

La delegación legislativa, a 30 años de la reforma constitucional de 1994

Por Juan Santiago Ylarri*

I. Introducción

La delegación legislativa no tuvo regulación constitucional expresa sino hasta la reforma de 1994. No obstante, ha estado presente durante décadas en la realidad constitucional argentina.

En el presente trabajo me propongo analizar las características de la delegación legislativa en Argentina antes de 1994, para luego desarrollar de qué modo ha tenido recepción constitucional este instituto. De este modo, teniendo en cuenta la amplia utilización que se ha hecho de este instituto luego de la reforma de 1994, me detendré en algunas pautas para un adecuado control de constitucionalidad sobre la delegación legislativa.

II. La delegación legislativa antes de la reforma constitucional

La delegación legislativa tiene sus primeros antecedentes en Inglaterra ya en el siglo XIV¹, y se encuentra prevista en diversos textos constitucionales en el derecho comparado. Pueden destacarse los casos de las constituciones europeas de Alemania², España³, Francia⁴ e Italia⁵. En nuestro

1 Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, UBA). Equivalencia de título de Doctor (Universidad Autónoma de Madrid). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Abogado (UBA). Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). También es docente de grado y posgrado en Argentina y España. Es investigador y ha publicado dos libros y más de 60 artículos y capítulos de libros en Argentina y el exterior. Es funcionario en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.*

¹ En efecto, en el año 1385 fue sancionada una ley de mercados que contenía delegaciones legislativas. Ver al respecto, BIANCHI, Alberto, B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1990.² Ver art. 80, inc. 1 de la Constitución de Alemania.

³ Ver arts. 82 a 85 de la Constitución de España.

⁴ Ver art. 38 de la Constitución de Francia.

⁵ Ver art. 76 de la Constitución de Italia.

continente, contienen previsiones al respecto diversas constituciones, entre las cuales pueden destacarse las de Brasil⁶, Chile⁷ y Colombia⁸. La Constitución no preveía, hasta la reforma constitucional de 1994, los reglamentos delegados en forma expresa. No obstante ello, Bianchi señala que no por ello carecían de fundamento normativo suficiente. De este modo, el autor, al igual que García Pelayo⁹, encontraba el fundamento de los reglamentos delegados en la doctrina de los poderes implícitos. Así, entendía que la facultad del Congreso para delegar sus funciones procedía de los poderes implícitos que le acordaba el entonces art. 67, inc. 28 de la Constitución (actual 75, inc. 32), que dispone que le correspondía al Congreso “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”¹⁰. En sentido contrario, también en un trabajo previo a 1994, Sagüés discrepaba de aquella postura, y consideraba inaceptable la idea de “constitucionalizar” las delegaciones congresionales al entenderlas incluidas en el entonces art. 67, inc. 28, ya que esa norma “confiere una tarea al Congreso, y no al Poder Ejecutivo u otros entes; y de reputarse lo contrario, el artículo en cuestión significaría alterar toda la arquitectura constitucional de división de poderes”¹¹.

De este modo, si bien la delegación legislativa tuvo recepción constitucional de modo expreso en la reforma constitucional de 1994, con carácter previo se puede hablar –como bien señala Gelli– de un modelo de “leyes delegantes y decretos de ejecución-delegados”. En la Constitución histórica solo el Congreso tenía la atribución de reglamentar los derechos constitucionales de conformidad con las disposiciones del art. 14 y el entonces art. 67, inc. 16 de la Constitución nacional (el actual art. 75, inc. 18). Sin perjuicio de ello, y en función de lo establecido por el antiguo art. 86, inc. 2 de

⁶ Ver art. 68 de la Constitución de Brasil.

⁷ Ver art. 64 de la Constitución de Chile.

⁸ Ver art. 150, inc. 10 de la Constitución de Colombia.

⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1999, pág. 391.

¹⁰ BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa...*, cit., págs. 51-52.

¹¹ SAGÜÉS, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo detraída del Poder Legislativo. (A propósito de los decretos ‘delegados’ y de ‘necesidad y urgencia’)”, *Revista de Derecho*

Bancario y de la Actividad Financiera, Nros. 1-2, ene.-abr. 1991, págs. 112-113.

la Constitución (el actual art. 99, inc. 2), cabe destacar que el Poder Ejecutivo “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Este tipo de reglamentos se designan con el nombre de reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios de leyes, y eran dictados siempre que lo requería la aplicación de las leyes, dependiendo ello de la mayor o menor precisión y exactitud con que el Congreso las sancionara, debiendo respetarse el principio de legalidad establecido de modo general en el art. 19 de la Constitución nacional, o de modo más específico en materia de legalidad tributaria previsto en el art. 17 o el principio de legalidad en materia penal previsto en el art. 18. Sin embargo, “los lindes entre la sujeción al principio de legalidad o su violación –por parte del poder legislativo al delegar lo indelegable, o por parte del presidente al ejercer competencias no atribuidas– no siempre son nítidas”¹².

A fin de delimitar las fronteras dentro de las cuales el Poder Ejecutivo podía reglamentar las leyes dentro de las previsiones constitucionales, la Corte Suprema a lo largo de su jurisprudencia intentó precisar la cuestión. En este orden de ideas, Santiago (h.) y Thury Cornejo realizan una sistematización de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de delegación legislativa teniendo en cuenta las diferentes etapas de la historia de la Corte Suprema hasta el año 2003¹³. Luego de aquella fecha, también se registran numerosos precedentes¹⁴.

