

SANTIAGO M. CASTRO VIDELA
SANTIAGO MAQUEDA FOURCADE

La delegación legislativa y el Estado regulatorio

*Una mirada crítica al agujero negro
de la regulación*

Prólogo de
HÉCTOR A. MAIRAL



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES

ÍNDICE GENERAL

NOTA PRELIMINAR Y AGRADECIMIENTOS.	11
PRÓLOGO.	13
ABREVIATURAS UTILIZADAS	27
INTRODUCCIÓN	29

CAPÍTULO PRIMERO

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL AGUJERO NEGRO: LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA DISPERSA, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS

1. Planteamiento general	37
2. El diseño constitucional para limitar el poder: separación de poderes, controles recíprocos y poder de policía restringido.	38
3. El surgimiento del Estado regulatorio en el siglo XX.	40
4. El origen del agujero negro: la delegación legislativa en el Presidente y las causas de su fuerza expansiva	41
a) La siempre difusa distinción entre legislar (reglamentos delegados) y reglamentar la ley para su ejecución (reglamentos ejecutivos).	42
b) La ausencia de procedimientos públicos para ejercer facultades delegadas.	44
c) Los múltiples incentivos técnicos, políticos e institucionales para delegar	45
5. La consolidación del agujero negro: la delegación legislativa dispersa y la consecuente concentración de facultades legislativas en sujetos distintos del Presidente	47
6. La paradoja del artículo 76 y la reforma constitucional de 1994	48

7. ¿Qué hay en el agujero negro? Breve aproximación a las delegaciones legislativas dispersas	49
a) Órganos subordinados al Presidente	50
b) Entes descentralizados	54
c) Sujetos ajenos a la Administración Pública Nacional	56
8. ¿Por qué el agujero negro es peligroso? Los riesgos que la regulación económica y la delegación legislativa representan para los derechos constitucionales	57
9. Conclusiones de este capítulo	60

CAPÍTULO II

LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL PRESIDENTE:
RÉGIMEN, INSUFICIENCIAS Y PARADOJAS
DEL ARTÍCULO 76

10. Planteamiento general	63
11. El principio constitucional de legalidad y sus múltiples proyecciones	64
a) En la reglamentación de derechos	64
b) En la delegación legislativa	66
c) En la tipificación de conductas punibles y sancionables	66
d) En el establecimiento de tributos	67
e) En la privación legítima de derechos de propiedad	68
f) En el cumplimiento de exigencias de validez de los actos administrativos	69
12. Organización administrativa, reglamentación ejecutiva y delegación legislativa. Algunas nociones fundamentales	70
a) Poder Ejecutivo y organización administrativa centralizada y descentralizada. La intervención administrativa	70
1. Presidente, órganos subordinados y entes descentralizados	70
2. La intervención administrativa de los entes descentralizados	73
b) Reglamentación ejecutiva de las leyes	75
c) Delegación legislativa en el Poder Ejecutivo	76
d) Delegación legislativa de segundo grado y delegación en sujetos ajenos a la Administración Pública Nacional	77
e) Subdelegación legislativa y autorización a subdelegar	79
f) Jerarquía de las normas que son producto de la delegación y subdelegación de facultades legislativas	80
g) Delegación legislativa y delegación administrativa	82
13. La paulatina recepción de la delegación legislativa a nivel jurisprudencial y normativo	84

a) La Constitución de 1853-1860 y la jurisprudencia de la Corte Suprema	84
b) La reforma de 1994 y el artículo 76 de la Constitución	86
14. El régimen de la delegación legislativa en el "Poder Ejecutivo" del artículo 76 de la Constitución	89
a) Limitaciones materiales y circunstanciales: las "materias determinadas de administración o de emergencia pública"	91
1. Las "materias determinadas de administración"	92
2. La "emergencia pública"	94
b) Limitaciones temporales: el "plazo fijado" para el ejercicio de las facultades que delega	95
c) Limitaciones finalistas: las "bases de la delegación"	100
d) Limitaciones políticas: el control del Congreso a través de la Comisión Bicameral Permanente	102
15. Paradojas e insuficiencias del artículo 76 que contribuyen al agujero negro de la regulación	104
a) Persistencia de la difusa distinción entre reglamentación ejecutiva y delegación legislativa	104
b) Silencio sobre la delegación en sujetos distintos del Presidente	105
c) Prohibición de delegaciones permanentes o para la regulación económica y social buscada por la misma reforma constitucional de 1994	105
d) Caducidad de la legislación "delegada" preexistente	106
e) Insuficiencia del control legislativo posterior y falta de procedimientos públicos previos para el ejercicio de las facultades delegadas	107
f) Síntesis	107
16. Conclusiones de este capítulo	108

