<sup>56</sup> GARCÍA LEMA, Alberto M., "La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava", ED, 182-1285, esp. p. 1292.

<sup>57</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, § 118, ps. 407/408.

<sup>58</sup> También ha sido reproducida en el art. 2º, ley 25.645.

y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización;

"b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno;

"c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios;

"d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;

"e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;

"f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país".

Como vemos, salvo los incs. e) y f), que pueden ampliar sustancialmente el ámbito de la delegación, la enumeración de los anteriores está en línea con la doctrina de que las materias de administración se refieren sustancialmente a la creación y organización de entidades autárquicas y de los órganos de la Administración. No es claro si el Congreso pretendió fijar definitivamente la enumeración de las materias determinadas de administración, o si los hizo solamente con motivo de la ley 25.148, atendiendo las finalidades específicas que motivaron su dictado. Parecería que al decir "A los efectos de esta ley", la enumeración está circunscripta a los fines específicos de la ley, esto es, prorrogar el plazo de la disposición transitoria octava.

Refuerza este criterio el hecho de que poco después la ley 25.414<sup>59</sup> amplió la enumeración. Su art. 1º decía:

"Facúltase al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones hasta el 1º de marzo del año 2002.

"I. Materias determinadas de su ámbito de administración:

"a) Decidir la fusión o centralización de entes autárquicos, reparticiones descentralizadas o desconcentradas o la descentralización de organismos de la administración central, pudiendo otorgarles autarquía.

"b) Transformar entidades autárquicas, reparticiones descentralizadas o desconcentradas, total o parcialmente, en empresas públicas, sociedades del Estado u otras formas de organización jurídica, para que puedan cumplir su objeto sin más limitaciones que las que determinen las necesidades de un mejor funcionamiento y eficacia en su gestión o resulten de la Ley de Administración Financiera 24.156.

<sup>59</sup> BO, 3/3/2001.

"c) Sujetar al personal de los entes comprendidos en los supuestos contemplados en el inciso d) a las normas del derecho común...<sup>60</sup>

"d) Desregular y mejorar el funcionamiento y la transparencia del mercado de capitales y de seguros, garantizando el debido control del sector.

"e) Modificar la Ley de Ministerios, según lo estime conveniente.

"f) Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados".

Como vemos, si bien esta ley continúa en la línea de la anterior en cuanto a las facultades legislativas sobre organización administrativa, agrega algunos puntos importantes en relación con el régimen del empleo público y la regulación del mercado de capitales y de seguros.

Parecería entonces que el concepto de "materias determinadas de administración" gira en torno a la legislación vinculada con la organización administrativa. Pero en cuanto profundizamos un poco en las leyes 25.148 y 25.414 (bien que el plazo de ésta ya expiró) nos encontramos con un universo bastante más amplio del que aparentemente surge de la mera creación y organización de los entes y órganos administrativos.

La ley 25.148, por lo pronto, permite delegar en "materia de servicios públicos" (art. 2º, inc. e)), lo que supone no sólo crear entes reguladores, sino que puede extenderse a la regulación de los derechos de los usuarios, la fijación de tarifas, el tratamiento de problemas ambientales, la celebración, renegociación y terminación de contratos, la calificación de utilidad pública para la extensión de los servicios, etc. Más amplio todavía es el inc. f) que al referirse en forma residual a "toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país", puede convertirse en una válvula de escape hacia cualquier lado. La "administración del país" es un término tan omnicompreensivo que puede dar cabida a casi todos los incisos

<sup>60</sup> El inciso continúa diciendo "Las normas que se dicten a tal efecto garantizarán a los trabajadores la preservación de los derechos adquiridos en virtud de la ley marco de regulación del empleo público nacional cuando queden sujetos al régimen laboral y gozarán de la estabilidad en el empleo por ella prevista por el término de dos (2) años a partir del momento en que se modifique la naturaleza del vínculo laboral al que estén sujetos, quedando vigente por dicho lapso el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable.

"Durante el término indicado en el párrafo precedente, las partes deberán negociar un nuevo Convenio Colectivo de Trabajo. En el caso de no arribarse en ese lapso a un nuevo Convenio Colectivo de Trabajo, las partes deben someterse a un arbitraje".

del art. 75, especialmente los dos más generales, el 18 y el 19, que además amplían la vieja "cláusula de progreso" de Alberdi (ex 67, inc. 16).