Por otro lado, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 se ha analizado la cuestión en función de las materias de la delegación¹⁵,

¹² GELLI, María Angélica, “La doctrina de la emergencia económica y el control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Emergencia pública y reforma al régimen monetario*, La Ley, Buenos Aires, 2002, págs. 36-37.¹³ Sobre el punto, ver SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Abaco, Buenos Aires, 2003, págs. 113-215. Asimismo, con relación a las diferentes etapas históricas de la Corte Suprema, ver SANTIAGO (h.), Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

¹⁴ Al respecto, ver el análisis de SANTIAGO (h.), Alfonso – CASTRO VIDELA, Santiago M., “La

delegación legislativa a 20 años de la reforma Constitucional de 1994”, *Suplemento Constitucional*, La Ley, octubre 2014, pág. 165 y ss.

¹⁵ BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa...*, cit., págs. 146 y ss.

distinguiendo los edictos de policía¹⁶, las multas administrativas¹⁷ y la materia impositiva¹⁸, entre otras¹⁹. Así, se ha destacado la gran cantidad de legislación que contiene delegaciones como la ley de abastecimiento 20.680²⁰ y la Carta Orgánica del Banco Central 20.539 y sus modificatorias, entre muchas otras.

En lo que respecta a los fundamentos para admitir la delegación, se han distinguido diversas posturas²¹. Una de ellas es que la delegación se puede fundar en la necesidad. Por ejemplo, en el precedente “Prattico” se admitió una delegación ante una situación de emergencia “como medio de hacer pronta y eficaz la acción del Estado para el logro de los fines legales perseguidos”²². Otros consideran que la delegación se funda en la eficacia. Al respecto, en el precedente “Laboratorios Anodia”, se expresó que ejecutar una política legislativa determinada “implica también el poder de dictar normas adaptadas a las cambiantes circunstancias, sobre todo en una materia que por hallarse tan sujeta a variaciones como la de que se trata, se estimó conveniente dejarla librada al prudente arbitrio del Poder Ejecutivo en vez de someterla a las dilaciones propias del trámite parlamentario”²³. Una tercera postura es que la delegación legislativa se funda en la conveniencia y oportunidad.

Sentado ello, cabe destacar el primer *leading case* sobre la materia, el precedente “Delfino” de 1927. En el caso se precisó que existe “una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de

¹⁶ En una primera etapa la Corte admitió la constitucionalidad de los edictos de policía, pero, en una etapa posterior, se pronunció en contra de su validez, a partir del precedente “Mouviel, Raúl O. y otros” del 17/5/1957 (Fallos: 237:636).

¹⁷ Se destaca el *leading case* “Delfino y Cía”, 20/6/1927, Fallos: 148:430. ¹⁸ Caben destacar los precedentes de la CSJN, “Maschio, Francisco c/ Municip. de Buenos Aires”, 6/10/1939, Fallos: 185:12; “Laboratorios Anodia S.A. c/ Nación”, 13/2/1968, Fallos: 270:42; “Oliver, Manuel”, 1969, Fallos: 275:89; y “Dirección General Impositiva c/ De Angelis Sociedad Anónima, Comercial, Industrial de Representaciones Financieras e Inmobiliarias”, 1/4/1982, Fallos: 304:438, entre muchos otras.

¹⁹ Entre otras materias se destacan las tasas portuarias (CSJN, “The ‘Z’ Steamship Co. Ltd. c/ Puerto de Rosario S.A.”, 26/10/1934, Fallos: 171: 275), importación y exportación de mercaderías (CSJN, “Ishiy, Carlos c/ Nación Argentina”, 25/8/1941, Fallos: 190:417), y la prórroga de mandato de representantes sindicales (CSJN, “Patiño Garrido, José”, 18/8/1983, Fallos: 305:1110).

²⁰ Al respecto, ver el exhaustivo análisis de CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2015.

²¹ Ver SAGÜÉS, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, cit., págs. 117-118.

²² CSJN, “Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.”, 20/5/1960, Fallos 246:345. ²³

CSJN, “Laboratorios Anodia”, 13/2/1968, Fallos: 270:42.

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 aún en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del poder ejecutivo se halla fuera de la letra de la constitución”²⁴. De este modo, la Corte Suprema distinguió entre lo que se denominó la delegación propia e impropia.

Poco tiempo después, la Corte Suprema señaló 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; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva”. En consecuencia, estableció que las instrucciones y reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes no vulneran el principio instituido en el inc. 2° del art. 86 de la Constitución cuando esa reglamentación se dicte “cuidando” de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas²⁵.

Con posterioridad, en el caso “Potosí”, la Corte Suprema sostuvo que en su jurisprudencia se había admitido la delegación de facultades legislativas más allá de la potestad reglamentaria del entonces art. 86, inc. 2 de la Constitución nacional. En efecto, con relación a un decreto que se impugnaba en el caso, manifestó que “es jurisprudencia conocida de esta Corte la que admite tal delegación de las facultades del Congreso, para que las ejerza más allá de las ordinarias de reglamentación que le otorga el art. 86, inc. 2°, de la Ley Fundamental, aunque dentro de los límites previstos en su art. 28”²⁶. En el mismo sentido, más adelante en el tiempo, la Corte Suprema en el precedente “D’Anna” distinguió los decretos reglamentarios de los decretos delegados, admitiendo con claridad cuando hay propiamente delegación y no reglamentación²⁷.

En este contexto jurisprudencial, se ha afirmado que la delegación impropia, con un alcance más o menos amplio, recorrió en nuestro país dos

²⁴ CSJN, “Delfino y Cía”, 20/6/1927, Fallos: 148:430.

²⁵ CSJN, "Administración de Impuestos Internos c/ Chadwick, Weir y Cía. Ltda.", 9/4/1928, Fallos: 151:5.

