

La declaración de emergencia en la Ley 27.742

En homenaje a Néstor P. Sagüés

por JUAN SANTIAGO YLARRI^(*)

Sumario: I. PALABRAS PRELIMINARES. – II. INTRODUCCIÓN. – III. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – IV. LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL ART. 76 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY 27.742. A. MATERIAS QUE PUEDEN SER DELEGADAS. a.1. Las materias deben ser “determinadas”. a.2. Materias de administración. a.3. Emergencia pública. a.4. Materias vedadas. a.5. Las materias de la ley de bases. B. LAS BASES DE LA DELEGACIÓN. C. EL PLAZO DE LA DELEGACIÓN. – V. CONTROL POLÍTICO Y JUDICIAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA. A. CONTROL POLÍTICO. B. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA. b.1. El leading case “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. b.2. Test diferenciado de constitucionalidad. – VI. CONCLUSIONES.

I. Palabras preliminares

“Gracias, perdón y ayuda”. A estas tres palabras se refirió Néstor Sagüés el 22 de noviembre de 2023 en las Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional Latinoamericano “La Constitución bajo tensión”, que se realizaron en su homenaje, y en la que se le entregó el diploma de Profesor Emérito de la Universidad Austral. Agradeció “a Dios por todo lo que me ha dado, y a mi familia, especialmente a mi esposa [...] Perdón si alguna vez dañé a alguien [...] Ayuda: Les pido una oración por mi bienestar espiritual, el bien más preciado”⁽¹⁾. Palabras que sonaban a despedida.

Siempre recordaré con muchísimo cariño al Prof. Néstor Pedro Sagüés. Fue una persona excepcional –y a través

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El nuevo Código del Proceso Administrativo en Italia*, por SIMONE RODOLFO MASERA, EDA, 2013-566; *El constructor del moderno derecho administrativo español e iberoamericano*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2013-740; *El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo. Análisis de las problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos en la etapa de ejecución de sentencias*, por FELIPE MIGUEL GONZÁLEZ BARRIATAY, EDA, 2014-623; *Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas*, por DOMINGO J. SESIN, EDA, 2015-589; *Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS “C. de P.”*, por FABIÁN O. CANDA, EDA, 2015-458; *El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger*, por JULIO R. COMADIRA, EDA, 2015-659; *Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, por GUSTAVO E. SILVA TAMAYO, EDA, 2016-518; *Confianza legítima y discrecionalidad de la Administración*, por CARLOS E. GUARIGLIA, Revista de Derecho Administrativo, 2017-635; *El control judicial de la actividad administrativa: extensión y límites*, por CARMEN CHINCHILLA MARÍN, EDA, 2018-313; *Decreto 1070/18: un paso más hacia un derecho administrativo eficaz y eficiente*, por IGNACIO GONZÁLEZ ZAMBÓN, ED, 285-590; *Aportes sobre la causa contencioso administrativa en el orden federal, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por PAMELA MAFFÍA, Revista de Derecho Administrativo, marzo 2020, N° 3; *El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, Revista de Derecho Administrativo, Abril 2021 - Número 4; *Acto y procedimiento administrativo. Las vías administrativas previas. El proceso administrativo bonaerense. Agotamiento de la vía y la regla de la demandabilidad directa*, por OSVALDO HÉCTOR BEZZI, Revista de Derecho Administrativo, Febrero 2023 - Número 1/2; *La confianza legítima en la reforma a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Apuntes introductorios a su estudio*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, Revista de Derecho Administrativo, Julio 2024 - Número 7. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) 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). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesor de Derecho Constitucional (UBA y UCES). Profesor de posgrado en diversas universidades públicas y privadas. Es investigador y ha publicado dos libros y más de 70 artículos y capítulos de libros en Argentina y en el exterior. Subdirector Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

(1) El video está disponible en: Facultad de Derecho Universidad Austral, “Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional Latinoamericano, Día 1”, https://www.youtube.com/watch?v=uQUKc_ITaTg (fecha de consulta 12/10/2024).

de su ejemplo y sus escritos, seguirá siendo— un verdadero maestro. En el año 2013, con muchísima generosidad aceptó ser mi director de tesis. Aceptó ser el director de un joven de 28 años que solo conocía por alguna referencia. Durante los años siguientes, a pesar de que viajaba mucho y vivía en otra ciudad, siempre estuvo disponible para resolver mis dudas y enseñarme. A través de un correo, al cruzarnos en un congreso o al recibirme en su casa en Belgrano. Cada encuentro con él fue un gran aprendizaje. Muchas gracias por todo, querido doctor Sagüés.

II. Introducción

Quería aprovechar este homenaje para referirme a la declaración de emergencia en la Ley 27.742, “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”⁽²⁾.