La segunda ley incorpora, a su vez, nuevas materias de administración. En primer lugar, desregular y mejorar el funcionamiento y la transparencia del mercado de capitales y de seguros, ya está muy lejos de la mera organización administrativa. Por lo demás, si regular el mercado de capitales y de seguros puede ser una materia determinada de administración ¿por qué no ha de serlo también la regulación de cualquier otro? También está lejos de la mera organización administrativa la modificación de la Ley de Ministerios "según lo estime conveniente" el Poder Ejecutivo. En este caso, además, las bases de la legislación son tan amplias que podrían ser inconstitucionales. Por último, la facultad de derogar total o parcialmente las normas que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, puede exceder también la mera organización administrativa. Sería necesario definir primero qué debe entenderse por "funcionamiento operativo" ya que dentro de este amplio concepto caben muchas normas que regulan las relaciones de la Administración con los particulares.

En síntesis, el concepto de materias determinadas de administración bajo la legislación analizada es difuso e impreciso. El criterio de circunscribirlo a las normas relativas a la creación de entidades autárquicas y a la organización administrativa en general parece correcto, pero la misma ley 25.148 desvirtuó ese buen propósito inicial y la 25.414 consumó más aún el desvío. Como resultado, me atrevería a decir que una excepción tan amplia, se parece mucho a una regla general.

## V. CONCLUSIONES

Voy a formular mis conclusiones en tres partes. En primer lugar, y a riesgo de parecer obstinado, voy a insistir en que nada se resolverá con claridad en materia de delegación legislativa, mientras subsista esta división artificial entre reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos. Seguidamente analizaré si con la legislación nacida al amparo del art. 76 se ha reducido o ampliado la delegación legislativa. Por último haré una síntesis de los puntos abarcados en el curso del presente, con una reflexión final.

### *1. Reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos*

En la Argentina hemos desarrollado cuatro tipos de reglamentos cuyo análisis —por ser bien conocidos y estar extensamente explicadas en las obras generales del derecho administrativo<sup>61</sup>— excede el marco de este artículo<sup>62</sup>. Me

<sup>61</sup> Me remito a los autores citados en las notas 3 y 10.

<sup>62</sup> Ciertamente, me refiero solamente a los reglamentos que emanan del Poder Ejecutivo,



limitaré entonces a recordar solamente que tenemos: *reglamentos autónomos*, con fundamento constitucional en el art. 99, inc. 1º, y que se le reconocen al presidente como "responsable político de la Administración"; *reglamentos ejecutivos*, previstos en el art. 99, inc. 2º; *reglamentos delegados*, que antes de 1994 surgían implícitos del ex art. 67, inc. 28, y ahora están expresamente reconocidos en el art. 76; y *reglamentos de necesidad y urgencia*, reconocidos en el art. 99, inc. 3º, luego de la reforma constitucional de 1994.

De esta clasificación se sigue, en primer lugar, que en el derecho argentino el reglamento en relación con la ley puede: a) ser independiente (autónomo); b) nacer al amparo de ella con el objeto de llenar sus contenidos y ponerla en ejecución (delegados y ejecutivos); o c) suplantarla ante la imposibilidad de que el Congreso legisle con eficacia en una emergencia (de necesidad y urgencia). Ello indica, en segundo lugar, que nuestro sistema jurídico reconoce dos clases diferentes de reglamentos para el cumplimiento de una sola misión. Es decir, para llenar los claros de la ley, tenemos los reglamentos delegados y los ejecutivos. El problema es que nunca ha podido establecerse con claridad la diferencia entre unos y otros.