²⁶ CSJN, "Potosí S.A. y otros c/ Nación", 17/5/1973, Fallos: 285:443, considerando 7. ²⁷ CSJN, "D'Anna, Carlos Alberto y otros c/ Siam Sociedad Industrial Americana Maquinarias S. A.", 17/3/1988, Fallos: 311:290.

camino: el ordinario o el extraordinario de emergencia. "El tiempo mostró como la administración ejercía cada vez más amplio las facultades delegadas y como el poder ejecutivo las encontraba incluso allí donde no las otorgaba la ley, ya sea que la norma del Congreso dejara las determinaciones al Poder Ejecutivo por causas de administración eficaz y oportuna o para responder, rápidamente, a las convulsiones económicas y sociales que planteaba la emergencia"²⁸.

En esta línea, Sagüés ha puntualizado que en la Argentina existía una sólida corriente jurisprudencial de la Corte Suprema que "merced a juegos de palabras y disfraces normativos, consienten verdaderas delegaciones de competencias congresionales al presidente, encubiertas bajo el manto del ejercicio de las potestades reglamentarias del art. 86, inc. 2 de la C.N. La jurisprudencia de marras niega casi siempre que exista delegación, pero ella queda de todos modos consumada y aprobada"²⁹. En este sentido, el autor citado ha precisado que con carácter previo a la reforma constitucional de 1994 el derecho constitucional consuetudinario había autorizado la delegación de competencias legislativas en el presidente. En este sentido, refiere que la jurisprudencia de la Corte Suprema "ha aceptado esa delegación, denominándola, las más de las veces 'ejercicio de las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo', bajo el disfraz del art. 86, inc. 2, de la CN". De este modo, indicó que hasta la reforma de 1994 parecía que del derecho constitucional consuetudinario emergía una especie de art. 67 *bis* de la Constitución con el siguiente contenido normativo: "El Congreso podrá delegar por ley determinadas competencias suyas en el Poder Ejecutivo u otros órganos. La ley de habilitación deberá enunciar la política legislativa"³⁰.

Por su parte, Bianchi ha expresado que la jurisprudencia de la Corte Suprema nunca había admitido, de derecho, la delegación de facultades legislativas como tal, es decir, como atribución del Legislativo de un sector de su competencia al Ejecutivo. En cambio, con una mayor o mejor amplitud, si la ha admitido de hecho, pues no cabían dudas de que hubo casos en donde las normas cuestionadas trasuntaban, claramente, una delegación de funciones en

²⁸ GELLI, María Angélica, “La doctrina de la emergencia económica...”, cit., págs. 37-38.²⁹ SAGÜÉS, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, cit., pág. 108.³⁰ SAGÜÉS, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, cit., págs. 114 y 126.

el órgano Ejecutivo y, sin embargo, la Corte admitió su procedencia por vía de la reglamentación prevista en el entonces art. 86, inc. 2 de la Constitución. El autor considera que la Corte advirtiendo la necesidad de tolerar esa delegación, no quiso, pese a ello, llamarla de esa forma, prefiriendo encuadrarla jurídicamente como una mera reglamentación de la ley³¹.

III. La delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994

En la reforma constitucional de 1994 se incorporó el art. 76 que estableció los requisitos de validez de la delegación legislativa. A continuación, abordaré estas pautas, así como lo atinente a lo dispuesto por la disposición transitoria octava de la Constitución. Seguidamente, me referiré a cómo ha sido la práctica institucional de la utilización de este mecanismo normativo.

a. Los requisitos de validez de la delegación legislativa

El art. 76 de la Constitución dispone en su primer párrafo que “[s]e prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. A su vez, en el segundo párrafo se determina que “[l]a 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”³².

Se ha señalado que el constituyente de 1994 no pretendió confirmar el esquema de delegación legislativa anteriormente vigente, sino crear uno nuevo y distinto, por lo que su intención central fue separar definitivamente los

³¹ BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa...*, cit., pág. 146.

³² Respecto del contenido del art. 76, puede verse el exhaustivo análisis de CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio: una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2017, págs. 63 y ss. En el trabajo me limito a analizar el art. 76 de la Constitución. Sin

perjuicio de ello, cabe señalar que los autores citados en el párrafo precedente consideran que en la actualidad existen dos planos de delegación legislativa: un plano general, que comprende aquellas delegaciones realizadas en sujetos ajenos al “Poder Ejecutivo”, que encuentra su fuente en el art. 75, inc. 32; y otro plano específico, que es el que fue regulado expresamente y de modo estricto en el art. 76 con el objeto de controlar y atenuar el poder presidencial. conceptos de delegación y reglamentación legislativa, quebrando así la anterior asimilación sobre la que se basaba el régimen jurisprudencial anteriormente vigente³³.

De este modo, la Constitución admite la delegación “en materias determinadas de administración o de emergencia pública”. Muy acertadamente la doctrina ha señalado que cuando el texto utiliza el término “determinadas” está usado en la acepción de “precisadas”, por lo que el artículo prohíbe una delegación legislativa genérica o ambigua³⁴.

En cuanto a las materias de administración, aquí me limitaré a señalar que el Congreso ha reglamentado su alcance en la ley 25.148³⁵. De este modo, dispuso que se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con las siguientes cuestiones: 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; la fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; la organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; la creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; la legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; y “toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”.

En lo que respecta al término “emergencia pública”, se ha dicho que el mismo no exhibe claridad³⁶, o que no resulta claro qué debe entenderse por ésta³⁷. Así, este vocablo ha sido visto de un modo crítico por parte de la doctrina al entender que la apelación a la emergencia pública no constituye

³³ SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, cit., pág. 367.

³⁴ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4º ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, pág. 269. En igual sentido, se señala que la delegación debe ser como principio en materia expresa y concreta (no indeterminada) (CASTRO VIDELA,

Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, cit. pág. 91).