La emergencia es una cuestión que fue abordada por Sagüés en numerosas oportunidades. Así, hizo un tratamiento sistemático y brillante en un trabajo titulado “Derecho constitucional y derecho de la emergencia”, publicado en 1990⁽³⁾, y que fue reproducido más de un cuarto de siglo después en su obra *La Constitución bajo tensión*⁽⁴⁾.

En ocasión de prologar mi libro *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, que fuera mi tesis doctoral, sobre la naturaleza de la emergencia señalaba que “[e]n verdad, la emergencia económica es un capítulo más del antipático estado de necesidad, un personaje prepotente y rudo que aparece cuando él quiere, por cierto que sin pedir permiso, y se queda hasta que decida marcharse. Desde Roma, ese estado de necesidad mostraba ambigua y maquiavélicamente, como Jano, dos caras. Por un lado, decía estar exento de ley: ‘necessitas non habet legem’. Por otro, que generaba ‘su’ ley: ‘necessitas ius constituit’”⁽⁵⁾.

A su vez, en aquella ocasión se refirió a la relación entre el derecho de emergencia y la Constitución. Indicó que “[l]a cohabitación entre la necesidad-emergencia y su correlativo derecho de necesidad-emergencia (el originado para asumirla y resolverla) con el derecho constitucional nunca ha sido pacífica. Los constitucionalistas han intentado domesticar la necesidad, subordinándola a la Constitución. A su turno, el derecho de necesidad y de emergencia no es, precisamente, sumiso, y de vez en cuando alega, incluso, rango supraconstitucional. Una tentativa de armonización, ensayada en el escenario estadounidense, propone la ‘doble lectura’ de la Constitución: una cosa es interpretar la ley suprema para períodos de normalidad, y otra para momentos de emergencia. Algún espectador perspicaz, sin embargo, se preguntará: ¿estamos en realidad hablando de dos lecturas, o de dos constituciones? La incógnita sigue abierta”⁽⁶⁾.

Finalmente, con su pluma característica señalaba que la emergencia es una cuestión recurrente en nuestro país. En efecto, indicó que la emergencia es “un tema que, como el ave fénix, parece morir en cierto momento pero que pronto, o más tarde, renace de sus propias cenizas y reaparece fulgurante en el horizonte jurídico, con nuevos bríos e ingeniosos vuelos rasantes”⁽⁷⁾.

Ahora bien, en relación con el tema que voy a abordar, existen distintos tipos de normas jurídicas que se han utilizado y pueden ser utilizadas para combatir una emergencia. Es el Congreso la rama de gobierno a la cual, en principio, le corresponde declarar la situación de emergencia. También, aquel órgano se encuentra facultado pa-

(2) BO 8/7/2024.

(3) Sagüés, Néstor P., “Derecho constitucional y derecho de la emergencia”, LL, t. 1990-D, p. 1036.

(4) Sagüés, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 57 a 96.

(5) Sagüés, Néstor P., “Prólogo”, en Ylari, Juan Santiago, *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2019, pp. 11-12.

(6) Sagüés, Néstor P., “Prólogo”, p. 12.

(7) Sagüés, Néstor P., “Prólogo”, p. 14.

ra delegar en el Poder Ejecutivo las atribuciones necesarias en orden a poner fin a la emergencia económica, de conformidad con el art. 76 de la norma fundamental. Por su parte, cuando se configuren los supuestos de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo podría hacer uso de la facultad prevista en el art. 99, inc. 3, de la Constitución nacional y dictar un decreto de necesidad y urgencia.

El Decreto 70/23 declaró “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025”.

Por su parte, lo que será objeto de estudio en este trabajo, la Ley 27.742 en su Título I, “Declaración de emergencia”, art. 1º, estableció lo siguiente: “Declárase la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año.

Deléganse en el Poder Ejecutivo nacional las facultades dispuestas por la presente ley, vinculadas a materias determinadas de administración y de emergencia, en los términos del artículo 76 de la Constitución nacional, con arreglo a las bases aquí establecidas y por el plazo dispuesto en el párrafo precedente.

El Poder Ejecutivo nacional informará mensualmente y en forma detallada al Honorable Congreso de la Nación acerca del ejercicio de las facultades delegadas y los resultados obtenidos.”

Néstor Sagüés desde hace mucho tiempo se dedicó al análisis del ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, tanto a través del dictado de decretos delegados⁽⁸⁾ como de necesidad y urgencia⁽⁹⁾. También ha estudiado las consecuencias de la oposición entre una delegación legislativa y un decreto de necesidad y urgencia⁽¹⁰⁾, y la influencia de los tratados de derechos humanos en esta materia⁽¹¹⁾.

En este contexto, en este trabajo me propongo analizar la declaración de emergencia en la Ley 27.742 a la luz de las pautas que establece la Constitución nacional sobre el tema, así como lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia.