El problema, como sabemos, viene de una mezcla de fuentes españolas y norteamericanas que en este punto conviven en nuestra Constitución sin armonía alguna. Los constituyentes de 1853 en materia de potestad reglamentaria siguieron el proyecto de Alberdi, que en su art. 85, inc. 2º<sup>63</sup> copió el art. 170, inc. 1º, de la llamada Constitución de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz en marzo de 1812<sup>64</sup>. Ello dio lugar al viejo art. 86, inc. 2º<sup>65</sup> (hoy 99, inc. 2º),

---

esto es los decretos, que constituyen la principal fuente de la actividad reglamentaria de la Administración. No desconozco obviamente que en paralelo existe una gran cantidad de normas administrativas de alcance general que dictan los restantes órganos y entes de la Administración y que podrían ser clasificados en dos grandes grupos: a) los que proceden de facultades propias del órgano emisor y b) los que se ejercen por delegación. Esa delegación por lo general es administrativa, esto es, procede del superior jerárquico, pero podría también ser legislativa en caso de que la fuente de la habilitación estuviera en una ley aun cuando luego de la reforma constitucional se sostuviera que el art. 76 sólo permite delegaciones en el Poder Ejecutivo, lo que no es correcto ya que numerosos entes administrativos ejercen actividades por vía de delegación legislativa. Cito solamente como ejemplo al Banco Central y a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

<sup>63</sup> El proyecto de Constitución de Alberdi decía: Art. 85. "El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones:... 2. Expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias".

<sup>64</sup> Este artículo decía: "Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: Primera: Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes".

<sup>65</sup> Antes de la reforma de 1860 era el art. 83.2.

que ha permitido al presidente argentino poseer facultades propias para reglamentar las leyes, es decir sin requerir habilitación legislativa previa, según se ha sostenido reiteradamente <sup>66</sup>.

En los Estados Unidos, por el contrario, el único paralelo que podemos encontrar con el art. 99, inc. 2º, es la llamada *take care clause* inserta en el art. II <sup>67</sup>, por medio de la cual el presidente debe cuidar (*take care*) de que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración <sup>68</sup>. Así, mientras en la Argentina es el presidente quien directamente *ejecuta* las leyes, en los Estados Unidos éste *cuida* de que las leyes sean debidamente ejecutadas <sup>69</sup>. Lo que sí tiene gran desarrollo allí es el equivalente de nuestro reglamento delegado, aun cuando no recibe esta denominación. En los Estados Unidos existen —en el orden federal— tres clases de reglamentos (*rules*). Ello son: a) *substantive rules*, también llamados *legislative rules*; b) *interpretative rules* y *procedural rules* <sup>70</sup>. Las *substantive rules* son las más importantes de todas y coinciden en parte con nuestros reglamentos delegados. Proceden siempre de una delegación legislativa y son en el ámbito de la Administración y dentro de los límites de la delegación y de la competencia de quien las emite, el equivalente de las leyes. Ello significa que pueden afectar derechos e imponer obligaciones. Son sancionadas por medio de un procedimiento formal establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedures Act*, APA) <sup>71</sup>, según el cual antes de emitir el reglamento se debe publicar el proyec-

<sup>66</sup> Desde Joaquín V. González en adelante, la doctrina argentina ha reconocido que el Poder Ejecutivo puede emitir reglamentos ejecutivos sin que haya una habilitación legal expresa. GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", en *Obras Completas*, T. III, Buenos Aires, 1935, § 545, p. 471; BIELSA, *Derecho Constitucional*, cit., p. 667; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T. I, Tea, Buenos Aires, 1949, p. 272; MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., T. I, § 67.a, p. 248; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 184.

<sup>67</sup> "...he (el presidente) shall take care that the laws be faithfully executed..."

<sup>68</sup> Se admite incluso que el presidente bajo esta cláusula podría ejercer el veto de una ley inconstitucional o negarse a ejecutarla. Para una discusión sobre este tema véase: TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3rd. ed., vol. I, Foundation Press, New York, 2000, ps. 725/730.

<sup>69</sup> El presidente norteamericano, a través de una gran cantidad de *executive orders* dictadas especialmente a partir de la presidencia de Richard Nixon, ha desarrollado una intensa tarea de revisión de los reglamentos emanados de las agencias administrativas. Bajo la presidencia de Clinton se dictó la EO nro. 12.866, que vino a reemplazar a la nro. 12.291 del presidente Reagan antes mencionada. Véase: LUBBERS, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd. ed., American Bar Association, 1998, ps. 19/33.

<sup>70</sup> La división expuesta es la comúnmente aceptada por los autores. Davis-Pierce que también se basan en ella reconocen, no obstante, la existencia de otro tipo de reglas llegando a enumerar doce clases: DAVIS, Kenneth C. - PIERCE, Richard J. (Jr.), *Administrative Law Treatise*, 3rd. ed., vol. III, Little Brown and Co., 1994, p. 108. En adelante: DAVIS - PIERCE, *Treatise...*

<sup>71</sup> 5 USC § 553 (b).