³⁵ B.O. 24/8/1999.

³⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. III, pág. 156.

³⁷ SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, “Control de constitucionalidad y delegación legislativa”, *Discusiones*, N° 12, 2013, pág. 83.

“límite alguno en una realidad institucional como la argentina”³⁸. Por el contrario, otro autor ha relacionado aquel concepto con el poder de policía de emergencia, de modo que considera que no se trata de un concepto desconocido en el derecho público argentino³⁹.

En este contexto, cabe señalar que la noción de emergencia pública constituye un concepto jurídico indeterminado⁴⁰, y se la ha definido como una “situación fáctica excepcional que altera negativamente a la sociedad o a alguno de sus sectores, impidiendo la concreción del bien común al desestabilizarla institucional, económica o socialmente. De allí que la ‘emergencia pública’ no es una materia, sino una circunstancia imprevisible o que siendo previsible es inevitable, de tal manera que ella podrá referirse a distintas materias”⁴¹. En el mismo sentido, se ha indicado que la situación de emergencia pública es un concepto jurídico indeterminado y “requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia, que esa emergencia sea pública y general, que sea susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso”⁴².

Por otro lado, se han enumerado distintos tipos de emergencias que pueden ser encuadradas dentro del vocablo “emergencia pública”: “naturales (inundaciones, terremotos, incendios, sequías, etc.), políticas (sublevaciones, saqueos, etc.), militares (guerras), económicas (hiperinflación, recesiones prolongadas, *default*, etc.), administrativas (necesidad de transformaciones profundas en la organización o actividades de la Administración Pública, situaciones de parálisis o bloqueo administrativo, etc.), sociales (huelgas prolongadas, situaciones de pobreza extrema que afecten a sectores

³⁸ SABSAY, Daniel A. – ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, 6° ed., Errepar, Buenos Aires, 2004, pág. 255.

³⁹ COMADIRA, Julio R., “Los reglamentos delegados”, en VV.AA., *Acto Administrativo y*

Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2002, págs. 679-695.

⁴⁰ SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, cit., pág. 393.

⁴¹ SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I., “Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa”, *La Ley*, t. 1997-A, pág. 977. Del mismo autor, ver “Delegación legislativa: fuente e interpretación”, *La Ley*, t. 2009-B, pág. 538. ⁴² CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, págs. 187-188. importantes de la sociedad, tasas elevadas y continuas de desempleo), alimentarias, habilitaciones, etc.”⁴³.

Por otro lado, si bien de modo expreso el art. 76 de la Constitución no establece materias vedadas, como sí lo indica el art. 99, inc. 3 respecto de los decretos de necesidad y urgencia, cabe señalar que la Corte Suprema ha señalado, por ejemplo, que los elementos esenciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias del art. 76 de la Constitución nacional⁴⁴.

Otra de las cuestiones que suscita una gran controversia es la posibilidad de delegar a sujetos distintos del Presidente, dado que el artículo 76 de la Constitución sólo admite excepcionalmente la delegación legislativa “en el Poder Ejecutivo”. La mayoría de la doctrina considera inconstitucional la delegación legislativa en sujetos distintos del Presidente, aunque la práctica constitucional ha recorrido otro camino, pues se registran delegaciones no solo al Poder Ejecutivo, sino también a la Jefatura de Gabinete de Ministros, a diversos ministerios e incluso a secretarías, subsecretarías y direcciones nacionales⁴⁵. Es decir, que en la práctica quienes en ocasiones ejercen la potestad legislativa no son ni el Poder Legislativo ni, excepcionalmente, el Poder Ejecutivo, sino funcionarios de menor rango elegidos discrecionalmente por el Presidente.

b. La disposición transitoria octava de la Constitución y la ley 25.148

A su turno, la disposición transitoria octava de la Constitución establece que “[l]a legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta

⁴³ SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, cit., pág. 394.

⁴⁴ CSJN, “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros”, 21/10/2003, Fallos: 326:4251;

“Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, 15/4/2014, Fallos: 337:388; y “Festival de Doma y folklore c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de derecho”, 20/2/2018, Fallos: 341:101, disidencia de los doctores Lorenzetti y Maqueda.

⁴⁵ Respecto del debate aludido, ver el análisis de CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, cit. pág. 171 y ss. Con sustento en el art. 75, inc. 32, los autores admiten la delegación en sujetos distintos que el Presidente. Los autores se han referido al tema más recientemente en su trabajo “Delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. Apuntes sobre las exigencias de validez de los reglamentos delegados”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 152, 2024, págs. 18-65 (sobre esta cuestión, ver especialmente las págs. 38-39).

disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

En virtud de lo estipulado por la citada disposición, la ley 25.148 ratificó 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, sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo. Asimismo, se estableció que el Poder Ejecutivo Nacional iba a ejercer su atribución con arreglo a lo dispuesto en el art. 100, inc. 12 de la Constitución.

En el art. 2º, se precisaron las materias que se considerarían “materias determinadas de administración” a los efectos de la ley, ya mencionada. Por otro lado, se aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994, y se aclaró que las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades propias de reglamentación, derivadas de lo dispuesto en el art. 99, inc. 2 de la Constitución nacional, no se encontraban alcanzadas por las disposiciones de la ley.

A su vez, la ley 25.414⁴⁶ facultó al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de distintas atribuciones hasta el 1/3/2002, estableciendo las materias determinadas de su ámbito de administración y de emergencia pública. Sin embargo, fue derogada por la ley 25.556⁴⁷. Posteriormente, aquella ratificación se prorrogó por las leyes 25.645⁴⁸, 25.918⁴⁹, 26.135⁵⁰, y por la ley 26.519⁵¹, habiéndose operado el plazo previsto por la última ley mencionada el 24/8/2010⁵².