Con ese objetivo en miras, en primer lugar, me referiré a los alcances de la delegación legislativa con carácter previo a la reforma constitucional de 1994. Seguidamente, analizaré la ley delegante 27.742 a la luz de las pautas previstas en el art. 76 de la Constitución. En particular, las materias sobre las que versa la delegación, las bases y el plazo. Finalmente, me referiré a los alcances del control político y jurisdiccional sobre los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación efectuada por la Ley 27.742.

III. Antecedentes y fundamentos de la delegación legislativa antes de la reforma constitucional de 1994

La Constitución no preveía, hasta la reforma constitucional de 1994, los reglamentos delegados en forma expresa. No obstante, Bianchi señala que no por ello carecían de fundamento normativo suficiente. De este modo, el autor, al igual que García Pelayo⁽¹²⁾, 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 art. 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”⁽¹³⁾.

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”⁽¹⁴⁾.

De esta manera, 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 (actual art. 75, inc. 18). Sin perjuicio de ello, y en función de lo establecido por el antiguo art. 86, inc. 2, de la Constitución (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”⁽¹⁵⁾.

En lo que respecta a los fundamentos para admitir la delegación, se han distinguido diversas posturas⁽¹⁶⁾. Una de ellas es que la delegación se puede fundar en la necesidad. Por ejemplo, en el precedente “Prattico” (1960) 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”⁽¹⁷⁾. Otros consideran que la delegación se funda en la eficacia. Al respecto, en el precedente “Laboratorios Anodia” (1968), 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”⁽¹⁸⁾. 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 conferir cierta autoridad al poder ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun 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”⁽¹⁹⁾. De este modo, la Corte Suprema

(8) 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*, Nos. 1-2, ene.-abr. 1991, pp. 97-140.

(9) Sagüés, Néstor P., “Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino”, *LL*, t. 1985-E, p. 798; y “Decretos de necesidad y urgencia: estado actual del problema. (A propósito del decreto 2284/91 de desregulación económica, y su complementario 2424/91)”, *LL*, t. 1992-B, p. 916.

(10) Sagüés, Néstor P., “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, *JA*, t. 2003-II, p. 1313.

(11) Sagüés, Néstor P., “Conexiones entre la declaración del estado de emergencia económica en el derecho constitucional argentino y en el pacto de San José de Costa Rica. Su control judicial”, *LL*, t. 2004-A, p. 1318; y “La declaración del estado de emergencia económica por el derecho nacional y el transnacional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, vol. 2003-1, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 113-117.

(12) García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1999, p. 391.

(13) Bianchi, Alberto, B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1990, pp. 51-52.

(14) Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, pp. 112-113.

(15) 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*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 36-37.

(16) Véase, Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, pp. 117-118.

(17) CSJN, “Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.”, sentencia del 20/5/1960, Fallos 246:345.

(18) CSJN, “Laboratorios Anodia”, sentencia del 13/2/1968, Fallos: 270:42.

(19) CSJN, “Delfino y Cía.”, sentencia del 20/6/1927, Fallos: 148:430.

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. 2º 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 sancionadas⁽²⁰⁾.

Más adelante en el tiempo, en el ya mencionado caso “Prattico”⁽²¹⁾, cuando 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 la Corte Suprema 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”.

A su vez, en el caso “Potosí” (1973), 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. 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. 2º, de la Ley Fundamental, aunque dentro de los límites previstos en su art. 28”⁽²²⁾. En el mismo sentido, la Corte Suprema en el precedente “D’Anna” (1988) distinguió los decretos reglamentarios de los decretos delegados, admitiendo con claridad cuando hay propiamente delegación y no reglamentación⁽²³⁾.

Con posterioridad, en 1993, la Corte Suprema efectuó la distinción entre delegación propia e impropia en el precedente “Cocchia”⁽²⁴⁾. Entonces, 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 “bloqueo de legalidad”⁽²⁵⁾.

En este contexto jurisprudencial, se ha afirmado que la delegación impropia, con un alcance más o menos amplio, recorrió en nuestro país dos caminos: 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”⁽²⁶⁾.

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 CN. La jurisprudencia de marras niega casi siempre que exista delegación, pero ella queda de todos modos consumada y aprobada”⁽²⁷⁾. 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”⁽²⁸⁾.

IV. Los requisitos para la validez de la delegación legislativa en el art. 76 de la Constitución y la Ley 27.742

En la reforma constitucional de 1994 se incorporó el art. 76 que estableció 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”⁽²⁹⁾.

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 conceptos de delegación y reglamentación legislativa, quebrando así la anterior asimilación sobre la que se basaba el régimen jurisprudencial anteriormente vigente⁽³⁰⁾.

a. Materias que pueden ser delegadas

De este modo, la Constitución admite la delegación “en materias determinadas de administración o de emergencia pública”.

a.1. Las materias deben ser “determinadas”

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 ambigua⁽³¹⁾. Del mismo modo, se ha sostenido que la delegación debe ser concreta, específica, limitada, por lo que no puede ser abierta o indeterminada⁽³²⁾.

a.2. Materias de administración

En cuanto a las materias de administración, el Congreso ha reglamentado su alcance en la Ley 25.148⁽³³⁾.