CAPÍTULO III

LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA DISPERSA: UN DIVORCIO
ENTRE TEORÍA Y REALIDAD EN LA DOCTRINA,
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

17. Planteamiento general	113
18. Soluciones teóricas a la paradoja del artículo 76, pero divorciadas de la realidad: tesis contrarias a la constitucionalidad de la delegación de segundo grado y la subdelegación legislativa	114
a) En la doctrina	115
b) En la jurisprudencia	120
c) Síntesis	125

19. Soluciones prácticas a la paradoja del artículo 76, pero divorciadas de la teoría (I): tesis favorables a la constitucionalidad de la delegación de segundo grado	125
a) En la doctrina	126
b) En la jurisprudencia de la Corte Suprema previa a la reforma constitucional de 1994.....	131
1. Delegaciones en órganos subordinados al Presidente .	132
2. Delegaciones en entes descentralizados (el caso del BCRA)	136
3. Delegaciones en colegios profesionales	137
4. Delegaciones en la misma Corte Suprema	138
c) En la jurisprudencia de la Corte Suprema posterior a la reforma constitucional de 1994.....	139
1. Delegaciones en órganos subordinados al Presidente y entes descentralizados	139
2. Delegaciones en el BCRA	142
3. Delegaciones en universidades nacionales	145
4. Delegaciones en la misma Corte Suprema	147
d) Síntesis	150
20. Soluciones prácticas a la paradoja del artículo 76, pero divorciadas de la teoría (II): tesis favorables a la constitucionalidad de la subdelegación legislativa.....	150
a) En la doctrina y la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal	150
1. La simple autorización legal explícita para subdelegar	151
2. La autorización legal explícita, pero condicionada o limitada, para subdelegar.....	152
I. La remisión a la Comisión Bicameral Permanente	152
II. La indicación del sujeto subdelegado y el alcance limitado de la subdelegación.....	153
3. La posibilidad de subdelegar en el Jefe de Gabinete aun sin autorización de la ley delegante	154
b) En la jurisprudencia de la Corte Suprema: sus distintas etapas	155
1. Primera etapa (hasta 1995): la simple autorización legal explícita.....	156
2. Segunda etapa (1995-2012): hacia una mayor habilitación de la subdelegación legislativa.....	158
3. Tercera etapa (desde 2012): limitación de la tesis de la segunda etapa y distinción entre subdelegación “administrativa” y “legislativa”	161

21. La ausencia de soluciones a la paradoja del artículo 76 que sean consistentes en lo teórico y aplicables en lo práctico. La persistencia del agujero negro	166
22. Conclusiones de este capítulo	169

CAPÍTULO IV

UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA: FACULTADES
IMPLÍCITAS DEL CONGRESO PARA DELEGAR
EN SUJETOS DISTINTOS DEL PRESIDENTE

23. Planteamiento general	171
24. Un nuevo punto de partida: los poderes implícitos del Congreso bajo el artículo 75, inciso 32	172
25. Hacia la solución de la paradoja del artículo 76 y del agujero negro de la regulación	176
a) El poder genérico para delegar como facultad implícita bajo el artículo 75, inciso 32. Su fundamento y límites constitucionales.....	177
b) El artículo 76 como limitación específica al poder implícito del Congreso para delegar en el “Poder Ejecutivo” ..	182
c) Síntesis.....	184
26. Las delegaciones en el “Poder Ejecutivo” que tienen por destinatarios a sujetos distintos del Presidente y están sometidas al régimen del artículo 76	185
a) Órganos subordinados al Presidente.....	186
b) Entes descentralizados “dependientes” del Poder Ejecutivo.....	189
c) Síntesis.....	192
27. Las delegaciones en ejercicio de facultades implícitas en sujetos distintos del Presidente, no sometidas al régimen del artículo 76.....	193
a) Entes descentralizados “independientes” del Poder Ejecutivo.....	194
b) Sujetos ajenos a la Administración Pública Nacional . . .	198
28. Recapitulación.....	200
29. La facultad del Congreso para autorizar a subdelegar una facultad delegada.....	201
30. Respuestas a las tesis contrarias a la constitucionalidad de la delegación y subdelegación en sujetos distintos del Presidente	202
31. Conclusiones de este capítulo	209