Sobre la ley 25.148, Bianchi sostiene que la misma tuvo cuatro

abordajes: “a) la legislación delegante sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a

⁴⁶ B.O. 30/3/2001.

⁴⁷ B.O. 28/12/2001.

⁴⁸ B.O. 13/9/2002.

⁴⁹ B.O. 24/8/2004.

⁵⁰ B.O. 24/8/2006.

⁵¹ B.O. 24/8/2009.

⁵² Sobre el punto ver BIANCHI, Alberto B., “24 de agosto”, *El Derecho*, t. 238, pág. 946.

la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento, fue ratificada por tres años, es decir, hasta agosto de 2002; b) se reglamentó el concepto “materias determinadas de administración”, contenido en el Artículo 76; c) se aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994; y d) quedó establecido que la Ley N° 25.148 no comprendía los reglamentos ejecutivos”.

Sobre el punto, el mismo autor sostiene que la ley 25.148 resolvió dos problemas, y creó uno nuevo. En efecto: “(a) resolvió qué debe entenderse por ‘materias determinadas de administración’ y (b) cumplió con la Disposición Transitoria Octava al ratificar toda la legislación delegada anterior a la reforma de 1994. Al mismo tiempo, creó el problema de tener que revisar la legislación delegante ‘sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento’. Esta obligación no estaba impuesta por la Constitución”. Señaló, asimismo, que en tanto el plazo fijado en la ley 26.519 para revisar la legislación delegante venció el 24/8/2010 y no ha sido prorrogado, significaría que podría haber una cierta cantidad de leyes delegantes que al día de hoy han perdido sus efectos, generándose una gran incertidumbre⁵³.

c. La práctica institucional (e inconstitucional)

La práctica institucional en estos 30 años muestra que se ha hecho uso de este instrumento normativo con enormes abusos.

En esta línea, sin perjuicio de los exigentes requisitos establecidos

constitucionalmente para habilitar la delegación legislativa, lo cierto es que la doctrina ha puesto de relieve que a partir de 1994 se han sancionado una gran cantidad de leyes que contienen importantes delegaciones legislativas en el

⁵³ BIANCHI, Alberto B., “La delegación legislativa: evolución y estado actual”, *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, N° 3, 2015, págs. 27-28. Sobre el tema, ver también el exhaustivo análisis de la ley efectuado por SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, págs. 487-520. Sin embargo, puede decirse que esta incertidumbre fue despejada con la sanción de Digesto Jurídico Argentino por la ley 26.939 (B.O. 16/6/2014). En relación con el Digesto Jurídico Argentino, ver el trabajo que realicé en co-autoría con Adrián Timpanaro R., “La pauperización del procedimiento de sanción de leyes. A propósito del Digesto Jurídico Argentino”, *Erreius on line*, Errepar, diciembre 2014.

Poder Ejecutivo, en sus órganos subordinados e incluso en entes descentralizados. En efecto, se ha precisado que algunas veces el Congreso puso en marcha de modo claro y expreso el mecanismo de la delegación legislativa previsto en el art. 76 de la Constitución Nacional, por ejemplo, con la sanción de las leyes 24.269, 25.414 y 25.561. A su vez, otras veces el Congreso encomendó y habilitó de modo muy amplio la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo –sea al Presidente, al Jefe de Gabinete, a los ministros, o a organismos administrativos– aunque con serias dudas acerca de si se trataban o no de una verdadera delegación legislativa, decidida de modo inadecuado y sin seguir los requisitos exigidos en el mencionado artículo 76⁵⁴.

Por otro lado, en lo que respecta al plazo para el ejercicio de la delegación, no puede decirse que las pautas emanadas de la Constitución hayan servido para limitar el modo en que se ha utilizado la delegación legislativa.

Cabe destacar de forma particular la sanción de la ley 25.561⁵⁵ que, para hacer frente a la crisis de finales del año 2001, y con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional numerosas facultades, por el término de dos años. Sin embargo, la mencionada norma ha sido prorrogada en nueve ocasiones, y se mantuvo vigente hasta el mes de diciembre del año 2017, sin perjuicio de que la declaración de emergencia social fue prorrogada hasta el mes de diciembre de 2019. Así las cosas, la ley 25.561 fue prorrogada por la ley 25.972 hasta el 31/12/2005; por la ley 26.077⁵⁶ hasta el 31/12/2006; por la ley 26.204⁵⁷ hasta el 31/12/2007; por la ley 26.339⁵⁸ hasta el 31/12/2008; por la ley 26.456⁵⁹ hasta el 31/12/2009; por la ley 26.563⁶⁰ hasta el 31/12/2011; por la ley 26.729⁶¹ hasta el

31/12/2013; por la ley 26.896⁶² hasta el 31/12/2015; y por la ley

⁵⁴ SANTIAGO (h.), Alfonso – CASTRO VIDELA, Santiago M., “La delegación legislativa a 20 años...”, cit. pág. 165 y ss.

⁵⁵ B.O. 7/1/2002.

⁵⁶ B.O. 10/1/2006.

⁵⁷ B.O. 20/12/2006.

⁵⁸ B.O. 4/1/2008.

⁵⁹ B.O. 16/12/2008.

⁶⁰ B.O. 22/12/2009.

⁶¹ B.O. 28/12/2011.

⁶² B.O. 22/10/2013.

27.200⁶³ hasta el 31/12/2017. Finalmente, la ley 27.345⁶⁴ prorrogó la emergencia social hasta el 31/12/2019. No sólo es criticable que la norma haya permanecido en vigencia durante un plazo extremadamente extenso, sino que la doctrina ha puesto de relieve que aquellas facultades delegadas se aproximaban peligrosamente a la prohibición del art. 29 que determina que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público⁶⁵.