(26) Gelli, María Angélica, “La doctrina de la emergencia económica...”, pp. 37-38.

(27) Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, p. 108.

(28) Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, pp. 114 y 126.

(29) A su vez, el segundo párrafo del mencionado artículo establece: “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”.

(30) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 367.

(31) Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4º ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, p. 269. En igual sentido, se señala que la delegación debe ser como principio en materia expresa y concreta (no indeterminada) (Castro Videla, Santiago M. y Maqueda Fourcade, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2017, p. 91).

(32) Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, pp. 492 y 495-496.

(33) BO 24/8/1999.

(20) CSJN, “Administración de Impuestos Internos c/ Chadwick, Weir y Cía. Ltda.”, sentencia del 9/4/1928, Fallos: 151:5.

(21) CSJN, “Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.”, sentencia del 20/5/1960, Fallos 246:345.

(22) CSJN, “Potosí S.A. y otros c/ Nación”, sentencia del 17/5/1973, Fallos: 285:443, considerando 7.

(23) CSJN, “D’Anna, Carlos Alberto y otros c/ Siam Sociedad Industrial Americana Maquinarias S.A.”, sentencia del 17/3/1988, Fallos: 311:290.

(24) CSJN, “Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro”, sentencia del 2/12/1993, Fallos: 316:2624.

(25) Considerando 13.

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”.

Por su parte, la doctrina ha delimitado este concepto en tres áreas: (i) Las materias de contenido administrativo propias del ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, pero cuya reglamentación requiere ley formal del Congreso (por ejemplo, la ley de Ministerios, el régimen de empleo público y las otras materias enunciadas en el art. 2º de la Ley 25.148); (ii) las materias que pertenecen a lo que parte de la doctrina administrativa ha denominado “administración especial del Congreso” (por ejemplo, en materia bancaria, universitaria, de deuda externa, de tierras públicas, etcétera), y (iii) las materias en las cuales la ejecución de la decisión legislativa requiere intervención del Poder Ejecutivo o de los organismos administrativos⁽³⁴⁾.

a.3. Emergencia pública

En lo que respecta al término “emergencia pública”, se ha dicho que el mismo no exhibe claridad⁽³⁵⁾, o que no resulta claro qué debe entenderse por esta⁽³⁶⁾. 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 “límite alguno en una realidad institucional como la argentina”⁽³⁷⁾. 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 argentino⁽³⁸⁾.

En este contexto, cabe señalar que la noción de emergencia pública constituye un concepto jurídico indeterminado⁽³⁹⁾, 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”⁽⁴⁰⁾. 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”⁽⁴¹⁾.

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,

ca, situaciones de parálisis o bloqueo administrativo, etc.), sociales (huelgas prolongadas, situaciones de pobreza extrema que afecten a sectores importantes de la sociedad, tasas elevadas y continuas de desempleo), alimentarias, habitacionales, etc.”⁽⁴²⁾.

a.4. Materias vedadas

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 añadir 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 nacional⁽⁴³⁾.

a.5. Las materias de la ley de bases

En este contexto, el primer párrafo del art. 1º de la Ley 27.742⁽⁴⁴⁾ declara la “emergencia pública” en diversas materias: administrativa, económica, financiera y energética. Seguidamente, en su segundo párrafo se dispone que se delegan en el Poder Ejecutivo las facultades dispuestas por la ley, “vinculadas a materias determinadas de administración y de emergencia”, en los términos del artículo 76 de la Constitución nacional.

De este modo, podría decirse que en la ley se encuentran entremezcladas ambas nociones. Por un lado, la de emergencia y, por el otro, las materias de administración. Como se expuso anteriormente, la emergencia pública también puede ser de tipo administrativo, como, por ejemplo, cuando hay necesidad de transformaciones profundas en la organización o actividades de la Administración Pública. Esta situación es abordada por la Ley 27.742.

b. Las bases de la delegación

Por otro lado, cabe referirse a las bases de la delegación en la ley. Como ha explicado la doctrina, para que una delegación sea válida, en la ley de delegación el Congreso le debe expresar al Presidente lo que desea que este haga, con sus alcances, sus límites, su sentido y objetivos a cumplir. Es decir, debe establecer un principio inteligible que limite la actuación del Presidente⁽⁴⁵⁾.

A través de la Ley 27.742 se han adoptado numerosas disposiciones sobre distintas materias. Así, contiene regulaciones en materia de “Reforma del Estado” (título II⁽⁴⁶⁾), en particular, sobre reorganización administrativa (capítulo I), privatizaciones (capítulo II), procedimiento administrativo (capítulo III) y empleo público (capítulo IV). Por otro lado, regula los contratos y acuerdos transaccionales (título III⁽⁴⁷⁾), en particular la fuerza mayor en los contratos vigentes y acuerdos transaccionales (capítulo I) y concesiones (capítulo II). A su vez, regula la promoción del empleo registrado (título IV) y la modernización laboral (título V⁽⁴⁸⁾). También establece diversas regulaciones en materia de energía (título VI). Finalmente, prevé un Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI) (título VII⁽⁴⁹⁾) y estipula medidas fiscales para un ajuste equitativo y de calidad (título VIII).