*deral Register*<sup>72</sup> y se debe dar oportunidad a los interesados a que emitan su opinión (*notice and comment*). En algunas ocasiones, incluso se requiere de una audiencia pública formal, según lo establecido también en la APA<sup>73</sup>.

Pues bien, al momento de desarrollar la delegación legislativa, la Corte Suprema en "A. M. Delfino"<sup>74</sup> citó precedentes norteamericanos permitiendo incorporar así, el concepto de reglamento delegado al lado del de reglamento ejecutivo, nacido del art. 86, inc. 2º (ahora 99, inc. 2º). Y para mayor confusión aún el art. 86, inc. 2º, fue considerado fuente de la delegación pese a que éste es un concepto tomado de los Estados Unidos donde el presidente no cuenta con una norma equivalente al art. 99, inc. 2º. De allí en más hasta el caso "Cochia"<sup>75</sup>, en donde se produjo un distingo más claro y técnicamente más correcto<sup>76</sup>, la jurisprudencia repitió rítmicamente estos conceptos.

El resultado de todo ello es que un artículo constitucional de fuente española (y monárquica), ha dado lugar al desarrollo de un sistema de delegación legislativa de raíz norteamericana y además ha producido dos clases de reglamentos destinados a cumplir una misma función. Finalmente, tomando como dato la existencia (artificial) de estas dos clases de reglamentos, doctrinariamente se ha intentado denodadamente establecer las diferencias conceptuales entre unos y otros, con resultados teóricos aceptables pero lamentablemente imposibles de aplicar en la práctica.

En mi opinión, y en esto consiste mi conclusión, hay que sincerar el sistema como único medio de clarificarlo. Debemos asumir, en primer lugar, que no hacen falta dos clases diferentes de reglamentos para satisfacer un mismo fin, y en segundo lugar, que la tarea de reglamentar las leyes siempre constituye un acto subordinado a la legislación del Congreso.

La conclusión que sigue a estas dos premisas tiene cinco puntos:

<sup>72</sup> En la Argentina la legislación —tanto la que sanciona el Congreso, como la que produce la Administración— se publica en el Boletín Oficial, como medio de darla a conocer y obtener así vigencia. En los Estados Unidos esta función se cumple a través de cuatro publicaciones oficiales diferentes, dos para las leyes y dos para la legislación administrativa. Las leyes se publican cronológicamente desde 1846 en los *United States Statutes at Large*, y luego son reordenadas por materias en el *United States Code* que data de 1926. Los reglamentos, por su lado, se publican cronológicamente en el *Federal Register* y luego son reordenados por agencia y por materia en el *Code of Federal Regulations*. Para mayor información, véase: COHEN, MORRIS L. - BERRING, ROBERT C. - OLSON, KENT C., *How to Find the Law*, 9th. ed., West Publishing Co., 1989.

<sup>73</sup> 5 USC §§ 556 y 557.

<sup>74</sup> Citado *supra* nota 2.

<sup>75</sup> Citado *supra* nota 1.

<sup>76</sup> Aquí la Corte distinguió entre lo que denominó reglamentos de ejecución sustantiva (reglamentos delegados) y reglamentos de ejecución adjetiva (reglamentos ejecutivos) tomando como fuente de los primeros el art. 67, inc. 28 (hoy 75, inc. 32) y como fuente de los segundos el 86, inc. 2º (hoy 99, inc. 2º).

(i) todos los reglamentos que tiene como finalidad llenar los claros de una ley son delegados;

(ii) todos los órganos o entes de la Administración pueden emitir reglamentos delegados, dentro del marco de su competencia;

(iii) en todos los casos, la fuente de la delegación legislativa es el art. 75, inc. 32;

(iv) esa función, en lo que al Poder Ejecutivo se refiere, está expresamente mencionada en el art. 99, inc. 2º, en los restantes órganos y entes surge implícitamente del art. 75, inc. 32;

(v) el art. 99, inc. 2º, no supone un poder reglamentario autónomo sino subordinado a la habilitación del Congreso, pues el poder reglamentario autónomo del presidente nace del art. 99, inc. 1º, y se refiere a materias propias de la organización interna de la Administración; que no esté específicamente atribuidas por la Constitución al Congreso.