La utilización de la delegación legislativa no ha mejorado desde la última vez que escribí sobre la cuestión, en ocasión de los 25 años de la reforma constitucional⁶⁶. En efecto, hacia finales del año 2019, el Congreso sancionó la ley 27.541⁶⁷ que declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó numerosas facultades al Ejecutivo. Pocas semanas después, sobrevino la crisis del Covid-19 y se dictaron numerosos decretos de necesidad y urgencia para atender la emergencia sanitaria y sus consecuencias económicas y sociales. De manera particular, el decreto 260/20, amplió “la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541”⁶⁸. Sin embargo, creo que el Presidente no podría ampliar una “emergencia pública”, pues precisamente es al Congreso a quien le corresponde declarar las características de la “emergencia pública” y establecer las bases de la delegación y el plazo de la misma. Al mismo tiempo, tampoco podría el Poder Ejecutivo prorrogar la norma delegante tal como lo hizo a través de diversos decretos hasta el 31/12/2023⁶⁹. Es decir, que se ha dado un caso en que el

⁶³ B.O. 4/11/2015.

⁶⁴ B.O. 23/12/2016. A su vez, en la mencionada norma se creó el Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario.

⁶⁵ BIANCHI, Alberto B., “La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta desjuridiza absolutamente (análisis de la ley 25.587)”, *Debates de Actualidad*, AADC, Vol. 187, pág. 23. ⁶⁶

YLARRI, Juan S., "La delegación legislativa: origen, evolución y los alcances de su control, a 25 años de la reforma constitucional", en MANILI, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, págs. 391-411.⁶⁷ B.O. 23/12/2019, ley denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva.⁶⁸ A modo de ejemplo, cabe mencionar que en los considerandos del decreto 319/20 se indica que la norma "se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio...". A su vez, en los considerandos del decreto 320/20 se sostiene que "por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, por el plazo de UN (1) año, en virtud de la pandemia declarada".

⁶⁹Cfr. Decretos 167/2021 (B.O. 11/3/2021), 687/2021 (B.O. 24/12/2021) y 863/2022 (B.O. 30/12/2022).

Presidente se ha "auto-delegado" funciones legislativas, y ha "auto-prorrogado" su vigencia, lo cual contraviene claramente la Constitución⁷⁰.

IV. Los alcances del control judicial de la delegación legislativa

Teniendo en cuenta la práctica inconstitucional en esta materia, a continuación desarrollaré una serie de pautas para el control judicial de la delegación legislativa, a la luz de los precedentes de la Corte Suprema.

a. Precedentes anteriores a la reforma constitucional

Así las cosas, la Corte Suprema a lo largo de las décadas ha adoptado diversas pautas para el control de la delegación legislativa. En efecto, desde el año 1927, en el precedente "Delfino"⁷¹, ya citado, la Corte Suprema distinguió entre delegar el poder de hacer la ley, y "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".

Más adelante en el tiempo, en el caso "Praticco"⁷², en el cual se discutía la validez de un decreto por el cual se había establecido un aumento mínimo de emergencia, el máximo tribunal entendió que no se daba una inválida delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, en tanto la política legislativa había sido claramente establecida. En efecto, afirmó que "tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse

inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”.

⁷⁰ Sobre la cuestión, me remito a lo que expuse en “El control judicial de las medidas de emergencia”, en VV.AA., *Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo*, Procuración del Tesoro de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, págs. 645-673.

⁷¹ CSJN, “Delfino y Cía”, 20/6/1927, Fallos: 148:430.

⁷² CSJN, “Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.”, 20/5/1960, Fallos 246:345.

Posteriormente, en el año 1993, la Corte Suprema efectuó la distinción entre delegación propia e impropia en el precedente “Cocchia”⁷³. En el mismo, sostuvo que en nuestro sistema no podría considerarse la existencia de reglamentos delegados o de delegación legislativa, en sentido estricto, entendiendo por tal al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere, aun con distintos condicionamientos, en beneficio del ejecutivo, determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales. “Distinto es el supuesto de lo que es posible denominar ‘delegación impropia’ –por oposición a la antes indicada delegación en sentido estricto, donde existe una verdadera transferencia de competencia o dejación de competencia– la que ocurre cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador”. En el caso, consideró que era válido un decreto que modificaba un convenio colectivo de una actividad portuaria, en tanto respetaba el “bloque de legalidad”⁷⁴.

b. Precedentes posteriores a la reforma constitucional: el leading case “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”

Como ya indiqué, la reforma constitucional de 1994 incorporó el art. 76 que estableció los presupuestos de admisibilidad de la delegación legislativa y sus límites. Así, teniendo en cuenta el nuevo texto constitucional, en el precedente “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”⁷⁵, la Corte se

refirió específicamente a los requisitos y alcances del control judicial sobre la delegación legislativa⁷⁶.

⁷³ CSJN, “Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro”, 2/12/1993, Fallos: 316:2624.⁷⁴ Considerando 13.

⁷⁵ CSJN, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, 4/11/2008, Fallos: 331:2406.

⁷⁶ Esta doctrina fue reiterada con posterioridad en el caso CSJN, “Provincia de Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 24/11/2015, Fallos: 338:1389, considerando 21 y ss. Sin embargo, cabe notar que hay parte de la doctrina que si bien reconoce que el caso “Colegio Público de Abogados” constituye un intento por delimitar el ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, lo cierto es que la doctrina sentada es “notoriamente confusa” (SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, “Control de constitucionalidad...”, cit., págs. 81-100).