La ley enumera las bases de la delegación puntualmente en dos oportunidades. En particular, en el art. 2º cuando establece las bases de la delegación respecto de la reorganización administrativa, indica las siguientes:

“a) Mejorar el funcionamiento del Estado para lograr una gestión pública transparente, ágil, eficiente, eficaz y de calidad en la atención del bien común;

b) Reducir el sobredimensionamiento de la estructura estatal a fin de disminuir el déficit, transparentar el gasto y equilibrar las cuentas públicas, y

(34) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, pp. 385-386.

(35) Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 156.

(36) Sánchez Brígido, Rodrigo, “Control de constitucionalidad y delegación legislativa”, *Discusiones*, N° 12, 2013, p. 83.

(37) Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos*, 6º ed., Buenos Aires, Errepar, 2004, p. 255.

(38) Comadira, Julio R., “Los reglamentos delegados”, en AA. VV., *Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Buenos Aires, RAP, 2002, pp. 679-695.

(39) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, p. 393.

(40) Salvadores de Arzuaga, Carlos I., “Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa”, *La Ley*, t. 1997-A, p. 977.

(41) Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I, pp. 187-188.

(42) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, p. 394.

(43) CSJN, “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros”, sentencia del 21/10/2003, Fallos: 326:4251; “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, sentencia del 15/4/2014, Fallos: 337:388, y “Festival de Doma y Folklore c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de derecho”, sentencia del 20/2/2018, Fallos: 341:101, disidencia de los doctores Lorenzetti y Maqueda.

(44) BO 8/7/2024.

(45) Barra, Rodolfo C., *Tratado...*, t. I, pp. 498 y ss.

(46) El título II de la Ley 27.742 fue reglamentado por el Decreto 695/24 (BO 5/8/2024).

(47) El título III de la Ley 27.742 fue reglamentado por el Decreto 713/24 (BO 12/8/2024).

(48) Los títulos IV y V de la Ley 27.742 fueron reglamentados por el Decreto 847/24 (BO 26/9/2024).

(49) El título VII de la Ley 27.742 fue reglamentado por el Decreto 749/24 (BO 23/8/2024).

c) Asegurar el efectivo control interno de la administración pública nacional con el objeto de garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas”.

En el marco de esas bases, el art. 3° de la ley faculta al Poder Ejecutivo a disponer, en relación con los órganos u organismos de la administración central o descentralizada contemplados en el inciso a) del artículo 8° de la Ley 24.156 que hayan sido creados por ley o norma con rango equivalente, la modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario, y la reorganización, modificación o transformación de su estructura jurídica, centralización, fusión, escisión, disolución total o parcial, o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos. Al mismo tiempo, se excluyeron determinados organismos y respecto de otros se estipuló que no podría disponerse su disolución.

En similar sentido, el art. 4° faculta al Poder Ejecutivo a disponer, en relación con las empresas y sociedades contempladas en el inciso b) del artículo 8° de la Ley 24.156, además de su privatización, la modificación o transformación de su estructura jurídica; y su fusión, escisión, reorganización, reconfiguración o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos⁽⁵⁰⁾.

El otro artículo que enumera las bases es el 162, que se ubica en el título VI, referido a energía, específicamente en el capítulo V sobre “Adecuación de las leyes 15.336 y 24.065”. De este modo, el Congreso facultó al Poder Ejecutivo a adecuar las mencionadas leyes y la normativa reglamentaria correspondiente conforme a diversas pautas, como, por ejemplo, “promover la apertura del comercio internacional de la energía eléctrica en condiciones de seguridad y confiabilidad, con el objeto de lograr la mayor cantidad de participantes en la industria, pudiendo el Estado formular objeciones por motivos fundados técnica o económicamente en la seguridad del suministro” [inc. a)] y “asegurar la libre comercialización y máxima competencia de la industria de la energía eléctrica, garantizando a los usuarios finales, la libre elección de proveedor” [inc. b)], entre otras.

Consecuentemente, es importante que los decretos delegados que se dicten justifiquen que constituyen una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria, sobre todo en caso de que se considere que las bases de la delegación son amplias o genéricas.