No puedo dejar de señalar que en un trabajo anterior<sup>77</sup> sostuve que el reglamento ejecutivo debía ser considerado una especie de los reglamentos delegados, y ello ha recibido una fuerte crítica de Cassagne, en cuya opinión el art. 99, inc. 2º, atribuye al Poder Ejecutivo la función específica de ejecutar las leyes<sup>78</sup> y considera además que el reglamento delegado opera como un injerto adicional que se incorpora *a posteriori* en el sistema constitucional<sup>79</sup>. De modo que me hago cargo de las críticas que puedan formularse a esta propuesta. Pero, sin embargo, y pese a la autoridad del citado jurista, no encuentro otra manera de conciliar la incompatibilidad existente entre reglamentos ejecutivos y delegados.

## 2. ¿Ha sido mayor o menor la delegación luego de la reforma constitucional de 1994?

La segunda conclusión que me permito formular es que la legislación nacida al amparo del art. 76 no ha reducido en absoluto la delegación legislativa. Hasta el presente el art. 76 no se ha comportado como un muro de contención efectivo, por el contrario, ha sido desbordado varias veces en su corta vida. Ya hice alusión a la amplitud con que el Congreso interpretó la primera de las excepciones que el art. 76 prevé. Veamos ahora qué tratamiento ha dado a la segunda, es decir, a las materias de emergencia pública.

Para ello es suficiente hacer mención de las facultades delegadas en el Poder Ejecutivo por las tres principales leyes de emergencia que el Congreso ha san-

<sup>77</sup> *La Delegación Legislativa*, p. 125 y ss.

<sup>78</sup> CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 184.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 381.

cionado en los años 2000-2002, es decir la ley 25.344 de noviembre de 2000<sup>80</sup>, la ley 25.414 de marzo de 2001 ya citada y la ley 25.561 de enero de 2002<sup>81</sup>. Un simple repaso a las facultades delegadas por estas normas permite comprender la magnitud de los poderes acordados al presidente por el Congreso, bajo la segunda de las excepciones previstas en el art. 76.

La ley 25.344 delegó en el Poder Ejecutivo:

(i) Disponer la rescisión de los contratos, sean de obra, de servicios, de suministros, de consultoría o de cualquier otro tipo que generen obligaciones a cargo del Estado, celebrados con anterioridad al 10 de diciembre de 1999 por el sector público (art. 2°).

(ii) Emitir de bonos de consolidación, estableciendo un límite mínimo de edad a partir del cual se podrá excluir de la consolidación (arts. 16 a 18).

(iii) Proponer y efectivizar el saneamiento de la situación económica financiera verificada a la fecha de promulgación de la presente ley entre cada una de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional (art. 19).

La ley 25.414 fue mucho más amplia, pues autorizó al Poder Ejecutivo (art. 1°, ap. II) a ejercitar amplias facultades impositivas y de desregulación:

(i) Crear exenciones, eliminar exenciones excepto aquellas que beneficien los consumos que integran la canasta familiar o las economías regionales, Sociedades Cooperativas, Mutuales, Asociaciones y Obras Sociales Sindicales;

(ii) Disminuir tributos y tasas de orden nacional, con el objeto de mejorar la competitividad de los sectores y regiones y atender situaciones económico-sociales extremas.

(iii) Autorizar la devolución, acreditación o compensación con otros tributos de los saldos a favor a que se refiere el art. 4°, párr. 1, Ley de Impuesto al Valor Agregado (t.o. 1997), así como regímenes de regularización y facilidades de pago.

(iv) Modificar los procedimientos aduaneros, tributarios o de recaudación previsional al solo efecto de otorgar a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires igual tratamiento que al Estado nacional en su condición de personas de derecho público —a condición de reciprocidad— con el objeto de mejorar la recaudación, reducir la evasión y evitar el contrabando.

(v) Crear tasas o recursos no tributarios con afectación específica para el desarrollo de proyectos de infraestructura, los que serán definidos con criterio federal y distribución equitativa en todo el territorio nacional, respetando la rentabilidad económico-social de las obras y siempre que la percepción de las tasas o recursos no tributarios se efectúe con posterioridad a la habilitación de las obras, salvo que sea para reducir o eliminar peajes existentes.