El máximo tribunal señaló que el art. 76 de la Constitución, el cual se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o “decretos delegados”), establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a “materias determinadas de administración o emergencia pública”; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. El artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación⁷⁷.

En este contexto, la Corte Suprema se refirió a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos sobre el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Sostuvo que un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente (“*intelligible principle*”)⁷⁸.

De este modo, citando a la Suprema Corte norteamericana, precisó que “no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (*authority*)”, pues, “como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes”⁷⁹.

Así, el máximo tribunal de nuestro país indicó que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el art. 76 de la Constitución nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva “dentro de las bases que el

⁷⁷ Considerando 9.

⁷⁸ Para el control de la delegación legislativa, la Corte Suprema ha seguido de cerca la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana. En relación con la delegación legislativa en Estados Unidos, ver el trabajo de mi autoría “La influencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en la doctrina de la emergencia económica en Argentina”, *El Derecho Administrativo*, N° 10, Octubre 2020.

⁷⁹ SCEU, “Loving v. United States”, 3/6/1996, 517 U.S. 748, en pág. 771.

Congreso establezca”. En este contexto, la Corte Suprema sostuvo que el riesgo que enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa “es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa. Los caminos que se abren a los tribunales que deben resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo de facultades delegadas de manera indeterminada son en general dos: o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga”⁸⁰.

Por lo tanto, estableció que de lo expuesto se desprendía que: “1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate”⁸¹.

c. Test diferenciado de constitucionalidad

La Corte Suprema en el precedente “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” ha aplicado un test diferenciado de constitucionalidad, en particular, el de interpretación restrictiva.

En efecto, existen diversos tipos de control diferenciado de constitucionalidad, entendido estos como una regla o conjunto de reglas que establece que, en ciertos casos, el control de constitucionalidad debe efectuarse de una manera diferente a la habitual⁸². En este sentido, en el derecho norteamericano se distinguen diversos niveles de escrutinio, cuando se analiza la razonabilidad de una norma. Estos son el test de la base racional, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto⁸³. En nuestro ámbito, sobre la

⁸⁰ Considerando 11.

⁸¹ Considerando 12.

⁸² SANCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo – ELIAS, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Jurisprudencia Argentina, 26/12/2012, pág. 5 y ss.

⁸³ Con relación a los diversos niveles de escrutinio, ver CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional law: principles and policies*, 2° ed, Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2002, pág. 642 base de la jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país, se han desarrollado diversos tipos de control diferenciado de constitucionalidad entre los cuales se encuentra la interpretación estricta⁸⁴ antes mencionada y la interpretación restrictiva, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio general de prohibición al Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo, ¿debe aplicarse a este tipo de normas un control diferenciado de constitucionalidad? Como lo indicó la Corte Suprema en el caso antes mencionado, a la delegación legislativa corresponde aplicar una interpretación restrictiva. La misma consiste en afirmar “que una norma que confiere facultades (en el caso, la de dictar decretos delegados) debe ser identificada de cierto modo (mediante una interpretación restrictiva), de manera que el interesado debe probar en ciertas condiciones (cuando las bases son poco claras) que un acto de supuesto ejercicio de esa facultad (el dictado de un decreto delegado específico) constituye un ejercicio válido de esa facultad”⁸⁵.

De este modo, se considera que a la delegación legislativa corresponde aplicarle un test diferenciado de constitucionalidad, que se aparte de una extremada deferencia a lo decidido por los órganos políticos. La “interpretación restrictiva” es una pauta de control de constitucionalidad adecuada para la revisión judicial de este tipo de normas, teniendo en cuenta que de modo claro la Constitución establece que en principio están prohibidas⁸⁶.

La procedencia de este tipo de control diferenciado, la interpretación restrictiva, ya había sido puesta de relieve en los debates de la Convención

y ss.; y SULLIVAN, Kathleen M. – GUNTHER, Gerald, *Constitutional law*, 15° ed., Foundation Press, New York, 2004, pág. 640, quienes tratan la cuestión cuando analizan el derecho a la igualdad. En particular sobre el escrutinio estricto, ver FALLON Jr., Richard H., “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, pág. 1267 y ss.

⁸⁴ Este tipo de escrutinio es aquel “que exige presumir que esos actos o normas son inconstitucionales y distribuir la carga probatoria al interesado (con cierto contenido específico). Ese mecanismo se activa cuando hay actos o normas discriminatorias que establecen distinciones sobre la base de criterios prohibidos. Y se justifica por el carácter categórico, claro o expreso, de la prohibición (o, si se quiere, por la importancia de los valores en juego según el argumento que se acaba de sugerir)” (SANCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo – ELIAS, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado...”, cit., pág. 5 y ss.). Un ejemplo de este tipo de escrutinio es el precedente “Hooft, Pedro C. F. c/ Provincia de Buenos Aires”, 16/11/2004, Fallos: 327:5118.

⁸⁵ SANCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo – ELIAS, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado...”, cit., pág. 5 y ss.

⁸⁶ Esta cuestión la desarrollé en el libro *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2019.

Constituyente⁸⁷. En la misma línea, la doctrina ha destacado que el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo constituye una excepción⁸⁸ y que son de interpretación restringida⁸⁹. Así se ha señalado que las facultades legislativas del Presidente deben estar sujetas a un examen riguroso⁹⁰, o cuidadoso⁹¹ debiendo ser interpretadas con carácter restrictivo⁹². A su vez, la doctrina ha señalado que los supuestos de delegación legislativa a favor de entes u órganos administrativos, deben interpretarse aún más restrictivamente⁹³.

Sin perjuicio de ello, considero que tampoco correspondería aplicar un escrutinio severamente estricto y presumir dichas normas inconstitucionales, toda vez que no puede desconocerse que es un mecanismo normativo previsto en la Constitución, aunque sujeto a muchas limitaciones⁹⁴.

Finalmente, cabe indicar que más adelante en el tiempo la Corte Suprema ha reafirmado el criterio de interpretación restrictiva sentado en el

⁸⁷ En efecto, el ministro Maqueda en su disidencia en el caso “Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado” del 26/8/2008 (Fallos: 331:1927), citó los debates de la Convención Constituyente de 1994, donde se expresó que “es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente. Por ello –a nuestro criterio– cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales” (considerando 8).

⁸⁸ GELLI, María Angélica, “La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordenadas del control de constitucionalidad”, *Suplemento Constitucional*, La Ley, agosto 2010, pág. 41 y ss.

⁸⁹ DALLA VÍA, Alberto R., “Control de la emergencia...”, cit., pág. 19).

⁹⁰ GARGARELLA, Roberto, “In Search of Democratic Justice—What Courts Should Not Do:

Argentina, 1983–2002”, en GLOPPEN, Siri – GARGARELLA, Roberto – SKAAR, Elin (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Frank Cass, Portland, Oregon, 2004, pág. 139

⁹¹ ELIAS, José Sebastián, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, *Yale Law School Dissertations*, 5, 2014, pág. 422 (disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylds/5/>. Consulta el 7/4/2024). ⁹²

SABSAY, Daniel A., “Control de la facultad del PEN de dictar decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, t. 2010-A, pág. 278; ELIAS, José Sebastián, “Urgencia, necesidad y decretos”, *Suplemento Universidad de San Andrés*, *La Ley*, 21/12/2010, pág. 7 y ss. ⁹³ CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Aproximación al principio restrictivo en el dictado e interpretación de regulaciones económicas. Aportes sobre sus fundamentos, alcances y aplicaciones”, *Suplemento Administrativo*, *El Derecho*, diario del 31/3/2017, pág. 3.

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que hay doctrina que considera que de modo alguno corresponde aplicar una interpretación restrictiva en el control de las facultades legislativas del Presidente (BARRA, Rodolfo – LICHT, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, diario del 3/3/2016, pág. 1 y ss.).

⁹⁴ En esta línea, puede destacarse la opinión de la doctrina que señala que “[s]i bien no somos partidarios de la utilización de normas de emergencia en virtud de que estamos convencidos de que el Estado de emergencia es inversamente proporcional al Estado de Derecho, lo cierto es que tales normas resultan constitucionales cuando se dan los presupuestos fácticos que justifiquen esa situación” (SABSAY, Daniel A. – FERNÁNDEZ, Cristian H., “El fomento de las industrias y la emergencia económica”, *La Ley*, diario del 5/7/2016, pág. 1 y ss.).

caso “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. Así, en el precedente “YPF c/ Esso”, en el cual se debatía la validez de una subdelegación, señaló que “no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (artículo 3° de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes”⁹⁵.

Asimismo, en el caso “Provincia de Santa Fe”, la Corte Suprema se refirió nuevamente a la “interpretación restrictiva”. Expuso que “a la hora de examinar la validez constitucional de una detracción de recursos sobre la masa coparticipable como la que consagra la norma impugnada en este proceso, así como los límites constitucionales fijados al ejercicio de la potestad en virtud de la cual ese mecanismo fue dispuesto, se impone una interpretación restrictiva pues, en definitiva, lo que se encuentra en juego es una facultad con una trascendente incidencia sobre el régimen de distribución de recursos y el sistema federal en su conjunto”⁹⁶.

V. Conclusiones

Si bien la delegación legislativa tuvo reconocimiento expreso en el art. 76 a partir de la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que la Corte Suprema había admitido, con sustento en el entonces art. 86, inc. 2,

⁹⁵ CSJN, “YPF S.E. c/ Esso SAPA s/ proceso de conocimiento” 3/7/2012, Fallos: 335:1227, considerando 6. Este precedente fue citado más recientemente en el voto Highton de Nolasco en la causa “Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios”, del 18/12/2018, Fallos: 341:1924, considerando 18, en el cual recordó que “la delegación es amplia e imprecisa no otorga atribuciones más extensas sino que, por el contrario, debe ser interpretada restrictivamente”.

⁹⁶ CSJN, “Provincia de Santa Fe” c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 24/11/2015, Fallos: 338:1389, considerando 13. En el caso, la Corte Suprema puntualizó que la ley 25.414 “en ningún caso permite apreciar siquiera la intención de que el Poder Legislativo haya querido delegar en el Ejecutivo la posibilidad de asignar específicamente recursos coparticipables a la creación, organización o modificación de entes autárquicos” (considerando 20).

verdaderas delegaciones de competencias del Congreso de la Nación en el Poder Ejecutivo.

La reforma constitucional de 1994 ha intentado delimitar la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo. Sin embargo, se advierte que, aun así, el Congreso ha efectuado delegaciones sin respetar las pautas establecidas en el art. 76. La prueba más cabal de ello es la ley 25.561, la cual estuvo vigente durante tres lustros, es decir, sin respetar la duración temporal de una delegación y en la que se establecieron bases extremadamente amplias. Más adelante en el tiempo, hubo un apartamiento de las normas constitucionales, toda vez que el Presidente no solo se auto-delegó facultades legislativas, sino que también dispuso por sí la prórroga de la delegación.

Por lo tanto, considero que resulta fundamental que los tribunales realicen un control adecuado de constitucionalidad sobre el ejercicio de la delegación legislativa, y efectúen una interpretación restrictiva sobre el ejercicio de esta facultad, a fin de que se respete el principio de separación de poderes y la voluntad del constituyente de 1994.