Por otro lado, cabe destacar que no todo el contenido de la Ley 27.742 supone una delegación legislativa. De este modo, por ejemplo, la reforma a la ley de procedimientos administrativos (si bien la última reforma a la Ley 19.549 también se dio en el marco de una ley de emergencia⁽⁵¹⁾) supone una regulación ordinaria del Congreso, por lo que el Ejecutivo ejerce su potestad reglamentaria en el marco del art. 99, inc. 2, de la Constitución.

c. El plazo de la delegación

El art. 76 de la Constitución establece que la delegación está sujeta a un plazo, aunque no prevé un plazo determinado. La doctrina ha señalado que la delegación no puede otorgarse por plazo indefinido y que debe tener un plazo cierto, que, por su naturaleza, ha de ser breve. No obstante, el Congreso podría prorrogar la delegación que estime corresponder “justificando adecuadamente –en el trámite parlamentario– la razón de la prórroga”. A su vez, la expiración del plazo provoca la caducidad automática de la delegación⁽⁵²⁾.

(50) Asimismo, el art. 5° autoriza al Poder Ejecutivo nacional a modificar, transformar, unificar, disolver o liquidar los fondos fiduciarios públicos de conformidad con determinadas reglas, y las que surjan de sus normas de creación, instrumentos constitutivos u otra disposición aplicable.

Por su parte, el art. 6° autoriza al Poder Ejecutivo a intervenir, los organismos descentralizados, empresas y sociedades mencionadas en los incisos a) y b) del artículo 8° de la Ley 24.156, con exclusión de algunos organismos. En esa línea, estipula que el interventor ejerce las competencias del órgano de administración y dirección y actuará: (i) conforme a lo ordenado en el acto de intervención dictado por el Poder Ejecutivo nacional, y (ii) bajo la supervisión y control de tutela del ministro bajo cuya jurisdicción el ente actúa.

(51) Cfr. Ley 25.344 (BO 21/11/2000).

(52) Barra, Rodolfo C., *Tratado...*, t. I, pp. 496 y ss. Por su parte, el autor indica que, aunque dependerá de las circunstancias, “sería muy difícil de justificar plazos superiores a los doce o dieciocho meses”.

Teniendo en cuenta las pautas expuestas, creo que el plazo de un año fijado por la Ley 27.742 cumple con las pautas constitucionales.

En lo que respecta al plazo para el ejercicio de la delegación, no puede decirse que las pautas emanadas del art. 76 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 25.561⁽⁵³⁾ 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 26.077⁽⁵⁴⁾ hasta el 31/12/2006; por la Ley 26.204⁽⁵⁵⁾ hasta el 31/12/2007; por la Ley 26.339⁽⁵⁶⁾ hasta el 31/12/2008; por la Ley 26.456⁽⁵⁷⁾ hasta el 31/12/2009; por la Ley 26.563⁽⁵⁸⁾ hasta el 31/12/2011; por la Ley 26.729⁽⁵⁹⁾ hasta el 31/12/2013; por la Ley 26.896⁽⁶⁰⁾ hasta el 31/12/2015, y por la Ley 27.200⁽⁶¹⁾ hasta el 31/12/2017. Finalmente, la Ley 27.345⁽⁶²⁾ prorrogó la emergencia social hasta el 31/12/2019. No solo 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 público⁽⁶³⁾.

Concluida esta ley de delegación, hacia finales del año 2019, el Congreso sancionó la Ley 27.541⁽⁶⁴⁾ 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”⁽⁶⁵⁾. 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 31/12/2023⁽⁶⁶⁾. Es decir que se ha dado un caso en que el Presidente se ha “auto-delegado” funciones legislativas, y ha “auto-prorrogado” su vigencia, lo cual contraviene claramente la Constitución⁽⁶⁷⁾.

(53) BO 7/1/2002.

(54) BO 10/1/2006.

(55) BO 20/12/2006.

(56) BO 4/1/2008.

(57) BO 16/12/2008.

(58) BO 22/12/2009.

(59) BO 28/12/2011.

(60) BO 22/10/2013.

(61) BO 4/11/2015.

(62) BO 23/12/2016. A su vez, en la mencionada norma se creó el Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario.

(63) Bianchi, Alberto B., “La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta desjuridiza absolutamente (análisis de la ley 25.587)”, *Debates de Actualidad*, AADC, vol. 187, p. 23.

(64) BO 23/12/2019, ley denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva.

(65) 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”.

(66) Cfr. Decretos 167/2021 (BO 11/3/2021), 687/2021 (BO 24/12/2021) y 863/2022 (BO 30/12/2022).

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

V. Control político y judicial de la delegación legislativa

Quiero, ahora, referirme brevemente al control político y judicial al que estarán sujetos los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación.

a. Control político

El art. 100, inc. 12, de la Constitución establece que le corresponde al Jefe de Gabinete “[r]efrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”, que la propia Constitución refiere en el art. 99, inc. 3⁽⁶⁸⁾.

El control político de los decretos delegados está regulado en la Ley 26.122. Así, en el capítulo II se establece, por un lado, que “[l]as bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo”⁽⁶⁹⁾. A su vez, estipula que “[e]l Poder Ejecutivo, dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”⁽⁷⁰⁾. Seguidamente, regula sobre el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente. Así, determina que la mencionada comisión “debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia”.