<sup>80</sup> BO, 21/11/2000.

<sup>81</sup> BO, 7/1/2002.

(vi) Establecer medidas tributarias especiales, tales como diferimientos, reintegros, deducciones, regímenes especiales de amortización y/o bonificaciones de impuestos en los departamentos provinciales cuya crisis laboral, en general, derive de la privatización de empresas públicas. El Poder Ejecutivo nacional deberá establecer las características y condiciones para ser considerados como tales.

(vii) Dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía<sup>82</sup>.

Por último, la ley 25.561 delegó estas facultades:

(i) Establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias disponiendo medidas para: a) disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio; b) que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y c) preserven el capital de los ahorristas, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero (arts. 2° y 6°).

(ii) Renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos (art. 8°)<sup>83</sup>.

(iii) Regular transitoriamente los precios de insumos, bienes y servicios críticos, a fin de proteger los derechos de los usuarios y consumidores, de la eventual distorsión de los mercados o de acciones de naturaleza monopólica u oligopólica (art. 13).

A toda esta abundante enumeración, debe agregarse un dato más. La ley 25.561, se ocupó de sentar las bases de la delegación, tal como exige el art. 76, CN. Estas bases —que parecen más bien objetivos— están enunciadas en el art. 1° de la ley en forma sumamente amplia. La norma, luego de declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delega en el Poder Ejecutivo nacional las facultades antes citadas, "con arreglo a las bases que se especifican seguidamente":

<sup>82</sup> En este caso, se prohibía toda derogación, modificación y suspensión de la Ley de Convertibilidad 23.928, de los Códigos Civil, de Minería y de Comercio o en materia penal, tributaria, laboral del sector público y privado, salud, previsional, de las asignaciones familiares, la Ley Marco Regulatorio del Empleo Público (25.164) y la ley 25.344 de Emergencia Pública, en lo referido al pago de la deuda previsional con bonos Bocón III, contenidos en el art. 13 de la mencionada ley.

<sup>83</sup> A tal fin debían tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.

1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios.

2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales.

3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública.

4. Regular la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario.

Si sumamos entonces las facultades otorgadas por la ley 25.561 y las bases (límites) puestas en ella, tenemos que la delegación legislativa posee alcances muy vastos. Si agregamos además las tres leyes anteriores, el cuadro que ofrecen las dos excepciones al art. 76 nos hace dudar de si realmente —según la legislación sancionada entre 1999-2002— puede decirse que la delegación legislativa está prohibida.

### *3. Síntesis de la dimensión de la delegación legislativa en su estado actual*

Voy a formular esta síntesis en dos partes. Primero voy a condensar aquí las respuestas a las diferentes preguntas que fui planteando a lo largo del presente y luego voy a resumir y ordenar el listado de las materias que hoy pueden ser delegadas dentro de las dos excepciones que prevé el art. 76.

#### *a) Interrogantes del art. 76*

(i) La reforma de 1994 suprimió la delegación propia. En relación con la impropia, admitió solamente dos excepciones.

(ii) La legislación posterior al art. 76 no ha sido estricta en la interpretación de lo que debe entenderse por Poder Ejecutivo en el ámbito de esa norma constitucional. Parecería así que el art. 76 no alude solamente al presidente de la Nación, sino también a otros órganos y entes de la Administración Pública.

(iii) No tiene sentido práctico analizar si el Congreso puede delegar en materia penal, tributaria, electoral, y de partidos políticos, en la medida en que la prohibición del art. 99, inc. 3º, puede quedar privada de toda efectividad por virtud del inciso inmediato anterior.

(iv) Conceder vida autónoma al reglamento delegado luego de vencido el plazo de la delegación, priva a dicho plazo de mayor sentido, ya que una reglamentación ejercida en términos amplios puede hacer innecesaria una nueva habilitación legal.

(v) El referendo del jefe de Gabinete contemplado en el art. 100, inc. 12, sólo comprendería los reglamentos delegados en casos de emergencia.

*b) Interrogantes de la Disposición transitoria octava y de las leyes 25.148 y 25.645.*

(i) Una interpretación estricta del art. 1º podría sugerir que con el transcurso del plazo de cinco años establecido en la disposición transitoria octava, habría caducado toda la legislación delegante que no estuviera referida a materias determinadas de administración o emergencia pública anterior a la reforma constitucional de 1994.