CAPÍTULO V

UN NUEVO PUNTO DE LLEGADA: EXIGENCIAS DE VALIDEZ
Y CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO
DE LAS FACULTADES DELEGADAS

32. Planteamiento general	215
33. Norma delegante, norma delegada (o delegada-subdelegante) y norma subdelegada	216
34. La norma delegante, dictada por el Congreso, y la eventual autorización a subdelegar: exigencias de validez.	217
a) Exigencias para las delegaciones bajo el artículo 76.	217
b) Exigencias para las delegaciones bajo el artículo 75, inciso 32	218
c) Exigencias para la autorización a subdelegar	220
35. La norma delegada (o delegada-subdelegante), dictada por el destinatario de la delegación: exigencias de validez.	222
a) Exigencias generales para toda norma delegada (o delegada-subdelegante).	222
1. Límites fijados por la norma delegante.	223
2. Exigencias de legalidad y requisitos esenciales de la LNPA	223
3. Exigencias de razonabilidad.	224
b) Exigencias específicas para la norma delegada (o delegada-subdelegante) dictada por el Presidente: refrendo por el Jefe de Gabinete y control por la Comisión Bicameral Permanente	225
c) Exigencias específicas para la norma delegada-subdelegante	227
1. Necesaria autorización válida para subdelegar	227
2. Límites fijados por la norma delegante.	228
36. La norma subdelegada, dictada por el destinatario de la subdelegación: exigencias de validez.	229
37. Recapitulación.	230
38. El control judicial del ejercicio de facultades delegadas y subdelegadas	232
a) El control judicial de legalidad: elementos reglados del acto y exigencias de validez de las normas delegadas y subdelegadas.	233
b) El control judicial de razonabilidad. El problema del déficit democrático	235
c) La impugnación en sede administrativa de las normas que ejercen facultades delegadas	239
39. Conclusiones de este capítulo	245

CAPÍTULO VI

MÁS ELEMENTOS PARA ILUMINAR EL AGUJERO NEGRO:
PRINCIPIOS, RESPUESTAS Y PROPUESTAS
PARA CONTROLAR EL ESTADO REGULATORIO

40. Planteamiento general	247
41. Principios dogmáticos e interpretativos para el ejercicio de las delegaciones legislativas	248
a) Primer principio: distinción entre la habilitación de una reglamentación ejecutiva amplia y la delegación legislativa.	249
b) Segundo principio: interpretación restrictiva de la decisión de delegar	251
c) Tercer principio: interpretación restrictiva de la ley delegante y las bases de la delegación	252
d) Cuarto principio: legalidad en el ejercicio de la delegación	253
e) Quinto principio: razonabilidad en el ejercicio de la delegación.	254
42. ¿Cómo controlar el Estado regulatorio sobre las actividades económicas? Límites constitucionales a la delegación legislativa dispersa para la regulación de la economía.	255
a) Sujeción al principio de legalidad	256
1. Regulación económica	256
2. Medidas tributarias.	256
3. Síntesis.	260
b) Límites del Congreso para delegar facultades de regulación económica y en materia tributaria.	261
1. Delegación para la regulación económica	261
2. Delegación en materia tributaria.	263
3. Delegación en materia tributaria: jurisprudencia de la Corte Suprema	264
4. Síntesis.	269
c) El principio restrictivo en el dictado e interpretación de regulaciones económicas	270
d) Necesidad de un intenso control judicial de razonabilidad de la regulación económica	273
e) Síntesis.	281
43. ¿Qué parte del Estado regulatorio preexistente a 1994 continúa vigente? Sentido y alcances de la caducidad dispuesta por la Disposición Transitoria Octava	282
a) La finalidad de la disposición	282
b) Las sucesivas prórrogas del plazo fijado por el constituyente	283
c) El concepto de "legislación delegada preexistente"	284