En lo que respecta al trámite parlamentario de los decretos delegados, hay que remitirse al capítulo IV de la ley. El capítulo regula conjuntamente el trámite de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes. Cabe precisar que el art. 24 estipula que “[e]l rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación”⁽⁷¹⁾.

b. El control judicial de la delegación legislativa

b.1. 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”⁽⁷²⁾, la Corte se refirió específicamente a los requisitos y alcances del control judicial sobre la delegación legislativa⁽⁷³⁾.

(68) Sobre el control político, véase Santiago (h.), Alfonso; Veramendi, Enrique y Castro Videla, Santiago, *El control del congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2019.

(69) Art. 11 de la Ley 26.122.

(70) Art. 12 de la Ley 26.122.

(71) No obstante las pautas previstas el art. 99, inc. 3, referido a los decretos de necesidad y urgencia, y los parámetros de la Ley 26.122, en relación con la inmediatez del control político del Congreso, lo cierto es que el Poder Legislativo en la mayoría de las ocasiones no ejerce el control de ese modo e incluso en muchas ocasiones ni siquiera se expide. Por este motivo, recientemente Barra ha sostenido que si el Congreso no ejerce el control en el plazo de 30 días, el mismo caduca. En esta línea, señala que “el tiempo en el que debe desarrollarse el control ‘propio’ es de treinta días corridos: diez para la presentación por el Jefe de Gabinete, diez para el despacho de Comisión y ‘de inmediato’, sin duda de otros diez días, para la decisión de ambos plenarios, plazo este último que correrá en forma paralela, sin sumarse. El efecto de lo expuesto es trascendente: vencido tal plazo de treinta días el control propio caduca, es decir, ya no podrá ejercerse según el procedimiento específico del art. 99.3, CN, y de la Ley 26.122” (Barra, Rodolfo C., “Los plazos para el control de los decretos con fuerza de ley”, *El Derecho Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, agosto de 2024, N° 8, pp. 3-4).

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

(73) 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. También, estas pautas fueron aplicadas más adelante en la disidencia del ministro Rosenkrantz a la tercera cuestión debatida en la causa “Compañía Mega S.A. c/ EN -AFIP DGI resol. 93/04 94/04 (RDEX) y otros s/ Dirección General Impositiva”, sentencia del 11/7/2019, Fallos: 342:1170 [considerando 13, apartado h)].

El máximo tribunal señaló que el art. 76 de la Constitución, referido 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 art. 100, inc. 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 Nación⁽⁷⁴⁾.

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*”)⁽⁷⁵⁾.

De este modo, con cita de 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”⁽⁷⁶⁾.

Así las cosas, 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 Congreso establezca”. En este contexto, la Corte Suprema sostuvo que el riesgo que enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa “es que esta 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”⁽⁷⁷⁾.

Por lo tanto, estableció que de lo expuesto se desprendería 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”⁽⁷⁸⁾.

b.2. 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.

Ciertamente, existen diversos tipos de control diferenciado de constitucionalidad, entendidos estos como una

Sin embargo, cabe notar que hay parte de la doctrina que si bien reconoce que el caso “Colegio Público de Abogados” constituye un innoce 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...”, pp. 81-100).

(74) Considerando 9.

(75) 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, véase 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, cita digital: ED-CMXXXII-874.

(76) *Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 771 (1996).

(77) Considerando 11.

(78) Considerando 12.

regla o conjunto de reglas que establece que, en ciertos casos, el control de constitucionalidad debe efectuarse de una manera diferente a la habitual⁽⁷⁹⁾. 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 estricto⁽⁸⁰⁾. En nuestro ámbito, sobre la 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 estricta⁽⁸¹⁾ 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 aplicarle una interpretación restrictiva. Dicha interpretación supone “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”⁽⁸²⁾.

De este modo, se considera que a la delegación legislativa corresponde aplicarle un test diferenciado de constitucionalidad, que se aparte de una extrema 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 prohibidas⁽⁸³⁾.

Con relación a la procedencia de este tipo de control diferenciado, cabe señalar que la interpretación restrictiva ya había sido puesta de relieve en los debates de la Convención Constituyente⁽⁸⁴⁾. En la misma línea, la doctrina ha destacado que el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo constituye una excepción⁽⁸⁵⁾ y que son de interpretación restringida⁽⁸⁶⁾. Así, se ha señalado que las facultades legislativas del Presidente deben estar sujetas a un examen riguroso⁽⁸⁷⁾, o cuidadoso⁽⁸⁸⁾, de-

biendo ser interpretadas con carácter restrictivo⁽⁸⁹⁾. A su vez, la doctrina ha señalado que los supuestos de delegación legislativa a favor de entes u órganos administrativos, deben interpretarse aún más restrictivamente⁽⁹⁰⁾.