(ii) La legislación delegante anterior a la reforma comprendida en estas dos excepciones, ha sido ratificada (prorrogada en su vigencia) por tres años, ahora ampliados a dos más.

(iii) Los reglamentos derivados de la legislación prevista en los dos puntos anteriores, emitidos hasta la sanción de la ley 25.148 adquirieron rango de ley.

*c) Recuento de facultades acordadas al Poder Ejecutivo dentro de las excepciones del art. 76*

Por medio de las leyes 25.148, 25.344, 25.414 y 25.561, el Congreso ha delegado en el Poder Ejecutivo las siguientes facultades.

*Organización administrativa.*

(i) Crear toda clase de órganos y entes administrativos.

(ii) Reordenar sus formas jurídicas y fusionarlas.

(iii) Derogar total o parcialmente las normas que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada.

(iv) Modificar el régimen jurídico de los agentes públicos sujetándolos a normas de derecho común.

(v) Modificar la Ley de Ministerios según lo estime conveniente.

(vi) Legislar en toda materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

*Regulación económica.*

(i) Legislar en materia de servicios públicos.

(ii) Desregular y mejorar el funcionamiento y la transparencia del mercado de capitales y de seguros.

(iii) Rescindir y renegociar todos los contratos cualquiera sea su tipo que generen obligaciones a cargo del Estado.

(iv) Regular transitoriamente los precios de insumos, bienes y servicios críticos.

*Deuda pública.*

Emitir de bonos de consolidación.



*Cuestiones impositivas.*

(i) Efectivizar el saneamiento de la situación económica financiera verificada a la fecha de promulgación de la presente ley entre cada una de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional.

(ii) Crear exenciones, eliminar exenciones.

(iii) Disminuir tributos y tasas de orden nacional.

(iv) Autorizar la devolución, acreditación o compensación con otros tributos.

(v) Modificar los procedimientos aduaneros, tributarios o de recaudación previsional.

(vi) Crear tasas o recursos no tributarios con afectación específica.

(vii) Establecer medidas tributarias especiales, tales como diferimientos, reintegros, deducciones, regímenes especiales de amortización y/o bonificaciones de impuestos en los departamentos provinciales.

(viii) Dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía.

*Régimen cambiario.*

Establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias disponiendo medidas para: a) disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio; b) que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y c) preserven el capital de los ahorristas, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero.

*4. Reflexión final*

Mi última reflexión apunta hacia dos direcciones. La primera de ellas es que en un país desbordado jurídicamente por la emergencia y desequilibrado políticamente por un hiperpresidencialismo crónico, es muy fácil que una institución como la delegación se propague fuera de los cauces constitucionales. Ella —por su propia naturaleza— constituye uno de los síntomas tradicionales del crecimiento y fortaleza típicos de la rama ejecutiva.

Con ello, no pretendo renegar de mis convicciones acerca de la utilidad y necesidad de un sistema de delegación. Basta con mirar un poco en el mundo del derecho comparado y veremos que la mayoría de los sistemas la contemplan. La delegación entonces no es mala o perniciosa en sí. Lo pernicioso es emplearla fuera de sus límites. Y uno de los modos más directos para llegar a este resultado es haber complicado innecesariamente una institución que en sí no es compleja.

Si admitimos que el Congreso puede delegar, pero que debe hacerlo dentro de ciertos límites, el único problema es poner tales límites y para ello nadie mejor que los jueces. Así ha funcionado secularmente en los Estados Unidos donde la delegación transita pacíficamente por el mundo jurídico sin trastornos. En la Argentina, por el contrario, hemos sumado con los años numerosas capas geológicas de confusión y el resultado es que por momentos hasta resulta difícil entender la terminología del complejo fenómeno que hemos producido.

Por ello mi propuesta es comenzar cortando de una vez el nudo gordiano, terminar con los efectos de la disparidad de fuentes y hacernos cargo de que mientras existan dos tipos diferentes de reglamentos para el cumplimiento de un mismo fin, y no podamos encontrar una diferencia real entre unos y otros, todo sendero que intente recorrerse será sinuoso y confuso.