d) El alcance y consecuencias de la caducidad dispuesta por la Disposición Transitoria Octava	290
1. Normas delegantes preexistentes a la reforma constitucional	290
2. Normas delegantes posteriores a la reforma constitucional	292
3. Normas delegadas dictadas bajo normas delegantes preexistentes	293
e) Síntesis	296
44. ¿Cómo controlar aún más el Estado regulatorio? Propuestas legislativas para seguir iluminando el agujero negro	296
a) Control legislativo posterior al ejercicio de facultades delegadas	297
1. Extensión del control por la Comisión Bicameral Permanente (ley 26122)	297
2. Exigencia de informar al Congreso de los actos que ejercen facultades delegadas o subdelegadas	298
b) Requisitos previos al ejercicio de facultades delegadas	299
1. Procedimientos públicos previos al ejercicio de las facultades delegadas	299
2. Motivación adicional o "calificada" y análisis costo-beneficio en la regulación económica	300
c) Creación y delegación en entes descentralizados independientes del Poder Ejecutivo	302
45. Conclusiones de este capítulo	303

CAPÍTULO VII

UNA MIRADA MÁS CERCANA AL AGUJERO NEGRO:
 IMPLICANCIAS Y APLICACIONES
 DE LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA

46. Planteamiento general	307
47. Órganos subordinados al Presidente	308
a) Facultades legislativas delegadas	308
b) Jurisprudencia. Remisión	313
c) Implicancias	314
48. Entes descentralizados	315
a) La independencia del ente descentralizado receptor de delegación legislativa: principios y criterios para su evaluación	316
b) Entes reguladores de servicios públicos	318
1. Facultades legislativas delegadas	318
2. Grado de independencia	320
3. Implicancias	322

c) Administración Federal de Ingresos Públicos	322
1. Facultades legislativas delegadas	322
2. Grado de independencia	322
3. Implicancias	325
d) Banco Central de la República Argentina	326
1. Facultades legislativas delegadas	327
2. Grado de independencia	328
3. Jurisprudencia	330
4. Implicancias	331
e) Universidades nacionales	332
1. Facultades legislativas delegadas	332
2. Grado de independencia	332
3. Jurisprudencia	333
4. Implicancias	335
f) Superintendencia de Riesgos del Trabajo	335
1. Facultades legislativas delegadas	335
2. Grado de independencia	336
3. Jurisprudencia	336
4. Implicancias	337
49. Sujetos ajenos a la Administración Pública nacional	338
a) Corte Suprema de Justicia de la Nación	339
1. Facultades legislativas delegadas	339
2. Jurisprudencia	339
3. Implicancias	343
b) Poderes ejecutivos provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires	345
1. Facultades legislativas delegadas	345
2. Implicancias	346
c) Colegios profesionales	348
1. Facultades legislativas delegadas	349
2. Jurisprudencia	349
3. Implicancias	350
50. Conclusiones de este capítulo	351

REFLEXIONES FINALES

CARTAS DE NAVEGACIÓN PARA
 EL AGUJERO NEGRO

.....	355
BIBLIOGRAFÍA	361

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA	373
a) Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	373
b) Sentencias de los Tribunales de la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal	375
1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal	375
2. Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal	377
c) Decisiones de tribunales internacionales y extranjeros	377
1. Corte Interamericana de Derechos Humanos	377
2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	377
3. Suprema Corte de los Estados Unidos	377
d) Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación	377
 ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA	 379
a) Leyes del Congreso de la Nación y decretos leyes del Poder Ejecutivo	379
1. Regulaciones generales del mercado y leyes de abastecimiento y control de precios	379
2. Regulación de servicios públicos y actividades de interés general	379
3. Delegación legislativa	380
4. Emergencia económica	381
5. Organización administrativa y judicial	381
b) Decretos del Poder Ejecutivo de la Nación	382
c) Resoluciones de otros órganos o entes nacionales	382
1. Ministerio de Obras y Servicios Públicos	382
2. Secretaría de Comercio	382
3. Ente Nacional Regulador del Gas	382
d) Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	383