Por su parte, Barra sostiene que la interpretación restringida es aplicable respecto del Congreso, mas no respecto de las facultades del Presidente, quien gozaría de una “muy amplia discrecionalidad”. En efecto aduce que en la delegación, el Congreso actúa con un margen de discrecionalidad reducido, ya que la Constitución limita los supuestos en los que la delegación legislativa se encuentra autorizada. Así, indica que la delegación es excepcional, por ende de interpretación restrictiva, y, por regla general, se encuentra prohibida. En cambio, refiere que, en esos casos, el Presidente goza de una muy amplia discrecionalidad de creación normativa, solo constreñida por la materia, por las “bases” de la delegación y por el plazo dispuesto para su ejercicio⁽⁹¹⁾.

De este modo, considero que no correspondería aplicar un escrutinio severamente estricto y presumir dichas normas inconstitucionales. Es que no puede desconocerse que es un mecanismo normativo previsto en la Constitución, aunque sujeto a muchas limitaciones⁽⁹²⁾.

Finalmente, debe indicarse que más recientemente la Corte Suprema ha reafirmado el criterio de interpretación restrictiva sentado en el caso “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. Así, en el precedente “YPF c/ Esso” (2012), 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”⁽⁹³⁾.

Asimismo, en el caso “Provincia de Santa Fe” (2015), 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”⁽⁹⁴⁾.

en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsd/5/> (fecha de consulta: 30/9/2024).

(89) Sabsay, Daniel A., “Control de la facultad del PEN de dictar decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, t. 2010-A, p. 278; Elías, José Sebastián, “Urgencia, necesidad y decretos”, *Suplemento Universidad de San Andrés*, *La Ley*, 21/12/2010, p. 7 y ss.

(90) Castro Videla, Santiago M. y 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, p. 3.

(91) Barra, Rodolfo C., *Tratado...*, t. I, p. 482. De este modo, en otro trabajo en coautoría, afirma 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*, 3/3/2016, p. 1 y ss.).

(92) 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. y Fernández, Cristian H., “El fomento de las industrias y la emergencia económica”, *La Ley*, diario del 5/7/2016, p. 1 y ss.).

(93) CSJN, “YPF S.E. c/ Esso SAPA s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 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”, sentencia 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”.

(94) CSJN, “Provincia de Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 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).

(79) Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, 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, p. 5 y ss.

(80) Con relación a los diversos niveles de escrutinio, véase Chemersky, Erwin, *Constitutional law: principles and policies*, 2° ed, New York, Wolters Kluwer Law and Business, 2002, p. 642 y ss.; y Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald, *Constitutional law*, 15° ed., New York, Foundation Press, 2004, p. 640, quienes tratan la cuestión cuando analizan el derecho a la igualdad. En particular, sobre el escrutinio estricto, véase Fallon (jr.), Richard H., “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, p. 1267 y ss.

(81) 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)” (Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado...”, p. 5 y ss.). Un ejemplo de este tipo de escrutinio es el precedente “Hoefft, Pedro C. F. c/ Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 16/11/2004, Fallos: 327:5118.

(82) Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado...”, cit., pág. 5 y ss.

(83) Esta cuestión la desarrolló en el libro *La emergencia económica...*

(84) En efecto, el ministro Maqueda en su disidencia en el caso “Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado”, sentencia 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).

(85) Gelli, María Angélica, “La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordenadas del control de constitucionalidad”, *Suplemento Constitucional*, *La Ley*, agosto 2010, p. 41 y ss.

(86) Dalla Vía, Alberto R., “Control de la emergencia...”, p. 19).

(87) Gargarella, Roberto, “In Search of Democratic Justice—What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002”, en Glöppen, Siri; Gargarella, Roberto y Skaar, Elin (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Portland, Oregon, Frank Cass, 2004, p. 139.

(88) Elías, José Sebastián, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, *Yale Law School Dissertations*, 5, 2014, p. 422, disponible

VI. Conclusiones

En el presente trabajo he analizado la declaración de emergencia en la Ley 27.742. Así las cosas, luego de referirme a los alcances de la delegación legislativa con carácter previo a la reforma constitucional de 1994, me detuve en el cumplimiento de los requisitos constitucionales por parte de la ley delegante 27.742, en particular, las materias sobre las que versa la delegación, las bases y el plazo. Finalmente, expuse respecto de los alcances del control político y jurisdiccional sobre los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación efectuada por la Ley 27.742.

La emergencia, en general, y el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, en particular, han sido materia de un profundo análisis por parte de Né-

stor Pedro Sagiés. Sus enseñanzas nos acompañarán siempre para seguir abordando y debatiendo en torno a estos grandes temas del derecho constitucional, y para que las directrices que emanan de la Constitución sean cumplidas.

VOCES: JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - DERECHO ADMINISTRATIVO - JURISDICCIÓN - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - EXPEDIENTE JUDICIAL - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ESTADO NACIONAL - CONFIANZA LEGÍTIMA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS